



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het beperkte recht: een analyse van zijn theoretische constructie, zijn plaats in het systeem van het vermogensrecht en zijn mogelijke inhoud
Mollema, A.F.

Citation

Mollema, A. F. (2013, May 23). *Het beperkte recht: een analyse van zijn theoretische constructie, zijn plaats in het systeem van het vermogensrecht en zijn mogelijke inhoud*. *Meijers-reeks*. E.M. Meijers Institute of Legal Studies, Leiden. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/20906>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/20906>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/20906> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Mollema, A.F.

Title: Het beperkte recht : een analyse van zijn theoretische constructie, zijn plaats in het systeem van het vermogensrecht en zijn mogelijke inhoud

Issue Date: 2013-05-23

7 | Grenzen aan de mogelijke inhoud van beperkte rechten

In de hoofdstukken 2 tot en met 5 is gebleken dat gedurende vele verschillende, belangrijke tijdsperiodes van de rechtsgeschiedenis het afsplitsingsmodel eigenlijk nooit als enige model voor de vestiging van een beperkt recht heeft bestaan. Steeds heeft men – als men zich verder in de kwestie verdiepte – moeten toegeven dat dit model een te simpele voorstelling van zaken is, met veel didactische, maar veel minder dogmatische overtuigingskracht.

Ook uit het in hoofdstuk 6 – aan de hand van commentaar op drie andere, recente goederenrechtelijke proefschriften – ontwikkelde systeem van het vermogensrecht blijkt, dat de afsplitsingstheorie voor de vestiging van beperkte rechten op zaken of op andere rechten onhoudbaar is. Eigendom en beperkt recht op een zaak zijn ook in dit systeem immers *niet* te beschouwen als gelijksoortige ‘rechten op een zaak’. Het zijn begrippen die zich op een ander niveau bevinden en in die zin dus ook op *kwalitatieve* wijze van elkaar verschillen. Het beperkte recht *op een zaak* kan in dit systeem daarom niet voorgesteld worden als een afgesplitst en overgedragen ‘stukje eigendom’. Hetzelfde geldt voor het beperkte recht *op een ander recht*, waaronder met name het vorderingsrecht. Ook dit recht kan niet worden voorgesteld als een afgesplitst en overgedragen ‘stukje vorderingsrecht’.

Bij de beperkte rechten die *op andere beperkte rechten* rusten (de zogenaamde ‘gestapelde rechten’), althans de door beperkt gerechtigden gevestigde beperkte rechten, bleek dat alles iets genuanceerder te liggen. Hier bleken verschillende constructies denkbaar, afhankelijk van de twee beperkte rechten in kwestie. Naast het stapelingsmodel – een vestiging van beperkt recht op beperkt recht – kan hier in bepaalde gevallen ook het afsplitsingsmodel – een vestiging van beperkt recht direct op onderliggende zaak of onderliggend recht – toegepast worden.

Nu we het wringende model van de afsplitsing echter grotendeels van ons af kunnen werpen, heeft dat ook invloed op de mogelijke inhoud van de beperkte rechten. We kunnen nu immers in een groot aantal gevallen ook het ‘aftrekprincipe’ of ‘subtractieprincipe’¹ achter ons laten: het principe dat beperkte rechten als inhoud slechts een deel van de bevoegdheden kunnen

1 Zie over deze termen Struycken, diss. 2007, p. 401 noot 105.

hebben die normaal gesproken in de eigendom besloten liggen. Over dit principe kom ik nog uitgebreid te spreken in paragraaf 7.2.1.

Deze vaststelling nodigt uit tot een zoektocht naar eventuele (andere) grenzen die we zouden kunnen en/of moeten stellen aan de inhoud van beperkte rechten. Met andere woorden, kunnen we ons nu afvragen: welke rechten en verplichtingen kunnen *dán* tot inhoud van een beperkt recht gemaakt worden? En, nog fundamenteler: waarom moeten er eigenlijk grenzen worden gesteld aan de inhoud van beperkte rechten? Ten aanzien van de eerste vraag zal worden afgetrapt met een aantal inleidende vergezichten over de in het door mij geopperde model mogelijke inhoud van beperkte rechten. Nadat aandacht is besteed aan de grenzen die uit dit model, maar ook uit de andere veelgebruikte modellen voortvloeien, wordt bezien of er nog *andere* redenen zijn om grenzen te stellen aan de inhoud van beperkte rechten en hoe we die grenzen het beste zouden kunnen formuleren. Ten slotte zal in deze context in het bijzonder aandacht worden besteed aan verplichtingen tot een doen.

De hierboven gestelde vragen kunnen gebracht worden onder het debat over het bestaan van een gesloten stelsel (*numerus clausus*) in het goederenrecht. Dit onderzoek beperkt zich echter wél tot dat onderdeel van dit (vermeende) gesloten stelsel dat omschreven wordt met de Duitse term *Typenfixierung* en betrekking heeft op de variëteit in inhoud *binnen* de kring van als goederenrechtelijke rechten geaccepteerde rechten en op de grenzen van de inhoud van die rechten. Het onderzoek heeft géén betrekking op het andere onderdeel van het principe van de *numerus clausus*, dat omschreven wordt als *Typenzwang*. Dit onderdeel speelt zich af op een hoger niveau of – zo men wil – in een eerder stadium, en stelt grenzen aan de *hoeveelheid* en de *soort* rechten die als goederenrechtelijke rechten in een rechtssysteem worden toegelaten.²

7.1 INLEIDENDE VERGEZICHTEN OVER DE INHOUD VAN BEPERKTE RECHTEN

7.1.1 Beperkte rechten verleend door de eigenaar of rechthebbende

De eigenaar van een onbezwaarde zaak hoeft in beginsel met geen enkel ander persoon rekening te houden wat betreft de bevoegdheden die hij ten aanzien van zijn zaak kan uitoefenen.³ Hij is alleenheerser over zijn zaak en staat in

2 Wie geïnteresseerd is in het bredere onderwerp van de *numerus clausus*, wordt verwezen naar het imposante werk van T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007.

3 Uiteraard afgezien van de meer algemene beperkingen dat zijn gebruik van de zaak niet strijdt met rechten van anderen en hij de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen daarbij in acht neemt (art. 5:1 lid 2 BW).

een volledig onafhankelijke positie van anderen tegenover zijn zaak. Zijn recht is allesomvattend, althans omvat zo veel als een recht op een zaak kán omvatten (artikel 5:1 lid 1 BW). De eigendom is niet te verdelen in enkele specifieke bevoegdheden. Het is eenvoudigweg het meestomvattende recht op een zaak.

Wat betekent dit nu voor de mogelijkheden van de eigenaar om een beperkt recht op zijn zaak te vestigen?

Ervan uitgaande dat het beperkt recht geen *afsplitsing* van een deel van de eigendom is of hoeft te zijn, gaan hiervan voor de inhoud van het beperkte recht óók geen specifieke beperkingen uit tot bevoegdheden en eventueel verplichtingen die de eigenaar zelf op grond van zijn eigendom heeft. Zien we het beperkte recht vooral als een nieuw, tevoren nog niet bestaand recht dat een *belasting* vormt van de zaak en de bijbehorende eigendom, dan werpt dat een nieuwe licht op de eventuele grenzen aan de mogelijke inhoud van beperkte rechten. We hoeven ons niet meer te laten leiden door de – op zich eigenlijk al niet strikt te bepalen – omvang van de eigendom. De eigenaar kan dan, in samenspraak met de beperkt gerechtigde, zijn relatie tot de zaak – de eigendom – in beginsel op elke denkbare wijze belasten. Er zijn immers eenvoudigweg géén derden bij de situatie betrokken, ten opzichte van wie een zekere begrenzing van de mogelijkheden zou zijn vereist. Met de belasting van zijn eigen positie belast de eigenaar in samenwerking met de (beoogde) beperkt gerechtigde – vooralsnog – geen enkele ander.⁴

Beschouwen we de vestiging van het beperkte recht niet meer als afsplitsing en dus ook niet als *overdracht* van een deel van of enkele bevoegdheden uit het eigendomsrecht, dan is de eigenaar bij die vestiging óók niet meer gebonden aan het *nemo plus*-beginsel. Dit beginsel – dat kort gezegd inhoudt dat niemand meer kan overdragen dan hij zelf heeft – is logischerwijs immers niet van toepassing als er helemaal niets wordt *overgedragen*.⁵ Het vestigen van een beperkt recht op een zaak houdt wel een zekere beschikking in over die zaak en de bijbehorende eigendom, maar nu hierbij géén sprake is van een overdracht, en die zaak voorts *volledig* onder de heerschappij van de eigenaar staat, valt niet zonder meer te begrijpen dat die zaak en bijbehorende eigendom door hem niet zou kunnen worden onderworpen aan willekeurig welke belasting. Men kan immers weliswaar niet *de positie van derden belasten* door een ander rechten te verschaffen die men niet zelf jegens die derden kan uitoefenen, maar wel *zijn eigen positie*. Wat dat betreft zou een eigenaar een

4 Pas bij de overdracht van de blote eigendom of het beperkte recht komen eventuele ‘derden’ in het spel. Daarover meer in par. 7.3.2.

5 In het huidige BW wordt voor de vestiging van beperkte rechten weliswaar *aansluiting* gezocht bij de overdracht van dergelijke rechten ten aanzien van de vereisten die worden gesteld aan een geldige vestiging, maar ook niet meer dan dat. Dit is meer een kwestie van wetstechniek, dan van dogmatiek. Zie hierover uitgebreider hfdst. 6 par. 6.1.3.3.

ander logischerwijs niet alleen in dezelfde of een soortgelijke positie moeten kunnen brengen als hij zelf ten opzichte van de zaak heeft, maar ook in een – deels – nieuwe positie ten opzichte van de zaak en ten opzichte van hemzelf als (bloot) eigenaar van die zaak. Dit doet er mijns inziens niet aan af dat men dan nog altijd wel zou kunnen zeggen dat het beperkte recht van de eigendom “is afgeleid” (artikel 3:8 BW). “Afleiden” is immers heel wat ruimer dan “afsplitsen”, en impliceert zeker niet noodzakelijkerwijs dat de mogelijke inhoud van het beperkte recht moet worden beperkt tot de inhoud van de eigendom.⁶ Dat het beperkte recht is “afgeleid” van de eigendom kan ook worden opgevat in die zin dat het voor zijn vestiging nog altijd afhankelijk is van de eigenaar en diens positie. Hij is immers degene die het recht kan vestigen. Daarnaast wordt door de vestiging de positie van deze eigenaar – zijn zaak en ook zijn eigendom – met het beperkte recht “bezwaard” (artikel 3:8 BW).

Dat het *nemo plus*-beginsel hier niet meer leidend is, is dus een gevolg van het feit dat er – door de afwijzing van het afsplitsingsmodel – geen sprake meer is van een pure *derivatieve* verkrijging, zoals de vestiging van beperkte rechten doorgaans wordt gekwalificeerd.⁷ Er wordt immers geen (deel van een) goed met al zijn hoedanigheden *verkregen van* de rechtsvoorganger; wel wordt een tevoren niet in het vermogen van de ‘rechtsvoorganger’ bestaand recht *op* een dergelijk goed met al zijn hoedanigheden *ontleend aan* die ‘rechtsvoorganger’. Puur originair zou ik de verkrijging van een beperkt recht door vestiging dan ook eveneens zeker niet willen noemen. Eerder heeft deze verkrijging zowel derivatieve als originele karakteristieken: het recht bestond feitelijk nog niet eerder, maar wordt wél aan de eigenaar ontleend.⁸ Alleen bij een echte derivatieve verkrijging nu, vindt het *nemo plus*-beginsel steeds zijn toepassing: men kan niet meer overdragen dan men zelf heeft. Dit beginsel ziet in feite vooral op de goederenrechtelijke status van het vermogensbestanddeel dat wordt overgedragen.⁹ Bij het overdragen van dit vermogensbestanddeel zal die goederenrechtelijke status niet gewijzigd worden. Als men een bezwaarde of onbezwaarde zaak, of een bezwaard of onbezwaard recht *overdraagt*, dan kan dáármee de goederenrechtelijke status van deze zaak of dit recht *niet* worden veranderd. De eigenaar van een zaak of de schuldeiser van een vordering hebben het echter *wel degelijk* binnen hun macht liggen om de goederenrechtelijke status van hun zaak of recht te veranderen. Dit kunnen

6 Wel zou het wat mij betreft dan de voorkeur verdienen te spreken van ‘afleiden *van*’ en niet ‘afleiden *uit*’ zoals artikel 3:8 BW doet.

7 Zie over dit begrip eerder en uitgebreider al hfdst. 4 par. 4.1.1.2 en hfdst. 5 par. 5.2.2.1.

8 Zie hierover ook Dernburg in hfdst. 4 par. 4.1.1.2. Hij categoriseert de vestiging van een beperkt recht als een speciale vorm van derivatieve verkrijging, die de complexe en meer-voudige achtergrond van de constructie van het beperkte recht beter weergeeft: de ‘konstitutiver Übertragung’, een *overdracht* waarbij een *nieuw recht* ontstaat. Deze indeling werd in Nederland gevolgd door Suijling en Eggens, zie hfdst. 5 par. 5.2.2.1 (bij noot 89).

9 Zie in dergelijke zin De Jong, diss. 2006, nr. 98 en 99.

zij nu juist doen door de *bezwaring* van hun vermogensbestanddeel: door de vestiging van beperkte rechten derhalve.

De enige grens aan de inhoud van beperkte rechten die we dan eigenlijk nog kennen, is die van de *Typenzwang*: het door de eigenaar nieuw gecreëerde recht moet in de kern overeenkomen met één van de typen rechten die ons gesloten stelsel als goederenrechtelijke rechten erkent en toelaat. De *Typenfixierung* – het dwingende karakter van de wettelijke regels die de verdere inhoud van de toegelaten goederenrechtelijke rechten bepalen – neemt dan *in beginsel* een zo goed als te verwaarlozen rol in.¹⁰ De enige rol die voor de *Typenfixierung* dan nog is weggelegd, is er één die nauwelijks nog van *Typenzwang* te onderscheiden is: dat de vrijheid in inhoud van het beperkte recht niet zó groot kan zijn dat dit recht niet meer herkenbaar is als één van de door de *Typenzwang* toegelaten soorten beperkte rechten.

De eigenaar wordt bij de vestiging van een beperkt recht op zijn zaak dus zeker beperkt door de “in de wet genoemde beperkte rechten” (artikel 3:81 lid 1 BW). “De grenzen van [zijn] recht” – het eigendomsrecht – uit hetzelfde wetsartikel leggen hem echter nauwelijks beperkingen op; hoogstens verwijzen deze grenzen ernaar dat ook een eigenaar niet in strijd met de rechten van anderen mag handelen en de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen in acht moet nemen (artikel 5:1 lid 2 BW). Dit is *alleen* anders als men zou moeten constateren dat er nog *andere* redenen bestaan – anders dus dan die gelegen in de voorstelling van het beperkte recht als afsplitsing en overdracht van een deel van de eigendom – om niet alle bevoegdheden en verplichtingen ten aanzien van een zaak en zijn eigenaar die een eigenaar in de vorm van een beperkt recht op zijn zaak zou willen vestigen, goederenrechtelijke werking toe te kennen.

Ook het uitgangspunt van artikel 3:8 BW ten slotte – dat het recht van de eigenaar *meeromvattend* moet zijn dan het recht dat hij vestigt – lijkt me voor het hierboven beweerde geen probleem op te leveren. De eigendom is immers, zelfs per definitie, het *meestomvattende* recht dat iemand op een zaak kan hebben (artikel 5:1 BW). Dit impliceert dat een beperkt recht, per definitie, nooit meeromvattend kan zijn dan de eigendom. Wat voor bevoegdheden (en verplichtingen) je ook tot inhoud van het beperkte recht maakt, het meestomvattende recht (eigendom) zal het er niet van worden. Zelfs als het beperkte recht bevoegdheden en/of verplichtingen inhoudt die niet per se in de eigendom zaten. De eigendom blijft ten opzichte van het beperkte recht altijd een meeromvattend recht. Dat komt omdat de eigendom – zoals ook in het vorige hoofdstuk uitgebreid aan de orde is geweest – vooral een bepaalde *kwalitatieve*

¹⁰ Dit kan in concrete gevallen natuurlijk anders zijn, indien expliciete wettelijke regels duidelijke grenzen stellen aan een bepaald beperkt recht.

meerwaarde heeft op het beperkte recht.¹¹ In een concreet geval zal men – kwantitatief gezien – veel vaker kunnen betwijfelen of een beperkt recht daadwerkelijk minderomvattend is dan de eigendom van de zaak waarop het beperkte recht rust. Het erfpachtrecht geeft bijvoorbeeld in beginsel immers het *volledige* genot van de zaak aan de erfpachter; voor de bloot eigenaar blijft gedurende het bestaan van het erfpachtrecht geen enkel genot meer over. Het (kwalitatieve) verschil dat de eigendom meeromvattend maakt ten opzichte van het erfpachtrecht, moet men dan ook veel meer zoeken in aspecten als: het feit dat het de (bloot) eigenaar en zijn (bloot) eigendom is waaraan de erfpachter zijn recht ontleent en niet andersom; het feit dat de (bloot) eigenaar bij de vestiging voorwaarden, tijdsbepalingen en inhoudelijke beperkingen of verplichtingen kan verbinden aan het recht dat hij op zijn zaak verleent, waardoor – om maar een voorbeeld te noemen – de erfpachter op gezette tijden canon aan de bloot eigenaar verschuldigd kan zijn voor zijn genot; het feit dat indien en wanneer het erfpachtrecht tot een einde komt, alle bevoegdheden ten aanzien van de zaak weer bij de (bloot) eigenaar komen te liggen en niet andersom; het feit dat de (bloot) eigenaar degene is die *de zaak* aan een ander kan overdragen, al is het dan onder bezwaring van een erfpachtrecht; het feit dat de bloot eigenaar de (gehele) zaak van de onrechtmatige bezitter kan opeisen ook al heeft hij zelf geen recht van genot van de zaak meer; etcetera.¹² En beschouwt men – om een ander voorbeeld te geven – het op een zaak gevestigde zekerheidsrecht nader, dan blijkt ook hier niet uit alles dat de eigendom van de zaak meeromvattend is dan het zekerheidsrecht. De eigendom omvat(te) immers geen bevoegdheden tot executoriale verkoop van de eigen zaak, bevoegdheden die wél aan de zekerheidsgerechtigde toekomen. Toch zal niemand betwijfelen dat deze eigendom, die de bevoegdheden van de zekerheidsgerechtigde *niet* omvat, desondanks moet worden opgevat als

-
- 11 Vgl. hierover ook Jansen, *GROM XXV* (2008), p. 87-88 (met verdere verwijzing naar Scholten): “Het lastig te omschrijven karakter van het eigendomsrecht wreekt zich hier. Dat de eigenaar het meest omvattende recht heeft betekent dat de eigenaar de meest uiteenlopende bevoegdheden ten aanzien van zijn goed heeft. De eigenaar heeft de meest volledige bevoegdheid over zijn goed (...). Beperkte rechten geven steeds een minder volledige, beperkte bevoegdheid. In die zin is het eigendomsrecht het meest omvattende recht dat men op een goed kan hebben. Het eigendomsrecht omvat echter niet de beperkte rechten.”
- 12 Vgl. hier ook de opmerking van Meijers in zijn *Algemene begrippen* (p. 281) dat het hoofdrecht – zelfs indien het na de vestiging van het beperkte recht minder bevoegdheden inhoudt dan dit beperkte recht (waarbij men van Meijers eens moet denken aan een met een eeuwigdurende erfpacht belaste eigendom) – niettemin nimmer op één lijn met dit beperkte recht staat. Het wegvallen van het hoofdrecht beïnvloedt de omvang en bevoegdheden van het beperkte recht immers niet, omgekeerd echter, wanneer het beperkte recht wegvalt, breiden de bevoegdheden van het hoofdrecht zich wel weer uit tot haar normale omvang. Vgl. ook reeds de opmerking van Hugo de Groot (zie hfdst. 5 par. 5.1) dat beslissend is voor de vraag naar “t meerendeel” van de eigendom niet de (huidige, tijdelijke) ‘baet’ van het land, maar veeleer de (onderliggende, uiteindelijke) ‘waerde’ ervan, die na verval van de ‘gerechtigheid’ geheel aan de eigenaar van het erfpachtland (de erfverpachter) toekomt; en niet aan de erfpachter ‘die nochtans de meeste baet heeft van ‘t land’.

meeromvattend dan het zekerheidsrecht. Iets vergelijkbaars is het geval bij een door de eigenaar gevestigde erfdienstbaarheid: ook hier komt het voor dat een erfdienstbaarheid een bevoegdheid omvat waarvan niet gezegd kan worden dat de eigenaar die ook heeft of heeft gehad (bijv. de bevoegdheid om hogere bouw op het dienend erf te verbieden). Niemand zal hier echter betwijfelen dat de eigendom een meeromvattend recht is dan de erfdienstbaarheid.

Voor de rechthebbende van een vordering – de schuldeiser dus – geldt in feite precies hetzelfde als in het bovenstaande ten aanzien van de eigenaar van een zaak is verdedigd.¹³ Weliswaar is in dit geval in zekere zin een derde betrokken – de schuldenaar – maar die is alleen betrokken bij de uitoefening van de bevoegdheden die *uit* het vorderingsrecht volgen – het opeisen van de verschuldigde prestatie door de gerechtigde bij die schuldenaar – en niet bij de gerechtigdheid *tot* het vorderingsrecht. De in het vorderingsrecht zelf gelegen bevoegdheden tot beschikking over dat recht kunnen in ons huidige rechtsstelsel immers volledig onafhankelijk van de schuldenaar uitgeoefend worden.¹⁴

De hierboven gevolgde gedachtegang maakt dat de inhoud van beperkte rechten *in beginsel* – en afgezien van expliciete wettelijke beperkingen – niet beperkt is tot bevoegdheden die ook besloten liggen in de eigendom of in het (vorderings-)recht van degene die het beperkte recht vestigt. Verdere bevoegdheden dan een eigenaar of rechthebbende zelf heeft (of had), zijn als inhoud van het door de eigenaar of rechthebbende gevestigde beperkte recht *niet* ondenkbaar. Maar ook verplichtingen – zelfs die tot een doen – worden door de constructie van het beperkte recht als belasting van de zaak of het recht niet als zodanig uitgesloten.

7.1.2 Beperkte rechten verleend door een andere beperkt gerechtigde

Bij de grenzen die moeten worden gesteld aan de mogelijke inhoud van beperkte rechten die door eerdere beperkt gerechtigden worden gevestigd, geldt een heel ander uitgangspunt. Deze rechten zijn per definitie beperkt en bevatten alleen de specifieke bevoegdheden die daarin bij de vestiging zijn opgenomen, of die de wet eraan toekent. Of men in een concreet geval het door een eerdere beperkt gerechtigde gevestigde beperkte recht nu beschouwt

13 Maar ook voor rechthebbenden van andersoortige rechten, zoals bijvoorbeeld intellectuele eigendomsrechten.

14 Hoogstens is in sommige gevallen bij vorderingen op naam voor de overdracht een *mededeling* aan de schuldenaar vereist (art. 3:94 lid 1 BW), waarbij de rol van die schuldenaar echter volledig passief blijft.

als een afsplitsing van het eerdere beperkte recht of niet, altijd zullen hierbij de belangen van een derde al direct betrokken zijn. Die derde is de eigenaar van de bezwaarde zaak of de rechthebbende van het bezwaarde recht (bijvoorbeeld de schuldeiser van de bezwaarde vordering). Hier is naar mijn mening derhalve niet zozeer de precieze constructie van het beperkte recht van belang – *afplitsing* (geassocieerd met het beperkte recht dat rechtstreeks op de betrokken zaak of het betrokken recht rust) of *belasting* (geassocieerd met het beperkte recht op het andere beperkte recht) – als wel de positie van de bij de situatie *direct* en vrijwel *rechtstreeks* betrokken eigenaar of rechthebbende. Het is *deze* positie die *in elk geval* grenzen stelt aan de mogelijke inhoud van beperkte rechten die door eerdere beperkt gerechtigden gevestigd worden, en die deze beperkt gerechtigden beperken in de bevoegdheid om nieuwe beperkte rechten te vestigen.

Bij de precieze invulling van de grenzen die de positie van de eigenaar van de onderliggende zaak of de rechthebbende van het onderliggende recht met zich meebrengt, is de gebruikte constructie echter wel van belang.

Bij de belastings- of stapelingsconstructie is men – net als bij de door de eigenaar of rechthebbende zelf gevestigde beperkte rechten – niet zozeer gebonden aan het *nemo plus*-beginsel. Het gaat ook hier namelijk niet om een beperking van de beschikkingsbevoegdheid van de beperkt gerechtigde in die zin dat deze niet meer kan overdragen dan hij zelf heeft.¹⁵ Het is er vooral een kwestie van dat een beperkt gerechtigde weliswaar best een zwaardere belasting van zijn *eigen* positie kan bewerkstelligen, maar dat hij geen nieuw beperkt recht kan vestigen dat een zwaardere belasting zou inhouden voor de *bloot eigenaar* van de onderliggende zaak of de *rechthebbende* van het onderliggende recht. Dit volgt uit de constructie zelf: het is een belasting van *het eerder gevestigde beperkte recht*, géén belasting van *de eigendom van de onderliggende zaak* of van *het onderliggende recht*. De beperkt gerechtigde kan derhalve wel in die zin over zijn eigen positie beschikken dat hij die belast met een beperkt recht met een inhoud die verder gaat dan de inhoud van zijn eigen recht, hij kan daarbij alleen de positie van de *hoofdgerechtigde* van de belaste zaak of het belaste recht niet verder bezwaren dan deze al was bezwaard. In deze *laatste* positie liggen derhalve de grenzen voor de beperkt gerechtigde bij het vestigen van nieuwe beperkte rechten. Een zwaardere belasting van de positie van de hoofdgerechtigde door de (eerste) beperkt gerechtigde is immers alleen denkbaar indien de hoofdgerechtigde daar zelf bij voorbaat mee heeft ingestemd, of indien de mogelijkheid hiertoe rechtstreeks uit de wet voortvloeit.

15 Ook hier is niet per definitie sprake van een echte *derivatieve* verkrijging, al zou je kunnen zeggen dat hiervan méér sprake is dan dat bij de vestiging van beperkte rechten door een eigenaar van een zaak of de schuldeiser van een vordering het geval is, nu de eerdere beperkt gerechtigde bij de vestiging van een nieuw beperkt recht in ieder geval in enigerlei mate de specifieke grenzen van de inhoud van zijn eigen recht in acht moet nemen.

Bij de afsplitsingsconstructie ligt dit anders. Daar speelt het *nemo plus*-beginsel wel een prominente rol. In deze constructie wordt immers door de beperkt gerechtigde een deel van zijn eigen recht afgesplitst en overgedragen aan een ander. Die ander – de nieuwe beperkt gerechtigde – krijgt daarbij een recht op dezelfde zaak of hetzelfde recht als waarop het eerste beperkte recht werd gevestigd. Waar de eerste beperkt gerechtigde in deze constructie dus een deel van zijn eigen recht *overdraagt* ter vestiging van een nieuw beperkt recht, geldt dat hij daarbij dan ook uiteraard niet méér kan overdragen dan hij zelf tevoren had. Zou dit wel het geval zijn, dan zou – aangezien het nieuwe beperkte recht hier *rechtstreeks* op de onderliggende zaak of het onderliggende recht komt te rusten – deze verlening van meer bevoegdheden dan de eerste beperkt gerechtigde zelf had óók hier, en wel direct, leiden tot een extra belasting van de positie van de eigenaar of rechthebbende.

Een beperkt gerechtigde is dus bij de vestiging van verdere beperkte rechten – nog ongeacht het wel of niet van toepassing zijn van het afsplitsingsmodel – gebonden aan (veel) strengere “grenzen van [zijn] recht” (zie artikel 3:81 lid 1 BW) dan de eigenaar of schuldeiser: het gaat dan immers niet meer alleen om de – algemenere – grenzen die voortvloeien uit de rechten van anderen en uit de wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht. Hier gaat het óók om de specifieke grenzen die voortvloeien uit zijn eigen (beperkte) recht en die nader bepaald moeten worden aan de hand van de precieze constructie van het nieuwe beperkte recht. Die specifieke grenzen en de daaruit volgende beperkingen zijn – in beide constructies – een gevolg van de positie van de onvermijdelijke derde: de eigenaar van de onderliggende zaak of de rechthebbende van het onderliggende recht. Hij is immers degene die met de vestiging van het eerste beperkte recht het speelveld reeds voor alle spelers heeft bepaald, ook voor hen die pas later het veld betreden. Vestigt de beperkt gerechtigde inderdaad op zijn beurt weer een nieuw recht, dat kan hij deze basis in beginsel niet meer veranderen. Zijn eigen – beperkte – recht is bepalend voor het ontstaan van het door hem nieuw gevestigde beperkte recht en voor de uiterste grenzen die voor dit recht gelden.¹⁶ Men moet bij dit laatste denken aan grenzen die zijn gelegen in *tijd* (Voor welke periode is het eerdere beperkte recht gevestigd?), in *ruimte* (Strekt het eerder gevestigde beperkte recht zich uit over de gehele, of slechts over een gedeelte van de zaak?), maar óók in *inhoud* (Welke rechten en verplichtingen maken deel uit

16 Ook qua *rang* is het door een eerdere beperkt gerechtigde gevestigde recht overigens afhankelijk van het recht van deze eerdere beperkt gerechtigde. Voor het voortbestaan van het door de eerdere beperkt gerechtigde gevestigde recht is het voortbestaan van het eerder gevestigde recht echter *niet* altijd noodzakelijk. Net als bij het beperkte recht op de roerende zaak die werd prijsgegeven en opnieuw in bezit genomen (zie hfdst. 6 par. 6.2.3.1 noot 247 met verwijzing naar De Jong) is ook het tenietgaan van het eerder gevestigde beperkte recht door afstand of vermenging niet fataal voor het door de eerdere beperkte gerechtigde gevestigde recht (zie art. 3:81 lid 3 BW en hfdst. 6 par. 6.2.3.3 bij noot 278).

van het eerder gevestigde beperkte recht? Of: welke belasting vormt het eerder gevestigde beperkte recht voor de onderliggende zaak of het onderliggende recht?). De uiterste grenzen van wat hij als beperkt gerechtigde *zelf* vermagen aanzien van de hoofdgerechtigde zullen eenvoudigweg ook in acht genomen moeten worden door de nieuwe beperkt gerechtigde, aangezien diens recht in geen geval een zwaardere belasting voor de hoofdgerechtigde kan vormen dan het recht van de eerdere beperkt gerechtigde. De eerdere beperkt gerechtigde kan immers slechts *zichzelf*, maar niet een *ander* binden aan een zwaardere belasting dan de hoofdgerechtigde ooit op zich heeft genomen. Die zwaardere belasting kan derhalve geen goederenrechtelijke werking hebben, en daarmee geen onderdeel vormen van de inhoud van het (later gevestigde) beperkte recht. In die zin is het eerder gevestigde beperkte recht inderdaad – zoals artikel 3:8 BW het uitdrukt – niet alleen een recht “hetwelk met het [later gevestigde] beperkte recht is *bezwwaard*” (een uitdrukking die vooral betrekking heeft op het gestapelde beperkte recht), maar ook – in beide constructies – het meeromvattende recht waarvan dit beperkte recht “is *afgeleid*” (*idem*).

Toch zorgt dit er niet voor dat de mogelijkheden hier noodzakelijkerwijs zeer beperkt zijn. Het tweede beperkte recht bouwt immers in zekere zin altijd voort op het eerste beperkte recht, en zoals we in de vorige paragraaf hebben gezien, zijn de beperkingen ten aanzien van de inhoud bij de vestiging van dit *eerste* beperkte recht zeer minimaal. De eigenaar van de onderliggende zaak of de rechthebbende van het onderliggende recht heeft immers niet met een onvermijdelijke derde te maken bij de vestiging van het eerste beperkte recht.

In de afsplitsingsconstructie is het zo dat alléén bevoegdheden en verplichtingen die ook in het *eerste* beperkte recht zaten, een onderdeel kunnen gaan uitmaken van het *latere* beperkte recht. Maar bij de vestiging van dit *eerste* beperkte recht geldt, zoals we hebben gezien, *niet* dat de inhoud daarvan beperkt is tot de bevoegdheden (en verplichtingen) die een onderdeel uitmaakten van de *eigendom* of het *andere moederrecht*. Het gevolg is dan ook, dat in het eerste beperkte recht bevoegdheden en verplichtingen kunnen zitten die *niet* in de eigendom of het andere moederrecht zaten. En als dat het geval is, dan kunnen deze bevoegdheden en verplichtingen óók deel gaan uitmaken van het latere beperkte recht. De afsplitsingsconstructie van het latere beperkte recht is dus zo beperkend nog niet, nu voor de inhoud van het *eerste* beperkte recht maar weinig beperkingen gelden. De voorwaarde voor een ruime inhoud van het latere beperkte recht is dan alleen dat die inhoud door de eigenaar of andere hoofdgerechtigde bij de vestiging van het eerste beperkte recht in dat recht is opgenomen. Dat geldt voor verdere bevoegdheden dan een eigenaar of andere hoofdgerechtigde zelf had, maar ook voor eventuele verplichtingen, zelfs die tot een doen. Met andere woorden: dat wat je als hoofdgerechtigde als last op je zaak of je recht aan bevoegdheden en plichten aan een (eerste)

beperkt gerechtigde geeft, kan deze beperkt gerechtigde ook aan een ander geven.

In de stapelingsconstructie bestaan nog meer mogelijkheden. Hierbij is ook in de *tweede* fase – de vestiging door een beperkt gerechtigde van een nieuw beperkt recht – niet uitgesloten dat er in het later gevestigde, gestapelde recht verdere bevoegdheden en verplichtingen, zelfs verplichtingen tot een doen, gevestigd worden dan in het eerder gevestigde, tussenliggende recht reeds waren opgenomen. Hier behoort – net als bij de vestiging van een beperkt recht door de eigenaar of door een andere hoofdgerechtigde – *in beginsel* elke bevoegdheid en elke verplichting tot de mogelijkheden. Dat betekent dat deze bevoegdheden en verplichtingen niet per se al onderdeel hoeven te hebben uitgemaakt van het eerder gevestigde, tussenliggende beperkte recht. Maar wil men dat dergelijke bevoegdheden en verplichtingen daadwerkelijk *onderdeel* gaan uitmaken van het later gevestigde, gestapelde beperkte recht en daarmee goederenrechtelijke werking verkrijgen, dan kan een dergelijk recht geen verworven rechten van derden, zoals in dit geval met name de eigenaar of andere hoofdgerechtigde, aantasten. Het gestapelde recht is immers een recht dat door een beperkt gerechtigde gevestigd wordt *op diens eigen recht* en *niet* op de eigendom of het andere moederrecht. Zij kunnen dan ook slechts een belasting van het tussenliggende recht vormen en niet ook een (extra) belasting van de eigendom of het andere moederrecht.

Dit alles is *alleen* anders als men zou moeten constateren dat er nog *andere* redenen bestaan – anders dus dan die gelegen in de constructie van het door een beperkt gerechtigde gevestigde beperkte recht – om niet alle bevoegdheden en verplichtingen die een beperkt gerechtigde in de vorm van een beperkt recht zou willen vestigen, goederenrechtelijke werking toe te kennen.

Men kan zeggen dat met de hierboven geformuleerde grens van het ‘niet verder kunnen bezwaren van het moederrecht’ – die in beide constructies gevonden kan worden – in zekere zin besloten ligt in de eis dat het gevestigde recht steeds een belasting of bezwaring vormt van een *meeromvattend* recht in de zin van artikel 3:8 BW. Als het recht waarop het beperkte recht rust immers daadwerkelijk steeds maar *meeromvattend* is dan het gevestigde beperkte recht zelf, dan zal de positie van de eigenaar van de onderliggende zaak of de rechthebbende van het onderliggende recht door dit beperkte recht automatisch nooit verder verzwaaard kunnen worden.

In de afsplitsingsconstructie is deze meeromvattendheid van het later gevestigde beperkte recht ten opzichte van het eerder gevestigde beperkte recht ook eenvoudig terug te vinden in de praktische uitwerking: het gaat hier namelijk steeds om een kwantitatieve meerwaarde van het eerder gevestigde beperkte recht. Het later gevestigde beperkte recht is een afsplitsing van het eerder gevestigde beperkte recht: in het latere gevestigde beperkte recht kan derhalve niet méér zitten dan in het eerder gevestigde beperkte recht. Het gaat in feite slechts om een overdracht van een deel van het eerder gevestigde

beperkte recht – een overdracht van enkele bevoegdheden die onderdeel uitmaakten van dit eerdere recht – onder zekere voorwaarden en/of een zekere tijdsbepaling. Bij vervulling van de relevante voorwaarden of verloop van de gestelde tijdsbepaling zullen deze bevoegdheden weer aan de eerder beperkt gerechtigde terugvallen. Hoogstens zou je kunnen zeggen dat het later gevestigde beperkte recht het eerder gevestigde beperkte recht in inhoud zeer dicht kan naderen.

Maar in de stapelingsconstructie ligt dit anders. Men kan zich terecht afvragen of er nog wel sprake is van *meeromvattendheid* van het later gevestigde, gestapelde recht ten opzichte van het eerder gevestigde, tussenliggende recht als het gestapelde recht verdere bevoegdheden en verplichtingen kan omvatten dan het tussenliggende recht. Mijns inziens dient men echter óók hier – net als hiervóór bij de door een eigenaar gevestigde beperkte rechten al noodzakelijk bleek – deze meeromvattendheid niet heel klinisch en plastisch op te vatten. Bij de vestiging van een erfpachtrecht op een zaak hebben we immers gezien dat hoewel het erfpachtrecht in concreto soms meer lijkt te omvatten dan de resterende bloot eigendom en feitelijk nog maar weinig verschilt van volle eigendom (het verschaft in beginsel het *volledige* genot van de zaak aan de erfpachter), de eigendom van de zaak toch nog steeds als meeromvattend recht kan blijven worden opgevat. Iets vergelijkbaars gold voor door eigenaren op hun zaak gevestigde zekerheidsrechten en erfdienstbaarheden: ook daar stond – ondanks het feit dat zekerheidsrecht en erfdienstbaarheid een inhoud (kunnen) hebben die de eigendom niet heeft – buiten kijf dat de eigendom ten opzichte van het zekerheidsrecht of de erfdienstbaarheid een meeromvattend recht is. Overeenkomstige gedachtegangen gaan op voor de door beperkt gerechtigden gevestigde, gestapelde beperkte rechten. In de stapelingsconstructie vervult het eerder gevestigde, tussenliggende beperkt recht immers een vergelijkbare rol als de bloot eigendom in het eerstgenoemde geval speelt: een rol als moederrecht, waarvan het gestapelde recht wordt afgeleid en dat met het gestapelde recht is bezwaard, en waarin bij het wegvallen van het gestapelde recht de (tijdelijk) ontnomen bevoegdheden weer tot volle wasdom komen. In zijn praktische uitwerking heeft óók in deze constructie het eerder gevestigde beperkte recht dus wel degelijk een zekere – kwalitatieve – meerwaarde ten opzichte van het later gevestigde beperkte recht.¹⁷

Het stellen van de eis van meeromvattendheid – en zeker van een letterlijke, kwantitatieve vorm hiervan – is op zich dan ook weinig zinvol en lijkt zelfs in strijd te komen met enkele onbetwiste wettelijke mogelijkheden. Mijns inziens kan men beter volstaan met het stellen van de eis dat het beperkte recht geen verdere belasting van de onderliggende zaak of het onderliggende recht kan en mag vormen.

17 De in noot 12 weergegeven opmerking van Meijers in zijn *Algemene begrippen* gaat ook hier op.

De hierboven geschetste vergezichten over de inhoud van beperkte rechten en de uit de constructie van het beperkte recht voortvloeiende grenzen aan die inhoud, lijken dus buitengewoon ruime mogelijkheden te bieden. Maar voordat we kunnen kijken naar welke mogelijkheden deze en/of andere grenzen ons in concreto geven, moet eerst nog een aantal andere zaken onderzocht worden. Ten eerste is dat de vraag: welke modellen voor het beperkte recht en welke daaruit voortvloeiende grenzen hanteerde de dogmatiek tot nu toe eigenlijk? En voorts: hoe verklaarde men de wettelijk mogelijke of anderszins gewenste inhoud van beperkte rechten die niet in deze modellen en grenzen in te passen was?

7.2 OUDE MODELLEN EN BIJBEHORENDE PRINCIPES NIET MEER LEIDINGGEVEND VOOR DE INHOUD VAN BEPERKTE RECHTEN

7.2.1 Het afsplitsingsmodel en het aftrek- of subtractieprincipe

Het model van het beperkte recht waar ik me in dit onderzoek voor het overgrote deel van de gevallen tegen heb verzet – het afsplitsingsmodel – blijkt nog altijd vrij algemeen aan de vestiging van het beperkte recht ten grondslag te worden gelegd. Recentelijk nog heeft Struycken dit model in zijn proefschrift als algemeen uitgangspunt voor de vestiging van beperkte rechten genomen. Los van het feit nu dat dit model mijns inziens geen juiste weergave vormt van de gang van zaken bij bijna alle vestigingen van beperkte rechten, brengt het model ook belangrijke beperkingen met zich mee voor de mogelijke inhoud van die beperkte rechten. Het is maar de vraag of het stellen van deze beperkingen bij afwijzing van het afsplitsingsmodel nog wel zonder meer gerechtvaardigd is.

Het uitgangspunt van het afsplitsingsmodel voor de bepaling van de mogelijke inhoud van beperkte rechten wordt algemeen aangeduid als het ‘aftrekprincipe’ of het ‘subtractieprincipe’.¹⁸ Dit principe – in Nederland met name verdedigd door Van Opstall in een zeer uitgebreid en veelgeciteerd stuk in het *WPNR*¹⁹ – houdt in dat beperkte rechten slechts tot inhoud kunnen hebben een deel van de bevoegdheden die, ware het goed niet met het beperkte recht belast, aan de volledig gerechtigde zouden toekomen.²⁰ De bevoegdheden die voortaan

18 Zie over deze termen Struycken, diss. 2007, p. 401 noot 105. De term subtractieprincipe komt van Struycken zelf. Wat mij betreft had Struycken overigens in het Nederlands – als vertaling van het Zuid-Afrikaanse/Engelse ‘subtraction’ – beter gebruik kunnen maken van de term substractieprincipe (met tussengevoegde s dus) in plaats van de term subtractieprincipe.

19 Van Opstall, *WPNR* 4919-4926 (1966).

20 Zie Van Opstall, *WPNR* 4919 (1966), p. 383 en – in navolging van zijn definitie – ook bijv. Struycken, a.w., p. 401 en Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 113.

aan de beperkt gerechtigde zullen toekomen, worden als het ware 'afgetrokken' van de bevoegdheden van de (oorspronkelijk) volledig gerechtigde. De volledig gerechtigde houdt slechts een 'blootgerechtigdheid' over.

Uit de hierboven gegeven definitie blijkt al direct de nauwe verbondenheid van het aftrekprincipe met het afsplitsingsmodel: dat de inhoud van het beperkte recht een deel van de bevoegdheden van de volledig gerechtigde moet vormen is immers voor de hand liggend als het beperkte recht, zoals in het afsplitsingsmodel, wordt opgevat als een deel van het recht van de volledig gerechtigde. Het aftrekprincipe geeft daarmee logisch gevolg aan (een letterlijke opvatting van) het afsplitsingsmodel. Indien men het beperkte recht daadwerkelijk als brokstuk van het moederrecht opvat, is de conclusie van het aftrekprincipe onvermijdelijk.

Maar wat zijn nu precies de consequenties van het aftrekprincipe? Welke beperkingen levert het principe nu precies op voor de inhoud van het beperkte recht?

Om te beginnen is dat een beperking in de *bevoegdheden* die men een beperkt gerechtigde als onderdeel van zijn recht kan geven. Bevoegdheden waarvan niet gezegd kan worden dat die vóór de vestiging van het beperkte recht toekwamen aan de hoofdgerechtigde komen – althans in theorie – niet in aanmerking voor opname in het beperkte recht.²¹ Hier dringen zich meteen al enkele moeilijkheden op. Neem bijvoorbeeld het zekerheidsrecht. Onbetwist zal zijn dat dit recht tot inhoud heeft en dus kan hebben het recht om het goed van de hoofdgerechtigde onder bepaalde voorwaarden executoriaal te verkopen en zich op de opbrengst ervan te verhalen. Toch kan men mijns inziens niet zeggen dat dit een bevoegdheid is die vóór de vestiging van het zekerheidsrecht aan de hoofdgerechtigde toekwam. Om het zekerheidsrecht echter toch in de mal van het afsplitsingsmodel te wringen, kan men zeggen dat de hoofdgerechtigde wel de bevoegdheid heeft zijn goed aan een ander over te dragen, gelegen in zijn beschikkingsbevoegdheid. Van de zekerheidsgerechtigde zegt men vervolgens dat ook hij met zijn recht toch een zekere bevoegdheid heeft gekregen tot het overdragen van het goed. Dat de bevoegdheid van de zekerheidsgerechtigde tot het overdragen van het goed een heel andere is dan die van de hoofdgerechtigde én dat de hoofdgerechtigde zijn bevoegdheid om zelf over het goed te beschikken met de vestiging van het zekerheidsrecht niet heeft verloren en het goed nog altijd – al is het met de belasting van het zekerheidsrecht – aan een ander kan overdragen, ziet men hierbij gemakkelijk door de vingers. Men zegt dan dat de hoofdgerechtigde alleen nog over de

21 Deze conclusie wordt in de hand gewerkt – aldus ook De Jong, diss. 2006, nr. 18 – door de in par. 7.1.1 en 7.1.2 besproken 'volume-metafoor' van de meeromvattendheid van het bezwaarde goed. Zoals aldaar verdedigd, dient men deze meeromvattendheid echter niet al te letterlijk nemen.

'blootgerechtigdheid' van zijn goed kan beschikken en hij daarmee *beperkt* beschikkingsbevoegd is geworden. Goedbeschouwd is dat natuurlijk een verhullende manier van spreken. De hoofdgerechtigde beschikt gewoon over zijn goed en zijn beschikkingsbevoegdheid is niet in enigerlei zin beperkt. Het object waarover hij beschikt – zijn goed – is slechts onderworpen aan een zekere, goederenrechtelijke belasting.²²

Zo ook bij de *servitus altius non tollendi*, de erfdienstbaarheid die de eigenaar van het dienende erf het recht ontnemt om op zijn eigen grond hoger dan een bepaalde hoogte te bouwen en de beperkt gerechtigde – tevens eigenaar van het heersende erf – de bevoegdheid geeft een dergelijke hogere bouw te verbieden. Men moet hier dan van maken dat de eigenaar van het dienende erf zelf ook de bevoegdheid zou hebben gehad om zichzelf te 'verbieden' hoger te bouwen, althans af te zien van het recht om dit wel te doen.²³ Dat de eigenaar van het dienende erf deze 'bevoegdheid' om zichzelf te 'verbieden' hoger te bouwen op zijn grond nadien niet verloren heeft, en dat de beperkt gerechtigde anderszins geen bevoegdheid heeft verkregen om zelf op het dienende erf hoger te bouwen, ziet men hierbij door de vingers.

En zo verzandt men in discussies waarin steeds algemenere, vagere en ingewikkeldere bevoegdheden worden geformuleerd, zodat maar op enigerlei wijze volgehouden kan worden dat de bevoegdheden van de beperkt gerechtig-

22 De Jong (diss. 2006, nr. 98 en 99) spreekt hierbij van de *goederenrechtelijke status* van het goed, waarin door de overdracht van dat goed geen wijziging wordt gebracht.

23 Dat de beperkt gerechtigde ook het recht verkrijgt om *derden* te verbieden op het dienende erf hoger te bouwen, heeft niet zo veel meerwaarde boven het recht om de *eigenaar* van het dienende erf dit te verbieden. Dit laatste recht houdt immers in om bij elke hogere bouw – door wie dan ook uitgevoerd, met of zonder toestemming van de eigenaar – van de eigenaar te eisen dat deze gestopt en/of tenietgedaan wordt.

de van die van de hoofdgerechtigde worden 'afgetrokken'.²⁴ Erg veel waarde kan men mijns inziens aan deze formuleringen niet meer hechten.

Ten tweede brengt het aftrekprincipe ook zeer grote beperkingen met zich mee ten aanzien van de *verplichtingen* die men aan de beperkt gerechtigde als onderdeel van zijn recht kan meegeven. De gedachte hier is dat de eigendom (of een ander volledig recht) geen verplichtingen bevat. De eigenaar is puur en alleen *op grond van zijn eigendomsrecht* nooit tot iets verplicht.²⁵ Een verplichting van welke soort dan ook kan daarom nooit van de eigendom worden afgesplitst of 'afgetrokken' en aan de beperkt gerechtigde worden overgedragen. Dit heeft als gevolg dat een beperkt recht zelf nooit mede kan bestaan uit een verplichting. Een verplichting kan derhalve geen *onderdeel* van het beperkte recht uitmaken.²⁶ Ook deze uitwerking van het afsplitsingsmodel en het aftrekprincipe leidt tot moeilijkheden. Immers, in vele gevallen geeft de wet zelf de beperkt gerechtigde bepaalde verplichtingen. Men denke aan de verplichting van de erfpachter, de opstaller en de gerechtigde tot een

-
- 24 Dat is ook het geval bij Van Opstall, als hij de tegenwerpingen van Maeijer en Beekhuis tegen het aftrekprincipe tracht te weerleggen (*WPNR 4919* (1966), p. 386 e.v. en *WPNR 4920* (1966), p. 395 e.v.). Hij wijst erop dat de eigenaar bij het door Maeijer genoemde geval van de erfdienstbaarheid van voetpad, rijpad of weg door de overdracht van de onverdeelde helft van de bevoegdheid tot gebruik die de beperkt gerechtigde verkrijgt, ook enkele (*andere*) bevoegdheden verliest, namelijk die om obstakels op het pad of de weg te plaatsen en om van de beperkt gerechtigde te eisen dat hij zich van het gebruik van de zaak onthoudt. Van een echte overdracht van een afgesplitst recht dat de eigenaar kwijtraakt – waar Van Opstall in zijn uitgangspunt (a.w., p. 383) nog duidelijk blijkt van geeft – kan m.i. dan echter niet meer worden gesproken. Zie hierover ook het schema met uitleg uit hfdst. 5 par. 5.2.1.3. Ook Van Opstalls onderbouwing van het prioriteitsbeginsel met dit uitgangspunt (*ibidem*) kan dan niet langer standhouden. Dit beginsel kan evenwel gemakkelijk met andere argumenten worden onderbouwd, zie hfdst. 6 par. 6.1.3.3 bij noot 151. In geval van de door Beekhuis genoemde *servitus altius non tollendi* maakt hij precies die omtrekkende beweging die in de hoofdtekst juist is beschreven. Rank-Berenschot (diss. 1992, p. 113) spreekt hier van kunstgrepen. Ook in Asser/Beekhuis-Mijnssen 1980 (p. 37-39) bestrijdt Beekhuis uitgebreid het aftrekprincipe van Van Opstall en wijst ons op de strijd met hetgeen steeds voor het positieve recht gegolden heeft (hij noemt hier het voorbeeld van de *grondrente* – een inmiddels afgeschafte vorm van een reallast, een rechtsfiguur van germaansrechtelijke origine die in het Duitse recht nog bestaat en als hoofdverplichting een verplichting tot een doen heeft), de strijd met het huidige BW en het gebruik van zeer verwrongen redeneringen en gekunstelde constructies om bestaande beperkte rechten nog in dit principe in te kunnen passen.
- 25 Uiteraard kunnen het publiekrecht en bijvoorbeeld ook het burendrecht wel verplichtingen verbinden aan (het hebben van) eigendom. Bij de uitleg van het aftrekprincipe wordt er kennelijk niet uitgegaan van de opvatting dat de burendrechtelijke verplichtingen deel uitmaken van de inhoud van het eigendomsrecht zelf. Zie hierover nader noot 50 hieronder.
- 26 In feite gaat het hier met name om verplichtingen *tot een doen*. Verplichtingen tot een dulden of niet-doen kunnen immers veelal ook gefundeerd worden in de algemene plicht die ook de beperkt gerechtigde heeft om de rechten van anderen – waaronder dat van de hoofdgerechtigde – te eerbiedigen en vormen dan slechts de keerzijde van de actieve bevoegdheden van de hoofdgerechtigde.

erfdienstbaarheid om canon respectievelijk retributie te betalen (indien zulks is overeengekomen: artikel 5:85 lid 2, 5:101 lid 3 en 5:70 lid 2 BW); de verplichting van de erfpachter om gewone lasten en herstellingen te verrichten en de eigenaar in kennis te stellen van de noodzakelijkheid van het doen van buitengewone herstellingen (artikel 5:96 lid 1 BW); de verplichting van de gerechtigde tot een erfdienstbaarheid om de door hem op het dienende erf aangebrachte gebouwen, werken en beplantingen te onderhouden voor zover dit in het belang van het dienende erf nodig is (artikel 5:75 lid 3 BW); en de verplichting van de vruchtgebruiker om het voorwerp van zijn vruchtgebruik ten behoeve van de hoofdgerechtigde te verzekeren tegen die gevaren waartegen het gebruikelijk is een verzekering te sluiten (artikel 3:209 lid 1 BW). Hoe kan men deze uit de wet volgende verplichtingen van de beperkt gerechtigde nu verklaren?

In sommige gevallen kan men zich uit deze impasse redeneren door een verplichting zo te formuleren dat het eigenlijk niet meer is dan een *beperking in bevoegdheden*. Bekend voorbeeld hiervan is de verplichting die aan een erfpachter wordt opgelegd om bij het onderhoud van het schilderwerk van de onder zijn erfpachtrecht vallende opstallen een bepaalde kleur te gebruiken.²⁷ Men zegt dan dat dit geen échte verplichting oplevert, maar veeleer een door de wet toegelaten beperking of nadere afbakening van de gebruiks- en genotsbevoegdheid van de erfpachter (artikel 5:85 jo. 5:89 BW): de bevoegdheid tot gebruik van het in erfpacht gegeven terrein omvat mede de bevoegdheid tot het schilderen van de gebouwen, maar dit aspect van de gebruiksbevoegdheid is beperkt tot een bepaalde kleur.²⁸ Men moet het dan zo opvatten dat de bevoegdheid van de erfpachter om de opstallen te schilderen beperkt wordt in die zin dat het hem daarbij verboden wordt alle andere kleuren dan de hier bedoelde kleur te gebruiken. We komen nu op het terrein van de ‘insnoerende verplichtingen’, waarover meer in paragraaf 7.2.2.

In feite is echter natuurlijk wel degelijk sprake van een verplichting om de opstal in een bepaalde kleur te schilderen. Ten eerste begrijpt eenieder dat het wel erg omslachtig zou zijn en wel erg ver gaat om de verplichting tot het gebruik van een bepaalde verfkleur zo te omschrijven dat het gebruik van elke andere verfkleur aan de erfpachter verboden wordt. Maar bovendien – en veel belangrijker nog – is de erfpachter niet alleen verplicht om *als* hij onderhoud pleegt een bepaalde kleur te gebruiken, hij is voorts niet alleen bevoegd maar ook *verplicht* tot het daadwerkelijk plegen van dergelijk onderhoud (artikel 5:96 BW). En deze twee verplichtingen tezamen komen toch echt neer op een verplichting tot het schilderen van de opstal in de voorgeschreven kleur. Mijns inziens is hier dan ook geen sprake van een ‘insnoerende verplichting’, maar veeleer van een – wat mij betreft overigens toegestane – uitbreiding

27 Dit voorbeeld wordt ook genoemd door Struycken, diss. 2007, p. 411.

28 Aldus Struycken, t.a.p.

of nadere inkleuring (letterlijk zelfs) van de wettelijke onderhoudsplicht van artikel 5:96 BW.

Maar er bestaat ook nog een *andere* mogelijkheid om zich uit deze impasse te manoeuvreren en zo het wringende model van de afsplitsing en het aftrekprincipe te redden. En dat is om deze verplichtingen – waarbij de wet door middel van regelend recht het beperkte recht *nader inkleurt* – *toch niet* als *onderdeel* van het beperkte recht te beschouwen. Over deze uitweg, die ook bij het in paragraaf 7.2.2 te bespreken afspiegelingsmodel wordt gebruikt, meer in paragraaf 7.2.3.

Ten slotte zijn er nog de verplichtingen die niet – als onderdeel van zijn recht – op de *beperkt gerechtigde* komen te rusten, maar die – als onderdeel van zijn recht – op de *hoofdgerechtigde zelf* komen te rusten. Deze verplichtingen vormen veelal slechts de keerzijde van actieve bevoegdheden van de beperkt gerechtigde. Men denke hier aan de verplichting tot een dulden of niet-doen waaruit de last bestaat die een erfdienstbaarheid op het dienende erf legt. Maar ze kunnen ook verder gaan dan de verplichting om te dulden dat de beperkt gerechtigde zijn bevoegdheden tot het belaste goed uitoefent of om na te laten bepaalde eigen bevoegdheden ten aanzien van het belaste goed uit te oefenen die de beperkt gerechtigde de eigenaar op grond van het beperkte recht kan verbieden. Ze kunnen er, zo volgt uit enkele wettelijke bepalingen, ook toe leiden dat de hoofdgerechtigde verplicht zal zijn tot een bepaald handelen. Ze kunnen er bijvoorbeeld toe leiden dat de eigenaar van het met een erfdienstbaarheid bezwaarde perceel grond naast de verplichting tot een dulden of niet-doen bovendien een verplichting heeft tot het aanbrengen van gebouwen, werken of beplantingen die zich geheel of gedeeltelijk op het dienende erf zullen bevinden en die voor de uitoefening van de erfdienstbaarheid nodig zijn (artikel 5:71 lid 1 BW). Deze verplichting tot een doen is hier nog aanvullend op de hoofdverplichting tot een dulden of niet-doen. Dat geldt ook voor de verplichting van de eigenaar om aan de erfpachter en de opstaller na het einde van diens recht onder bepaalde voorwaarden de waarde van de opstallen te vergoeden (artikel 5:99 en 5:105 BW). Maar een verplichting tot een doen kan ook zelfstandig de hoofdverplichting van een beperkt recht uitmaken. Zie artikel 5:71 lid 2 BW: de erfdienstbaarheid kan bestaan in een verplichting van de eigenaar tot onderhoud van het dienende erf of van gebouwen, werken of beplantingen die zich geheel of gedeeltelijk op het dienende erf bevinden of zullen bevinden.

Ook deze verplichtingen van de hoofdgerechtigde jegens de beperkt gerechtigde passen maar moeilijk bij het afsplitsingsmodel en het aftrekprincipe. De gedachte hier was namelijk dat eigendom en andere volledige rechten geen verplichtingen bevatten. Door de vestiging van een beperkt recht kan het recht van de eigenaar of van de andere volledig rechthebbende ineens toch verplichtingen – zelfs die tot een doen – gaan omvatten. Het beste wordt de onverenig-

baarheid van deze verplichtingen van de hoofdgerechtigde met het aftrekprincipe waarschijnlijk verwoord door Rank-Berenschot:

“Een onverkorte toepassing van het aftrekbeginsel leidt tot de gevolgtrekking dat van een zakelijk recht geen sprake is waar de beperkt gerechtigde recht heeft op een door de hoofdgerechtigde te verrichten prestatie welke die hoofdgerechtigde als zodanig op zijn beurt nooit van een derde had kunnen vorderen. Aangezien de prestatie die een eigenaar op grond van zijn eigendomsrecht wél van anderen kan vorderen in hoofdzaak negatief zijn, behoren de verplichtingen van de hoofdgerechtigde/eigenaar tot een doen derhalve tot de onmogelijkheden.”²⁹

Er kunnen volgens het aftrekprincipe dus geen zakelijke verplichtingen tot een doen voor de eigenaar bestaan, aangezien de keerzijde van die verplichtingen – de bevoegdheid van de beperkt gerechtigde om de uitvoering van dit doen te vorderen – niet kan worden afgesplitst van het eigendomsrecht, nu dit eigendomsrecht geen bevoegdheden bevat die een ander tot een doen kunnen verplichten.³⁰ Er bestaat daarmee een tegenstrijdigheid tussen aan de ene kant het afsplitsingsmodel en het aftrekprincipe en aan de andere kant de duidelijk door de wet aan de eigenaar opgelegde verplichtingen tot een doen en de hiertegenover staande aan de beperkt gerechtigde *als nadere invulling van zijn recht* toegekende bevoegdheden om dit doen te vorderen. Om deze tegenstrijdigheid op te heffen zal men derhalve ook hier moeten volhouden dat deze bevoegdheden *toch niet* als *onderdeel* van het beperkte recht moeten worden beschouwd. Over deze uitweg, die ook bij het in paragraaf 7.2.2 besproken afspiegelingsmodel wordt gebruikt, als gezegd meer in paragraaf 7.2.3.

Het afsplitsingsmodel en het bijbehorende aftrekprincipe hebben mijns inziens dan ook slechts waarde voor die beperkte groep van gevallen waarin een beperkt gerechtigde aan een andere beperkt gerechtigde een recht verschafft dat rechtstreeks op het object van zijn eigen recht: op de onderliggende zaak of het onderliggende recht. Alleen dan moet men constateren dat dit – door de onmogelijkheid van de zwaardere belasting van de eigenaar van de onderliggende zaak of de rechthebbende van het onderliggende recht – slechts mogelijk is als het door de beperkt gerechtigde gevestigde recht in feite de overdracht van een deel van zijn *eigen* recht is. En dat het gevestigde recht dus alleen bevoegdheden kan omvatten die zijn eigen recht ook omvat(te). Het aftrekprincipe zal naar mijn mening derhalve altijd pas in de *tweede* fase – de verlening van een *tweede* beperkt recht door de eerste beperkt gerechtigde – aan de orde *kunnen* komen. Daarom is het hier bij lange na niet zo beper-

29 Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 113.

30 Hierop stuit de bewering van Struycken (diss. 2007, p. 407-409) af die erop neerkomt dat artikel 5:71 BW geen deugdelijke grond zou bieden voor de stelling dat het aftrekprincipe niet verenigbaar is met de wet. Die deugdelijke grond biedt zij dus wel degelijk.

kend als het is wanneer men uitgaat van een *algemene* toepasselijkheid van het aftrekprincipe bij de vestiging van beperkte rechten.

7.2.2 Het afspiegelingsmodel, de theorie van de heerschappijverdeling en de ‘insnoerende verplichtingen’: de belastingsgedachte 1.0

Mede wegens de in de vorige paragraaf behandelde moeilijkheden met de verklaring van allerlei in de wet opgenomen bevoegdheden en verplichtingen die niet met het afsplitsingsmodel en het aftrekprincipe in overeenstemming zijn te brengen, zijn er enkele alternatieven ontstaan die (lichte) varianten vormen op dat model en op het bijbehorende aftrekprincipe.

De belangrijkste variant op het afsplitsingsmodel is bij de bespreking van het proefschrift van Struycken (paragraaf 6.1.3.3) al aan de orde is gekomen. Het gaat hier om het zogenaamde afspiegelingsmodel, waarin het beperkte recht gezien wordt als een zelfstandig recht waarmee de hoofdgerechtigde de beperkt gerechtigde in beperkte mate soortgelijke bevoegdheden toekent als het hoofdrecht verschaft – zogenaamde ‘gespiegelde bevoegdheden’ – en dat een belasting vormt van dit hoofdrecht.³¹ Het verschilt volgens Struycken daarin van het afsplitsingsmodel dat in dit model de bevoegdheden zoals die aan de beperkt gerechtigde zijn toegekend óók deel blijven uitmaken van het hoofdrecht, al kan de hoofdgerechtigde deze bevoegdheden zelf niet meer uitoefenen. Bij (een strikte opvatting van) het afsplitsingsmodel is dit niet het geval: de afgesplitste bevoegdheden worden hier daadwerkelijk *uit* het hoofdrecht (weg)gehaald. Degenen die, zoals Van Opstall³² doet, de prioriteitsregel bij beperkte rechten rechtvaardigen met het argument dat over de bij de vestiging van een eerste beperkte recht door de eigenaar aan de beperkt gerechtigde overgedragen bevoegdheden niet meer een tweede keer door de eigenaar kan worden beschikt, hanteren op dit punt (de strikte opvatting van) het afsplitsingsmodel.

De opvatting van het afspiegelingsmodel biedt een betere verklaring voor die gevallen waarin aan de beperkt gerechtigden bevoegdheden worden toegekend die ook de hoofdgerechtigde zelf blijft kunnen en mogen uitoefenen. Men denke hierbij bijvoorbeeld aan de verschillende erfdienstbaarheden van overpad. De eigenaar van het dienende erf verliest hier niet de bevoegdheid zelf van de voor de erfdienstbaarheid bestemde weg gebruik te blijven maken.

31 Vgl. Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 107 en Struycken, diss. 2007, p. 361.

32 Van Opstall, *WPNR* 4919 (1966), p. 383. Gezegd moet worden dat Van Opstall bij de verdediging tegen de tegenwerpingen van Maeijer en Beekhuis tegen het aftrekprincipe weer van zijn strikte opvatting van het afsplitsingsmodel lijkt af te wijken, waar hij een ‘mede-eigendom’ van de afgesplitste bevoegdheden aanneemt.

Men vindt bovendien in dit model wel enigszins de 'belastingsgedachte' terug: het idee dat het beperkte recht geen *afsplitsing*, maar veeleer een *belasting* van het hoofdrecht is. De tevens in het model vervatte 'afspiegelingsgedachte' leidt er evenwel toe dat men ook in dit model (vrijwel) hetzelfde uitgangspunt als dat van het aftrekprincipe blijft hanteren: beperkte rechten kunnen slechts tot inhoud hebben een deel van de bevoegdheden die – hoewel ze niet geheel uit het hoofdrecht zijn overgeheveld, doch eerder hieruit worden gekopieerd³³ – ware het goed niet met het beperkte recht belast, geheel en al aan de volledig gerechtigde zouden toekomen. En bij gebrek aan verplichtingen die de hoofdgerechtigde op grond van zijn recht heeft, zijn deze ook niet te 'spiegelen' in het beperkte recht.³⁴ Voor de meeste in de vorige paragraaf genoemde inpassingsmoeilijkheden van door de wet als onderdeel van het beperkte recht toegelaten bevoegdheden en verplichtingen biedt dit model dan ook, evenals het afsplitsingsmodel, geen oplossing. Ik noem deze opvatting van het beperkte recht als belasting van het hoofdrecht met louter afgespiegelde bevoegdheden de 'belastingsgedachte 1.0'.

Er bestaat ook een variant op het aftrekprincipe, een alternatieve manier om de grenzen van de inhoud van beperkte rechten te bepalen. Men spreekt hierbij veelal van de theorie van de 'heerschappijverdeling'.³⁵ De gedachte achter deze heerschappijverdeling gaat net als het afsplitsings- en het afspiegelingsmodel uit van een zekere splitsing in bevoegdheden tussen hoofd- en beperkt gerechtigde. Zij gaat echter niet uit van een hoofdrecht – veelal het eigendomsrecht – als een samenstel van louter *bevoegdheden*, maar ziet het veel meer als een zekere mate van heerschappij over een goed: een complex van bevoegdheden *maar ook bepaalde verplichtingen* die de macht over een goed geven. Zij hangt samen met de klassieke opvatting dat goederenrechtelijke rechten – de voormalige zakelijke rechten – een directe machtsverhouding tussen persoon en zaak inhouden. Nu het na vestiging van een beperkt recht niet meer alleen draait om een machtsverhouding tussen eigenaar en zaak, maar ook om een machtsverhouding tussen beperkt gerechtigde en zaak, dient er een afbakening plaats te vinden tussen de machtskring van de eigenaar enerzijds en die van de beperkt gerechtigde anderzijds.

Deze afbakening wordt vormgegeven door de wettelijke definitie van het beperkte recht en de door de wet of bij de vestiging vastgelegde rechten en verplichtingen van de betrokkenen. In de theorie van de heerschappijverdeling worden tot de tot het hoofdrecht en het beperkte recht behorende verplichtingen gerekend alle verplichtingen die gezien kunnen worden als zogenaamde 'insnoerende bepalingen' of 'insnoerende verplichtingen'. Het gaat hierbij om

33 Zie in deze zin Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 113.

34 Zie in deze zin Struycken, diss. 2007, p. 403.

35 Zie voor deze term en de hierna volgende uitleg van de term Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 114 en Struycken, diss. 2007, p. 402-403.

bepalingen die in wezen de grens tussen het beperkte recht en het hoofdrecht afbakenen. Daarbij wordt gebruik gemaakt van de door de wet gegeven of toegestane regelingen om een beperking of uitbreiding aan te brengen in (één van de) door de vestiging van het beperkte recht van rechtswege afgestane bevoegdheden. Deze verplichtingen vormen volgens deze theorie een integraal onderdeel van het beperkte recht of het hoofdrecht zelf. Struycken geeft als voorbeeld van een ‘insnoerende verplichting’ de verplichting van de vruchtgebruiker om na beëindiging van het vruchtgebruik het in vruchtgebruik genomen goed terug te geven aan de hoofdgerechtigde (artikel 3:225 BW).³⁶

Hierboven is ook al het veelgebruikte voorbeeld besproken van de verplichting van het gebruiken van een bepaalde verfkleur indien schilderonderhoud aan panden op in erfpacht uitgegeven grond zal worden verricht. Deze verplichting zou in wezen slechts een beperking zijn op het normaal gesproken aan de erfpachter toekomende gebruik en genot van de zaak (artikel 5:89 BW). Ik heb daar verdedigd dat, nu ook het plegen van onderhoud een verplichting van de erfpachter is (artikel 5:96 BW), het hier wel degelijk gaat om een (uitbreiding van een) echte verplichting, en wel een verplichting tot een doen – namelijk tot het onderhouden van het schilderwerk met gebruikmaking van de betreffende verfkleur – en niet slechts om een beperking van de gebruiksmogelijkheid van de erfpachter.³⁷ Dit soort verplichtingen – en alle andere verplichtingen die niet als ‘insnoerend’ kunnen worden gekwalificeerd – kunnen ook in de theorie van de heerschappijverdeling geen onderdeel uitmaken van het beperkte recht. Voorbeelden daarvan zijn wat mij betreft verder in ieder geval de verplichting van beperkt gerechtigden tot het betalen van canon en retributie (artikel 5:85 lid 2, 5:101 lid 3 en 5:70 lid 2 BW),³⁸ de verplichting van de vruchtgebruiker om het voorwerp van zijn vruchtgebruik ten behoeve van de hoofdgerechtigde te verzekeren tegen die gevaren waartegen het gebruikelijk is een verzekering te sluiten (artikel 3:209 lid 1 BW), de verplichting van een eigenaar van een dienend erf tot het aanbrengen van gebouwen, werken of beplantingen op dit erf (artikel 5:71 lid 1 BW), de verplichting van een eigenaar om aan de erfpachter of de opstaller na het einde

36 Struycken, diss. 2007, p. 403.

37 Men zou er nog aan kunnen denken ook de gehele (wettelijke) onderhoudsplicht van artikel 5:96 BW als een ‘insnoerende verplichting’ op zijn gebruiksbevoegdheid te zien en dus ook de daarop aanvullende verplichting tot gebruik van een bepaalde verfkleur. Als een eigenaar echter ergens *niet* toe gehouden is, dan is het wel tot het plegen van onderhoud met betrekking tot zijn eigendom (uiteraard tenzij hierdoor schade aan derden wordt toegebracht), óók niet als hij zijn eigendom in erfpacht heeft afgegeven (zie art. 5:96 lid 1 BW). Ik vind het dan ook erg ver gaan om de ten opzichte van deze positie van de eigenaar behoorlijk verzwaarde verplichting van de erfpachter tot het plegen van alles behalve buitengewoon onderhoud slechts als ‘insnoerende verplichting’ te kwalificeren.

38 Al kan men natuurlijk ook volhouden dat zij slechts de bevoegdheden die uit erfpacht, opstal of erfdienstbaarheid ‘insnoeren’ op die wijze dat deze bevoegdheden slechts kunnen worden uitgeoefend onder de voorwaarde dat de canon of retributie wordt betaald. Wat mij betreft is het einde dan echter echt zoek.

van diens recht onder bepaalde voorwaarden de waarde van de opstallen te vergoeden (artikel 5:99 en 5:105 BW) en de verplichting van een eigenaar tot onderhoud van het dienende erf of van gebouwen, werken of beplantingen die zich geheel of gedeeltelijk op het dienende erf bevinden of zullen bevinden (artikel 5:71 lid 2 BW). Door alleen verplichtingen in deze theorie toe te laten die 'vertaald' kunnen worden naar een beperking in bevoegdheid, laat ook deze theorie in feite geen echte verplichtingen toe als onderdeel van een beperkt recht, ook niet als deze verplichtingen in de nadere uitwerking die de wet van het desbetreffende beperkte recht geeft met zoveel woorden op de beperkt gerechtigde of de eigenaar worden gelegd.

7.2.3 Discrepantie tussen modellen en principes enerzijds en wettelijke mogelijkheden anderzijds: de hulpconstructie van de kwalitatieve verbintenis

Wat nu is het sluitstuk van alle bovengenoemde modellen en principes voor door de wet *voorgeschreven*, door de wet *als uitgangspunt genomen* of door de wet in het kader van het beperkte recht *toegelaten* bevoegdheden en verplichtingen die *niet* in die modellen en principes passen? Deze bevoegdheden en verplichtingen kunnen volgens deze modellen en principes geen onderdeel vormen van het desbetreffende goederenrechtelijke recht. Toch introduceert de wet op velerlei plekken dit soort bevoegdheden en verplichtingen, en dat is bepaald geen nieuw verschijnsel. Als men echt wil volhouden dat deze geen onderdeel van het recht zelf vormen, dan ontkomt men toch in ieder geval niet aan de vaststelling dat deze door de wet gegeven bevoegdheden en verplichtingen een goederenrechtelijke werking hebben en niet slechts een verbintenisrechtelijke. Ze komen immers van rechtswege aan elke opvolgende hoofd- en beperkt gerechtigde toe: ze volgen dus – aan beide zijden – het goed waarop ze betrekking hebben (ze hebben zaaksgevolg of *droit de suite*). Hoe wordt deze werking nu ingepast in het systeem van de in de vorige paragrafen besproken modellen en principes?

Dat gebeurt met een tussenfiguur die als hulpconstructie moet dienen: de *kwalitatieve verbintenis*.³⁹ In de kern worden de hierin vervatte bevoegdheden en verplichtingen – die de wet aan het beperkte recht verbindt – opmerkelijk genoeg gezien als *obligatoire* rechten en plichten, als *verbintenissen* derhalve. Om deze bevoegdheden en verplichtingen echter tóch het gevolg te kunnen geven dat ze hebben, worden ze beschouwd als *kwalitatieve* verbintenissen: als bevoegdheden en verplichtingen die steeds van rechtswege toekomen aan elke opvolgende hoofd- of beperkt gerechtigde en op die manier in zekere

39 Vgl. hierover o.a. Van Opstall, *WPNR* 4920 (1966), m.n. p. 397 (e.v.) en Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 115-118.

zin óók het goed volgen waarop ze betrekking hebben. Niet zoals een goederenrechtelijk recht dat doet – doordat het blijft rusten op het betrokken goed – maar door een zekere *kwalitatieve werking* van de verbintenis, waar de bevoegdheden en verplichtingen onderdeel van uitmaken. Op die manier volgen ze ook het goederenrechtelijke recht, zonder daarvan onderdeel uit te maken, nauw. Je zou kunnen zeggen dat het daaraan accessoire rechten betreft in de zin van artikel 3:7 BW. De op deze manier in *kwalitatieve verbintenissen* vervatte rechten en verplichtingen zijn wel enigszins vergelijkbaar met de *kwalitatieve rechten* van artikel 6:251 BW en de *kwalitatieve verplichtingen* van artikel 6:252 BW. Een belangrijk verschil is echter dat deze laatste kwalitatieve verbintenissen in beginsel slechts kwalitatieve werking kennen aan één zijde van de rechtsverhouding. De kwalitatieve verplichtingen van artikel 6:252 BW zijn slechts kwalitatief aan de kant van de schuldenaar, de kwalitatieve rechten van artikel 6:251 BW zijn slechts kwalitatief aan de kant van de schuldeiser.

Een groot bezwaar van deze ‘oplossing’ is dat deze van aan de beperkte rechten veelal inherente bevoegdheden en verplichtingen randverschijnselen van het goederenrecht maakt. Ik denk daarbij bijvoorbeeld aan de verplichting tot canonbetaling van de erfpachter,⁴⁰ de onderhoudsverplichting van de erfpachter en de aanbreng- en onderhoudsverplichtingen van de eigenaar van een met een erfdiensbaarheid belast erf of de gerechtigde tot die erfdiensbaarheid met betrekking tot gebouwen, werken en beplantingen op het dienende erf veelal tot de kern behoren van de erfdiensbaarheid. Het maakt van deze bevoegdheden en verplichtingen verschijnselen die zich ophouden in het schemergebied tussen goederen- en verbintenissenrecht. De oplossing van de kwalitatieve verbintenis maakt derhalve een groot onderscheid tussen de verschillende bevoegdheden en verplichtingen die bij de vestiging van een beperkt recht op hoofd- en beperkt gerechtigde gelegd (kunnen) worden en geeft de onderscheiden bevoegdheden en verplichtingen die aan de kern van het beperkte recht in kwestie raken een totaal verschillende status, ook als deze uitdrukkelijk door de wet als basisregeling worden gegeven of bij de vestiging worden toegelaten. Sommige ervan mogen door hantering van deze modellen en principes immers niet meer als een daadwerkelijk onderdeel van het beperkte recht worden gezien, en moeten hier dus op de een of andere manier buiten gaan vallen, zonder dat ze onmogelijk gemaakt kunnen worden. Ze verkrijgen de status van obligatoire rechten en verplichtingen met een

40 Zie over de canonverplichting en de opvatting van de wetgever van deze verplichting echter nog noot 63 hieronder. Overigens was de canonverplichting onder oud BW en ook in Meijers’ ontwerp een *verplicht* onderdeel van het erfpachtrecht, en zelfs in de definitie van dat recht opgenomen (art. 767 oud BW en OM van art. 5:85 BW, PG Boek 5 BW, p. 300). Ook Struycken meent dat het recht ongetwijfeld behoort tot het ‘wezen van het erfpachtrecht’ en dus bij uitstek als zakelijke verplichting moet worden gekwalificeerd (diss. 2007, p. 442).

bijzondere werking. Andere echter behouden wel gewoon een goederenrechtelijke status.

Onduidelijk blijft overigens, ook met deze hulpconstructie, wat te doen met de erfdiensbaarheid van artikel 5:71 lid 2 BW. Daarbij vormt de plicht tot een doen de zelfstandige inhoud van de last van de erfdiensbaarheid. Gesteld dat de erfdiensbaarheid ook alleen uit deze last bestaat, hoe kan deze plicht tot een doen van de eigenaar van het dienende erf nu voor de beperkt gerechtigde een *aan zijn goederenrechtelijk recht zelf accessoir* recht zijn? Een recht dat geen onderdeel uitmaakt van zijn goederenrechtelijke recht zelf (de erfdiensbaarheid), maar hier slechts als kwalitatieve verbintenis aan is verbonden en dit recht volgt? De last *is* immers zijn goederenrechtelijke recht en tevens het *enige onderdeel van* dit goederenrechtelijke recht!⁴¹

Ik acht dit alles een verre van juiste of elegante oplossing. In mijn opvatting van het beperkte recht en zijn mogelijke inhoud is deze oplossing bovendien niet nodig (hierover nader de volgende paragraaf).

Dat men de gedachte van de kwalitatieve verbintenis in het goederenrecht echter nog drastischer kan doorvoeren, blijkt in Nederland in ieder geval wel uit het proefschrift van Rank-Berenschot. Zij gaat heel ver in het kwalificeren van goederenrechtelijke bevoegdheden en verplichtingen als verbintenisrechtelijke verhoudingen tussen hoofd- en beperkt gerechtigde, en komt er uiteindelijk zelfs op uit dat het gehele beperkte recht moet worden teruggebracht tot een kwalitatieve verbintenis. Volgens Rank-Berenschot is het beperkte recht van obligatoire aard en aan het persoonlijke recht verwant. Het verschilt van dit recht slechts in voorwerp en gradatie en moet worden gekwalificeerd als een kwalitatief bepaald obligatoir recht.⁴² Zij baseert zich niet zozeer op de gedachte dat alle rechtsverhoudingen uiteindelijk niet anders dan verhoudingen tussen personen *kunnen* zijn, maar vooral op het feit dat de justitiabele het recht in belangrijke mate als zodanig *ervaart*.⁴³ Ik ben er echter niet van overtuigd dat wij ons vooral door deze ervaring van de justitiabele zouden moeten laten leiden. Nu mag niet over het hoofd worden gezien dat Rank-Berenschot met haar herkwalificatie van het beperkte recht als kwalitatief bepaald obligatoir recht ook andere doelen heeft nagestreeft, zoals de toepasselijkheid van het Boek 6-instrumentarium op de handhaving van de in dat recht opgenomen, goederenrechtelijke verplichtingen en de benadrukking van de duur-relatie die ontstaat tussen hoofd- en beperkt gerechtigden. Ik meen echter, dat het voor het bereiken van dergelijke doelen niet noodzakelijk is het beperk-

41 Men kan natuurlijk ook stellen dat het onderhoudsrecht van de beperkt gerechtigde dan maar als kwalitatieve verbintenis accessoir verbonden zal zijn aan de eigendom – de beperkt gerechtigde is immers ook eigenaar van het heersende erf, en de *erfdienstbaarheid zelf* zou sowieso al accessoir verbonden zijn aan het heersende erf. Het *beperkte recht* is men hier dan echter volledig kwijt.

42 Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 312 en 352.

43 Idem, p. 311.

te recht als een in de kern verbintenisrechtelijke verhouding te kwalificeren. Ik acht het bijvoorbeeld heel goed mogelijk dat het Boek 6-instrumentarium door de wetgever van overeenkomstige toepassing wordt verklaard als dat wenselijk wordt geacht, maar ook dat de rechter het analoog toepast vanwege het feit dat de relatie tussen hoofd- en beperkt gerechtigde op bepaalde punten wel een zekere overeenkomst vertoont met de verbintenis.⁴⁴ Het voordeel van een analoge toepassing is daarbij dat niet per se het Boek 6-instrumentarium in zijn geheel van toepassing wordt, maar dat naar gelang de situatie daarom vraagt, van dit instrumentarium gebruik kan worden gemaakt. Ook voor het (beter) tot uiting brengen van de duur-relatie tussen hoofd- en beperkt gerechtigde, is het mijns inziens niet noodzakelijk een verbintenisrechtelijke kwalificatie van het beperkte recht te gebruiken. Ik zie niet in waarom binnen het goederenrecht niet voldoende ruimte bestaat voor een dergelijke duur-relatie. Ten slotte vind ik het een gevaarlijke gedachtegang – voor zover hier bij Rank-Berenschot al sprake van zou zijn – om het beperkte recht op een bepaalde manier te kwalificeren, omdat hiermee zekere gewenste doelen worden nagestreefd of gevolgen in het leven worden geroepen. Dit komt een zuivere begripsvorming niet ten goede. De kwalificatie van het beperkte recht en de zoektocht naar een goed passende constructie en plaats in het vermogensrecht dient naar mijn mening niet af te hangen van de gewenste gevolgen die daaraan verbonden zouden moeten worden. Blijkt aan de kwalificatie of constructie van het beperkte recht ongewenste gevolgen te zijn verbonden, dan is het aan de wetgever of eventueel aan de rechter om hierin in te grijpen.

7.2.4 Van belastingsgedachte 1.0 naar belastingsgedachte 2.0

We hebben hierboven in de paragrafen 7.2.1 en 7.2.2 gezien dat alle daar besproken modellen en principes blijven uitgaan van een zekere *splitsing van bevoegdheden* tussen hoofd- en beperkt gerechtigde, los van het feit of deze bevoegdheden nu echt *uit* het hoofdrecht worden *afgesplitst* of slechts *afgespiegelde* bevoegdheden zijn van die van de hoofdgerechtigde die een belasting vormen van zijn recht. Aangezien het hoofdrecht wordt gezien als een bundel van enkel bevoegdheden, zal het beperkte recht in beide gevallen ook louter uit *bevoegdheden* kunnen bestaan. In beide gevallen is er derhalve in het beperkte recht zelf niet tot nauwelijks plaats voor verplichtingen. Zo mogelijk worden verplichtingen echter – op grond van de theorie van de heerschappijverdeling – omgevormd tot beperkingen in bevoegdheid, om deze in sommige gevallen toch in enigerlei mate binnen het systeem te kunnen laten vallen. Bij alle modellen en principes blijft echter een zeer aanzienlijk gedeelte van de door de wet voorgeschreven, door de wet als uitgangspunt genomen of door de

⁴⁴ Eenzelfde overeenkomstige of analoge toepassing zou kunnen worden overwogen voor de behandeling van de in het beperkte recht opgenomen verplichtingen in faillissement.

wet toegelaten verplichtingen buiten het systeem vallen en daarmee kunnen deze geen onderdeel van beperkt recht of hoofdrecht vormen. Dat levert vooral moeilijkheden op voor de verplichtingen tot een doen, die veel minder gemakkelijk dan de verplichtingen tot een dulden of niet-doen gezien kunnen worden als niet meer dan de keerzijde van de actieve bevoegdheden van de ander, en daarmee kunnen worden gefundeerd in de algemene plicht tot eerbiediging van het recht van de ander.⁴⁵ Een *ultimum remedium* voor deze verplichtingen werd gevonden in de kwalitatieve verbintenis, die in paragraaf 7.2.3 is besproken, en deze verplichtingen in feite buiten het beperkte recht plaatsen.

Mijn oordeel over dit alles is vrij simpel: als een model of principe op zulke grote schaal uitzonderingen kent, kan het model of principe niet meer als een goed uitgangspunt worden gezien.^{46,47} En voorts: de wet geeft met zijn dwingende en regelende rechtsregels de nadere invulling van beperkte rechten, die veelal zelfs aan de kern van het recht raakt. Het gaat dan niet aan deze nadere invulling buiten de rechten zelf te plaatsen.

In mijn afwijzing van het afsplitsingsmodel met het bijbehorende aftrekprincipe ligt tevens een afwijzing besloten van de sterk hierop gelijkende modellen en principes. Het afspiegelingsmodel en de theorie van de heerschappijverdeling gaan weliswaar een beetje richting de door mij verdedigde belastingsgedachte – en zouden in dat opzicht gezien kunnen worden als een soort belastingsgedachte 1.0 – maar ze blijven wat mij betreft ook – zonder goede reden – vasthouden aan een zekere variant van het aftrekprincipe. Op die manier blijven ze nodeloos hangen in de veronderstelde noodzaak van de formulering van het beperkte recht als een samenstel van louter bevoegdheden. Bevoegdheden die zouden moeten worden gespiegeld aan die van de hoofdgerechtigde of bevoegdheden die slechts door ‘insnoerende verplichtingen’ in meer of mindere mate beperkt zouden kunnen worden. Maar nu het beperkte recht niet als een afsplitsing van het hoofdrecht blijkt te kunnen worden gezien,

45 In feite maken deze verplichtingen tot een dulden of niet-doen dan ook geen *onderdeel* uit van het beperkte recht.

46 Uitzonderingen komen immers bij (vrijwel) ieder beperkt recht voor, zoals uit de hierboven veelvuldig gegeven wettelijke voorbeelden al volgt, maar ook nog uit vele andere, bij vestiging gebruikelijk te maken bedingen kan volgen. Vgl. ten aanzien van zekerheidsrechten bijv. nog Struycken, diss. 2007, p. 419-420 en over de evt. goederenrechtelijke status van die bij zekerheidsrechten gebruikelijke bedingen ook nog p. 429.

47 De redenering dat het subtractieprincipe dan enkel van toepassing zou zijn op buitenwettelijke bevoegdheden die door de partijen bij de vestiging van het beperkte recht aan de inhoud worden toegevoegd, acht ik onhoudbaar (in die zin Struycken, diss. 2007, p. 404-405 met verwijzing naar De Vries/Pleysier 2002, p. 62). Niet alleen moet een model of principe over de constructie en de mogelijke inhoud van het beperkte recht ook het gehele recht en zijn gehele inhoud – althans in beginsel – dekken, bovendien staat vast dat niet alleen de wet zelf, maar ook de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie bij de vestiging van het beperkte recht meer mogelijkheden bieden voor de inhoud van het beperkte recht dan met het subtractieprincipe verenigbaar zijn. Hierover meer in par. 7.4.

is er ook geen reden meer om aan te nemen dat de aan de beperkt gerechtigde toekomende bevoegdheden ‘gespiegelde bevoegdheden’ zouden moeten zijn, of dat die bevoegdheden door niets anders dan door ‘insnoerende verplichtingen’ zouden moeten kunnen worden beperkt. Ik acht op basis van de door mij verdedigde constructie van het beperkte recht als een belasting van het hoofdrecht geen goede grond aanwezig voor de zojuist genoemde beperkingen in inhoud van het beperkte recht. Ik houd hierbij het uitgangspunt in gedachte van de oorspronkelijke alleenheersende eigenaar van een zaak of rechthebbende van een recht, die (nog) met geen enkele ander rekening hoeft te houden, en zijn zaak of recht in beginsel op elke denkbare wijze kan belasten. Ik acht dan ook de oude modellen en bijbehorende principes niet meer leidinggevend voor de bepaling van de mogelijke inhoud van beperkte rechten.

Mijn ‘belastingsgedachte 2.0’ breekt dus los van de oude modellen met bijbehorende principes. Ik meen echter dat de gedachte van heerschappijverdeling over een zaak tussen hoofd- en beperkt gerechtigde wel degelijk een goed uitgangspunt is voor het denken over het beperkte recht. Ik zie echter ook hierin geen goede grond voor de beperking van de inhoud van het beperkte recht tot *bevoegdheden*. Ik zal dat nader toelichten.

Zoals gezegd wordt de achtergrond van de gedachte van heerschappijverdeling gevormd door de klassieke opvatting van het onderscheid tussen goederenrechtelijke en verbintenisrechtelijke rechten, de zogenaamde *summa divisio*. Goederenrechtelijke rechten worden daarbij omschreven als een (directe) rechtsverhouding tussen persoon en goed, verbintenisrechtelijke rechten als een rechtsverhouding tussen twee personen. Sommigen zien in deze omschrijving van het goederenrechtelijke recht reden tot beperking van dit recht tot bevoegdheden. De gedachte hierbij is dat slechts sprake kan zijn van verplichtingen van een persoon jegens een andere persoon (dus in het kader van een verbintenisrechtelijk recht) en niet van een goed jegens een persoon of van een persoon jegens een goed (en dus in het kader van een goederenrechtelijk recht). Gerechtigden tot een goederenrechtelijk recht zouden slechts van andere personen – álle andere personen, dus ook van andere goederenrechtelijke gerechtigden – kunnen eisen dat zij zich houden aan de algemene plicht tot eerbiediging van hun recht en zich onthouden van inbreuken op dit recht.⁴⁸ Het eigendomsrecht als meestomvattende – doch ook weer niet *allesomvattende* – recht en de overige goederenrechtelijke rechten zouden zelf geen plichten kunnen omvatten.⁴⁹ Die plichten zouden geen werkelijke beperking vormen van het hoofdrecht, eerder van de hoofdgerechtigde.

48 Vgl. in dergelijke zin bijvoorbeeld – t.a.v. de aard van de eigendom en de onmogelijkheid van verplichtingen tot een doen van een eigenaar jegens een beperkt gerechtigde – Land II (1901), p. 7.

49 In die zin Struycken, diss. 2007, p. 178 en 210.

Ik zou daar als volgt op willen reageren. Het goederenrechtelijke recht is zeker een rechtsverhouding of machtsverhouding tot een goed. Maar ligt hierin per se besloten dat die verhouding uit louter bevoegdheden moet bestaan? Dat verplichtingen eventueel slechts als onderdeel van een dergelijke verhouding mogelijk zijn indien deze als ‘insnoerend’ voor de bevoegdheden van de gerechtigde zijn, en zo mogelijk maar omgeformuleerd moeten worden naar een dergelijke ‘insnoerende verplichting’? Mijns inziens niet. Mijns inziens impliceert bijvoorbeeld een machtsverhouding tot een zaak waartoe ook een ander een machtsverhouding heeft – hetgeen het geval is bij de vestiging van een beperkt recht op die zaak – niet alleen een *directe* verhouding met die zaak, maar óók – *via die zaak zelf* – een zekere, *indirecte* verhouding met die ander. Ook die verhouding is een uitdrukking van de verdeling van de heerschappij over de zaak tussen eigenaar en beperkt gerechtigde. En in die verhouding is het heel wel mogelijk dat er niet slechts van bevoegdheden, maar tevens van verplichtingen sprake is.⁵⁰ En dat dit geen letterlijke verplichtingen *van of jegens een goed* hoeven te zijn: het zijn verplichtingen van of jegens een andere, tot dezelfde zaak in een bepaalde machtsverhouding staande persoon in de kwaliteit van zijn specifieke machtsverhouding. Dat maakt de rechtsverhouding niet tot een verbintenisrechtelijke. Die verhouding is immers ‘door-drenkt’ van goederenrechtelijkheid en heeft niets te maken met een verbintenisrechtelijke rechtsverhouding. De verhouding bestaat louter uit bevoegdheden en verplichtingen die op de betrokkenen rusten in hun hoedanigheden van eigenaar en beperkt gerechtigde. De verhouding die de eigenaar met de beperkt gerechtigde heeft, is niet slechts een beperking van hem als eigenaar, maar een beperking van alle denkbare eigenaren en dus ook een beperking of belasting van de eigendom zelf.⁵¹ De bevoegdheden en verplichtingen van

50 Een aanvullend argument hiervoor kan gevonden worden in het burennrecht van titel 5.4 BW. Deze titel geeft een nadere invulling van de *inhoud van het eigendomsrecht* van eigenaars van naburige erven en geeft al in zijn opschrift aan dat het hierbij om zowel bevoegdheden als verplichtingen gaat (overigens ook verplichtingen tot een doen). Deze verplichtingen maken een integraal onderdeel uit van het eigendomsrecht. In feite is dus ook de onbelaste eigendom al een samenstel van bevoegdheden én verplichtingen. Hierover wordt evenwel ook wel anders gedacht, vgl. hierover Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 121-125, evenwel niet door Meijers, zie aldaar. Ik kan me onder meer goed vinden in Meijers’ bezwaren tegen een verschillende behandeling van de onderscheiden, uit het eigendomsrecht volgende bevoegdheden. Dat het burennrecht de inhoud van het eigendomsrecht nader bepaalt, en de hieruit voortvloeiende verplichtingen geen verbintenissen vormen, is ook het uitgangspunt van de wetgever, zie de algemene TM bij Titel 5.4 BW, PG Boek 5 BW, p. 175.

51 Aanvaarding van de archaisch klassieke leer dat een zakelijke verplichting alleen zou kunnen worden verhaald op dat zakelijke recht zelf lijkt me daarvoor niet noodzakelijk. Zie in die zin reeds Maeijer: Maeijer/Smalbraak 1966, p. 19-20 met verwijzing naar de Reallast uit het BGB en p. 52-53. Maeijer vermeldt ook dat hij het al lang niet vanzelfsprekend meer vindt dat een erfdiensbaarheid slechts zou kunnen verplichten tot een negatieve wijze van gedrag en dat met de aard van de erfdiensbaarheid zoals men die in zijn tijd zag, niet langer onverenigbaar is dat haar inhoud bestaat uit een verplichting tot een doen (p. 49). Evenzo Smalbraak (p. 85). Zie eerder ook al Plantenga (Plantenga/Treurniet 1957,

eigenaar en beperkt gerechtigde zijn in die zin – aan beide zijden – *kwalitatieve* bevoegdheden en verplichtingen. Dat is inherent aan goederenrechtelijke rechten: ze hebben zaaksgevolg of *droit de suite*. Maar het zijn géén kwalitatieve *verbintenissen*. Er is geen enkele reden om dergelijke verplichtingen te verbannen naar de marge van de kwalitatieve verbintenis. Ze vormen een integraal onderdeel van het goederenrechtelijke recht. De bevoegdheden en verplichtingen van eigenaar en beperkt gerechtigde hebben tenslotte alle kenmerken van goederenrechtelijke rechten: ze rusten – wel degelijk – op een goed, ze zijn in alle opzichten absoluut,⁵² ze zijn exclusief en rechten van eerdere datum hebben over het algemeen prioriteit boven rechten van later datum.

Met deze opvatting sluit ik me uitdrukkelijk *niet* aan bij de modern(er)e opvatting van het goederenrechtelijke recht waarin ook de goederenrechtelijke rechten voorgesteld worden als verhoudingen tot andere personen.⁵³ Mijs inziens zijn de verhoudingen met andere personen die uit goederenrechtelijke rechten volgen immers – *anders* dan die uit verbintenis – altijd herleidbaar tot de verhouding persoon-goed. Deze verhouding van persoon tot goed bestaat ook *zonder* – en ook los van – de relatie tot een andere persoon, en heeft ook zonder en los van die relatie betekenis als bron van rechten (en verplichtingen). De relatie tot een andere persoon ontstaat immers pas als het goederenrechtelijke recht bezwaard wordt met een beperkt recht of als de andere persoon een inbreuk maakt op de verhouding persoon-goed die uit het goederenrechtelijke recht volgt. Het heeft weinig nut aan de verhoudingen met andere personen een overdreven waarde toe te kennen, los van het goed in kwestie, en ze tot niet meer dan een verbintenis – zij het dan een kwalitatieve – te reduceren.^{54,55} Ik sluit me hierbij dan ook aan bij De Jong, waar hij

p. 49), die vermeldt dat de heersende mening was dat er weliswaar sprake was van een zakelijke verhaalsrecht op het recht, doch dat daarnaast voor de erfpachter de persoonlijke verplichting bestond tot het voldoen van de canons, vervallen gedurende de tijd dat hij zakelijk gerechtigde was.

52 Zie over de absolute – de inroepbaarheid tegen allen – van de tot deze verhouding behorende verplichtingen ook nog noot 54 hieronder.

53 Een veelgenoemde verdediger van dit standpunt is Planiol in zijn *Traité élémentaire de droit civil* en – in Nederland – Kisch met zijn proefschrift *Beschouwingen over de onderscheiding tusschen zakelijke en persoonlijke rechten* uit 1932. Ook de door Ginossar in zijn *Droit réel, propriété et créance – Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux* uit 1960 en door Rank-Berenschot in haar proefschrift uit 1992 verwoorde opvatting van het beperkte recht als kwalitatief bepaald obligatoir recht ligt in deze lijn.

54 Daar komt nog bij dat dit bij een onbelaste eigendom niet tot nauwelijks mogelijk is, wil men niet verzanden in theoretische vaagheden als een 'universele passieve verbintenis' ('obligation passive universelle') om zich van een inbreuk op de eigendom te onthouden van allen jegens die eigenaar. Een echte rechtsband met een derde ontstaat voor deze eigenaar pas als die derde inbreuk maakt op eigenaars verhouding tot zijn zaak; dan pas ontstaat de daadwerkelijke mogelijkheid voor de eigenaar om zijn recht jegens de derde in te roepen. Datzelfde geldt in feite voor de verplichtingen die onderdeel uitmaken van een goederenrechtelijk recht. Ook die zijn – net als de goederenrechtelijke rechten zelf –

verdedigd heeft dat bij goederenrechtelijke rechten de relaties tot anderen een afgeleide zijn van de relatie tussen de titularis van het recht en het voorwerp waarop dat recht betrekking heeft, en als zodanig niet verder zijn te herleiden tot andere privaatrechtelijke begrippen. Hij ziet geen enkele noodzaak tot het overwinnen van de klassieke dichotomie in de privaatrechtelijke dogmatiek. De relatie tussen titularis en voorwerp, tussen persoon en goed, is een op zichzelf staande rechtsverhouding met een zelfstandige betekenis. De zelfstandige betekenis van de goederenrechtelijke rechten laat onverlet het feit dat aan die rechten – uiteraard – slechts betekenis kan toekomen in intersubjectieve verhoudingen van personen die leven onder een stelsel van privaatrecht met een overheid die handhaaft.⁵⁶

Ook de kwalitatieve verbintenis als *ultimum remedium* voor bevoegdheden en verplichtingen die niet in de in paragraaf 7.2.1 en 7.2.2 besproken modellen en principes vallen in te passen, acht ik verre van bevredigend. Men is hierdoor gedwongen om bevoegdheden en verplichtingen die veelal overduidelijk tot de kern van een beperkt recht behoren, naar de schemergebied tussen goederen- en verbintenissenrecht te verbannen. Daarmee maakt deze ‘oplossing’ een groot onderscheid tussen de verschillende bevoegdheden en verplichtingen die bij de vestiging van een beperkt recht op hoofd- en beperkt gerechtigde gelegd (kunnen) worden – ook als deze uitdrukkelijk door de wet als basisregeling worden gegeven of bij de vestiging worden toegelaten – en geeft zij de onderscheiden bevoegdheden en verplichtingen die aan de kern van het beperkte recht in kwestie raken een totaal verschillende status.

Voor zover het idee van de hulpconstructie van de kwalitatieve verbintenis gecreëerd zou zijn met de intentie om het onderscheid tussen goederen- en verbintenissenrecht zuiver te houden, acht ik deze opzet niet erg geslaagd. Door de introductie van de kwalitatieve verbintenis wordt het schemergebied tussen goederen- en verbintenissenrecht eerder opgerekt dan verkleind. Veel zuiverder komt het mij voor om de verschillende onderdelen van het beperkte recht ook als zodanig te behandelen en niet sommige delen ervan te kwalificeren als – in feite – neerkomende op verbintenissen. Mijns inziens bestaat daarbij geen doorslaggevend principieel bezwaar tegen het bestaan van goederenrechtelijke verplichtingen, ook niet die tot een doen.

in theorie jegens eenieder in te roepen, maar een echte rechtsband met een derde ontstaat pas als die derde bloot eigenaar of beperktgerechtigde is geworden; dan pas ontstaat de daadwerkelijke mogelijkheid om deze derde aan de verplichting in kwestie te houden.

55 Het feit dat enkele of zelfs de meeste van de beperkte rechten waarschijnlijk hun oorsprong vinden in verbintenissenrechtelijke verhoudingen (vgl. Dernburg, *Pandekten I* (1894), p. 453) is geen reden om ze nog steeds als zodanig te beschouwen en doet niet af aan het feit dat deze rechten in de loop van de geschiedenis – vrij vroeg al in de rechtsgeschiedenis – een duidelijk apart en fundamenteel ander karakter hebben gekregen.

56 De Jong, *GROM XXII* (2005), m.n. p. 33 en 46-47.

In mijn afwijzing van de oude, beperkende modellen en principes ten aanzien van de constructie en mogelijke inhoud van beperkte rechten sta ik overigens niet alleen. Ook de wetgever heeft zich in de parlementaire geschiedenis vrij expliciet uitgelaten over de houdbaarheid van de consequenties van afsplitsings- en afspiegelingsmodellen en de toepasselijkheid van beginselen als het aftrekprincipe. Volgens de wetgever dwingen de wettelijke bepalingen – ook die van 3:8 en 3:81 BW – niet tot aanneming van een dergelijk principe:

“[Verduidelijkt wordt] dat de verplichting tot dulden of niet doen niet verder wordt beperkt dan in dit en het vorige artikel [bedoeld worden de artikelen 5:70 en 71 BW, *AFM*] is aangegeven. In het nieuwe wetboek, met name in de onderhavige titel, wordt dus niet de leer gehuldigd, verdedigd door Van Opstall, W.P.N.R. 4717 e.v., die aanneemt dat beperkte zakelijke rechten, waaronder ook erfdiensbaarheden, slechts tot inhoud kunnen hebben bevoegdheden die, ware de zaak niet met het zakelijk recht belast, (geheel) aan de eigenaar zouden toekomen.

Ook in het hierna nog te bespreken nieuwe lid 2 van het onderhavige artikel [artikel 5:71 lid 2 BW, *AFM*] wordt deze leer verworpen. De ondergetekende vestigt er nog de aandacht op dat aan Boek 3 geen argument voor het tegendeel te ontlenu valt. Met name staat de omstandigheid dat een beperkt recht ingevolge artikel 3.1.1.7 [artikel 3:8 BW, *AFM*] “uit een meer omvattend recht is afgeleid” en dat dit recht volgens artikel 3.4.1.2 lid 1 [artikel 3:81 lid 1 BW, *AFM*] gevestigd moet zijn “binnen de grenzen” van het recht waarop het rust, niet in de weg aan het vestigen van erfdiensbaarheden die bevoegdheden verschaffen, waarvan men niet kan zeggen dat zij anders bevoegdheden van de eigenaar zouden zijn geweest, uiteraard mits degene die de erfdiensbaarheid vestigt, maar bevoegd is als eigenaar of uit hoofde van artikel 5.6.10 [artikel 5:84 BW, *AFM*] over de zaak te beschikken. Zoals ook bij lid 2 nog ter sprake zal komen, heeft de praktijk aan deze ruime opzet van het recht van erfdiensbaarheid behoefte, nog daargelaten dat blijkens de beschouwingen van Van Opstall een beperking als door hem voorgestaan tot weinig heldere onderscheidingen zou leiden.”⁵⁷

Deze keuze van de wetgever – die aan duidelijkheid weinig te wensen overlaat – houdt in een afwijzing van de leer van Van Opstall, van het aftrekprincipe en, zo mag men aannemen, van de hierop (sterk) gelijkende principes die tot een vergelijkbaar resultaat leiden.⁵⁸ Deze principes leiden volgens de wetgever tot “weinig heldere onderscheidingen”. Na al het voorgaande zal men begrijpen dat ik mij bij deze mening zeer wel kan aansluiten. De keuze van de wetgever wordt gedaan in een toelichting op de bepalingen van de erfdiensbaarheid – maar uitdrukkelijk *niet alleen voor erfdiensbaarheden (!)* – en in het kader van bepalingen die ook verplichtingen tot een doen toelaten, zelfs als *zelfstandige* inhoud van een erfdiensbaarheid. Ook de algemene bepalingen over de constructie en vestiging van beperkte rechten uit Boek 3

57 MvA II (1972) bij art. 5:71 BW, PG Boek 5, p. 257-258.

58 Zie over de ondeugdelijkheid van Struyckens weerlegging van de stellingname van de wetgever in deze hierboven noot 30.

BW worden erbij betrokken en daarbij wordt aangegeven dat de bewoordingen van artikel 3:8 en 3:81 BW omtrent de 'meeromvattendheid' van het moederrecht – zoals hierboven reeds betoogd – geen belemmering vormen voor de afwijzing van modellen en principes die ertoe leiden dat slechts *bevoegdheden* onderdeel kunnen uitmaken van het goederenrechtelijke recht, en dan nog wel bevoegdheden waarvan gezegd kan worden dat zij anders bevoegdheden van de eigenaar zouden zijn geweest. In het geval van artikel 5:71 BW gaat het dan om bevoegdheden van de beperkt gerechtigde die de eigenaar van het dienende erf tot bepaalde verplichtingen tot een doen dwingen.

Dat de wetgever deze keuze maakt in het kader van de erfdiensbaarheden is des te opmerkelijker aangezien juist de erfdiensbaarheid altijd het beperkte recht is geweest waarbij de beperking van de inhoud van de last tot een dulden of niet-doen als enige uitdrukkelijk werd vermeld.⁵⁹ Dergelijke lasten tot een dulden of niet-doen komen aan de zijde van de beperkt gerechtigde neer op bevoegdheden om iets te doen of iets te verbieden, bevoegdheden die ook karakteristiek zijn voor de inhoud van het eigendomsrecht waarop de erfdiensbaarheid rust. Dat nu juist *hier* verplichtingen tot een doen voor de eigenaar worden toegelaten – verplichtingen die aan de zijde van de beperkt gerechtigde neerkomen op bevoegdheden tot het vorderen van een actief handelen, bevoegdheden die de eigenaar van de zaak voor de vestiging van de erfdiensbaarheid nooit jegens iemand heeft gehad – is dan ook veelzeggend. In dit kader komt het ook niet erg overtuigend over te (blijven) beweren dat het adagium dat van oudsher voor erfdiensbaarheden gold – *servitus in faciendo consistere nequit, sed tantummodo in patiendo aut in non faciendo*⁶⁰ – voor het beperkte recht in algemene zin geldig zou zijn.⁶¹ Kort gezegd houdt het adagium in dat een erfdiensbaarheid slechts uit een verplichting tot een dulden of niet-doen, en niet uit een verplichting tot een doen kan bestaan. Nu echter juist de erfdiensbaarheid het terrein is geweest waar de wetgever deze regel uitdrukkelijk heeft afgewezen, kan die regel mijns inziens zeker geen argument

59 Men vergelijkte reeds het adagium *servitus in faciendo consistere nequit, sed tantummodo in patiendo aut in non faciendo*, dat is gebaseerd op de Digestentekst van D. 8,1,15,1 *Servitutium non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridia tollat aut amoeniorum prospectum praestet, aut in hoc ut in suo pingat, sed ut aliquid patiat aut non faciat*. De aard der erfdiensbaarheden is niet zodanig, dat iemand iets moet doen, bijv. een groenvoorziening aanleggen of voor een aangenamer uitzicht zorgen, of erop gericht dat hij op eigen terrein schilderwerken uitvoert, maar wel dat hij iets moet dulden of nalaten. (De vertaling is ontleend aan Spruit c.s. II (1994).) Op dit adagium werden overigens in het Romeinse recht al uitzonderingen toegelaten, in de vorm van een *servitus oneris ferendi*. Inmiddels behoren overigens vrijwel alle lasten die de Digestentekst noemt als voorbeelden van lasten die niet als erfdiensbaarheid kunnen gelden, wél tot de mogelijkheden.

60 Zie hierover de vorige noot.

61 Aldus wel Struycken, diss. 2007, p. 413. Het stuk uit de parlementaire geschiedenis waarnaar hij hiervoor verwijst, gaat slechts over de mogelijke inhoud van de kwalitatieve verplichtingen van art. 6:252 BW, niet over die van erfdiensbaarheden en zeker niet over die van andere beperkte rechten.

meer vormen voor de beperking van de inhoud van andere beperkte rechten. Als hier al de beperkingen worden opgeheven, en zelfs verplichtingen tot een doen niet meer zijn uitgesloten als onderdeel van een goederenrechtelijk recht, dan is dat overal goed denkbaar. Zo ook de wetgever, die in de hierboven geciteerde tekst de leer van Van Opstall afwijst voor *met name* de titel van de erfdiensbaarheid, maar óók voor het nieuwe wetboek in het algemeen.

Zo mogelijk nog explicieter wordt de wetgever in zijn toelichting op de regeling van de kwalitatieve verplichting van artikel 6:252 BW. Hij vermeldt hier het volgende:

“Tenslotte meent de ondergetekende er ter vermijding van misverstand nog op te moeten wijzen dat artikel 6.5.3.4 [artikel 6:252 BW, *AFM*] niet mag worden gezien als de opvolger van de regel dat partijen beperkte rechten als erfpacht, vruchtgebruik en erfdiensbaarheden binnen bepaalde grenzen zelf kunnen vormen door bij de vestiging bijkomende verplichtingen (soms: verbintenissen) op zich te nemen, die dan *onderdeel van het recht* uitmaken. Deze mogelijkheid blijft ook in het nieuwe wetboek bestaan; men zie de memorie van antwoord betreffende Boek 5.”⁶² (cursivering toegevoegd)

Een aantal zaken valt op. Ten eerste wordt hier nogmaals duidelijk dat de leer van Van Opstall ook ten aanzien van andere beperkte rechten dan de erfdiensbaarheid – genoemd worden hier erfpacht en vruchtgebruik – wordt afgewezen. Ten tweede wordt nog eens heel expliciet vermeld dat de verplichtingen waarvan het mogelijk is die aan een beperkt gerechtigde of hoofdgerechtigde op te leggen, wel degelijk *onderdeel van het desbetreffende recht* worden, en dus geen aan het recht klevende kwalitatieve verbintenissen.⁶³ Dit geldt

62 MvA II (1976) bij art. 6:252 BW, PG Boek 6, p. 945.

63 Het enige geval waarin de wetgever wél kiest voor de oplossing van de kwalitatieve verbintenis is bij de canonverplichting van de erfpachter, zie MvA II (1972) bij artikel 5:85 BW, PG Boek 5 BW, p. 302. Duidelijk wordt hierbij echter dat deze keuze niet gemaakt werd omdat de canonverplichting niet denkbaar zou zijn als onderdeel van de erfpacht (zie ook noot 40 hierboven), maar omdat zij als zakelijke verplichting bepaalde rechtsgevolgen zou hebben die door de wetgever niet gewenst werden geacht, nl. dat in dat geval na overdracht van het erfpachtrecht de oorspronkelijke erfpachter niet aansprakelijk zou zijn voor de termijnen van de canon die tijdens de duur van zijn genot opeisbaar zijn geworden (zie hierover echter noot 51 hierboven) en/of dat hierdoor de mogelijkheid van de erfpachter om een hypotheek op de erfpacht te vestigen zou kunnen worden belemmerd. Bovendien vond de wetgever dat dit een uitvoerige wettelijke regeling zou vereisen. Overigens vermeldt het VV II (1961) bij artikel 5:85 BW, PG Boek 5 BW, p. 300-301 dat op de Vergadering van de Broederschap van Notarissen van 22-9-1955 prof. Versteeg betoogd heeft dat men het er in grote meerderheid over eens is geworden dat speciaal bij het erfpachtrecht sprake is van een zakelijke last en *tevens* van de mogelijkheid van verhaal op het gehele vermogen van de schuldenaar. Volgens hem leidt de canonverplichting als een dergelijke zakelijke last ook tot een praktischere regeling. De commissie volgde hem in dit oordeel, maar niet de wetgever. In ieder geval acht ik geen aanleiding aanwezig in de behandeling van de canonverplichting door de wetgever in de PG om de kwalificatie

uiteraard zowel voor verplichtingen die op de hoofdgerechtigde komen te rusten – zoals met name die van artikel 5:71 BW uit het zojuist besproken citaat – als voor verplichtingen die op de beperkt gerechtigde komen te rusten. Onterecht is in dit verband wat mij betreft dan ook de opmerking van Struycken dat de in het citaat gebruikte woorden “onderdeel van het recht” gezien de context gelezen moet worden als enkel ‘onderdeel van het *beperkte recht*’, maar dat deze – volgens Struycken kennelijk onvermijdelijke – conclusie weer niet goed strookt met de aan de orde zijnde verplichtingen voor de *hoofdgerechtigde* die de regeling van artikel 6:252 BW en die van de erfdiensbaaerheid mogelijk maken.⁶⁴ Het gaat blijkens het citaat overigens duidelijk niet alleen over de erfdiensbaaerheid, maar ook om andere rechten zoals de erfpacht en het vruchtgebruik, waar wel degelijk sprake kan zijn van verplichtingen van de beperkt gerechtigde. Voorts zijn ook in de regeling van de erfdiensbaaerheid verplichtingen voor de beperkt gerechtigde denkbaar (zie bijvoorbeeld de onderhoudsplicht van artikel 5:75 lid 3 BW). Maar belangrijker nog is dat het blijkens het citaat gaat om de regel dat “*partijen* [meervoud!] beperkte rechten zelf kunnen vormen door bij de vestiging bijkomende verplichtingen *op zich* te nemen, die dan onderdeel van het recht uitmaken”. Hierbij geldt bovendien dat een verplichting van een eigenaar niet alleen onderdeel van de eigendom uitmaakt, maar met haar keerzijde – de bevoegdheid van de beperkt gerechtigde de uitvoering van de verplichting te vorderen – óók deel uitmaakt van het beperkte recht.⁶⁵

Ten slotte valt op dat de wetgever hier nog aangeeft dat de door hem bedoelde regel géén radicale breuk inhoudt met het verleden, maar dat het gaat om het voortbestaan van een mogelijkheid die ook in het oud BW reeds bestond.⁶⁶

van deze verplichting als een indicatie op te vatten van het algemene stelsel van het nieuwe goederenrecht, zoals Struycken in ieder geval sterk suggereert (diss. 2007, p. 442 e.v.). Opmerkelijk (en verwarrend) hierbij is dat hij de canonverplichting óók als zakelijke verplichting blijft zien (idem, p. 442).

64 Struycken, diss. 2007, p. 410.

65 Ook onterecht acht ik zijn opmerkingen terzelfder plaatse dat enigszins mysterieus is wat de bron is voor de veronderstelde regel dat partijen beperkte rechten zelf kunnen aanvullen door bijkomende verplichtingen op zich te nemen, die dan onderdeel gaan uitmaken van het beperkte recht en dat onduidelijk is naar welke passage in de MvA boek 5 is bedoeld te verwijzen. Die bron en passage kan immers eenvoudig gevonden worden in MvA II (1972) bij de Algemene opmerkingen over Boek 5, PG Boek 5 BW, p.14 in verband met de TM bij de Algemene opmerkingen over Boek 5, PG Boek 5 BW, p. 3 onder punt 3.

66 Vonck, *WPNR 6717* (2007), p. 598 vermeldt nog het ontwerpartikel over erfpacht uit het ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek van J.M. Kemper uit 1816, waarin ook al genoemd wordt dat “de bevoegdheid, of de verplichting van den erfpachter om deze of gene daad te verrigten of na te laten [...] al mede bij de uitgifte geregeld [kunnen] worden.” Volgens hem bestond tegen deze bepaling – anders dan tegen de gehele regeling van Kemper – geen bezwaar en is het onwaarschijnlijk dat met het latere art. 782 oud BW een beperktere vrijheid is beoogd.

7.3 WAAROM HEBBEN WE GRENZEN AAN DE INHOUD VAN BEPERKTE RECHTEN NODIG?

Het uitgangspunt staat inmiddels vast: *in beginsel* bestaan er geen belemmeringen voor het opnemen van verplichtingen, ook niet die tot een doen, in het beperkte recht. Die belemmeringen hoeven in ieder geval *niet* voort te vloeien uit de constructie van het goederenrechtelijk recht in het algemeen of het beperkt recht in het bijzonder. Dat wil echter nog niet zeggen dat er geen andere – meer pragmatische – belemmeringen kunnen zijn voor het opnemen van elke denkbare bevoegdheid of verplichting in het beperkte recht. Ook in het stelsel van de hierboven besproken parlementaire geschiedenis en van de jurisprudentie is de mogelijke inhoud van het beperkte recht immers niet onbegrensd. De vraag is dan: als ze niet per se volgen uit de constructie van het beperkte recht, waar komen de grenzen aan de mogelijke inhoud van het beperkte recht dan vandaan? Anders gezegd: zijn er andere redenen om de inhoud van beperkte rechten te beperken?

7.3.1 Horigheden en de Franse revolutie

Een belangrijke oorzaak van het feit dat we tegenwoordig in continentaal Europa de mogelijke inhoud van goederenrechtelijk werkende rechten beperken is gelegen in de periode die voorafging aan de Franse revolutie en in de toenmalige feodale standenmaatschappij. In de middeleeuwse praktijk van het onroerend goed waren verplichtingen van boeren, die stukken grond in gebruik hadden van hun heren, immers schering en inslag. Het ging hierbij vaak ook om verplichtingen tot een doen. Verplichtingen tot het betalen van periodieke geldbedragen of het periodiek verschaffen van producten – bijvoorbeeld het steeds moeten afstaan van een bepaald deel van de oogst of opbrengst van het land – tot het verrichten van periodieke hand- en spandiensten, waaronder bijvoorbeeld zelfs het bijstaan van de landheer in tijden van oorlog.⁶⁷ Ze leidden hierdoor soms een bestaan in een vorm van horigheid die de slavernij dicht naderde, de zogenaamde lijfeigenschap. Ze waren in ieder geval sterk gebonden aan de grond die ze in gebruik hadden en konden er niet zomaar voor kiezen de grond over te dragen aan een ander en/of te vertrekken. De relatie tussen horige en heer kon niet eenzijdig worden opgezegd en ging ook vaak over van generatie op generatie. Zo kwam het dat velen aan de onderzijde van de samenleving overerfelijke, generaties omspannende verplichtingen hadden tot het verrichten van (rechts)handelingen en knellende herendiensten ten behoeve van maatschappelijk geprivilegieerden.⁶⁸ De aan het oude adagium van de Romeinse juristen *servitus in faciendo consistere nequit*

67 Vgl. Spruit 2003, p. 216-217.

68 Idem.

ten grondslag liggende gedachte, was hier – op zeer radicale wijze – losgelaten.⁶⁹ Een dergelijke situatie leidt natuurlijk – zo ziet men het althans tegenwoordig meestal – tot ongewenste gevolgen, niet alleen voor de horigen in kwestie, maar ook voor de economie in haar geheel. In Frankrijk verdween weliswaar de echte landgebonden horigheid aan het einde van de middeleeuwen, maar het verwerven van een stukje land kwam ook daarna nog vaak met een grote hoeveelheid daaraan verbonden verplichtingen, die nog altijd tot een soort economische horigheid leidden.

De Franse revolutie kan in belangrijke mate gezien worden als een reactie op deze 'horigheid' van (een groot deel van) het volk aan adel en geestelijkheid en op de nog altijd in sterke mate feodale standenmaatschappij van het *Ancien Régime*. Het feodale stelsel van privileges werd afgeschaft en een grondwet ingevoerd. De afschuw van de feodale standenmaatschappij en ook de angst voor een eventuele terugkeer hiervan zaten echter diep en toen – onder Napoleon – de *Code civil* werd opgesteld, kwam ook hierin tot uitdrukking dat men voor eens en altijd korte metten wilde maken met horigheden en alles wat de zweem van horigheden om zich had. De oude feodale rechtsverhoudingen werden langzamerhand ingeruild voor een 'nieuw' (op het Romeinse recht gebaseerd) eigendomsbegrip dat vooral door de Historische School en later de Pandektistiek werd ontwikkeld. Dit eigendomsbegrip werd – naast het zojuist genoemde Romeinse adagium – wel gebruikt ter ondersteuning van de afschaffing van horigheden en als argument tegen het bestaan van zakelijke verplichtingen tot een doen.⁷⁰ Ook het recht van erfpacht kreeg in het Frankrijk na de revolutie een slechte naam. Het werd sterk geassocieerd met het *Ancien Régime* en daarom werd met de afschaffing van het feodale systeem ook het recht van erfpacht afgeschaft. Pas in 1902 werd erfpacht formeel weer erkend en in de *Code rural* opgenomen.⁷¹

Deze angst is van Frankrijk ook tot in Nederland doorgedrongen.^{72,73} Deels gebeurde dat via België, dat zoals bekend nog tot 1830 tot het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden behoorde en een zeer sterk op het Franse recht geënt privaatrecht kende en nog steeds kent. In België worden erfpacht en opstal

69 Aldus Spruit 2003, t.a.p.

70 Vgl. Struycken, diss. 2007, p. 198-199.

71 Zie hierover Akkermans 2008, p. 133. Ook het opstalrecht wordt in de *Code civil* niet uitdrukkelijk als beperkt recht geregeld. Zie voorts nog over de afkeer van feodaliteit en daarmee ook van erfpacht en opstal in Frankrijk en Duitsland: Zwolve, *MvV* 2008/9, p. 200-201.

72 In Nederland werden met de Staatsregeling van 1798 de heerlijke rechten afgeschaft, maar na de herkegen onafhankelijkheid van Frankrijk werden ze door Koning Willem I in 1814 weer hersteld. Onder het BW van 1838 bleven ze gehandhaafd; in (veel) later tijden zijn verschillende ervan alsnog afgeschaft.

73 Vgl. de verwijzingen naar feodaliteit en leenstelsel in Voorduin III (1838), p. 492, 508, 534-535 en 547-548. Zie voorts art. 721 lid 2 BW (oud), dat bepaalt dat de erfdiensbaarheid "noch

dan ook nog altijd separaat geregeld door twee van het Burgerlijk Wetboek losstaande wetten van 10 januari 1824, afkomstig uit de tijd van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden.⁷⁴ Vóór 1830 hadden we ons, samen met de Belgen, al gezet aan het ontwerpen van een Nederlands Burgerlijk Wetboek, dat, onder meer door die Belgen, onder een sterke Franse invloed gebeurde. Deels kwam het ook door de invloed die de Fransen zelf, onder Napoleon, hier te lande hadden achtergelaten, zoals het *Wetboek Napoleon ingerigt voor het Koninkrijk Holland* van 1809 – niet zo heel veel meer dan een iets op Nederland aangepaste vertaling van de *Code civil*⁷⁵ – en vanaf 1811 de *Code civil* zelf. In het traject van het ontwerp van een Nederlands Burgerlijk Wetboek – uiteindelijk zonder de Belgen afgerond – waarschuwde het Belgische Tweede Kamerlid Geelhand della Faille ons evenwel al dat we niet te bang moesten zijn voor herleving van het leenstelsel:

“Ik schroom noch het geschreeuw der menigte, noch den invloed van het Gezag, noch de schrikbeelden waarmede men ons vrees aanjaagt. Onder een zo krachtig geconstitueerd Gouvernement als het onze, het liberaalste, dat in Europa bestaat, heb ik geenszins het herstel der Tienden of de herleving van het Leenstelsel te duchten; onder een dergelijk Gouvernement, is het niet redelijk, zulk een vrees te koesteren... Wij kunnen tegen alle inbreuk van Leenroerigheid gerust zijn.”⁷⁶

De angst voor horigheden is echter ook nog terug te vinden in de parlementaire geschiedenis van het huidig BW.⁷⁷ In de Toelichting Meijers bij de nieuwe bepaling van artikel 6:252 BW wordt vermeld:

“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 aange-

ten laste, noch ten behoeve van eenen persoon, daargesteld [mag] worden.” Ook art. 723 BW (oud) (“Erfdienstbaarheid geeft geenen voorrang aan het eene erf boven het andere.”) heeft slechts een historische betekenis “om alle denkebeeld van leenroerigheid voor te komen” (Voorduin III (1838), p. 492; vgl. hierover Opzoomer III (1876), p. 401 noot 1, die zelf overigens weinig dreiging van horigheden vreest).

74 *Stb.* 1824, 13 en 14.

75 In dit wetboek was overigens wel een regeling van erfpacht en van opstal opgenomen.

76 Voorduin III (1838), p. 508. Zie hierover ook Huijgen in Van Velten e.a. 1995, p. 157-158, die toch wat meer vrees heeft voor een modern soort ‘horigheid’. Vgl. voorts Voorduin III (1838), p. 534-535, over het bezwaar tegen de term ‘tienden’: “Men heeft bij de herziening van dezen Titel geene overwegende reden gevonden, om de zaak niet bij haren waren naam te noemen, daar toch het bedingen van tienden, of wel eene gift of legaat onder een bezwaar van dien aard, niets bevat, dat tegen de goede zeden, of de openbare orde strijdt, en een ieder het regt behoort te hebben, om over zijn eigendom in diervoege te beschikken als hem goeddunkt, mits hij de regten van derden niet verkorte.”

77 En in de bepaling van art. 1:1 lid 2 BW: “Persoonlijke dienstbaarheden, van welke aard of onder welke benaming ook, worden niet geduld.” Een vergelijkbare bepaling bestond reeds onder oud BW, art. 2 lid 2 BW (oud), waarin echter ook slavernij nog expliciet werd vermeld.

moedigd; evenals bij de erfdienstbaarheden moet ervoor worden gewaakt dat de verplichtingen niet op een nieuwe vorm van horigheid gaan gelijken.⁷⁸

Erg veel angst dat verplichtingen tot een doen bij de erfdienstbaarheden tot een nieuwe vorm van horigheden of een te grote belasting van stukken grond zouden leiden, heeft de wetgever overigens niet:

“De ondergetekende is van mening dat tegen de toelaatbaarheid van dergelijke bedingen in de vorm van een erfdienstbaarheid geen ernstige bezwaren bestaan. Tegen het gevaar dat zij op den duur een te grote belasting van het betrokken erf zouden gaan vormen, waakt artikel 8 [artikel 5:78 BW (zie voorts de toegevoegde artikelen 5.6.8a-c / 5:79-82), *AFM*] dat onder de daar genoemde omstandigheden wijziging of opheffing van de erfdienstbaarheid mogelijk maakt.”⁷⁹

Het gevaar van een te grote belasting – en (daarmee) ook van een eventuele economische belemmeringen, zoals die in verhandelbaarheid van het betrokken goed⁸⁰ – wordt volgens de wetgever bij erfdienstbaarheden dus beteugeld door de mogelijkheden tot opheffing en wijziging van de erfdienstbaarheid.⁸¹ Dergelijke mogelijkheden bestaan ook bij erfpacht en opstal (artikel 5:97 evt. jo. 104 BW) en bij de kwalitatieve verplichting van artikel 6:252 BW (artikel 6:259 BW).⁸² Bij vruchtgebruik en pand- en hypotheekrecht zal aan een dergelijke bepaling vermoedelijk minder behoefte zijn geweest. Vruchtgebruik eindigt immers altijd met de dood van de vruchtgebruiker en pand- en hypotheekrecht bij betaling van de vordering waaraan ze zijn verbonden.⁸³ De vrije verhandel-

78 TM bij art. 6:252 BW, PG Boek 6 BW, p. 936.

79 MvA II (1972) bij art. 5:71 BW, PG Boek 5, p. 258.

80 Struycken (diss. 2007, par. 5.3 en 5.4) bespreekt overigens enkele rechtseconomische artikelen over de *numerus clausus*. Rudden zet ook in rechtseconomisch opzicht vele vraagtekens bij het nut van de *numerus clausus* en met name van de beperkingen aan het geven van goederenrechtelijke status aan verplichtingen tot een doen. Ik ben het met hem eens dat verplichtingen tot een doen ook een heel nuttige rol kunnen spelen in het maatschappelijk en economisch verkeer. Merrill en Smith leggen meer de nadruk op de positieve economische kant van de *numerus clausus*, waarover Hansmann en Kraakman dan weer kritisch zijn. De rechtseconomische meerwaarde van de *numerus clausus* lijkt kortom zeker niet vast te staan. Meer over (o.a.) rechtseconomische argumenten bij de *numerus clausus* kan men nog vinden in Struycken 2011.

81 Dat is zelfs het algemene, nieuwe systeem van het Amerikaans federale erfdienstbaarhedenrecht geworden, dat een geheel open stelsel van erfdienstbaarheden kent met (veel) rechterlijke correctie achteraf (van ‘ex ante, categorial, control’ naar ‘ex post, remedial, control’). Zie hierover Van Erp 2004, p. 159-161 en French 2006, 109-116.

82 Bij de (speciale) beperkte rechten op intellectuele eigendomsrechten is een dergelijke grote en economisch zwaarwegende belasting ook niet zo’n groot gevaar, nu het hier bijna steeds om rechten gaat met een beperkte duur.

83 Zie t.a.v. het vruchtgebruik ook nog de mogelijkheid tot het doen van afstand o.g.v. art. 5:224 BW.

baarheid van rechten van vruchtgebruik en met pand- of hypotheekrecht belaste goederen zal voorts toch al niet erg groot zijn.⁸⁴

Er moeten, kortom, zeker enige grenzen gesteld worden aan de lasten die aan grond of andere goederen kunnen worden gekoppeld door middel van beperkte rechten, zodat deze niet tot een soort horigheden of economisch te zwaar belaste gronden en goederen zullen leiden, maar ik ben wel van mening dat er beduidend minder reden tot angst voor het ontstaan van nieuwe 'horigheden' hoeft te bestaan in de huidige tijd dan in de tijd van de Franse revolutie.⁸⁵ De uit deze angst voortvloeiende beperkingen aan de mogelijke inhoud van beperkte rechten in de oude modellen en principes zijn wat mij betreft dan inmiddels ook enigszins achterhaald.^{86,87}

84 Overigens kunnen ook kettingbedingen – zeker in combinatie met de huidige tuchtrechtelijke eisen die aan notarissen worden gesteld – zware en moeilijk ontkoombare belastingen vormen op onroerende zaken. In dergelijke zin ook Van Oostrom-Streep, diss. 2006, par. 3.6.4 en 3.6.1-3.6.2 en recenter nog *WPNR 6930* (2012), p. 361-368. Zie voorts nog de TM bij art. 6:252 BW, PG Boek 6 BW, p. 936.

85 Ook de nog uit deze (en later) tijd stammende oude zakelijke rechten (oude heerlijke rechten daaronder begrepen) zijn inmiddels – of in ieder geval binnen zeer korte tijd – (grotendeels) verdwenen, of spelen een (zeer) geringe rol in het rechtsverkeer. Over deze rechten: F.C.J. Ketelaar, *Oude zakelijke rechten vroeger, nu en in de toekomst*, diss. Leiden 1978. De beperkte rechten die nu nog gevestigd kunnen worden stammen allemaal af van Romeinsrechtelijke voorouders.

86 Medestanders in de relativering van de angst voor horigheden, vind ik onder meer in in Van Velten 2012, p. 715; Maeijer (Maeijer/Smalbraak 1966, p. 17) – die de vrees dat door servituten om te doen het feodale tijdperk zou kunnen herleven ongegrond acht indien men door een nader te bepalen objectief verband met het dienende erf te eisen dergelijke erfdiensbaarheden slechts op beperkte schaal zou toelaten – Smalbraak (Idem, p. 91-92) – die het met de slavernij en horigheid nog al mee vindt vallen, de psychologische druk hoger acht dan de economische, en de grens tussen doen en niet-doen niet scherp te trekken – en Van Oostrom (Van Oostrom-Streep, diss. 2006, p. 218-219) – die de angst voor terugkeer van feodale verhoudingen enigszins overtrokken vindt, en pleit voor een uitbreiding van de inhoud van de kwalitatieve verplichting tot verplichtingen tot een doen. Zie voorts nog uitgebreid Struycken, diss. 2007, par. 3.5.3.2.

87 Waar wel reden tot vrees voor is, is voor een te grote machtspositie van marktpartijen, en daarbij denk ik met name aan overheden bij bijvoorbeeld de uitgifte van grond in erfpacht. Mijns inziens moet een dergelijke situatie echter niet worden aangepakt door een integraal 'verbod' op verplichtingen tot een doen als inhoud van beperkte rechten voor alle (mogelijke) soorten partijen. Eerder zou de inperking van een te grote machtspositie van overheden moeten plaatsvinden op het terrein van de partijen waar deze problemen spelen zelf: door in het *publiekrecht* strenge(re) eisen te stellen aan die overheden bij het verrichten van dit soort privaatrechtelijke rechtshandelingen. Hierover meer verderop in par. 7.3.4 en in par. 7.4.2. En daarnaast evt. door middel van de leerstukken van de redelijkheid en billijkheid, onvoorziene omstandigheden, misbruik van bevoegdheid en de algemene voorwaardenregeling van afd. 6.5.3 BW. Zie hierover uitgebreid Huijgen in Van Velten e.a. 1995, p. 158-163.

7.3.2 Rechtszekerheid, derdenwerking, kenbaarheid en kosten

Een veelgehoord bezwaar tegen de toelating van (meer) verplichtingen tot een doen als onderdeel van goederenrechtelijke rechten is het gevaar dat rechtsopvolgers hierdoor belast zouden kunnen worden met verplichtingen tot een doen waarvan ze het bestaan niet kenden of hoefden te kennen, en waarmee ze niet hebben ingestemd. Ik heb dit altijd een vrij merkwaardig bezwaar gevonden. Ten eerste kunnen rechtsopvolgers evengoed belast worden met verplichtingen tot een dulden of niet-doen waarvan ze niet op de hoogte waren. Over het algemeen wordt een dergelijke verplichting kennelijk als (veel) minder belastend ervaren, maar het kan natuurlijk heel goed zijn dat een verplichting om iets te dulden of iets niet te doen ten aanzien van zijn goed juist buitengewoon belastend zal zijn voor de gerechtigde. Ik denk dan bijvoorbeeld aan de verplichting tot een dulden op grond waarvan de naburige boer bevoegd is elke ochtend om 6.00 uur met zijn tractor over het pad langs je slaapkamer te rijden. Of de verplichting tot een niet-doen waarbij het een eigenaar verboden wordt op zijn onroerende zaak ook maar enige economische activiteit te ontplooien. Voorts worden ook in het burennrecht allerlei verplichtingen, ook tot een doen, op eigenaren van naburige erven gelegd.⁸⁸ Het is heel goed mogelijk dat rechtsopvolgers ook van deze verplichtingen slecht op de hoogte waren en hiertoe derhalve verplicht raakten zonder daarmee te hebben ingestemd. Hetzelfde geldt voor de verplichtingen die bij de vestiging van een beperkt recht door de wet *van rechtswege* worden gelegd op hoofd- en beperkt gerechtigde. Een uitdrukkelijke instemming of zelfs het op de hoogte zijn van het bestaan van deze verplichtingen is geen voorwaarde voor het feit dat ze op de betrokkene zullen komen te rusten.

Bovendien moet bij een groot deel van de goederen die met beperkte rechten belast worden – de registergoederen – de betreffende verplichting, om onderdeel van het goederenrechtelijke recht op deze goederen uit te kunnen maken, in een notariële akte worden opgenomen en in de openbare registers worden ingeschreven, waardoor ze per definitie kenbaar zijn voor derden.⁸⁹ Er is hier dan ook geen enkele reden om aan te nemen dat iemand verplicht wordt tot van alles en nog wat zonder dat hij dit van tevoren behoef-

88 Vgl. bijv. de verplichting tot meewerking aan en bijdrage in de kosten van afpaling (art. 5:46 BW) of de oprichting van een scheidsmuur (art. 5:49 BW), de verplichting tot inrichting van de afdekking van gebouwen en werken op zodanige wijze dat daarvan het water niet op eens anders erf afloopt (art. 5:52), de verplichting ervoor te zorgen dat geen water of vuilnis van zijn erf in de goot van eens anders erf komt (art. 5:53 BW) en de verplichting om het gevaar van instorting te keren (art. 5:55 BW).

89 Vgl. in dit verband Vonck, *WPNR 6717* (2007), p. 601, die er hier voor pleit te onderzoeken of de kern van individuele erfpachtverhoudingen nog beter kenbaar gemaakt kan worden, bijvoorbeeld door kernelementen als grondbestemming, duur van de erfpacht, hoogte van de canon en herzieningsdata van de canon behalve in de openbare registers ook in de kadastrale registratie kenbaar te maken.

de te weten of had kunnen weten. Dat een koper van een registergoed zich vooraf beter op de hoogte doet stellen van de juridische eigenschappen van het goed, is niet minder logisch dan dat hij dat doet ten aanzien van de feitelijke eigenschappen. Het grote voordeel is bovendien nog dat bij de levering van registergoederen een notaris betrokken zal zijn en men er derhalve vanuit mag gaan dat de verplichtingen die men op zich zal nemen niet alleen in de registers staan ingeschreven en men ze daarom zal *kunnen* kennen, maar óók dat deze registers daadwerkelijk geraadpleegd zullen worden door de betrokken notaris en de betrokkene er dus ook daadwerkelijk van op de hoogte geraakt.⁹⁰ De angst voor rechtsonzekerheid en voor een onverwachte belasting met allerlei verplichtingen die men zelf niet heeft gekend en niet heeft aanvaard, lijkt in dat licht onterecht te zijn.⁹¹

De eventuele kosten van het opzetten van een registratiesysteem en de moeite en kosten om bij dat systeem grondiger onderzoek te doen (*information and transaction costs*) zullen naar mijn inschatting in dit geval ook geen belemmerende invloed hebben op de toelating van verplichtingen tot een doen. Soms wordt dit als economisch tegenargument gebruikt. In het geval van de Nederlandse openbare registers – die reeds zijn opgezet en ook al verplichtingen vermelden – zal een uitbreiding van de mogelijke verplichtingen in een beperkt recht tot weinig meerkosten leiden. De (extra) kosten, (extra) tijd en (extra) moeite die het doen van (extra) onderzoek met zich meebrengen, schat ik ook behoorlijk laag in. Lacunes in het systeem worden voorts grotendeels gevuld door het stelsel van derdenbescherming.⁹²

Uiteindelijk geldt hierbij derhalve: wie de baten van een goederenrechtelijk recht op prijs stelt, moet ook – *binnen zekere grenzen* – de hieraan verbonden lasten dragen. Het is een samenstel van rechten en plichten. Als je de lasten niet wilt dragen, dan ben je daartoe niet verplicht, alleen zul je dan ook de baten niet kunnen verkrijgen. De zojuist genoemde grenzen hoeven echter op grond van de rechtszekerheid in het *registergoederenrecht* niet erg beperkend te zijn.

Bij de meeste beperkte rechten – erfpacht, opstal, erfdienstbaarheden en hypotheek – gaat het per definitie om dergelijke registergoederen. Bij de overige beperkte rechten – vruchtgebruik en pandrecht – gaat het echter om andere goederen of kán het om andere goederen gaan. Een dergelijke goede kenbaarheid door middel van openbare registers is dan meestal niet aan de orde. De kenbaarheid bij deze rechten is, indien ze op roerende zaken rusten, gelegen

90 Dit voordeel van de tussenkomst van de notaris pleit echter wel voor een nog eerdere betrokkenheid van de notaris, liefst al in de obligatoire fase.

91 Het gevaar dat de openbare registers bij een te open stelsel in het goederenrecht ontwricht zouden kunnen raken door een grote hoeveelheid uiteenlopende en ongeordende zakelijke rechten speelt vooral op het niveau van de *Typenzwang*, en veel minder op dat van de *Typenfixierung*, vgl. ook Struycken, diss. 2007, p. 292.

92 Vgl. Struycken, diss. 2007, p. 338-340.

in het bezit, of beter gezegd: de feitelijke macht over de zaak waarop het beperkte recht rust. Over het algemeen is dat bezit een weinig informatieve bron. In sommige gevallen en bij veel andere niet-registergoederen is een authentieke of onderhandse akte en/of een zekere registratie vereist voor vestiging, hetgeen een zekere mate van kenbaarheid *kan* verschaffen.⁹³ Van het vruchtgebruik kan men voorts zeggen dat dit meestal ontstaat naar aanleiding van de toekenning aan een persoon van het recht door een erfflater in zijn testament – waarin de eventuele afwijkende bepalingen die voor het vruchtgebruik moeten gaan gelden, reeds zijn opgenomen – en dat het vrijwel altijd een persoonlijk en verzorgend of in ieder geval bevoordelend karakter heeft. Aan de ene kant betekent dit dat het vruchtgebruik niet snel zal worden overgedragen aan een ander (het blijft dan immers ook gebonden aan het leven van de oorspronkelijke vruchtgebruiker), aan de andere kant betekent het dat aan de vruchtgebruiker over het algemeen geen zwaar belastende, van de wet afwijkende verplichtingen zullen worden opgelegd.

Men kan over het algemeen echter wel zeggen dat de slechte(re) kenbaarheid – en de daarmee gepaard gaande grote(re) rechtsonzekerheid en eventuele hoge(re) kosten van onderzoek – bij *deze* rechten een reden kan zijn voor het voeren van een restrictiever beleid ten aanzien van de toelating van buitenwettelijke plichten als onderdeel van het beperkte recht.⁹⁴

7.3.3 Vervagende grenzen tussen verbintenissen- en goederenrecht?

Levert de toelating van een omvangrijker inhoud, met onder andere meer mogelijkheden voor verplichtingen tot een doen, een (grotere) vertroebeling van het onderscheid tussen verbintenissenrecht en goederenrecht op? Mijns inziens niet. Het feit dat verschillende verplichtingen tot een doen voorheen eventueel slechts als obligatoir werkend recht mogelijk waren en nu vaker onderdeel kunnen uitmaken van een goederenrechtelijk recht, is daarvoor in ieder geval geen goed argument. Allereerst geldt hier dat veel obligatoire verplichtingen buiten de echte inhoud van het goederenrechtelijke recht voorheen ook al een zekere derdenwerking of zaaksgevolg kregen: als kwalitatieve verbintenis of als kettingbeding. Het feit dat deze voortaan vaker als onderdeel van het goederenrechtelijke recht kunnen gelden, zorgt dan juist voor een duidelijker onderscheid tussen verbintenissen- en goederenrecht en een afname van tussenvormen en tussenfiguren. Verplichtingen die als onder-

93 Wellicht kan de algemene derdenbeschermingsbepaling van arr. 3:36 BW (heel) soms ook nog uitkomst bieden, indien een derde-rechtsopvolger op grond van mededelingen van de rechthebbende is uitgegaan van een zekere inhoud van de rechtsbetrekking die die rechthebbende had met de hoofd- of beperkt gerechtigde.

94 Of reden om (meer) beschermingsmogelijkheden te bieden aan derden ten aanzien van de aan deze rechten verbonden ongebruikelijke verplichtingen waarvan ze niet op de hoogte waren of redelijkerwijs geacht werden te konden zijn.

deel van het beperkte recht of het hoofdrecht gelden, kunnen nu in elk opzicht overeenkomstig de overige onderdelen van dit recht behandeld worden.⁹⁵ Bovendien is het bij *bevoegdheden* (denk aan de bevoegdheden tot genot en gebruik van een huurder; die overigens ook vaak al een zekere derdenwerking kennen) ook nooit een argument geweest dat het tevens toelaten van deze bevoegdheden als inhoud van een *goederenrechtelijk* recht (denk aan een recht van vruchtgebruik of erfpacht) zou leiden tot een onduidelijk onderscheid tussen het verbintenissenrecht en het goederenrecht.

7.3.4 De grens tussen publiek- en privaatrecht

Tot slot een grens van geheel andere aard, die niet echt tot het onderwerp en de opzet van dit onderzoek behoort, maar die hier in ieder geval ook niet geheel ongenoemd mag blijven: de scheiding tussen publiek- en privaatrecht, een grens die voor bepaalde rechtssubjecten – overheden – van belang kan zijn. Zoals bekend mag worden verondersteld, mogen overheden hun privaatrechtelijke bevoegdheden niet gebruiken als daarmee de publiekrechtelijke weg op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist. Deze ‘doorkruisingsleer’ – die zijn herkomst vindt in het Windmill-arrest⁹⁶ – zal hier niet uitgebreid besproken worden, maar men dient zich wel te realiseren dat deze leer bepaalde beperkingen met zich mee zal kunnen brengen voor de mogelijke inhoud van beperkte rechten die worden gevestigd met de gemeente als één van beide partijen, meestal als grondeigenaar. En dat is misschien maar goed ook, want overheden zoals de gemeente kunnen in dit soort zaken – met name bij de uitgifte van grond in erfpacht – zeer grote en machtige spelers zijn, waartegen de gemiddelde erfpachter niet zomaar is opgewassen.⁹⁷ Gewaakt moet hierbij worden tegen een te grote machtspositie van overheden.⁹⁸ De privaatrechtelijke middelen waarmee gemeentes bijvoorbeeld een zekere (publiekrechtelijke) invloed proberen uit te oefenen, zullen dan ook niet altijd moeten worden toegestaan. Daarbij zal – overeenkomstig het Windmill-arrest – onder meer moeten worden gelet op de inhoud en strekking van de op het onderwerp betrekking hebbende publiekrechtelijke regeling en op de wijze waarop en de mate waarin in het kader van die regeling de belangen van de burgers zijn beschermd. Van belang is voorts of de overheid door gebruikmaking van de

95 Tenzij uiteraard op grond van hun aard een andere behandeling gewenst zou zijn. Een gelijke, goederenrechtelijke behandeling houdt overigens – door de voordelen van publicatie – vaak ook in: meer rechtszekerheid.

96 HR 26 januari 1990, NJ 1991, 393 (*Staat/Windmill*).

97 Ditzelfde geldt overigens voor veel banken, die in het kader van het vestigen van zekerheidsrechten een vergelijkbare machtspositie hebben.

98 Hierover – in het kader van de vergoeding voor aan de eigenaar van de grond blijvende opstallen bij het einde van de erfpacht – vraagpunt 7 en het V.V. II (1953) bij art. 5:99 BW, PG Boek 5 BW, p. 335-336.

publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als door gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheid, omdat, als dit het geval is, het een belangrijke aanwijzing is dat er dan geen plaats is voor gebruikmaking van de privaatrechtelijke bevoegdheden teneinde ditzelfde resultaat te bereiken.⁹⁹ Voorts zijn overheden, indien het hen is toegestaan gebruik te maken van privaatrechtelijke middelen, hierbij altijd gebonden aan de beginselen van behoorlijk bestuur en mogen ook zij – uiteraard – geen misbruik van hun bevoegdheden maken.

Enkele voorbeelden van de inhoud van beperkte rechten die gemeenten plegen te gebruiken om bepaalde door hun gewenste resultaten te bereiken, zullen in de volgende paragraaf nog aan de orde komen.

7.4 ALTERNATIEVE CRITERIA: EEN OPVALLENDE DISCREPANTIE TUSSEN DOGMATISCHE CRITERIA EN DE CRITERIA UIT JURISPRUDENTIE EN PARLEMENTAIRE GESCHIEDENIS

Nu duidelijk is geworden dat de grenzen die uit de oude dogmatische modellen en principes volgen niet meer van toepassing hoeven te zijn in het nieuwe model van de 'belastingsgedachte 2.0', maar er toch wel enige grenzen gesteld moeten worden aan de mogelijke inhoud van beperkte rechten, is het tijd op zoek te gaan naar 'nieuwe' grenzen. Geheel nieuw zullen deze grenzen echter niet zijn, want de in de jurisprudentie en parlementaire rechtsgeschiedenis aan de inhoud van beperkte rechten gestelde grenzen – die zo nieuw niet meer zijn – zullen hierbij een zeer belangrijke inspiratiebron vormen. Deze jurisprudentiële en parlementaire historische grenzen zijn niet direct aan een dogmatisch model te koppelen. Ze zijn wat feitelijker en wat pragmatischer dan de dogmatische grenzen, en ze laten veel meer vrijheid dan met deze dogmatische grenzen ooit in overeenstemming kon worden gebracht. Rank-Berenschot schrijft hierover het volgende:

"Geconcludeerd moet worden dat een op de klassieke leer gefundeerde analyse van het zakelijke recht zich nooit geheel verdraagt met de zakelijke werking die doorgaans aan de daarin begrepen rechten en verplichtingen pleegt te worden toegekend [door rechter en wetgever, *AFM*]."¹⁰⁰

En dat ook het voor het huidige BW in de parlementaire geschiedenis voorgeschreven criterium (zie paragraaf 7.4.2 hierna)

⁹⁹ *Idem*, r.o. 3.2.

¹⁰⁰ Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 342.

“zich niet [lijkt] te verdragen met het beginsel van afsplitsing en de gevolgen die een dogmatische analyse van het beperkte recht overigens dicteert.”¹⁰¹

Mij aansluitend bij het bovenstaande, meen ik dat de grenzen uit de jurisprudentie en de parlementaire geschiedenis zich wél goed laten combineren met de ‘belastingsgedachte 2.0’, waarin *in beginsel* veel mogelijk wordt geacht, maar die nog wel op zoek is naar de buitengrenzen van zijn systeem. Zoekend naar die grenzen zal – zo zal na al het voorgaande duidelijk zijn – geen principieel onderscheid gemaakt worden tussen bevoegdheden en verplichtingen, en tussen verplichtingen tot een dulden of niet-doen en verplichtingen tot een doen.¹⁰²

7.4.1 Criteria uit de jurisprudentie: voldoende verband en het wezen van het beperkte recht

Welke alternatieve criteria zijn er in de jurisprudentie nu ontwikkeld om te bepalen wat voor bevoegdheden en verplichtingen nog wel en welke niet meer als onderdeel van een goederenrechtelijk recht kunnen worden gekwalificeerd?

Een arrest uit 1977 over een erfpachtrecht op een haventerrein te Rotterdam is in deze ontwikkeling een belangrijke geweest, en vormt in feite nog altijd het standaardarrest.¹⁰³ De casus was als volgt. De gemeente geeft een perceel in erfpacht uit in het havengebied en neemt daarbij de verplichting op zich om het vaarwater dat aan het perceel grenst – tevens behorende aan de gemeente – op diepte te houden. De erfpachter betaalt een dermate hoge canon, dat dit mede als vergoeding kon worden gezien voor de door de gemeente op zich genomen verplichting. De te beantwoorden vraag was nu of de in de canon begrepen vergoedingsverplichting net als de rest van de canonverplichting onderdeel uitmaakte van het erfpachtrecht zelf.¹⁰⁴ De Hoge Raad overweegt ter beantwoording van deze rechtsvraag het volgende:

“– dat het Hof, op grond van zijn uitlegging van de onderhavige overeenkomst, heeft geoordeeld: enerzijds dat de verplichtingen van de gemeente om de kademuur te onderhouden en ervoor te zorgen dat het water in de haven op de overeengekomen diepte zal worden gehouden betrekking hebben op het genot, hetwelk de

101 Idem.

102 Ook naar de opvatting van Vonck (*WPNR* 6717 (2007), p. 601) is een onderscheid tussen verplichtingen tot een doen en verplichtingen tot een dulden of nalaten niet nodig. Duidelijk anders ligt dat bij Struycken, diss. 2007, p. 412 e.v.

103 HR 16 maart 1977, *NJ* 1977, 399 m.nt. WMK.

104 In dat geval mocht de vergoeding, net als de rest van de canonverplichting, in mindering worden gebracht op de waarde van het erfpachtrecht voor de berekening van de overdrachtsbelasting.

erfpachter van de grond zal kunnen trekken en met de geschiktheid van dit terrein voor het gebruik, waarvoor het in erfpacht is gegeven, in rechtstreeks verband staan; anderzijds dat de met het kadegeld overeenkomende vergoeding, welke door de erfpachter moet worden betaald, moet worden gerekend tot de betalingen waartoe de erfpachter als zodanig verplicht is en welke betrekking hebben op het aan de erfpachter als zodanig verleende genot;

– dat het Hof aan die oordelen terecht de gevolgtrekking heeft verbonden dat de verplichting tot het betalen van vorenbedoelde vergoeding deel uitmaakt van het samenstel van rechten en verplichtingen, besloten in het zakelijk recht,

– dat immers pp. ingevolge het bepaalde in art. 782 BW vrij zijn om hun erfpachtsverhouding naar eigen goeddunken te regelen;

– dat zij daarbij weliswaar niet in strijd mogen komen met het wezen van het erfpachtsrecht, maar daarvan onder voorschreven omstandigheden geen sprake is;”

De Hoge Raad neemt als uitgangspunt de vaststelling van het hof dat de verplichtingen van de gemeente betrekking hebben op het genot van de erfpachter van de grond in kwestie en *in rechtstreeks verband staat* met de geschiktheid van het terrein voor het gebruik waarvoor het in erfpacht is gegeven, en stelt op die manier de nauwe relatie tussen de kern van het recht van erfpacht – het genot en gebruik van de grond van een ander tegen betaling van een canon – en de verplichting in kwestie. De tegenover de verplichting van de gemeente staande vergoedingsplicht van de erfpachter maakte daarom ook *deel uit van het samenstel van rechten en verplichtingen besloten in het zakelijk recht* en kwam voorts *niet in strijd met het wezen van het erfpachtrecht*.

Samenvattend en veralgemeniserend naar alle beperkte rechten zou je kunnen zeggen dat buitenwettelijke rechten en verplichtingen onderdeel van het beperkte recht kunnen uitmaken indien zij *met het wezen van dit beperkte recht in een voldoende verband staan* (en daarmee derhalve niet in strijd zijn). Zo wordt een mijns inziens logische combinatie van de twee hier gebruikte criteria gemaakt.¹⁰⁵ Opmerkelijk aan de casus is overigens – zo merkte annotator Kleijn reeds op – dat de verplichting van de gemeente geen betrekking had op het *met het erfpacht belaste perceel*, maar op het perceel vaarwater dat hieraan grensde. Dit maakt de verplichting in feite ongeschikt voor derdenwerking: als de gemeente (de bloot eigendom van) het erfpachtperceel zou verkopen, zou de opvolgende eigenaar niet gehouden kunnen worden om het perceel vaarwater *van een ander* (de gemeente) op diepte te houden. Daartoe zou hij immers niet eens (zonder meer) bevoegd zijn. Mijns inziens zou dan ook – met het criterium dat de Hoge Raad hier zelf aanlegt – moeten worden geoordeeld dat de verplichting en de daarmee corresponderende vergoeding, nu zij geen betrekking heeft op het erfpachtperceel, *niet in een voldoende verband staan met het wezen van het erfpachtrecht*, te weten het genot en gebruik *van het*

105 Ook Struycken (diss. 2007, p. 393-394) meent dat de twee criteria een waardevolle aanvulling zijn op elkaar. Zie voorts impliciet Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 2008, nr. 217.

erfpachtperceel. Sterker nog, zij komen in feite *in strijd met dit wezen*, omdat zij een verplichting op een heel ander perceel in de buurt leggen. Instemmend dus met het criterium dat de Hoge Raad aanlegt, kom ik – net als Kleijn – tot een geheel andere uitkomst.¹⁰⁶

Van de hierboven gestelde beperking – dat tot het beperkte recht geen verplichtingen of tegenprestaties van verplichtingen kunnen behoren die rechtstreeks betrekking hebben *op een ander goed* dan het belaste goed zelf (bijvoorbeeld op onroerende zaken in de omgeving), omdat deze *niet* in voldoende verband met het wezen van het beperkte recht op het belaste goed staan – zou ik een algemeen geldende grens willen maken.¹⁰⁷ Het wezen van het beperkte recht houdt wat mij betreft in ruimtelijke zin daar op, waar het belaste goed ophoudt, indien het althans een verplichting betreft die rechtstreeks betrekking heeft op een goed. Een dergelijke eis wordt overigens expliciet wel gesteld met betrekking tot de onderhoudsplichten bij erfdiensbaarheden. In de parlementaire geschiedenis wordt het voorbeeld gegeven van de gezamenlijke eigenaars van landerijen, die elkaar door middel van erfdiensbaarheden over en weer willen verplichten tot het onderhouden van een aan een derde toebehorende brug bij instandhouding waarvan zij allen belang hebben. Deze plichten kunnen volgens de wetgever niet worden vormgegeven als erfdiensbaarheden, nu een erfdiensbaarheid van deze inhoud noch op hun eigen erven mogelijk (wegens het feit dat de brug zich daar niet bevindt), noch op dat van de derde (wegens het feit dat het niet de bedoeling is dat de *derde* tot onderhoud is verplicht, maar juist de gezamenlijke eigenaars van de landerijen). Een dergelijke erfdiensbaarheid moet immers betrekking hebben op het dienende erf of daarop aanwezige of toekomstige gebouwen, werken of beplantingen (artikel 5:71 lid 1 tweede zin en lid 2 BW).¹⁰⁸ Een uitzondering op deze algemene eis moet overigens gelden voor de erfdiensbaarheid tot een dulden of niet-doen, die immers volgens artikel 5:71 lid 1 eerste zin betrekking kan hebben op het dulden of niet-doen van iets “op, boven of onder één der beide erven”. En ook deze uitzondering volgt nu juist weer uit het wezen van de erfdiensbaarheid, die niet alleen in rechtstreeks

106 Tegenwoordig zou de derdenwerking overigens mijns inzien bereikt kunnen worden d.m.v. een kwalitatieve verplichting in de zin van artikel 6:252 BW, die aan de zijde van de erfpachter zou werken als een kwalitatief recht in de zin van artikel 6:251 BW, ware het niet dat het een verplichting *tot een doen* inhoudt. Van een erfdiensbaarheid, die wel een onderhoudsverplichting kan inhouden, kan ook geen sprake zijn, nu zowel dienend als heersend erf in handen van de gemeente zijn (Kleyn lijkt dit in zijn noot bij het arrest over het hoofd te zien, zo ook Struycken, diss. 2007, p. 416-417). Men zou kunnen denken aan een erfdiensbaarheid onder de opschortende voorwaarde dat één van beide percelen in andere handen zou overgaan in combinatie een directe, obligatoire verplichting voor de gemeente.

107 Zie in vergelijkbare zin Struycken (diss. 2007, p. 416), doch ook in iets andere zin (p. 430-431).

108 MvA II (1972) bij art. 5:71 BW, PG Boek 5 BW, p. 258-259.

verband staat met het dienende erf, maar ook aan de andere kant onlosmakelijk is verbonden aan het heersende erf.

Uit het arrest kan ook nog een andere conclusie worden getrokken. Niet alleen is van belang dat een bevoegdheid of verplichting in voldoende verband staat met het wezen van het *soort* beperkte recht dat is gevestigd, maar ook – en misschien nog wel belangrijker – met het wezen van het *specifieke* beperkte recht dat is gevestigd. In het bovenstaande arrest speelt daarbij een belangrijke rol het gebruik of het doel in het kader waarvan dit erfpachtrecht was uitgegeven. Deze laatste eis kan ertoe leiden dat niet per se bij elk recht van eenzelfde soort precies dezelfde verplichtingen en bevoegdheden toelaatbaar zijn als onderdeel van het recht.¹⁰⁹

Het in het arrest uit 1977 aangelegde criterium is niet lang daarna in een nieuwe uitspraak van de Hoge Raad bevestigd. Nu ging het om een recht van opstal, waarbij uitdrukkelijk is overeengekomen dat de gebruiksrechten *van de grond* (en niet van de opstallen) aan de opstalhouder toekomen. De Hoge Raad aanvaardt deze uitbreiding van de normale bevoegdheden van een opstaller, welke ten aanzien van de grond slechts omvatten die bevoegdheden die voor het volle genot van zijn recht nodig zijn. Partijen mogen volgens de Hoge Raad bij de akte van vestiging óók bevoegdheden toekennen die niet nodig zijn voor het volle genot van het recht,

“mits die bevoegdheden *in zodanig verband staan met* die welke de opstaller naar de *aard van dat recht* toekomen dat het gerechtvaardigd is die bevoegdheden als onderdeel van dat recht te behandelen.”¹¹⁰ (cursiveringen toegevoegd)

Deze formulering wijkt niet sterk af van die uit het arrest van 1977. Ook hier wordt gesproken van het vereiste “verband” (zodanig dat behandeling als onderdeel van beperkt recht gerechtvaardigd is: voldoende verband dus) en van de “aard van het recht” (in plaats van het ‘wezen van het recht’). De Hoge Raad lijkt bovendien te hebben geanticipeerd op het in ontwerp zijnde Burgerlijk Wetboek, dat in de Toelichting Meijers een zeer vergelijkbaar criterium gebruikt.¹¹¹

109 In diezelfde zin Vonck, *WPNR* 6717 (2007), p. 600, die meent dat een dergelijke flexibele interpretatie niet alleen historisch gegrond is, maar ook goed past in de opzet van de wettelijke erfpachting van nu.

110 HR 11 maart 1981, *NJ* 1982, 76 m.nt. WMK. Vgl. ook reeds MvA (1972) bij art. 5:103 BW, PG Boek 5 BW, p. 361, waar het recht tot het trekken van de natuurlijke vruchten van het terrein waarop een opstalrecht betreffende een zomerhuis rust als voorbeeld wordt genoemd.

111 TM bij de Algemene opmerkingen over Boek 5, PG Boek 5 BW, p. 3 onder punt 3.

7.4.2 Criterium uit de parlementaire geschiedenis: voldoende verband voor een gelijke behandeling

In de parlementaire geschiedenis wordt, zoals gezegd, ook aandacht besteed aan de vraag welke bevoegdheden en verplichtingen onderdeel van een goederenrechtelijk recht kunnen uitmaken. Dit gebeurt al in de Toelichting Meijers bij de Algemene opmerkingen over Boek 5 BW. De grondlijnen van het gesloten systeem van het goederenrecht worden hier uiteengezet (waarbij overigens vaak nog de oude term zakenrecht valt). Men mag echter aannemen dat – ondanks de plaatsing in Boek 5 BW – niet bedoeld is zich hier tot de strikt *zakelijke* rechten in het goederenrecht te beperken, en dat wordt dan ook algemeen gedaan.¹¹² Vastgehouden wordt aan genoemd gesloten systeem, althans voor zover het betreft het aspect van de *Typenzwang*. Wat betreft de *Typenfixierung* blijft een grote mate van vrijheid het uitgangspunt:

“Een door partijen geschapen recht zal derhalve alleen een zakelijk recht zijn, indien het kan worden gebracht onder de definitie van een 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 [de] inhoud geven die zij wensen, behoudens de volgende restricties.

Vooreerst zijn er tal van punten, die de inhoud van het zakelijk recht nader bepalen, waarvoor de wet zelf een regeling geeft. In het Boek Zakelijke rechten nu is het systeem gekozen, dat de wettelijke bepalingen niet toelaten dat aan het zakelijk recht een andere inhoud wordt gegeven dan het volgens de betreffende bepaling zou hebben, voor zover uit de wet niet het tegendeel blijkt. Dientengevolge wordt de vrijheid van partijen om binnen de grenzen van de wettelijke definitie de inhoud van het recht zelf te bepalen, teruggebracht tot het gebied, waaromtrent *de wet zich van een regeling onthoudt* – en tot de, overigens *talrijke, gevallen waarin de wet zelf een afwijkende regeling uitdrukkelijk toelaat.*”¹¹³ (cursiveringen toegevoegd)

Het uitgangspunt is derhalve dwingend recht, doch afwijking is mogelijk als de wet zich van een regeling onthoudt of zelf uitdrukkelijk een afwijkende regeling toelaat.¹¹⁴ Dat uitgangspunt is anders dan onder oud BW – in ieder geval met betrekking tot erfpacht in artikel 782 en opstal in artikel 764 – het geval was, doch daar moeten we ons geen zorgen over maken, aldus de wetgever, want “in wezen [wordt] geen wijziging gebracht in het thans bestaande recht” en betreft het slechts “zuiver een kwestie van wetstechniek”.¹¹⁵

112 Zie – expliciet – bijv. Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 120 noot 82 en overigens ook W. Snijders 2002, p. 28. Enigszins merkwaardig is het taalgebruik wel; ik ga er maar van uit dat dit te maken heeft met het feit dat de tekst nog diep onder het oud BW is geschreven.

113 TM bij de Algemene opmerkingen over Boek 5, PG Boek 5 BW, p. 3 onder punt 3.

114 Afwijking met *obligatoire* werking is meestal wel nog mogelijk: zelfde TM, p. 4 onder punt 10.

115 MvA II (1972) bij Titel 5.7 BW, PG Boek 5, p. 297.

Het citaat vervolgt:

“De tweede restrictie is dat, indien men *bevoegdheden of verplichtingen*, welke de wet niet regelt, tot *inhoud van het zakelijk recht* wil maken, deze bevoegdheden en verplichtingen een *zodanig verband* moeten hebben *met het zakelijke recht*, dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is. Zo zullen grondeigenaar en opstaller wel een regeling van de onderlinge draagplicht ten aanzien van belastingen die de grond betreffen tot inhoud van het opstalrecht kunnen maken, zodat ook de opvolgers onder bijzondere titel van elk der partijen aan die regeling gebonden zijn; niet echter een regeling van de draagplicht ten aanzien van b.v. inkomstenbelasting of alimentatiegelden, door een hunner verschuldigd. In twijfelgevallen zal de rechter moeten uitmaken of een beding *voldoende verband met het betreffende zakelijke recht* heeft, om te kunnen aannemen dat het tot de inhoud daarvan kan behoren.”¹¹⁶ (cursiveringen toegevoegd)

Hier wordt het criterium omschreven: *een zodanig verband met het zakelijke recht dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is*. Het criterium hangt sterk samen met de al vóór de inwerkingtreding van het huidige BW in de jurisprudentie gehanteerde criteria en kan deels als voortzetting daarvan, maar voor een groot deel ook juist als inspiratiebron daarvan worden gezien.

De genoemde “gelijke behandeling” zal zien op de behandeling die (de inhoud van) goederenrechtelijke rechten doorgaans krijgen en die (de inhoud van) de rechten goederenrechtelijk maken (derdenwerking etc.). Wat opvalt is dat ook de wetgever geen onderscheid maakt tussen bevoegdheden en verplichtingen en ook niet tussen verschillende soorten verplichtingen. Voorts lijkt ook hier het criterium te gelden voor zowel de inhoud van het hoofdrecht als de inhoud van het beperkte recht, die natuurlijk ook elkaars keerzijde vormen. Het criterium wordt al direct vrij ruim getrokken: een regeling van de onderlinge draagplicht ten aanzien van belastingen die de grond betreffen kan tot inhoud van een opstalrecht worden gemaakt en houdt dus duidelijk voldoende verband met het opstalrecht.

In de Toelichting Meijers bij het recht van erfpacht wordt het criterium nogmaals, in soortgelijke bewoordingen gegeven:

“Aan de erfpachter kunnen in de akte van vestiging als inhoud van het zakelijk recht ook andere verplichtingen dan de wettelijke, worden opgelegd, b.v. *om te ontginnen of te bouwen*, zij het ook alleen verplichtingen die *rechtstreeks verband houden met het genot en het onderhoud van de zaak*.”¹¹⁷ (cursiveringen toegevoegd)

Verplichtingen om te ontginnen of te bouwen worden derhalve niet onmogelijk geacht als onderdeel van het recht van erfpacht, maar alléén als ze een recht-

116 TM bij de Algemene opmerkingen over Boek 5, PG Boek 5 BW, p. 3 onder punt 3.

117 TM bij art. 5:96 BW, PG Boek 5 BW, p. 321.

streeks verband houden met het genot en het onderhoud van de zaak.¹¹⁸ De onderhoudsverplichting van artikel 5:96 BW behoort dus, zo zou je kunnen zeggen, naast het genot van de grond van een ander tegen (eventuele) betaling van een canon, tot het *wezen van het erfpachtrecht*. Bepalingen die hiermee in nauw verband staan, zijn daarmee in beginsel toegelaten. Een voorbeeld daarvan is wat mij betreft de hierboven meermaals genoemde verplichting om de opstallen op de in erfpacht gegeven grond in een bepaalde verfkleur te schilderen. Op de mogelijkheid tot het in het beperkte recht opnemen van ontginnings- en bouwplichten kom ik nog terug.

Men mag mijns inzien overigens ook aannemen dat alle in de eerdere paragrafen hierboven genoemde wettelijke bepalingen die op hoofd- of beperkt gerechtigde een verplichting tot een doen opleggen of uitdrukkelijk toelaten volgens de wetgever in voldoende verband staan met dat recht om een gelijke behandeling te rechtvaardigen. Voorts is een wettelijke beperking bij de erfdiensbaarheid gelegen in de eis dat het gaat om een hoofdverplichting tot een dulden of niet-doen (afgezien dan van de toegestane onderhoudsverplichting). Hoofdverplichtingen tot een doen die buiten de onderhoudsverplichting van artikel 5:71 lid 2 BW vallen, kunnen derhalve geacht worden onvoldoende verband te vertonen met het wezen van de erfdiensbaarheid om een gelijke behandeling te rechtvaardigen, in die zin dat ze als hoofdverplichting van een erfdiensbaarheid niet worden toegelaten. Wel kan een bijkomende verplichting van de eigenaar van een dienend erf mijns inziens – eventueel zelfs van rechtswege – gelegen zijn in het actief zorg dragen voor het feit dat een erfdiensbaarheid van weg kan worden uitgeoefend, indien de uitoefening van dit recht bijvoorbeeld door gedragingen van derden herhaaldelijk wordt belemmerd.¹¹⁹ Het in België ongeoorloofd geachte servituut om bij een bepaalde brouwerij bier te kopen acht ik ook voor het Nederlandse recht wel enig, maar duidelijk onvoldoende verband te houden met enig beperkt recht en/of het gebruik in het kader waarvan dit recht kan zijn uitgegeven.¹²⁰

Het voldoende verband-vereiste heeft ook te maken met de vraag welke verwachtingen rechtssubjecten omtrent de inhoud van bepaalde beperkte rechten grof gezien – gerechtvaardigd – mogen hebben en het idee dat de daadwerkelijke goederenrechtelijke inhoud van het recht hiervan niet al te sterk zal mogen afwijken. Dat is een kwestie die nauw verbonden is met het goederenrechtelijke karakter van het onderwerp. Toch kan voor een nadere

118 Op vragen of dit criterium enger zou zijn dan dat van het vorige citaat, is in de parlementaire geschiedenis geantwoord dat dit niet het de bedoeling is en het eerste criterium wordt gehandhaafd: MvA II (1972) bij Titel 5.7 BW, PG Boek 5, p. 297.

119 Anders nog HR 26 april 1934, NJ 1934, 1361. Het ging hierbij om een erfdiensbaarheid van weg op een doorgang naast een café, waarvan de uitoefening herhaaldelijk belemmerd werd door fietsen van bezoekers van het café.

120 Zie Maeijer in Maeijer/Smalbraak 1966, p. 16.

bepaling van de grenzen van de inhoud van beperkte rechten ook inspiratie worden opgedaan bij een ander criterium, dat in het *verbintenissenrecht* aangelegd werd om te bepalen of buitenwettelijke bronnen van verbintenissen kunnen worden erkend. Dit criterium werd aangelegd in het arrest Quint/Te Poel en luidt dat er ook voor het ontstaan van verbintenissen die geen basis vinden in de wet, toch ruimte bestaat als zij passen in het stelsel van de wet en aansluiten bij de wel in de wet geregelde gevallen.¹²¹ Datzelfde nu, kan gezegd worden van de bevoegdheden en verplichtingen die beperkt gerechtigden en hoofdgerechtigden elkaar als onderdeel van hun betrokken rechten willen opleggen. Hoe meer die aansluiten bij wel in de wet geregelde bevoegdheden en verplichtingen en een daaraan ondersteunend of daarop gelijkend karakter hebben, hoe eerder ze geacht mogen worden onderdeel van hun recht uit te kunnen maken. Onderhoudsverplichtingen ten aanzien van het belaste goed en de betaling van een vergoeding voor het genot dat de gerechtigde van de belaste zaak heeft gehad, voor het onderhoud dat in zijn belang is verricht of voor de werken die mede te zijnen voordele zijn opgericht, hebben in die zin een streepje voor. Dergelijke verplichtingen komen immers op meerdere plekken in de wettelijke regeling van beperkte rechten voor. Ze passen derhalve goed in het stelsel van de wet en sluiten aan bij de in de wet geregelde gevallen. Dat geldt ook voor (andere) verplichtingen die erop zijn gericht de waarde van een goed te behouden en zowel bij genotsrechten als bij gebruiksrechten van belang kunnen zijn. Verplichtingen echter, die al snel een wat *persoonlijker belang* verraden en minder nut vertegenwoordigen voor de belaste zaak als zodanig, liggen veel minder voor de hand. Dat is uiteraard het geval bij het verrichten van werkzaamheden bij de hoofdgerechtigde thuis,¹²² maar ook bijvoorbeeld bij de gehoudenheid elk jaar op Koninginnedag de vlag uit te steken,¹²³ zich te houden aan een bepaald sociaal statuut van de hoofdgerechtigde¹²⁴ of bij de hierboven genoemde verplichting tot het schenken van bier van een bepaalde brouwerij.¹²⁵

121 HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548. Vergelijk over de bruikbaarheid van dit criterium in het goederenrecht ook W. Sniijders 2002, p. 29 met verwijzing naar eerder werk en p. 57-58. Vgl. hierover ook Struycken, diss. 2007, p. 774-775 en 782.

122 Vgl. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 2008, nr. 217.

123 Voorbeeld ontleend aan Struycken, diss. 2007, p. 432.

124 Vgl. hierover Rank-Berenschot, diss. 1992, p. 111.

125 Een andere verbintenisrechtelijke inspiratiebron zou kunnen zijn het huurrecht. Hier is vaste jurisprudentie dat een opvolgend verhuurder slechts gebonden is door die bedingen van de huurovereenkomst die onmiddellijk verband houden met het doen hebben van het gebruik van de zaak tegen een door de huurder te betalen tegenprestatie. Dit is erg vergelijkbaar met het criterium uit jurisprudentie en parlementaire geschiedenis voor beperkte rechten. Door de eis van 'onmiddellijkheid' van het verband, lijkt het zelfs nog wel iets strikter. Dat is wellicht een gevolg van het feit dat derdenwerking in het verbintenissenrecht nog altijd een (grote) uitzondering vormt, en daarom zoveel mogelijk binnen de perken moet worden gehouden. In het goederenrecht is als het goed is iedereen bedacht op derdenwerking.

In de parlementaire geschiedenis wordt voorts nog een aantal buitenwettelijke verplichtingen genoemd die onderdeel kunnen zijn van een recht van erfpacht, en waarbij in de regel voldoende verband bestaat met de erfpacht.¹²⁶ Genoemd worden de verplichting tot het betalen van boetes, de verplichting tot het verdelgen van ratten op de erfpachtgrond, de verplichting tot niet-opzegging van het erfpachtrecht door de erfpachter de verplichting tot het betalen van zakelijke belastingen, bedingen omtrent de bevoegdheid tot het wegnemen van (verplicht aangebrachte) gebouwen en de verplichting tot een bepaald gebruik van de grond. Ook ik acht deze verplichtingen en bedingen in overeenstemming met het voldoende verband-vereiste en passend in het stelsel van de wet en aansluiten bij de in de wet geregelde gevallen. Verplichtingen tot het betalen van boetes en zakelijke belastingen passen bij de (eventuele) canonverplichting van artikel 5:85 lid 2 BW en de verplichting tot het dragen van lasten en herstellingen van artikel 5:96 BW. Beide artikelen zijn van regelend recht. De plicht tot het verdelgen van ratten kan als een plicht tot onderhoud in de zin van het regelende artikel 5:96 BW worden gezien. De verplichtingen van niet-opzegging en bedingen omtrent de bevoegdheid tot wegname liggen in de lijn van de artikelen 5:87 lid 1 en 5:99 BW van (gedeeltelijk) regelend recht. De verplichting tot een bepaald gebruik van de grond komt hierna nog aan de orde.

Een aantal bepalingen verdient in dit kader nog nader de aandacht. Ten eerste zijn dat de bedingen die de beschikkingsmacht van de erfpachter over zijn recht beperken. Artikel 5:91 BW laat wel enige beperking toe van de beschikkingsmacht van de erfpachter over zijn recht: in de akte van vestiging kan namelijk worden bepaald dat de erfpacht niet zonder toestemming van de eigenaar kan worden overgedragen, toebedeeld of gesplitst.¹²⁷ Op deze manier wordt de eigenaar (bijvoorbeeld) de mogelijkheid geboden invloed uit te oefenen op de persoon van de volgende erfpachter.¹²⁸ Hij kan eventueel voorwaarden aan zijn toestemming verbinden, bijvoorbeeld over de wijze waarop de grond moet worden gebruikt.¹²⁹ Indien de eigenaar de vereiste toestemming echter zonder redelijke gronden weigert of zich niet verklaart, kan zijn toestemming op verzoek worden vervangen door een machtiging van

126 MvA II (1972) bij Titel 5.7 BW, PG Boek 5, p. 297.

127 Het artikel bevat niet de mogelijkheid om ook bezwaring van de erfpacht met beperkte rechten zonder toestemming van de eigenaar uit te sluiten, zie MvA II (1972) bij art. 5:91 BW, PG Boek 5 BW, p. 313.

128 Idem, p. 312.

129 M.O. (1976) bij art. 5:91 BW, PG Boek 5 BW, p. 314. Omstreden is of ook voorwaarden op andere vlakken mogen worden gesteld. De vraag of de voorwaarde van een herziening van de canon mag worden verbonden bijvoorbeeld, hangt mede af van de inhoud van de erfpachtvoorwaarden. Als die op dit vlak een goed uitgeschreven regeling bevatten die het stellen van deze voorwaarde uitdrukkelijk ondersteunen, wordt dit over het algemeen wel mogelijk geacht.

de rechter. Algemeen wordt aangenomen dat vervreemdingsverboden en -beperkingen die de erfpachter verdergaand dan artikel 5:91 BW toelaat beperken in zijn beschikkingsbevoegdheid hooguit obligatoire werking hebben. Dit volgt al uit het feit dat Boek 5 BW dwingendrechtelijke regels bevat en er slechts ruimte is voor afwijking indien een onderwerp niet is geregeld in de wet of een afwijking uitdrukkelijk toelaat. Maar een dergelijke afwijking zou ook in strijd komen met artikel 3:83 BW. Mijns inziens is het ook geboden om op dit punt een vrij scherpe grens te trekken; onvervreembare of zeer moeilijk vervreembare erfpachtrechten zouden de erfpachter en de maatschappij en economie in haar geheel geen goed doen. Bovendien kan geoordeeld worden dat de overdraagbaarheid van een erfpachtrecht een wezenskenmerk is, dat zoveel als mogelijk onaangetaast moet blijven. Van beperkingen in beschikkingsbevoegdheid kan men ten slotte zeggen dat ze niet goed passen in het stelsel van de wet.¹³⁰ Een stelsel dat met name uit het algemene artikel 3:83 BW volgt, maar ook teruggevonden wordt in de uitdrukkelijke bepaling van artikel 6:252 lid 5 BW dat kwalitatieve verplichtingen in de zin van dat artikel geen beperkingen kunnen aanbrengen in de bevoegdheid van de rechthebbende om zijn registergoed te vervreemden of te bezwaren. Eenzelfde beperking is te vinden in het erfrecht in artikel 4:45 lid 2 BW, dat bepaalt dat een voorwaarde of last die een erfflater in een uiterste wilsbeschikking aan een erfgenaam of legataris wil opleggen niet de strekking mag hebben de bevoegdheid tot vervreemding of bezwaring van goederen uit te sluiten. Op de uitdrukkelijk in de wet toegelaten beperkingen na, kan men derhalve zeggen dat dergelijke beperkingen *in het algemeen* – dus bij alle beperkte rechten – slecht in het stelsel van de wet passen en slecht aansluiten bij de wel in de wet geregelde gevallen. Ze vertonen mijns inziens dan ook niet een zodanig verband met het desbetreffende recht dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd zou zijn.

Voorts verdienen in dit kader de gebruiks- en bebouwingsvoorschriften die vooral gemeenten bij de uitgifte van grond in erfpacht graag en vaak aan dit recht verbinden nog kort de aandacht. Hierboven is al even aan de orde gekomen, dat verplichtingen tot ontginning en bebouwing en verplichtingen

130 In Rb. 's-Gravenhage 30 november 2011, *JOR* 2012/233 werd de verplichte aanbieder van een recht van ondererfpacht aan de erfpachter tegen een volgens een bepaalde formule te bepalen prijs ook geldig geacht als (goederenrechtelijk werkend) onderdeel van het recht van ondererfpacht. Als van deze aanbieder geen gebruik werd gemaakt, verviel het terugkooprecht en kon de ondererfpacht vervreemd worden met toestemming van de erfpachter, die verleend zou worden onder de voorwaarde dat ondererfpachter in staat zou zijn het verschuldigde afrekenbedrag te voldoen en wel per het tijdstip van vervreemding. Dit beding werd geoordeeld nauwelijks beperking aan te brengen in de overdraagbaarheid van het recht en dat recht niet minder courant te maken. Het maatschappelijk belang van overdraagbaarheid van goederen stond naar het oordeel van de rechtbank niet in de weg aan de redelijkheid van het stellen van een dergelijke voorwaarde en de gemaakte voorwaarde had het wezen van het erfpachtrecht niet aangetast. Daarmee paste het beding binnen het gesloten stelsel van het goederenrecht.

tot een bepaald gebruik van de grond in het kader van een recht van erfpacht door de wetgever mogelijk worden geacht.

Allereerst de verplichting tot ontginning van de grond. Dat is een verplichting die in de geschiedenis van het recht van erfpacht in een lange traditie staat. Het oorspronkelijke Romeinsrechtelijke recht was juist specifiek bedoeld voor de ontginning van 'woeste gronden', en leverde op die manier aan zowel erfpachter en erfverpachter voordelen op. De erfverpachter, die met zijn woeste grond niet veel kon aanvragen, kreeg er op de lange duur een ontgonnen grond voor terug, terwijl hij ondertussen een financiële vergoeding ontving en de erfpachter kon zonder grote investeringen stukken grond exploiteren. Ook in Nederland begon het met de ontginning van woeste gronden. Tegenwoordig is daarvan nauwelijks nog sprake bij erfpacht. Terwijl je dus kunt zeggen dat de verplichting tot ontginning van de grond van oorsprong in een zeer nauw verband staat met het wezen van het erfpachtrecht, kun je tegenwoordig betwijfelen of men dit bij een zo gewijzigde maatschappelijke functie nog wel vol kan houden. Mocht er echter in Nederland nog *animo* bestaan voor dergelijke ontginning in het kader van een erfpachtrecht, dan meen ik dat dat nog altijd wel tot de mogelijkheden zou behoren, ook gelet op de parlementaire geschiedenis op dit punt – die overigens ook al weer van vele decennia terug stamt – en het feit dat deze ontginning een duidelijke (economische) meerwaarde voor de grond kan opleveren. Ik meen echter dat in deze figuur heden ten dage niet al te veel belang is gelegen.¹³¹ Een iets modernere verplichting die in het verlengde van de ontginningsplicht kan worden gezien is die tot aanleg van een drainagesysteem.¹³²

Verplichtingen tot een bepaald gebruik komen echter nog steeds – en waarschijnlijk ook veel vaker dan vroeger – voor. Deze verplichtingen staan in verband met artikel 5:89 lid 2 BW, op grond waarvan de eigenaar van de grond bevoegd is aan die grond een bepaalde bestemming te geven en op grond waarvan de erfpachter niet bevoegd is zonder toestemming van de eigenaar een andere bestemming aan de zaak te geven of een handeling in strijd met de bestemming van de zaak te verrichten. Deze bepaling ziet op het behoud van de waarde van de zaak, hetgeen – vooral in het geval van overheden – bijvoorbeeld ook kan zien op de instandhouding van landschapsschoon, maar het kan eveneens gaan om zoiets als de noodzakelijke spreiding van de wijze waarop de grond in een bepaald gebied geëxploiteerd wordt.¹³³ Oorspronkelijk was hierbij het idee dat bestemmingswijzigingen die de waarde van de

131 Zo ook Mertens (R.F.H. Mertens, *Ontginning van woeste gronden*, oratie Open Universiteit 2011), althans ten aanzien van de erfpacht. Hij pleit wél voor herinvoering van het oude zakelijke recht van *grondrente* om gebiedsontwikkeling in krimpregio's mogelijk te maken.

132 Dit voorbeeld wordt genoemd door Vonck, *WPNR 6717* (2007), p. 600 en 603.

133 TM bij art. 5:89 BW, PG Boek 5 BW, p. 308-309.

zaak niet zouden verminderen door het verbod niet werden getroffen, maar later werd de uitdrukkelijke eis van waardevermindering geschrapt omdat belangen van publieke aard, zoals de hierboven genoemde, niet altijd samenhangen met een eventuele waardevermindering. Hieruit kunnen twee conclusies worden getrokken. Ten eerste lijkt de wetgever bij deze wetsbepaling uitdrukkelijk ook aan overheden en publieke belangen te hebben gedacht. Ten tweede dat de eigenlijke intentie was om waardevermindering tegen te gaan, hetgeen bij de noodzakelijke spreiding van de wijze waarop de grond in een bepaald gebied geëxploiteerd wordt eigenlijk helemaal niet aan de orde is.

Maar met de vaststelling dat een eigenaar de bestemming van het erfpachtperceel kan bepalen en de erfpachter deze niet mag wijzigen, zijn we er nog niet. Het bepalen van de bestemming van een erfpachtperceel is immers nog wat anders dan het verplichten tot een bepaald gebruik. Dat een erfpachter de bestemming van een zaak niet mag veranderen en geen handelingen in strijd met die bestemming mag verrichten – in ieder geval niet op een dergelijke wijze dat daardoor de waarde van de zaak vermindert – staat nog in een logisch (en voldoende) verband met de aard van het erfpachtrecht. De overbrugging van deze stap naar een plicht wordt vervolgens vaak gemaakt door te bepalen dat de erfpachtgrond overeenkomstig zijn bestemming gebruikt mag worden voor *niets anders dan* (nader in te vullen). Dat komt toch wel bijna geheel neer op een plicht tot het gebruiken van de zaak in een bepaalde zin, of de erfpachter zou ervoor moeten kiezen met de zaak in het geheel niets te doen.¹³⁴ Ik zou deze bepaling niet meer louter als een bepaling van de bestemming willen zien. Het gaat hier feitelijk om een plicht tot een bepaald gebruik. Ik ben er niet zeker van of nu nog gezegd kan worden dat er voldoende verband bestaat tussen een dergelijke verplichting en het wezen van de erfpacht – al zou men kunnen zeggen dat dat gezien de historische achtergrond van de erfpacht nog wel het geval zou kunnen zijn. Hier kan echter weer tegen worden ingebracht dat de Romeinse ontginners vooral verplicht waren tot *ontginning*, niet zozeer tot een bepaalde exploitatie ná die ontginning. Dat laatste was vooral hun *recht*.¹³⁵ Ook ben ik er niet van overtuigd dat deze bepalingen nu zo goed in het stelsel van de wet passen, waar naar mijn indruk niet veel verplichtingen tot een bepaald gebruik voorkomen. We moeten evenwel constateren dat de wetgever hier in ieder geval anders over lijkt te

134 Vgl. in diezelfde zin, maar m.b.t. tot bouwplichten in het kader van een erfdienstbaarheid, Maeijer in Maeijer/Smalbraak 1966, p. 16-17. Hij betwijfelt ook ernstig of moet worden toegejuicht dat gemeenten de privaatrechtelijke weg bewandelen om bebouwingsvoorschriften te realiseren.

135 Bij een recht van opstal gelden deze argumenten des te meer, nu de opstaller daar in beginsel zelf het recht heeft de bestemming van de opstallen te bepalen. Art. 5:89 BW is hier niet van toepassing.

hebben gedacht.¹³⁶ Men zou zich hierbij wel af kunnen vragen of de wijzen van beïnvloeding van grondgebruik die toen duidelijk aan de orde waren, nu nog steeds even maatschappelijk gewenst worden geacht. Daar durf ik me niet over uit te laten. Ik zet slechts de kanttekening dat de argumenten van toen nu geen even grote geldigheid meer lijken te hebben:

“Ook in het vervolg zal men [de gemeenten, *AFM*] het erfpachtrecht kunnen toepassen om een voor zeer verschillende situaties passende oplossing te vinden en om ervaring op te doen met het oog op het voorbereiden van publiekrechtelijke regelingen ten aanzien van het grondgebruik.”¹³⁷

En hiermee komen we direct op het volgende onderwerp. Want als we het over overheden hebben, hebben we het óók nog over iets anders: de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de doorkruisingsleer.¹³⁸ En over die doorkruisingsleer is, specifiek waar het betreft de opnemingsvoorwaarden omtrent grondgebruik bij privaatrechtelijk gronduitgifte door overheden, op basis van het Windmill-arrest nog wat nadere jurisprudentie geweest. In het Lelystad-arrest uit 1991 bekeek men of de toenmalige Wet op de Ruimtelijke Ordening (WRO) aanknopingspunten bood voor de conclusie dat een dergelijke privaatrechtelijke gronduitgifte ontoelaatbaar was. Hierbij werd veel waarde gehecht aan het feit dat de wetgever zich in de WRO en bij de totstandkoming van de WRO niet had uitgelaten over de toelaatbaarheid van de privaatrechtelijke weg om het grondgebruik te regelen. De Hoge Raad concludeerde het volgende:

136 Zie uitdrukkelijk *MvA II* (1972) bij Titel 5.7 BW, PG Boek 5, p. 297. Ook in de *MvA II Inv.* (1985) bij art. 5:91 BW, PG Inv. Boek 6 BW, p. 1073 en 1074-1075 worden dergelijke plichten genoemd én toegestaan geacht: de verplichting van de erfpachter om gedurende een bepaald aantal jaren in de opstal op het in erfpacht uitgegeven terrein te blijven wonen met zijn gezin in combinatie met de verplichting om bij vervreemding of verhuur binnen diezelfde termijn de kandidaat van de erfverpachter te accepteren tegen een door de erfverpachter vastgestelde prijs, en de verplichting om de bestemming als huurwoning te handhaven. Vooral bij de eerste hier genoemde verplichting heb ik in dit kader zo mijn twijfels. De laatste plicht lijkt eerder een vervreemdingsbeperking buiten art. 5:91 BW te zijn, en dus ook sterk twijfelachtig. Zie hierover ook Struycken, diss. 2007, p. 433. Meer over dit soort ‘anti-speculatiebedingen’ en de houdbaarheid daarvan – ook in publiekrechtelijk opzicht – Huijgen 2003 en Huijgen 2006.

137 *Idem*, p. 298.

138 Hiernaast kunnen m.b.t. overheden nog andere publiekrechtelijke beperkingen gelden, tot aan de uit de grondwet voortvloeiende rechten aan toe (zoals het recht op privacy, bv. in het kader van de bevoegdheid van de bloot eigenaar om ter inspectie het in erfpacht uitgegeven pand te betreden, vgl. art. 12 Grondwet). Voorts kunnen de – ook op overheden van toepassing zijnde – leerstukken van de redelijkheid en billijkheid, onvoorziene omstandigheden, misbruik van bevoegdheid en de algemene voorwaardenregeling van afd. 6.5.3 BW nog beperkingen met zich meebrengen. Zie hierover uitgebreid Huijgen in Van Velten e.a. 1995, p. 158-163.

“Bij deze stand van zaken moet worden aanvaard dat de WRO niet in de weg staat aan het opnemen van voorwaarden omtrent grondgebruik in overeenkomsten, ook niet als door of krachtens de voorwaarden in bepaalde gevallen gebruik van de grond wordt beperkt of verboden, respectievelijk kan worden beperkt of verboden dat volgens het vigerende bestemmingsplan in het algemeen geoorloofd is. Een andere opvatting zou bovendien tot het resultaat leiden dat een *algemeen gebruikelijke, reeds tientallen jaren bestaande gemeentelijke praktijk opeens door de rechter als ontoelaatbaar zou worden bestempeld, hetgeen met het oog op de zekerheid omtrent de rechtstoestand van onroerend goed uitermate bezwaarlijk zou zijn*. Het ligt dan ook veel meer voor de hand dat de *wetgever* deze materie regelt, waarbij hij ook aandacht kan besteden aan reeds bestaande voorwaarden.”¹³⁹ (cursiveringen toegevoegd)

De Hoge Raad lijkt hier wel met enige pijn in het hart deze praktijk te aanvaarden. De terughoudendheid om het decennialange gebruik van de erfpachtvoorwaarden voor grondgebruik op de helling te zetten, speelt hierbij een grote rol. Zou aan dit gebruik iets veranderd moeten worden, dan ziet de rechter hierin meer een taak voor de wetgever, dan voor zichzelf weggelegd.¹⁴⁰ Niet veel later voegde de Hoge Raad aan deze rechtspraak nog toe dat zelfs als een publiekrechtelijke weg ontbreekt (en er dus eigenlijk sprake is van maar één weg), dit *niet* altijd hoeft te leiden tot de conclusie dat van doorkruising geen sprake kan zijn. Het ontbreken van de publiekrechtelijke weg kan juist een belangrijke aanwijzing zijn voor het uitsluiten van de privaatrechtelijke weg.¹⁴¹ Moeten we dan niet zeggen dat – nu de publiekrechtelijke regelingen, met het oog op het voorbereiden waarvan men ervaring wilde opdoen en passende oplossingen wilde zoeken, inmiddels grotendeels gerealiseerd zijn – de mogelijkheden om dezelfde resultaten via de privaatrechtelijke weg wellicht nog eens zouden moeten worden heroverwogen? Ook los van de beantwoording van deze vraag, leidt het feit dat hier geen sprake zou zijn van een onaanvaardbare doorkruising van een publiekrechtelijke regeling natuurlijk nog niet tot de conclusie dat de opneming van plichten tot een bepaald grondgebruik ook tot de inhoud van beperkte rechten kunnen behoren.

Ook plichten tot het bouwen op in erfpacht uitgegeven grond worden in het kader van de bestemmingsbepaling van artikel 5:89 lid 2 BW geplaatst, en door dezelfde publiekrechtelijke jurisprudentie geregeerd (in het Lelystad-arrest

139 HR 8 juli 1991, NJ 1991, 691, r.o. 3.3 (*Kunst- en antiekstudio Lelystad*). In dit arrest ging het weliswaar om de voorwaarden waaronder (de *eigendom* van) een bedrijfsterrein door de gemeente was verkocht, maar de uitspraak is van betekenis voor het gehele grondbeleid van een overheidsorgaan, aldus (ook) Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 2008, nr. 214. Andere gebruiksplichten, in het kader van eigen bewoning, zouden mogelijksterwijs in strijd met de Huisvestingswet kunnen zijn. Meer hierover in de hierboven in noot 136 genoemde publicaties van Huijgen.

140 De wetgever heeft deze taak niet op zich genomen. Ook de vernieuwde WRO laat zich over deze problematiek niet uit.

141 HR 11 december 1992, NJ 1994, 639 (*Vlissingse Brandweerkosten*).

was ook van een dergelijke plicht sprake). Privaatrechtelijk acht ik hier echter een iets mildere beoordeling op zijn plaats. Deze plichten lijken mijns inziens veel meer op de ontginningsplichten die oorspronkelijk tot het wezen van het erfpachtrecht behoorden. Het gaat hier immers om plichten die binnen een afzienbare tijd afgerond kunnen worden, en niet bij voortduring beperkingen blijven inhouden met betrekking tot de erfpachtgrond, anders dan wellicht een onderhoudsplicht. Je zou daarbij kunnen zeggen dat de verplichting strekt tot nut van de onroerende zaak zelf en tot behoud (of zelfs vermeerdering) van zijn waarde. In dat geval acht ik het niet geheel onterecht aan deze plicht een zodanig verband met het zakelijke recht toe te kennen, dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is. Bovendien is er in het stelsel van de wet in ieder geval nog één andere plicht tot bouwen te vinden: dat is die van de aanvullende last bij een erfdiensbaarheid om gebouwen, werken of beplantingen op het dienende erf aan te brengen die voor de uitoefening van die erfdiensbaarheid nodig zijn.

Alles overziend kan men stellen dat het vrij sterk van de specifiek te creëren bevoegdheid of verplichting en van (het wezen van) het beperkte recht in kwestie afhangt of deze voldoende verband met elkaar vertonen en de bevoegdheid of verplichting derhalve als inhoud van dat recht toelaatbaar is. In ieder geval zal de betrokken bevoegdheid vatbaar moeten zijn voor overgang op rechtsopvolgers. Sterk in het voordeel van een toelaatbare inhoud van het beperkte recht werkt het als deze nog enig verband houdt met de oorspronkelijke maatschappelijke functie van het beperkte recht in kwestie, goed in te passen is in het stelsel van de wet en aansluit bij de in de wet geregelde gevallen of enig nut vertegenwoordigt voor de waarde van het belaste goed als zodanig en daarmee voor elke opvolgende eigenaar of andere gerechtigde. De beperkte rechten zijn immers oorspronkelijk ook geboren uit een zekere behoefte tot het nuttig gebruik van goederen en rechten.