

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/139155>

Please be advised that this information was generated on 2021-03-06 and may be subject to change.

## *Het dynamisch geheel van eigendom en verbintenis*

*Naar aanleiding van 'Over de verhouding van eigendom en verbintenis', Mededelingen der Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, 14 maart 1960.*

Mr. drs. T.E. Booms\*

### **Inleiding**

Wanneer men op zoek gaat naar de hoogtepunten uit het oeuvre van Eggens, dan komt men op een drietal teksten waarnaar vandaag de dag nog regelmatig wordt verwezen: 'Samenval van momenten in rechtshandelingen'<sup>1</sup> uit 1930, 'Een man een man, een woord een woord'<sup>2</sup> uit 1949 en 'Over de verhouding van eigendom en verbintenis'<sup>3</sup> uit 1960. Van deze drie durf ik de stelling wel aan dat de laatste de favoriet is van Schoordijk, Eggens' grootste adept.<sup>4</sup> Ook volgens andere toonaangevende auteurs behoort de tekst tot de hoogtepunten van de Nederlandse rechtsliteratuur.<sup>5</sup> Wat maakt deze tekst zo speciaal?

\* Als promovendus verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen

1 Op p. 118-144 in deze bundel.

2 *Eggens bundel* 1998, p. 350. Zie voor een bespreking van deze tekst J.M. Smits, 'De klassieken van het Nederlandse privaatrecht: Eggens' Een man een man, een woord een woord', *NTBR* 1999, p. 169-172.

3 Zie p. 495-513 in deze bundel.

4 Zie H.C.F. Schoordijk, *De toerekeningsmomenten van de middellijke vertegenwoordiging*, Zwolle: Tjeenk Willink 1964, p.5; H.C.F. Schoordijk, *De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 1968, p. 3; H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen naar boek 3 van het nieuwe B.W. (titel 1 t/m 5, titel 11)*, Deventer: Kluwer 1986, p. 15.

5 Zie J.L. Dalhuisen, *Wat is modern goederenrecht? Vanuit de financieringspraktijk naar een nieuwe transnationale structuur* (Schoordijk lecture 20 mei 2014), p. 1; M.E. Storme, 'De drievoudige gelaagdheid van schuldvorderingen en hun bescherming', in: H. Cousy (red.), *Liber amicorum Walter van Gerven*, Deventer: Kluwer 2000, p. 331.

Wat opvalt bij het lezen van de tekst is dat het een typische Eggens-tekst is.<sup>6</sup> Sterker nog, als Eggens de tekst niet zelf geschreven zou hebben, dan zou het een (zeer welgeslaagde) persiflage zijn. Lange zinnen? Check. Gedachtenstreepjes? Check. Een veeg uit de pan richting Meijers? Dubbel check.

Andersom bezien zou men ook kunnen zeggen dat de tekst een hoogtepunt in het oeuvre van Eggens is omdat de tekst typisch Eggensi-aans is. Niet alleen is de stijl van schrijven onmiskenbaar die van Eggens, ook de toegepaste methode en de daarmee bereikte resultaten zijn een voorbeeld van de werkwijze die Eggens in al zijn geschriften hanteerde. In het eerste deel van deze bespreking van ‘Over de verhouding van eigendom en verbintenis’ loop ik, aan de hand van de tekst van Eggens, de methode van Eggens door. Het tweede deel van de bespreking ziet op de door Eggens besproken verhouding tussen eigendom en verbintenis, waarbij ik een koppeling zal maken naar het onderscheid tussen goederenrechtelijke en verbintenisrechtelijke aanspraken in faillissement.

## De methode van Eggens

Eggens’ werk is sterk doordesemd van de ideeën van de Duitse filosoof Hegel, die door Eggens naar het privaatrecht zijn vertaald. Die vertaalslag leidt tot een aantal uitgangspunten die in Eggens’ methode steeds naar voren komen:

- Een bovengemiddelde aandacht voor de invalshoek van de ‘persoon’ bij het bespreken van het materiële recht.<sup>7</sup> Deze invalshoek vloeit regelrecht voort uit het Hegeliaanse gedachtegoed: “sei eine Person und respektiere die anderen als Personen”.<sup>8</sup> Eggens stelt dan ook steeds het persoonsbegrip voorop bij het bespreken van het recht.<sup>9</sup>
- Het centraal stellen van het begrip ‘vrijheid’.<sup>10</sup> Het gaat Eggens daarbij niet (enkel) om de ‘vrijheid’ om naar willekeur te doen wat

6 Zie over de elementen van een ‘typische’ Eggens-tekst, p. 16 van deze bundel.

7 Zie ook J.M. Smits, ‘De klassieken van het Nederlandse privaatrecht: Eggens’ Een man een man, een woord een woord’, *NTBR* 1999, p. 169-172.

8 G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Frankfurt am Main: Suhrkamp 1986, § 36.

9 J. Eggens, ‘Een man een man, een woord een woord’, *Eggens bundel* 1998, p. 357, voetnoot 15.

10 J.M. Smits, ‘J. Eggens (1891-1964)’ in: C.J.H. Jansen, J.M. Smits & L.C. Winkel (red.), *16 juristen en hun filosofische inspiratie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, p. 81.

men goeddunkt; dat is slechts een negatieve vrijheid, een vrijheid doordat men zich (nog) niet heeft gebonden.<sup>11</sup> In lijn met de Hegeliaanse traditie gaat Eggens uit van een vrijheidsbegrip waarin “vrijheid en gebondenheid elkaar niet uitsluiten”.<sup>12</sup> Daaruit vloeit onder andere voort dat men ook – juist – vrij is door zichzelf te kunnen binden. Waarlijk vrij zijn is volgens Eggens zonder dwang van buitenaf te doen wat men behoort te doen. Degene die *zelf* wil doen wat hij behoort te doen is vrij van alle inmenging van buitenaf; hij kan niet gedwongen te worden zich te gedragen zoals het hoort (want dat doet hij al) en zijn gedrag wordt niet door anderen opgelegd (want hij heeft het immers zelf gewild). Omdat de vrije mens tegelijkertijd de mens is die doet wat hij behoort te doen, zijn mensen slechts vrij als zij elkaars vrijheid respecteren. Dat is immers wat zij behoren te doen. Respecteren van elkaars vrijheid betekent in Eggens’ ogen niet dat de vrijheid van de één wordt ingeperkt ten opzichte van de ander. Als de vrijheid van de ene persoon en de vrijheid van de andere persoon elkaar naderen, dient bepaald te worden waar de grens ligt tussen hetgeen de één mag en hetgeen de ander mag. Vrijheid bestaat er in om te doen wat men behoort te doen, dus ook om de grens van het eigen mogen te respecteren. Het overtreden van deze grens zou voor Eggens resulteren in misbruik van recht – één van zijn favoriete thema’s.<sup>13</sup> Het ‘angelpunt’ waar deze opvatting omheen draait is de norm ‘gedraag u behoorlijk’, zoals tegenwoordig neergelegd in artikel 6:162 BW.<sup>14</sup> Deze norm wordt door Eggens gebruikt om de grenzen van de vrijheid te bepalen.

– Er op wijzen dat begrippen elkaar ‘wederkerig bepalen’. Niet A beïnvloedt B, of B beïnvloedt A, maar A en B beïnvloeden elkaar wederzijds. Zo bepaalt de vrijheid van de één de vrijheid van de ander en andersom. In Eggens’ opvatting bepalen *alle* rechtsnormen elkaar in wederkerigheid.<sup>15</sup>

11 J. Eggens, ‘Een man een man, een woord een woord’, *Eggens bundel* 1998, p. 352.

12 J. Eggens, *Het “misbruik van recht” en de vrijheid*, Batavia: J.B. Wolters 1941, p. 3.

13 Zie o.a. J. Eggens, *Het “misbruik van recht” en de vrijheid*, Batavia: J.B. Wolters 1941; J. Eggens, ‘Over het wezen van het misbruik van recht’, p. 34 van deze bundel; J. Eggens, ‘Iets over de verhouding van wet en recht, in verband met de ‘ongerechtafdigde verrijking’ en ‘misbruik van dwangpositie’’, *Eggens bundel* 1998, p. 474-489.

14 J. Eggens, ‘De bronnen van verbintenis’, zie p. 58-59 van deze bundel en de bespreking daarvan door Bakels en Bij de Vaate.

15 J. Eggens, ‘De bronnen van verbintenis’, zie p. 59 van deze bundel.

– Denken in termen van én-én in plaats van óf-óf.<sup>16</sup> Deze manier van denken vloeit voort uit de kritiek die Hegel had op zijn leermeester Kant. Waar Kant in zijn filosofie veel onderscheidingen maakte om de werkelijkheid te duiden, werden deze onderscheidingen door Hegel als te abstract gezien om de werkelijkheid te vangen. Eggens borduurt daar op voort, door het abstracte, eenzijdige, verstandig-scheidende denken te bestrijden en te willen vervangen door concreet, ‘volzijdig’ denken.<sup>17</sup> Door de grenzen tussen begrippen te relativeren ontstaat een meer ‘vloeiend’ begrippenkader, waarbij het ene begrip in het andere kan overlopen.<sup>18</sup>

Wat resulteert, is een benadering waarin de werkelijkheid wordt beschouwd als een dynamisch geheel. Of, zoals Eggens waarschijnlijk zou zeggen, niet alleen een dynamisch *geheel*, maar ook een *dynamisch geheel*.

Het *geheel* heeft betrekking op de manier van kijken naar de werkelijkheid. In plaats van de werkelijkheid in steeds kleinere stukjes op te delen en die afzonderlijk te beschrijven (het denken in tegenstellingen), ging het Eggens erom de eenheid te zien waarbinnen deze stukjes functioneren.<sup>19</sup> Meermaals is het daarom zijn opzet geweest om juridische leerstukken, die als afzonderlijke eilandjes in het recht te vinden waren, met elkaar te verbinden. Om bruggen tussen deze eilandjes te slaan gebruikte Eggens veelal open normen als goede trouw en redelijkheid en billijkheid (beide hier gebruikt in de hedendaagse betekenis).<sup>20</sup>

16 J. Eggens, ‘Een man een man, een woord een woord’, *Eggens bundel* 1998, p. 353.

17 Zie hierover de bespreking van C.J.H. Jansen op p. 280 van deze bundel.

18 Zie bijvoorbeeld het pleidooi van Sieburgh op p. 385 van deze bundel om de grenzen tussen vernietigbaarheid en nietigheid (op grond van de openbare orde en op grond van dwingend recht dat niet van openbare orde is) te relativeren.

19 J.M. Smits, ‘J. Eggens (1891-1964)’ in: C.J.H. Jansen, J.M. Smits & L.C. Winkel (red.), *16 juristen en hun filosofische inspiratie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, p. 81-83.

20 Zie, naast de reeds aangehaalde doortrekking van het hele privaatrecht met de norm van redelijkheid en billijkheid, de toepassing van de norm van ‘goede trouw’ bij het invoeren van een retentierecht jegens derden (J. Eggens, ‘De retentor en art. 2014 B.W.’, p. 231 van deze bundel en de daaraan gewijde beschouwing van J.E. Jansen).

Het *dynamische* slaat op de poging om de beweging die zich in de werkelijkheid voordoet te ‘vangen’. De werkelijkheid (en daarmee ook het recht) is constant in beweging. Vooral het werken met open normen gaf Eggens ruimte om op ontwikkelingen in het recht te anticiperen en daarmee die ontwikkelingen te sturen.

Achteraf kan misschien gezegd worden dat Eggens met zijn methode het merendeel van zijn tijdgenoten twee stappen vooruit was: de eerste stap door véél meer dan anderen te werken met open normen om het recht als *geheel* met elkaar in verband te denken, de tweede stap door al een gedachtekader klaar te hebben voor het invullen van die open normen. Dit gedachtekader vormde hij door het leerstuk dat op een bepaalde casus van toepassing was tweevoudig te analyseren: eerst door het leerstuk in verband te brengen met andere leerstukken, vervolgens door de *dynamiek* van die leerstukken (hun ontwikkeling in het verleden, het heden en – waar voorzienbaar – in de toekomst) in kaart te brengen. Het recht is voor Eggens altijd in beweging en het interpreteren van het recht moet met die beweging rekening houden.<sup>21</sup>

De methode van Eggens vergt behoorlijk wat van een jurist, omdat deze eigenlijk het hele recht (in verleden, heden én toekomst) moet overzien om tot een juiste interpretatie te komen. Dat deze aanpak soms tot interessante resultaten kan leiden valt te zien aan een aantal opvattingen van Eggens die pas (veel) later gemeengoed zijn geworden. Zo betoogde Eggens reeds in 1923 (zestig jaar vóór het arrest Hoge Raad 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 (*Plas/Valburg*)) dat het onrechtmatig zou kunnen zijn om lopende onderhandelingen af te breken.<sup>22</sup> Ook voorzag hij de bescherming van de ‘bouwer te goeder trouw’ van een grensoverschrijdende garage (Hoge Raad 17 april 1970, *NJ* 1971/89 (*Kuipers/De Jongh; Grensoverschrijdende garage*))<sup>23</sup> en het ‘completeheidscriterium’ voor de vraag of een roerende zaak bestanddeel is geworden van een onroerende zaak (Hoge Raad 15 november 1991, *NJ* 1993/316 (*Dépex/Curatoren Bergel*)).<sup>24</sup>

21 J. Eggens, ‘Boekbespreking van Veegens-Oppenheim-Polak’, *WPNR* 3390 (1934), p. 540.

22 J. Eggens, ‘Iets over den samenhang van verbintenissen uit onrechtmatige daad met die uit andere oorzaak’, p. 25 van deze bundel.

23 J. Eggens, *Het “misbruik van recht” en de vrijheid*, Batavia: J.B. Wolters 1941, p. 11-12.

24 A.-G. Eggens, conclusie voorafgaand aan HR 11 december 1953, *NJ* 1954/115 (*Stafmateriaal*).

## **De methode van Eggens in ‘Over de verhouding van eigendom en verbintenis’**

Veel van de bovenbeschreven bouwstenen van Eggens’ methode zijn terug te vinden in zijn KNAW-mededeling ‘Over de verhouding van eigendom en verbintenis’.

### *De invalshoek van de ‘persoon’*

Eggens definieert in het begin van zijn tekst de eigendom als de koppeling tussen een persoon en een zaak. Daarbij stelt hij, anders dan veel andere auteurs, de persoon voorop. Het eigendomsbegrip is niet de betrekking tot een zaak, maar de betrekking van *een persoon* tot een zaak. De persoon is immers eigenaar en kan anderen van (het gebruik van) zijn zaak uitsluiten.<sup>25</sup>

### *De vrijheid die zijn begrenzing vindt in misbruik van recht*

Het uitsluiten van anderen leidt er toe dat een persoon een eigen ‘privé-rechtssfeer’ heeft, waarbinnen hij zelf – binnen de grenzen van het recht – kan bepalen wat hij doet en laat. Omdat elke persoon een dergelijke rechtssfeer heeft en zulke rechtssferen elkaar kunnen raken, bepalen zij elkaars reikwijdte. De vrijheid van de één vindt zijn grens in de vrijheid van de ander. Het overschrijden van die grens zou onrechtmatig zijn en daarmee misbruik van recht opleveren, waardoor de in beginsel absolute vrijheid van de eigenaar van een zaak wordt gerelativeerd.<sup>26</sup>

### *Begrippen die elkaar ‘wederkerig bepalen’*

De (mate van) vrijheid van de ene eigenaar bepaalt dus de (mate van) vrijheid van de andere eigenaar en andersom. Dit wordt door Eggens verduidelijkt met een voorbeeld. De eigenaren van aangrenzende erven zijn tot elkaar betrokken in hun relatie als eigenaar-aangrenzend eigenaar, die de vrijheid die zij ieder hebben wederkerig bepaalt. Dit leidt ertoe dat de bevoegdheden die zij beiden hebben wederzijds begrensd worden. Zo gelden er regels voor het maken van lichten en vensters aan de *eigen* muur die dicht bij de erfgrens staat.<sup>27</sup>

### *Denken in termen van én-én in plaats van óf-óf*

Eggens past de door hem aangehangen methode toe om twee van de oerbegrippen van het vermogensrecht – de eigendom en de verbintenis – te plaatsen in én-én termen. Simpel gezegd is de kern van zijn be-  
toog: soms brengt eigendom voor de eigenaar een verbintenis mee

25 Zie p. 496 van deze bundel.

26 Zie p. 497-498 van deze bundel.

27 Zie p. 500 van deze bundel.

die tegen anderen kan worden ingeroepen en soms brengt de verbintenis eigenaarsbevoegdheden mee die tegen anderen kunnen worden ingeroepen. Minder simpel, maar scherper gezegd: zowel eigendom als verbintenis hebben een 'primaire' en een 'secundaire' kant. Bij eigendom is de primaire kant de zakenrechtelijke plicht voor anderen om zich (passief) te onthouden van het inbreuk maken op het eigendomsrecht, terwijl een secundaire kant er in kan bestaan dat anderen zich (actief) moeten inspannen om dat eigendomsrecht volledig tot zijn waarde te laten komen. Bij de verbintenis is de primaire kant de verbintenisrechtelijke relatie tussen de twee betrokken partijen waarin de debiteur (actief) de verbintenis moet nakomen, terwijl een secundaire kant er in kan bestaan dat anderen zich (passief) er van moeten onthouden inbreuk te maken op de rechten die uit de verbintenis voortspruiten. De eigendom en de verbintenis vormen dan als het ware elkaars spiegelbeeld: "wat bij het een primair is, is dan bij het andere secundair en omgekeerd".<sup>28</sup> Eggens wil hier laten zien dat er niet in óf-óf termen moet worden gedacht, maar in én-én termen, zodat tot een "rijkere, volzijdiger schakering" wordt gekomen. Zo bezien is wat Eggens in zijn KNAW-mededeling schrijft vooral een demonstratie van de manier waarop zijn methode werkt en minder gericht op het compleet herdefiniëren van de begrippen eigendom en verbintenis. Dit blijkt ook uit het feit dat hij van beide begrippen slechts één voorbeeld geeft van hun spiegelbeeldige, secundaire kant. Bij de eigendom geeft Eggens als voorbeeld dat de eigendom van een erf soms de bevoegdheid meebrengt om van de eigenaar van een naburig erf een prestatie te verlangen (zoals het verlenen van een noodweg) die niet uit de eigen eigendom voortvloeit, maar uit (de kwaliteit van eigenaar van) het eigendomsrecht van de buur. Bij de vordering wijst Eggens er op dat een vordering gecedeerd kan worden en kan worden bezwaard met beperkte rechten als pand en vruchtgebruik, waaruit blijkt dat een vordering ook een zakenrechtelijke zijde heeft. Het betoog van Eggens is daarom voor veel hedendaagse juristen lastig te plaatsen. Zie bijvoorbeeld de redelijk op zichzelf staande besprekingen van zijn KNAW-mededeling in de proefschriften van Rank-Berenschot<sup>29</sup> en LeBon.<sup>30</sup> Men ziet wel dat Eggens iets belangrijks probeert te zeggen, maar wat dat is, is enigszins ongrijpbaar omdat het niet direct leidt tot een onderscheid waar men praktisch iets aan heeft. Eggens zegt namelijk juist *niet* iets over de verschillen tussen goederen- en verbintenissenrecht, maar probeert de grenzen

<sup>28</sup> Zie p. 513 van deze bundel.

<sup>29</sup> E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992, p. 58.

<sup>30</sup> C. Lebon, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen* (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2010, p. 47.



tussen goederen- en verbintenissenrecht in elkaar over te laten vloeien.<sup>31</sup> Én-én in plaats van óf-óf. Dit uitgangspunt blijkt mooi uit het verschil tussen de titel van de mededeling – ‘Over de *verhouding* van eigendom en verbintenis’ – en de titel van het proefschrift van Rank-Berenschot – ‘Over de *scheidslijn* tussen goederen- en verbintenissenrecht’.

Eggens heeft dus niet als doel om eigendom en verbintenis van elkaar te scheiden. Anderzijds is het hem er *ook* niet om te doen de twee begrippen te vereenzelvigen, of in elkaar over te gieten. In Nederland betoogde Pitlo, in navolging van de Franse rechtsgeleerde Planiol, dat men een absoluut recht kan zien als een bundel verplichtingen (verbintenissen) van alle andere personen om zich van inbreuk op dat recht te onthouden.<sup>32</sup> Eggens wijst die opvatting stellig van de hand; een eigendomsrecht herdefiniëren van de verhouding persoon-zaak naar de verhouding persoon-andere personen geeft blijk van ‘eenzijdig-verstandelijk denken’.<sup>33</sup> Dit definiëren in óf persoon-zaak, óf persoon-andere personen miskent dat er tussen beide verhoudingen een eenheid bestaat: persoon-zaak-andere personen. De eigendom – als rechtsbetrekking van persoon tot zaak – geldt *in* de rechtsbetrekkingen van die persoon (als eigenaar) tot andere personen. Wederom: én-én in plaats van óf-óf.

Waar het Eggens dus om gaat is aan te tonen dat ‘eenzijdig-verstandelijk denken’ niet leidt tot betere begripsvorming. In Eggens’ woorden: eigendom en verbintenis zijn geen ‘gescheidenheden’, maar ‘onderscheidenheden’.<sup>34</sup> De verwijten die Eggens maakt aan het adres van Meijers moeten in dit licht worden gezien; Meijers maakt onderscheiden die onzuiver zijn,<sup>35</sup> maakt absolute scheidingen waar men moet denken in onderscheidenheden binnen een groter geheel<sup>36</sup> en probeert te scheiden wat niet te scheiden is.<sup>37</sup>

31 Asser/Bartels & van Mierlo 3-IV 2013/21.

32 A. Pitlo, *Het syteem van het Nederlandse privaatrecht*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink 1958, p. 130.

33 Zie p. 497 van deze bundel.

34 Zie p. 513 van deze bundel.

35 Zie p. 502 van deze bundel: “dan blijkt het dat Meijers, in onzuivere terminologie, niet zuiver heeft onderscheiden”.

36 Zie p. 499 van deze bundel: “Het komt mij voor dat deze tegenstelling onzuiver is [...] omdat het spreken van ‘bevoegdheden, die in het eigendomsrecht begrepen zijn’ en van ‘qualitatieve bevoegdheden’, die Meijers daar tegenover stelt, niet een contradictie vormt”.

37 Zie p. 503, voetnoot 1 van deze bundel: “men moet dan ook niet willen scheiden hetgeen één, onderscheiden, organisch geheel vormt”.

### *Het dynamische geheel zien*

Eén van de punten waarop Eggens aan Meijers het verwijt maakt dat hij geheel niet overziet komt naar boven naar aanleiding van Eggens' bespreking van de verbintenis. Het betreft Meijers' afwijzing van het begrip 'onlichamelijke zaak'. Vóór het nieuwe Burgerlijk Wetboek van 1992 kon men eigenaar zijn van een onlichamelijke zaak – waaronder 'ontastbare' rechtsfiguren als beperkte rechten en vorderingsrechten werden geschaard – net als men eigenaar kon zijn van een lichamelijke zaak. Tegenwoordig is dit niet meer mogelijk. Men kan nog slechts eigenaar zijn van lichamelijke zaken; onlichamelijke zaken worden onder de vermogensrechten van artikel 3:6 BW geschaard, waarvan men slechts 'rechthebbende' kan zijn. Het probleem dat Meijers daarmee heeft willen oplossen was dat het begrip 'zaak' zowel rechten op lichamelijke zaken als rechten op onlichamelijke zaken omvatte en dat daarmee geen zinnig onderscheid te geven was tussen zakelijke rechten en verbintenissen. Dat probleem is echter niet gelegen in de karakterisering lichamelijk/onlichamelijk, maar in het feit dat een vorderingsrecht, zoals Eggens heeft aangetoond, zowel een interne als een externe werking heeft. Een vorderingsrecht is zowel een verbintenis, met een inhoudelijke regeling in het verbintenissenrecht, als een vermogensbestanddeel, waarvoor de algemene regels worden gegeven in het goederenrecht.<sup>38</sup> Het spreken over 'onlichamelijke zaken' om de vorderingen als vermogensbestanddelen in het vermogen van de crediteur te kenschetsen is dan niet zo vreemd. Eggens komt op basis van zijn methode tot de conclusie dat eigendom van dergelijke rechten mogelijk is en dat "de eigendom van "rechten" wel èn niet hetzelfde betekent als de eigendom van 'goederen', zodat de regelen omtrent de laatste *adaequaat* van toepassing zijn op de eerste".<sup>39</sup> Door sommige auteurs wordt betoogd dat deze opvatting, die de eigendom van onlichamelijke zaken (waaronder bijvoorbeeld intellectuele eigendomsrechten) mogelijk maakt, veel beter hanteerbaar is dan het door Meijers gemaakte onderscheid.<sup>40</sup> In het kader van mijn bespreking van de KNAW-mededeling zou het te ver voeren om dit debat (nogmaals) te voeren; het definiëren van goederen en het toebehoren daarvan raakt aan de kern van ons vermogensrecht.<sup>41</sup> Interessant is in ieder geval te

38 J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 121.

39 Zie p. 513 van deze bundel.

40 J.Th. Degenkamp, 'Waarom mogen gegevens geen goederen zijn; en, waarom mag men geen eigenaar van gegevens zijn?', in: A.L. Mohr (red.), *J.L.P. Cahen-bundel*, Deventer: Gouda Quint 1997, p. 88-89; Th.F. de Jong, *De structuur van het goederenrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 144.

41 Zie daarover de uiteenlopende opvattingen van o.a. J.C. van der Steur, *Grenzen*

zien dat Eggens' opvattingen, voor zowel de basisbegrippen 'goed', 'zaak' en 'eigendom' als voor de manier waarop gesproken wordt over rechten op niet-stoffelijke objecten met waarde, nog steeds relevant zijn.<sup>42</sup> Ik sluit hiermee de bespreking van het 'verbintenismatige' voorbeeld dat Eggens gaf af. De rest van mijn bespreking van wil ik wijden aan het 'eigendomsrechtelijke' voorbeeld dat Eggens geeft, waar hij liet zien dat uit het eigendomsrecht van een erf verplichtingen kunnen voortvloeien ten gunste van de eigenaar van het naastgelegen erf.

### **Eigendom, verbintenis en faillissement**

De door Eggens gemaakte synthese van eigendom en verbintenis is dogmatisch interessant, maar de dogmatiek is slechts van waarde voor zover zij (uiteindelijk) ten dienste staat van de praktijk. Praktisch gezien doet het verschil tussen eigendom en verbintenis zich het meest gevoelen in geval van faillissement. De rechthebbende van een goederenrechtelijk recht kan dat recht immers uitoefenen alsof er geen faillissement bestond. Degene die slechts een verbintenismatige aanspraak heeft zal zijn vordering daarentegen ter verificatie moeten indienen. Meestal wordt bij goederenrechtelijke rechten in faillissement gedacht aan eigendom en zekerheidsrechten zoals pand- en hypotheekrechten. Ook andere goederenrechtelijke rechten, zoals het recht van vruchtgebruik, kunnen echter in faillissement met een zakelijke actie tegenover de curator worden veiliggesteld.<sup>43</sup> Het is de vraag hoe strak het onderscheid tussen goederen- en verbintenismatige aanspraken in faillissement getrokken dient te worden. Kunnen *alle* rechten die voortvloeien uit een goederenrechtelijk recht worden uitgeoefend alsof er geen faillissement bestond? Deze vraag

*van rechtsobjecten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003; Th.F. de Jong, *De structuur van het goederenrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006; T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007; A.F. Mollema, *Het beperkte recht: een analyse van zijn theoretische constructie, zijn plaats in het systeem van het vermogensrecht en zijn mogelijke inhoud* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013. De verschillende theorieën worden kort tegen elkaar afgezet in A.F. Mollema, 'Drie stellingen over beperkte rechten', *WPNR* 7000 (2013), p. 1155-1159.

<sup>42</sup> Zie Th.F. de Jong, *De structuur van het goederenrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 66, waar hij laat zien dat Eggens zich niet kan vinden in de subsumptie van 'zaak' en 'vermogensrecht' als nevenschikbare begrippen onder het overkoepelende begrip 'goed'.

<sup>43</sup> S.E. Bartels & V. Tweehuysen, 'Betalingsverplichtingen uit het zakenrecht in faillissement', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Overeenkomsten en insolventie*, Deventer: Kluwer 2012, p. 63.

doet zich bijvoorbeeld voor ten aanzien van verplichtingen tot een doen die door de beperkt gerechtigde van de gerechtigde van het moederrecht kunnen worden afgedwongen. Kunnen deze ook van de curator worden afgedwongen? De vraag doet zich ook voor ten aanzien van betalingsverplichtingen van de beperkt gerechtigde jegens de gerechtigde tot het moederrecht bij zakenrechtelijke rechten zoals erfpacht, opstal en erfdiensbaarheid. Dienen vorderingen die uit deze betalingsverplichtingen voortvloeien te worden ingediend ter verificatie, of kunnen zij direct ten laste van de boedel gebracht worden? Bartels en Tweehuysen gaan er in beginsel van uit dat beide soorten verplichtingen voortvloeien uit het goederenrecht en dat de beperkt gerechtigde er in faillissement dan ook onverkort een beroep op kan doen (hetzij via nakoming door de curator, hetzij omdat niet-nakoming door de curator leidt tot een boedelschuld).<sup>44</sup> Zij maken daarbij wel een onderscheid tussen de betalingsverplichtingen waarvoor de wetgever een verbintenisrechtelijke regeling heeft vastgesteld en de betalingsverplichtingen waarvoor dat niet is gebeurd. Van Andel en van Zanten maken, in navolging van Vonck, dit onderscheid niet en gaan juist uit van een volledig verbintenisrechtelijk systeem.<sup>45</sup> Zij beschouwen al deze verplichtingen als kwalitatieve verbintenissen, die slechts ter verificatie kunnen worden ingediend.

### **Twee kanttekeningen bij de discussie in de literatuur**

Voordat ik verder uitweid over bovengenoemde vragen wil ik twee kanttekeningen bij de reeds aangehaalde discussie tussen Bartels en Tweehuysen enerzijds en Vonck, van Andel en van Zanten anderzijds plaatsen.

De eerste kanttekening betreft het feit dat een groot deel van de (door hen en mij) aangehaalde literatuur is verschenen voorafgaand aan het arrest *Koot Beer/Tideman q.q.*, waarin de Hoge Raad het ontstaan van boedelschulden door handelen van de curator heeft beperkt.<sup>46</sup> Voortaan komen schulden slechts in drie gevallen direct ten laste van de boedel: wanneer de wet dat met zoveel woorden zegt, wanneer de curator de schulden in hoedanigheid is aangegaan en wanneer een

44 S.E. Bartels & V. Tweehuysen, 'Betalingsverplichtingen uit het zakenrecht in faillissement', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Overeenkomsten en insolventie*, Deventer: Kluwer 2012.

45 W.J.M. van Andel & T.T. van Zanten, 'Over wederkerige overeenkomsten en boedelschulden', *TvI* 2013, 26, p. 149; F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, p. 151.

46 Hoge Raad 19 april 2013, *NJ* 2013, 291 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*).

schuld het gevolg is van het handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting. Het laatste van de drie gevallen is relevant voor de onderstaande bespreking. Zou men aannemen dat het niet-nakomen van een verplichting die ontstaat uit een goederenrechtelijk recht, zoals een recht van erfdiensbaarheid, een inbreuk op dat goederenrechtelijk recht oplevert, dan dient de schade die een beperkt gerechtigde lijdt door het frustreren van zijn recht door de curator als boedelschuld te worden voldaan.<sup>47</sup> Zou men echter aannemen dat een curator die een dergelijke verplichting schendt slechts een verbintenis niet nakomt, dan dient de vordering voor de schade die de beperkt gerechtigde lijdt ter verificatie te worden ingediend.<sup>48</sup> Ik kom op dit onderscheid hieronder nog meermaals terug.

De tweede kanttekening betreft de in de discussie veelvuldig gebruikte term 'kwalitatieve verbintenis'. Met deze term worden in de literatuur verbintenissen aangeduid die voortvloeien uit een goederenrechtelijke positie (een eigendomsrecht of een beperkt recht).<sup>49</sup> In de wetsgeschiedenis zijn de canon- en retributieverplichtingen bij erfpacht, opstal en erfdiensbaarheid expliciet als 'kwalitatieve verbintenis' en niet als 'zakelijke last' aangemerkt.<sup>50</sup> Deze tegenstelling wordt wel opgevat als een tegenstelling tussen 'verbintenisrechtelijk' en 'goederenrechtelijk'. Het idee lijkt daarbij te zijn dat kwalitatieve verbintenissen – hoewel zij samenhangen met een bepaalde kwaliteit, zoals die van eigenaar of beperkt gerechtigde – toch bovenal *verbintenissen* zijn en dus niet anders dan via indiening ter verificatie in faillissement kunnen worden afgehandeld.<sup>51</sup> Ik vind echter dat het begrip 'kwalitatieve verbintenis' te weinig onderscheidend vermogen heeft om dergelijke rechtsgevolgen te kunnen dragen.

Men zou immers net zo goed kunnen stellen dat kwalitatieve verbintenissen een *kwalitatief* element bevatten – zij vloeien immers voort uit de positie van de eigenaar of beperkt gerechtigde – en daarom een

47 In deze lijn: S.E. Bartels & V. Tweehuysen, 'Betalingsverplichtingen uit het zakenrecht in faillissement', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Overeenkomsten en insolventie*, Deventer: Kluwer 2012, p. 82.

48 In deze lijn: W.J.M. van Aniel & T.T. van Zanten, 'Over wederkerige overeenkomsten en boedelschulden', *TvI* 2013, 26, p. 149.

49 J.R. Beversluis, *Enige aspecten van de kwalitatieve verbintenis* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 359 e.v.

50 TM bij artikel 5:85 BW, *Parlementaire Geschiedenis Boek 5*, Deventer: Kluwer 1981, p. 300.

51 W.J.M. van Aniel & T.T. van Zanten, 'Over wederkerige overeenkomsten en boedelschulden', *TvI* 2013, 26, p. 149.

goederenrechtelijke aanspraak geven. Mijn indruk is dat de ‘kwalitatieve verbintenis’ een verzamelterm is voor aanspraken die zowel verbintenisrechtelijke als goederenrechtelijke trekjes hebben. Onder deze term vallen, naast de al genoemde verbintenissen uit eigendom en beperkte rechten, ook de verbintenissen die voortvloeien uit het kwalitatieve recht en de kwalitatieve verplichting uit artikel 6:251 respectievelijk 6:252 BW<sup>52</sup> en sommige verbintenissen die voortvloeien uit het burenrrecht.<sup>53</sup> Het combineren van al deze verbintenissen van verschillende aard onder één noemer is gemakkelijk, nu de wet de term ‘kwalitatieve verbintenis’ niet kent en er dus geen rechtsgevolgen aan verbindt.<sup>54</sup> Het staat auteurs dan vrij zelf die rechtsgevolgen te bedenken. Het ligt dan voor de hand dat veel auteurs de rechtsgevolgen van kwalitatieve verbintenissen gelijk zullen stellen aan die van ‘normale’ verbintenissen; de term maakt dat gemakkelijk. Daarmee wordt het deels goederenrechtelijke karakter van de kwalitatieve verbintenis weggemoffeld. Gebruik van de term ‘kwalitatieve verbintenis’ werkt dan verhullend in plaats van verklarend.

Als men verder leest in de Parlementaire Geschiedenis dan blijkt dat ook. De wetgever heeft het begrip ‘kwalitatieve verbintenis’ niet eenduidig gebruikt, waardoor niet gezegd kan worden dat de kwalitatieve verbintenis en de zakelijke last de enige, elkaar wederzijds uitsluitende opties zijn om de aard van rechten en verplichtingen uit beperkte rechten te kenmerken.<sup>55</sup> De tegenstelling tussen kwalitatieve verbintenis en zakelijke last kan dus niet gelijkgeschakeld worden met de tegenstelling tussen verbintenisrechtelijke aanspraak en goederenrechtelijke aanspraak. Dat is ook logisch, want de kwalitatieve verbintenis is geen puur verbintenisrechtelijke figuur, maar een tussenvorm.<sup>56</sup>

Ik zal dat in de bespreking verderop in deze bijdrage laten zien aan de hand van drie ‘grensgevallen’ tussen het goederen- en het verbintenissenrecht: verbintenissen die voortvloeien uit een kwalitatieve verplichting, verbintenissen die voortvloeien uit een beperkt recht en verbintenissen die voortvloeien uit het burenrrecht. Bij al deze soorten

52 J.R. Beversluis, *Enige aspecten van de kwalitatieve verbintenis* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 8.

53 Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008/128.

54 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/541.

55 Hierover: T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 442; J.R. Beversluis, *Enige aspecten van de kwalitatieve verbintenis* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 360.

56 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I\* 2012/16.

verbintenissen wordt wel gesteld dat er sprake is van kwalitatieve verbintenissen. In plaats van daaruit de conclusie te trekken dat er ‘dus’ sprake is van aanspraken die via indiening ter verificatie in faillissement moeten worden afgehandeld ben ik van mening dat van geval tot geval gekeken moet worden naar de precieze aard van de aanspraak. Het begrip ‘kwalitatieve verbintenis’ moet dus worden ‘doorgeprikt’, om te kijken wat er precies achter schuilgaat.

Een zelfde aanpak kan worden gevonden bij Eggens. Hij gaat er van uit dat de kwalitatieve verbintenis een rechtsbetrekking is van een “eigen – gemengde – aard, omdat zij, ook in haar concretisering tot verbintenis, bepaald is en blijft voor het antwoord op de vraag wie de verbondenen zijn en wat de inhoud is van hun verbonden zijn”.<sup>57</sup> Met andere woorden: de noemer ‘kwalitatieve verbintenis’ zegt op zichzelf niets, omdat sprake is van een “gemengd zakenrechtelijke-verbintenisrechtelijke verhouding”. Wanneer de term ‘kwalitatieve verbintenis’ gebruikt wordt, moet altijd nog nader gekeken worden naar de precieze aard van de achterliggende aanspraak. Er is hier duidelijk sprake van én-én denken: de kwalitatieve verbintenis heeft niet *altijd* louter verbintenisrechtelijke gevolgen of *altijd* louter goederenrechtelijke gevolgen. Per geval dient te worden beoordeeld welke gevolgen de kwalitatieve verbintenis met zich brengt. Zo zal bijvoorbeeld bij verbintenissen die voortvloeien uit beperkte rechten eerder sprake zijn van een zakelijk recht dan wel een zakelijke verplichting indien vast komt te staan dat die verbintenis voortvloeit uit het *wezen* van het beperkte recht. Verbintenissen die niet voortvloeien uit het *wezen* van het beperkte recht zullen eerder een louter verbintenisrechtelijke aanspraak behelzen. Dat een dergelijke aanpak in sommige gevallen de praktijk minder duidelijkheid verschaft dan dat zij zou willen acht ik minder bezwaarlijk dan het omwille van meer duidelijkheid ontmantelen van de aanspraken van de goederenrechtelijk gerechtigde. Een andere opvatting is uiteraard mogelijk. Omwille van de eenvoud en efficiëntie zouden alle kwalitatieve verbintenissen automatisch louter onder het verbintenissenrecht geschaard kunnen worden. Dat zou dan echter geen principiële keuze zijn, maar een praktische. Daar is niets mis mee, als daar open voor wordt uitgekomen. Uit het wettelijk systeem volgt een dergelijke strikte scheiding mijns inziens echter niet.

<sup>57</sup> Zie p. 503 van deze bundel.

## Eén casus, vier opties

Om de verschillen tussen goederen- en verbintenisrechtelijke aanspraken in faillissement te laten zien, alsmede de vloeiende overgang daar tussen, maak ik gebruik van een casus. Deze baseer ik op de situatie die Eggens in zijn KNAW-mededeling omschrijft: de eigenaar van een erf vindt zich ingesloten door andere erven en kan daardoor niet of lastig de openbare weg bereiken. Hetgeen ik aan de hand van deze casus bespreek kan veelal worden doorgetrokken naar andere verbintenisrechtelijke en goederenrechtelijke grondslagen voor een dulden of (niet-)doen en uiteraard naar grotere partijen dan het huis-tuin-en-keuken karakter van de casus nu behelst:

*A is niet meer zo goed ter been en pakt daarom steeds vaker de auto in plaats van de fiets. Omdat hij vanaf zijn erf niet met de auto bij de openbare weg kan komen parkeert hij normaalgesproken altijd een eindje verderop. Vanwege zijn fysieke gesteldheid is dat nu geen optie meer. Hij wenst daarom over het erf van zijn buurman B heen te rijden, dat wel toegang geeft tot de openbare weg. Op het erf van B ligt nog een weg, die door B enigszins is verwaarloosd. Omdat het perceel van B voornamelijk bestaat uit slappe veengrond is periodiek onderhoud van de weg vereist. A is daar zelf niet toe in staat en zou dat het liefst door B laten uitvoeren. A is bereid te betalen voor zowel het recht om over B's erf te rijden als het onderhoud van de weg door B.*

Om zijn gewenste resultaat te bereiken staan A verschillende opties ter hand. Ik bespreek er vier:

1. A kan met B een overeenkomst sluiten, waarbij B duldt dat A over zijn erf naar de openbare weg rijdt en B zich verplicht tot onderhoud van de weg. B kan in ruil daarvoor bedingen dat A hem periodiek een vergoeding betaalt voor het gebruik van zijn erf en het onderhouden van de weg. Deze overeenkomst werkt puur en alleen tussen A en B. Om zijn rechten veilig te stellen tegen een eventuele opvolgende eigenaar van het erf van B kan A de overeenkomst die hij met B sluit versterken met een kettingbeding. Dit houdt in dat B bij verkoop gehouden is om aan koper C dezelfde verplichtingen op te leggen die B zelf had jegens A. Daarnaast is B gehouden aan C op te leggen dat C dezelfde verplichtingen weer oplegt aan zijn opvolger. Door middel van een boetebeding ten gunste van A wordt nakoming van deze 'keten' van bedingen zo veel mogelijk gewaarborgd.

2. A kan met B overeenkomen dat deze laatste een kwalitatieve verplichting tot het dulden van het gebruik van zijn erf door A op zich



neemt als in artikel 6:252 BW. Door inschrijving van de notariële akte van de overeenkomst in de openbare registers verkrijgt deze overeenkomst werking jegens opvolgende verkrijgers van B in hun hoedanigheid (kwaliteit) van eigenaar van het erf. Of het mogelijk is om ook de verplichting tot het onderhouden van de weg onderdeel te laten uitmaken van de kwalitatieve verplichting is omstreden.<sup>58</sup> Ik zal er hier van uit gaan dat dit mogelijk is. B kan in ruil voor de rechten die A verkrijgt bedingen dat A hem periodiek een vergoeding betaalt. Indien een dergelijke vergoeding in de akte is overeengekomen en is ingeschreven, dan gaat het recht daarop mee over naar volgende eigenaren van het erf van B.

3. A kan met B overeenkomen een recht van erfdienstbaarheid te vestigen als in artikel 5:70 BW, waarbij het erf van A als heersend erf zal fungeren en het erf van B als dienend erf. De inhoud van het recht van erfdienstbaarheid zal er dan in bestaan dat de eigenaar van het dienende erf duldt dat de eigenaar van het heersende erf over zijn erf rijdt. Daarnaast wordt onderdeel van de inhoud van het recht van erfdienstbaarheid dat de eigenaar van het dienende erf er zorg voor draagt dat de weg op dat erf wordt onderhouden, als in artikel 5:71 lid 2 BW. B kan bedingen dat A hem periodiek een vergoeding betaalt voor het gebruik van zijn erf en het onderhouden van de weg. Omdat een recht van erfdienstbaarheid een zakelijk recht is, kan het worden ingeroepen tegen opvolgende eigenaren van het erf van B. Ik ga er voor de eenvoud van uit dat er geen eerder gevestigde beperkte rechten zijn op het erf van B.

4. A kan van B vorderen hem een noodweg aan te wijzen waarvan hij gebruik kan maken als in artikel 5:57 BW, indien het niet mogelijk is om via zijn eigen erf bij de openbare weg te geraken en de route via het erf van B het minst bezwaarlijk is voor de omliggende erven. Hoewel afhankelijk van de omstandigheden van het geval niet altijd een recht van noodweg zal bestaan als degene die zich daarop beroept zijn erf anders dan per auto kan bereiken,<sup>59</sup> neem ik voor het voorbeeld aan dat het inroepen van het recht hier zal slagen.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> Bevestigend: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/553. Daartoe betogend: N.C. van Oostrom-Streep, *De kwalitatieve verplichting* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006, p. 68. Ontkennend: J.R. Beversluis, *Enige aspecten van de kwalitatieve verbintenis* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 186.

<sup>59</sup> Zie Hoge Raad 11 september 1992, *NJ* 1992, 729, dat echter betrekking had op woningen op een vakantiepark.

<sup>60</sup> Zie ook de President van de rechtbank Maastricht, die er van uitgaat dat voor 'een behoorlijk gebruik' onder omstandigheden kan worden begrepen 'het op vrij

De wettelijke regeling voorziet niet expliciet in een mogelijkheid om B het onderhoud van de weg op te leggen. Dat lijkt ook niet in de rede te liggen; anders dan bij de eerder genoemde alternatieven is B gehouden om het gebruik van zijn erf door A te dulden op basis van de wet, in plaats van op basis van een met A gesloten overeenkomst waarin hij zeggenschap heeft gehad. Het ligt hier voor de hand om aan te nemen dat A zelf voor onderhoud moet zorgen (eventueel uit te voeren door een derde) en dat B dit onderhoud zal moeten dulden. A is wettelijk verplicht om B schadeloos te stellen voor het gebruik van B's erf om bij de openbare weg te komen en de eventuele schade die het onderhoud van de weg met zich brengt. A is – zolang voor hem geen mogelijkheid bestaat om op andere wijze bij de openbare weg te komen – gerechtigd de noodweg te gebruiken, ook ten aanzien van volgende eigenaren van het erf van B.

Het bovenstaande, enigszins uitvoerige palet met opties zal ik gebruiken om de gevolgen van een faillissement op de rechtsposities van A en B te verduidelijken. Welke invloed heeft een faillissement van B op de mogelijkheid voor A om van zijn rechten gebruik te blijven maken? En welke invloed heeft een faillissement van A op de mogelijkheid voor B om betaling van zijn vordering(en) af te dwingen? De volgorde van de verschillende bovengenoemde opties is met opzet zo gekozen dat deze loopt van verbintenisrechtelijk (de overeenkomst) naar goederenrechtelijk (de erfdiensbaarheid). De noodweg is, als wettelijke noodconstructie, een enigszins vreemde eend in de bijt tussen de drie andere, consensuele opties.

### **Een faillissement van B; kan A zijn rechten nog uitoefenen?**

Indien B failliet gaat, dan zijn de mogelijkheden van A om zijn rechten uit te oefenen per optie als volgt:

Overeenkomst: De duurovereenkomst die A en B hebben gesloten loopt in beginsel door in faillissement. De curator hoeft zijnerzijds echter niet te presteren. Om zekerheid te verkrijgen over het al dan niet nakomen van de overeenkomst door de curator, kan A de curator op basis van artikel 37 Fw een termijn stellen om te verklaren de overeenkomst gestand te doen.<sup>61</sup> Dit zal de curator alleen doen als dat in het belang van de boedel is. In dit geval zal dat alleen zo zijn

gemakkelijke wijze per auto van en naar een woning te komen': Rechtbank Maastricht (President) 15 mei 1996, ECLI:NL:RBMAA:1996:AH5594.

<sup>61</sup> Zie Hoge Raad 19 april 2014, NJ 2013, 291 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.ov. 3.6.1, waarin de Hoge Raad de lang lopende discussie over de vraag of artikel 37 Fw op duurovereenkomsten van toepassing is bevestigend beantwoordde.

indien de vergoeding die A betaalt hoger is dan de kosten die gemoeid zijn met het gebruik en onderhoud van de weg op het erf van B. Ook al zou de curator de overeenkomst gestand doen, dan is de opvolgende koper van het erf van B niet gebonden aan de overeenkomst. Indien de curator de overeenkomst niet gestand doet, dan zal de waarde van de aan A toekomende rechten moeten worden uitgedrukt in geld op basis van artikel 133 Fw en zal een vordering ter hoogte van dat bedrag ter verificatie moeten worden ingediend. De versterking met een kettingbeding baat A hier niet; de curator is daar immers niet aan gehouden. Een in het kettingbeding opgenomen boetebeding zou sinds het arrest *Koot Beheer/Tideman* q.q. in beginsel geverifieerd kunnen worden, ook al is de verplichting tot betaling van de boete pas ontstaan na faillissement.<sup>62</sup> Dat dit zou kunnen leiden tot arbitrair hoge concurrente vorderingen lijkt mij onwenselijk. Er valt daarom veel voor te zeggen om dergelijke boetes niet voor verificatie in aanmerking te laten komen.<sup>63</sup>

**Kwalitatieve verplichting:** De overeenkomst die A en B tot kwalitatieve verplichting hebben gemaakt door het opmaken van een notariële akte en inschrijving daarvan in de openbare registers heeft met die inschrijving een enigszins hybride karakter gekregen. Enerzijds is de overeenkomst nog steeds een ‘gewone’ overeenkomst, anderzijds kan deze nu tegen derden worden ingeroepen. Dit is het eerste voorbeeld van een figuur waar de term ‘kwalitatieve verbintenis’ verhullend werkt.

Zou men het zwaartepunt bij het verbintenisrechtelijke aspect van de kwalitatieve verplichting leggen, dan volgt dat net als bij een ‘normale’ overeenkomst de weg van artikel 37 Fw bewandeld dient te worden.<sup>64</sup> Het niet-nakomen door de curator van B van de door B overeengekomen verbintenissen geeft in beginsel dus slechts aanleiding tot het indienen van een vordering ter verificatie. Voorbeelden van dergelijke niet-nakoming zijn het gedurende faillissement niet onderhouden van de weg en het tijdelijk frustreren van het recht om gebruik te maken van het erf van de failliet.<sup>65</sup>

62 Hoge Raad 19 april 2014, *NJ* 2013, 291 (*Koot Beheer/Tideman* q.q.), r.ov. 3.7.2.

63 In dezelfde zin W.J.M. van Andel & T.T. van Zanten, ‘Over wederkerige overeenkomsten en boedelschulden’, *TvI* 2013, 26, p. 145.

64 In deze zin: J.R. Beversluis, *Enige aspecten van de kwalitatieve verbintenis* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2009, p. 217; T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, p. 278-281; F.J. Vonck, ‘Goederenrechtelijke verplichtingen tot een doen in faillissement’, *TvI* 2010, 8, p. 52.

65 Zie N.C. van Oostrom-Streep, *De kwalitatieve verplichting* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006, p. 164.

Er zijn evenwel goede gronden om onder omstandigheden juist het kwalitatieve aspect van de kwalitatieve verplichting voorop te stellen; zo lijkt uit artikel 35a Fw te volgen dat een curator een registergoed alleen ‘bezwaard’ met een daartoe overeengekomen kwalitatieve verplichting kan verkopen.<sup>66</sup> Schending door de curator van die verplichting (bijvoorbeeld door het verwijderen van de weg en het omheinen van het erf, waardoor de kwalitatieve verplichting illusoir zou worden) zou een inbreuk zijn op het kwalitatieve karakter van de kwalitatieve verplichting. In zulke gevallen zou de curator in strijd handelen met de op hem krachtens artikel 35a Fw rustende verplichting om de kwalitatieve verplichting ‘mee’ te verkopen. De daardoor geleden schade kan A als boedelvordering verhalen.<sup>67</sup>

Door ook, onder omstandigheden, het kwalitatieve aspect van de kwalitatieve verplichting voorop te stellen wordt ‘doorgeprikt’ naar de aard van de verplichting, in plaats van voor alle gevallen louter verbintenisrechtelijke werking aan te nemen. Een dergelijke én-én benadering zou de goedkeuring van Eggens in ieder geval kunnen wegdragen.

Erfdienstbaarheid: Bij een erfdiensbaarheid liggen de zaken ten aanzien van het recht van overpad simpel. Omdat de erfdiensbaarheid een zakelijk recht is, kan A het recht tegen eenieder inroepen en dus onafhankelijk van de wil van de curator uitoefenen.

Ten aanzien van het door B te verrichten onderhoud van de weg liggen de zaken echter beduidend ingewikkelder. Alhoewel de wet de mogelijkheid biedt in artikel 5:71 lid 2 BW om een dergelijke verplichting op te nemen, is ook duidelijk dat de wet het opnemen van een dergelijke verplichting niet dwingend voorschrijft. Dergelijke verplichtingen tot een doen (anders dan verplichtingen tot een dulden) worden regelmatig aangemerkt als kwalitatieve verplichtingen.<sup>68</sup> De verbintenis tot onderhoud van de weg is het tweede voorbeeld van een figuur waar de term ‘kwalitatieve verbintenis’ verhullend werkt.

<sup>66</sup> Zie de noot van S.C.J.J. Kortmann en S.E. Bartels bij Hoge Raad 3 november 2006, *JOR* 2007, 76 (*Nebula*).

<sup>67</sup> Zie N.C. van Oostrom-Streep, *De kwalitatieve verplichting* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006, p. 165.

<sup>68</sup> Bijvoorbeeld F.J. Vonck, ‘Goederenrechtelijke verplichtingen tot een doen in faillissement’, *TvI* 2010, 8, p. 52.

In plaats van verplichtingen tot een doen die voortvloeien uit een beperkt recht altijd als verbintenisrechtelijke aanspraken te zien, is het wederom nodig om door het begrip kwalitatieve verplichting heen te prikken. Het antwoord op de vraag of A ook het onderhouden van de weg van de curator van B kan vorderen (dan wel een vordering voor de daardoor opgelopen schade als boedelvordering kan verhalen) is dan afhankelijk van het karakter van die verplichting tot onderhoud. Gaat men er van uit dat het een verplichting betreft die onderdeel uitmaakt van het wezen van het recht van erfdiensbaarheid, dan luidt het antwoord bevestigend. De curator zal de verplichting moeten nakomen, dan wel (omdat hij inbreuk maakt op een zakelijk recht door die verplichting niet na te komen) de waarde van die verplichting als boedelschuld moeten voldoen.<sup>69</sup> Gaat men er daarentegen van uit dat die verplichting *geen* onderdeel uitmaakt van het wezen van het recht van erfdiensbaarheid, dan hoeft de curator de verplichting niet na te komen. Aan A rest dan slechts het indienen van een vordering tot schadevergoeding ter verificatie.

De vraag of een onderhoudsverplichting deel uitmaakt van de kern van het recht van erfdiensbaarheid voert terug op de (voor deze bijdrage veel te uitvoerige) discussie over de inhoud van beperkte rechten. Kort samengevat betogen sommige auteurs dat de bevoegdheden die degene die een beperkt recht vestigt verleent aan de beperkt gerechtigde een afspiegeling zijn van de bevoegdheden die de eerste kon ontleen aan het moederrecht. Een voorbeeld hiervan is het recht voor de vruchtgebruiker om vruchten te trekken, dat eerder toekwam aan de rechthebbende van het moederrecht. Omdat de eigenaar van het moederrecht nooit van derden de verplichting tot een doen had kunnen vorderen, kan deze verplichting ook niet in gespiegelde vorm (gerechtigdheid om die verplichting af te dwingen) bij de beperkt gerechtigde terecht komen.<sup>70</sup> Dergelijke verplichtingen zouden in deze visie daarom als kwalitatieve verbintenissen gezien moeten worden, die slechts via indiening ter verificatie kunnen worden afgewikkeld.<sup>71</sup> In de literatuur is deze opvatting bestreden, waarbij de conclusie lijkt te zijn dat indien de mogelijkheid tot het opleggen van een verplichting tot een doen uit de wet volgt en de verplichting

69 Zie in deze zin H.C.F. Schoordijk, 'Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht (recensie dissertatie E.B. Rank-Berenschot), *NJB* 1992, 37, p. 1202-1206.

70 Deze opvatting is in Nederland vooral verdedigd door S.N. van Opstall, 'Zakelijke rechten en kwalitatieve verbintenissen', *WPNR* 4919-4926 (1966).

71 F.J. Vonck, 'Goederenrechtelijke verplichtingen tot een doen in faillissement', *TvI* 2010, 8, p. 52; W.J.M. van Andel & T.T. van Zanten, 'Over wederkerige overeenkomsten en boedelschulden', *TvI* 2013/26, p. 149.

voldoende verband houdt met de aard van het beperkte recht, de uit het beperkte recht voortvloeiende verbintenissen tot de inhoud van dat beperkte recht behoren.<sup>72</sup> Voor een onderhoudsverplichting als in artikel 5:71 lid 2 BW, die direct verband houdt met de uitoefening van de erfdiensbaarheid, is dat het geval. In zulke gevallen dienen verbintenissen uit de verplichting tot een doen op dezelfde manier behandeld te worden als het beperkte recht waar de verbintenissen uit voortvloeien. Daarom zou A de curator moeten kunnen aanspreken tot nakoming van de verbintenis. Weigering door de curator om aan de onderhoudsplicht te voldoen is dan een schending van een door de curator in hoedanigheid na te komen verplichting, die resulteert in een boedelschuld.

Noodweg: Het burendrecht vloeit rechtstreeks voort uit de inhoud van het eigendomsrecht.<sup>73</sup> Dit betekent dat het, net als het eigendomsrecht, tegenover eenieder kan worden ingeroepen. Dat blijkt ook uit de regeling voor de aanwijzing van een noodweg; deze aanwijzing kan volgens artikel 5:57 lid 1 te allen tijde worden gevorderd (indien de daaraan gestelde vereisten opgeld doen).

### **Een faillissement van A; kan B zijn vordering nog voldaan krijgen?**

Indien A failliet gaat, dan zijn de mogelijkheden van B om zijn vordering(en) voldaan te zien als volgt:

Overeenkomst: De duurovereenkomst die A en B hebben gesloten loopt in beginsel door in faillissement. De curator hoeft zijnerzijds echter niet te presteren. Om zekerheid te verkrijgen over het al dan niet nakomen van overeenkomst door de curator, kan B de curator op

72 E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992, p. 143; T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 428; S.E. Bartels & V. Tweehuysen, 'Betalingsverplichtingen uit het zakenrecht in faillissement', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Overeenkomsten en insolventie*, Deventer: Kluwer 2012, p. 78.

73 TM bij boek 5, titel 4, *Parlementaire Geschiedenis Boek 5*, Deventer: Kluwer 1981, p. 175; Hoge Raad 2 mei 1997, *NJ* 1998, 315. Anders voor het oude recht: J. Eggens, 'Iets over den samenhang van verbintenissen uit onrechtmatige daad met die uit andere oorzaak', p. 21 van deze bundel; J. Eggens, 'De bronnen van verbintenis', p. 64 van deze bundel, in welke Eggens de regeling van het burendrecht kenschetst als een verzameling kwalitatieve verbintenissen uit de wet. Dit standpunt ligt minder ver verwijderd van de huidige opvatting dan het lijkt. Voor Eggens had de kwalitatieve verbintenis immers een gemend goederenrechtelijk- en verbintenissenrechtelijk karakter.

basis van artikel 37 Fw een termijn stellen om te verklaren de overeenkomst gestand te doen. Dit zal de curator alleen doen als dat in het belang van de boedel is. Dat zal alleen zo zijn indien de waarde die het erf van A ontleent aan de overeenkomst hoger is dan het bedrag dat A betaalt voor het gebruik en onderhoud van de weg op het erf van B. Doet de curator de overeenkomst gestand, dan dient de curator zijn zijde van de overeenkomst uit de boedel te voldoen. Ook al zou de curator de overeenkomst gestand doen, dan is de opvolgende koper van het erf van A niet gebonden aan de overeenkomst. Indien de curator de overeenkomst niet gestand doet, dan zal de vordering van B ter verificatie moeten worden ingediend.

**Kwalitatieve verplichting:** De kwalitatieve verplichting die A en B zijn overeengekomen loopt in beginsel door in faillissement. De curator hoeft zijnerzijds echter niet te presteren. Om zekerheid te verkrijgen over het al dan niet nakomen van overeenkomst door de curator, kan B de curator op basis van artikel 37 Fw een termijn stellen om te verklaren de overeenkomst gestand te doen. Dit zal hij alleen doen als dat in het belang van de boedel is. Aangezien de verplichting ten gunste strekt van A in persoon (en niet ten gunste van de eigenaar van het erf van A) zal dat niet snel het geval zijn. Doet de curator de overeenkomst gestand, dan wordt de verplichting tot betaling door de curator gekwalificeerd als boedelschuld. In het geval de curator de overeenkomst niet gestand doet, zal de vordering van B ter verificatie moeten worden ingediend.

**Erfdienstbaarheid:** De verbintenis tot betaling van de retributie-verplichting door de eigenaar van het heersend erf aan de eigenaar van het dienend erf bij erfdienstbaarheden (evenals de retributie-verplichting bij opstalrechten en de canonverplichtingen in geval van erfpacht) is zoals gezegd door de wetgever aangeduid als een kwalitatieve verbintenis.<sup>74</sup> Hieruit wordt afgeleid dat deze verbintenissen een obligatoir karakter hebben,<sup>75</sup> ook al maken deze verplichtingen – zeker in geval van de erfpacht – juist een wezensonderdeel uit van het zakelijke recht.<sup>76</sup> Ik ben geneigd deze verplichtingen als verbintenisrechtelijke aanspraken te kwalificeren, waardoor de verplichtingen tot betaling van de retributietermijnen die ontstaan

74 TM bij artikel 5:85 BW, *Parlementaire Geschiedenis Boek 5*, Deventer: Kluwer 1981, p. 300 (*mutatis mutandis* van toepassing op artikel 5:70 lid 2 BW).

75 S.E. Bartels & V. Tweehuysen, 'Betalingsverplichtingen uit het zakenrecht in faillissement', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Overeenkomsten en insolventie*, Deventer: Kluwer 2012, p. 68.

76 T.H.D. Struycken, *De numerus clausus in het goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 442.

na datum faillissement slechts ter verificatie kunnen worden ingediend. De reden hiervoor is niet (alleen) gelegen in het feit dat de wetgever deze verplichtingen als kwalitatieve verbintenissen heeft getypeerd, maar veeleer in de alternatieve (verbintenisrechtelijke) oplossing die de wetgever voor specifiek deze aanspraken heeft gecreëerd.

De wetgever heeft namelijk door middel van een hoofdelijkheidsregeling (artikel 5:77 lid 2 BW) de gerechtigde tot de retributieverplichting een aanspraak gegeven jegens de opvolgend eigenaar van het heersend erf. Daar heeft de retributiegerechtigde meer kans zijn vordering voldaan te krijgen dan door indiening ter verificatie bij de insolvente vorige eigenaar, te meer nu de opvolgend eigenaar de achtergebleven retributietermijnen zal verdisconteren in de koopprijs die hij zal betalen voor het heersend erf. De positie van de gerechtigde tot de retributiebetaling wordt daardoor feitelijk gelijk aan die van iemand met een voorrecht.<sup>77</sup> Voor de erfpacht (artikel 5:92 lid 2 BW) en opstal (artikel 5:104 lid 1 BW) bestaan overeenkomstige regelingen.

Het verder doorvoeren van de hier besproken opvatting, in de zin dat *alle* verbintenissen die ontstaan uit een goederenrechtelijk recht dienen te worden gekwalificeerd als kwalitatieve verbintenissen en derhalve ter verificatie moeten worden ingediend,<sup>78</sup> lijkt mij – zoals ik eerder al aangaf – niet juist. Het feit dat de wetgever uitdrukkelijk een verbintenisrechtelijke regeling heeft getroffen voor de betalingsverplichtingen uit hoofde van canon en retributie, zegt immers niets over het karakter van andere (betalings)verplichtingen die voortvloeien uit goederenrechtelijke rechten (zoals de vergoedingen die dienen te worden betaald bij het einde van een erfpachts- of opstalrecht, artikel 5:99 lid 1, respectievelijk 5:105 lid 3 BW).

**Noodweg:** De wet vereist dat vooraf schadevergoeding of zekerheid wordt aangeboden voor de schade die de gerechtigde tot een noodweg door het laten aanwijzen van die noodweg aan zijn buurman berokkent. In de praktijk komt het echter ook voor dat een rechter, in plaats van een éénmalige vergoeding, een periodieke compensatie toekent aan de verschaffer van de noodweg. Dit zal meer in de rede liggen als bij het aanwijzen van de noodweg niet voorzienbaar is hoe lang instandhouding van de noodweg vereist zal zijn.

<sup>77</sup> S.E. Bartels & V. Tweehuysen, 'Betalingsverplichtingen uit het zakenrecht in faillissement', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Overeenkomsten en insolventie*, Deventer: Kluwer 2012, p. 65.

<sup>78</sup> W.J.M. van Anel & T.T. van Zanten, 'Over wederkerige overeenkomsten en boedelschulden', *TvI* 2013, 26.



Als tijdens faillissement door de curator van A een vordering wordt ingesteld tot het aanwijzen van een noodweg, dan wordt de initiële verplichting tot schadevergoeding voor het gebruik van die noodweg door de curator in hoedanigheid aangegaan. De vordering tot schadevergoeding dient de curator dan ten laste van de boedel te voldoen. Periodieke vorderingen tot schadevergoeding die later ontstaan komen ten laste van de boedel, dan wel de opvolgende eigenaar van het perceel van A.

Het is lastiger te zeggen of een vordering tot schadevergoeding die na datum faillissement ontstaat óók een boedelvordering zou zijn als de noodweg al voorafgaand aan het faillissement van de noodweggerechtigde was aangewezen. De verplichting tot schadevergoeding is dan niet aangegaan door de curator van A in hoedanigheid, maar door A zelf. Deze verbintenis tot schadevergoeding wordt in de literatuur gezien als een kwalitatieve verbintenis.<sup>79</sup> De (impliciete) gevolgtrekking is dan dat dergelijke aanspraken louter verbintenisrechtelijk werken. Dit is een derde voorbeeld het feit dat de term 'kwalitatieve verbintenis' verhullend werkt. Er zal moeten worden gekeken naar de aard van het burennrecht en de daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen. Onder het huidige recht wordt ervan uitgegaan dat deze rechten en verplichtingen onderdeel uitmaken van het eigendomsrecht. Het zou dan logisch zijn om aan te nemen dat de wederzijds uit de eigendomsrechten van A en B afgeleide rechten beide kwalificeren als goederenrechtelijke rechten. De uit het burennrecht voortvloeiende rechten en verplichtingen zitten als het ware 'ingebakken' in de wederzijdse eigendomsrechten.<sup>80</sup> Voor het recht van A om over het erf van B te lopen is dat duidelijk: dit recht ontleent A aan het eigendomsrecht dat hij heeft op zijn erf. Andersom ontleent B aan het eigendomsrecht op *zijn* erf het recht om voor het gebruik van zijn erf schadeloos gesteld te worden. De curator is dan in hoedanigheid gehouden om deze vordering te voldoen.<sup>81</sup> Doet hij dat niet, dan leidt dat tot een boedelschuld. Dit is ook vanuit faillissementsrechtelijk perspectief goed te verklaren. Het zou vreemd zijn om de boedel te 'bevoordelen' met een recht van noodweg waar niet direct voor betaald hoeft te worden: de gezamenlijke schuldeisers treden immers niet alleen in de rechten van de failliet, maar ook in de verplichtingen.

79 Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008/128.

80 In een iets andere context: W.J.M. Davids & J.H.A. Lokin, 'Boekbespreking' [van de dissertatie van R.J.J. van Acht], *WPNR* 6019 (1991), p. 651.

81 S.E. Bartels & V. Tweehuysen, 'Betalingsverplichtingen uit het zakenrecht in faillissement', in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Overeenkomsten en insolventie*, Deventer: Kluwer 2012, p. 81. Anders: Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008/128.

Zou de vordering tot schadeloosstelling niet aan de gezamenlijke schuldeisers tegengeworpen kunnen worden, dan zouden deze een verhaalspositie krijgen die niet gerechtvaardigd wordt door het vermogen van de failliet.<sup>82</sup>

## Conclusie

In het bovenstaande is een overzicht gegeven van de rechtsposities van buurmannen A en B in geval van faillissement van één van beiden, terwijl de ander zijn recht van overpad en onderhoud dan wel recht op vergoeding voor die lasten uit wil oefenen. Duidelijk mag zijn dat een goederenrechtelijke aanspraak zich sterker laat gelden in faillissement dan een verbintenisrechtelijke aanspraak. Toch is de grens niet altijd scherp te trekken. Vooral waar goederenrecht en verbintennisrecht tegen elkaar aan schuren is ruimte voor discussie. Zo is niet duidelijk of een vordering uit kwalitatieve verplichting *altijd* als een verbintenisrechtelijke aanspraak moet worden geduid. Ook is niet duidelijk in hoeverre de verplichting tot onderhoud uit een recht van erfdiensbaarheid geldend gemaakt kan worden tegen de curator van de eigenaar van het dienend erf. Ten slotte kan getwijfeld worden aan het karakter van uit het burennrecht voortvloeiende betalingsverplichtingen. Wat opvalt, is dat de verbintenissen uit alle drie deze grensgevallen in de literatuur worden gekwalificeerd als ‘kwalitatieve verbintenissen’ – een term die naar de huidige betekenis te diffuus is om een rechtsgevolg aan te kunnen verbinden. Wat ik met bovenstaande bespreking hoop duidelijk gemaakt te hebben is dat de noemer ‘kwalitatieve verbintenis’ niet verhelderend werkt, omdat de vraag of een recht of verplichting uit het goederen- of verbintennisrecht voortvloeit pas kan worden beantwoord nadat de aard van dat recht of die verplichting grondig is vastgesteld. Dáár zou de discussie steeds over moeten gaan, niet over de vraag of iets al dan niet een kwalitatieve verbintenis is. De enige logische manier om de term ‘kwalitatieve verbintenis’ te gebruiken, is te accepteren dat het begrip soms op een verbintenisrechtelijke aanspraak duidt, en soms op een goederenrechtelijke.

Eggen zou met een dergelijk gebruik van de term weinig moeite hebben gehad. Hij was dol op ‘tussenfiguren’, die een plaats innemen tussen de strikt goederenrechtelijke en de strikt verbintenisrechtelijke figuren in. Zo schreef hij naast de kwalitatieve verbintenis uitvoerig

82 In deze zin: A.A.J. Smelt, *Goederen met negatieve waarde in het Nederlandse vermogensrecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2006, p. 123 bij het bespreken van de *actio negatoria*.

over het retentierecht en het (executoriaal) beslag. Bij hem zou een strak onderscheid tussen goederenrecht en verbintenissenrecht op weinig sympathie kunnen rekenen.<sup>83</sup> Er bestaan legio tussenvormen die – afhankelijk van de precieze vormgeving van het recht – de ene of de andere kant op kunnen vallen. De rechter moet dan per geval beslissen of een specifiek recht overwegend van goederenrechtelijke dan wel verbintenisrechtelijke aard is. Eenvoudig is dat niet. Een interessante gedachte is het wel.

83 Eggens wees er in 1934 al op dat het onderscheid tussen zakelijke en persoonlijke rechten niet verabsoluteerd dient te worden ten koste van de redelijkheid. Zie J. Eggens, 'De retentor en art. 2014 B.W.', p. 236 van deze bundel.