

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is an author's version which may differ from the publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/150393>

Please be advised that this information was generated on 2018-12-13 and may be subject to change.

Ja, dat is goed

Beschouwingen over toestemming en derdenwerking

Mijnheer de rector,

Zeer geachte toehoorders,

1) Inleiding

Buurman Baasje heeft van Meneer Aart toestemming gekregen om binnen de ‘verboden’ tweemeterzone een hoge boom te plaatsen, en te houden.¹ Ze kunnen het al jaren goed vinden, waarom zou Aart bezwaar hebben? Op een kwade dag raakt de relatie tussen Baasje en Aart bekoeld. Aart eist dat Baasje de boom onmiddellijk verwijdert. De boom neemt licht weg en zorgt één keer per jaar voor een vreselijke rotzooi in de tuin van Aart. Baasje peinst er niet over de boom weg te halen: Aart heeft er immers jaren geleden in toegestemd dat de boom daar staat. Hij vindt dat hij Aart daaraan mag houden. Nog weer enige tijd later, de boom staat er nog steeds, verhuist buurman Baasje. Nauwelijks heeft de nieuwe bewoner zijn intrek genomen in het vroegere huis van Baasje, of Aart meldt hem dat hij de bewuste boom moet verwijderen. Hij heeft immers aan de nieuwe bewoner nooit toestemming gegeven een boom te hebben binnen een zone van twee meter van de perceelsgrens.

Bij de aanschaf van vastgoed, zeg: een woning, hebben velen een geldlening van de bank nodig. Banken zijn doorgaans best bereid een flinke som geld uit te lenen, maar daar staat dan wel tegenover dat ze een recht van hypotheek wensen, eisen eigenlijk, op het aan te schaffen registergoed.² Voor het creëren van het hypotheekrecht is nodig dat een notariële vestigingsakte wordt ingeschreven in de openbare registers.³ De inhoud van de vestigingsakte wordt doorgaans gedictieerd door de bank, de beoogde hypotheekhouder. De akte bevat praktisch altijd een zogenaamd huurbeding. Dit huurbeding is geen beschermingsbepaling ten gunste van

¹ Om precies te zijn gaat het om een broccoliboom. De namen van de betrokkenen en van de boom verwijzen naar Sesamstraat, het favoriete TV-programma van mijn bijna 5 jaar oude dochter Sarah.

² Dit is de normale situatie. Uiteraard bedoel ik niet te zeggen dat de zekerheid niet op andere wijze kan worden verschaft.

³ Art. 3:98 jo. 3:89 BW en art. 3:260 BW.

huurders, maar beschermt de hypotheekhouder tegen latere verhuring door de hypotheekgever. Ik laat een uitvoerige bespreking achterwege en beperkt mij tot een heel grove schets van de werking van dit beding. Als de hypotheekgever, nadat het hypotheekrecht is gevestigd, de woning zonder toestemming van de bank verhuurt, kan de huurovereenkomst nadien worden vernietigd door de bank.⁴ Dit impliceert dat wanneer de bank wel toestemming heeft gegeven voor de verhuur, de overeenkomst niet aan vernietiging blootstaat. Maar als de huurder nu eens zou vertrekken, staat het de hypotheekgever dan vrij om de woning wederom te verhuren, of is dan een nieuwe toestemming vereist? En wat gebeurt er als het hypotheekrecht – ten gevolge van een cessie van de door het hypotheekrecht gedekte vorderingen – zou overgaan op een andere bank? Is de nieuwe hypotheekhouder dan gebonden aan de toestemming, of werkt de toestemming alleen ‘tussen partijen’?

U heeft vast al ideeën hoe de antwoorden op de opgeworpen vragen zouden moeten luiden. Die ideeën had ik ook al snel. Maar ik zal u laten zien dat het eigenlijk helemaal niet zo eenvoudig is deze vragen op basis van een bevredigende motivering te beantwoorden.

In beide casusposities die ik schetste, draait het om de juridische betekenis van de verleende toestemming. Wat is toestemming eigenlijk voor een rechtsfiguur? Waar vinden we haar in het Burgerlijk Wetboek? Wat zijn de rechtsgevolgen van het ontbreken van toestemming? Is zij herroepelijk of opzegbaar? Roept zij een verbintenis (om te dulden) in het leven? Werkt zij ten opzichte van een ander dan degene aan wie de toestemming aanvankelijk werd verleend en zo ja, wanneer? Dit zijn maar een paar van de vragen die ik had voordat ik mij aan het schrijven van deze rede zette. Noodgedwongen zal ik maar een paar vragen kunnen beantwoorden. De toestemming is een rechtsfiguur die, althans in Nederland, nauwelijks onderwerp is geweest van studie of rechtspraak. Toch is toestemming overal in het leven van alledag, in het rechtsverkeer, in het burgerlijk recht.

In de kern stel ik mij twee vragen:

- 1) Is de toestemming te beschouwen als een eigen-aardige rechtsfiguur, en

⁴ Bij verhuurde woonruimte is verlov van de voorzieningenrechter nodig (zie art. 3:264 lid 5 BW) en is relevant of de executie-opbrengst in verhuurde staat naar verwachting voldoende zal opleveren om de hypotheekhouder te voldoen. Het gaat mij in deze rede echter niet om dit soort nuances.

2) In welke gevallen heeft toestemming derdenwerking?

De nadruk zal liggen op de tweede vraag. De eerste vraag is in wezen de achtergrond waartegen de tweede moet worden beantwoord. Ik zal er met zevenmijlslarzen doorheen gaan.

Ik ben niet de eerste die zoekt naar algemene contouren of karaktertrekken van een mogelijke rechtsfiguur die toestemming heet. In Nederland ben ik, bij mijn weten, de tweede. Bloembergen is mij, in 1971, voorgedaan. Ik kan mij in grote lijnen vinden in het betoog van Bloembergen, maar zal andere accenten leggen.

2) Het toestemmingsvereiste in de wet

Teneinde duidelijk te maken hoe prominent de toestemming aanwezig is in ons burgerlijk recht, zal ik om te beginnen een klein rondje maken langs verschillende gevallen waarin toestemming een wettelijk 'vereiste' is.

In de Kluwer collegebundel levert zoeken op de term toestemming via de bijgeleverde Cd-rom 556 treffers op. Ik heb ze niet allemaal opgezocht, moet ik toegeven, maar weet wel dat ze door het gehele recht verspreid zijn. Ik geef een opsomming die uiteraard in de verste verte niet uitputtend zal zijn. Hopelijk neemt u het mij niet kwalijk dat ik met voorbeelden uit het goederenrecht begin, dat slaat alvast een bruggetje naar de derdenwerking.

a. Burenrecht

Het eerste toestemmingsvereiste waar ik op wijs, is al aan de orde geweest in de Sesamstraatcasus waarmee ik deze rede aanvatte. In het burenrecht vinden we de toestemming in de artikelen 5:42 en 5:50 BW. In het eerste geval gaat het om de toestemming om op je eigen grond binnen twee meter van de perceelsgrens een boom te hebben, of een heg binnen een halve meter van de perceelsgrens. In het tweede geval om toestemming om binnen twee meter van de perceelsgrens een venster of balkon te hebben. Ontbreekt de toestemming, dan is de aanwezigheid van de boom, de heg, het venster of het balkon onrechtmatig en kan door buurman of buurvrouw verwijdering worden gevorderd.

b. Zekerheidsrechten

Bij de zekerheidsrechten pand en hypotheek is het toestemmingsvereiste onder meer te vinden in het wetsartikel over het huurbeding (art. 3:264 lid 1 BW). De tweede casus die ik u voorschotelde aan het begin van mijn rede. Daarnaast zien we onder meer een toestemmingsvereiste bij de inning van openbaar verpande vorderingen door de pandgever (art. 3:246 lid 4 BW), bij de rangwisseling van hypotheekhouders (art. 3:262 BW) en bij het zogenoemde 'beding om niet te veranderen' in hypotheekakten (art. 3:265 BW). Ook in art. 3:258 BW komt het woord toestemming voor. Het gaat in dat wetsartikel om de afstand van een pandrecht, welke afstand kan geschieden 'bij enkele overeenkomst'. Deze toestemming verschilt essentieel van de andere toestemmingsvereisten die ik vandaag bespreek, omdat het begrip toestemming hier wordt gebruikt voor het wilselement van een der partijen, te weten de pandhouder, bij het totstandkomen van de overeenkomst.⁵ In art. 1356 OBW werd 'toestemming' op vergelijkbare wijze gebruikt: voor een overeenkomst was nodig 'de toestemming van degenen die zich verbinden'. Tegenwoordig is een dergelijke woordgebruik niet voor de hand liggend. Ik zou het begrip toestemming alleen nog willen gebruiken voor rechtshandelingen waarbij de toestemmer zelf *geen* partij is. Ik kom daar zo dadelijk nog op terug.

c. Beperkte genotsrechten

Bij de beperkte genotsrechten liggen de toestemmingsvereisten voor het oprapen. Bij het erfpachtsrecht geldt een toestemmingsvereiste als de erfpachter een andere bestemming aan de zaak wil geven of een handeling wil verrichten in strijd met de bestemming die in de vestigingsakte is opgenomen. Ten aanzien van het recht van vruchtgebruik geldt iets soortgelijks.⁶ Het is zelfs zo dat als een recht van vruchtgebruik is gevestigd op een recht van erfpacht, dat er twee toestemmingen nodig zijn, eentje van de erfverpachter en eentje van de erfpachter in zijn hoedanigheid van vruchtgebruikgever. U begrijpt dat mijn hart hier een slag overslaat van opwinding.

Voor overdracht van een erfpachtsrecht kan toestemming nodig zijn van de erfverpachter.⁷ In de literatuur wordt doorgaans aangenomen dat de

⁵ De wil van de pandhouder om afstand te doen, moet uit een schriftelijke verklaring blijken.

⁶ Art. 3:208 BW.

⁷ Art. 5:91 BW.

toestemming aangrijpt op de overdraagbaarheid van het beperkte recht. Toestemming heft de onoverdraagbaarheid op en heeft dus, maar ik loop nu op zaken vooruit, goederenrechtelijk effect. De bepaling geldt ook voor het recht van opstal.⁸

In het erfpachtsrecht zit enigszins verstoep een bepaling over verhuur die in zekere zin vergelijkbaar is met het huurbeding. Er kan een toestemmingsvereiste worden bedongen.⁹ Ook ten aanzien van verhuring door de vruchtgebruiker kan een toestemmingsvereiste bestaan.¹⁰

d. Gemeenschap/appartementsrechten

Ook in de titels over gemeenschap en appartementsrechten zijn de toestemmingsvereisten niet moeilijk te vinden.¹¹ Bij het beschikken over een onverdeeld aandeel in gemeenschap kan toestemming van alle deelgenoten vereist zijn. Bij de wijziging van de splitsingsakte is toestemming nodig van beperkt gerechtigden en beslagleggers (art. 5:139 lid 3 en 4 BW).

e. Huwelijksvermogensrecht

In het huwelijksvermogensrecht zijn twee belangrijke plaatsen ingeruimd voor de toestemming. In de eerste plaats de toestemming van de andere echtgenoot voor het verrichten van bepaalde in art. 1:88 BW genoemde rechtshandelingen. Voor de rechtspraak is dit een belangrijke bepaling, waar de laatste jaren ook in de pers veel aandacht voor is geweest in verband met de zogenoemde Legiolease-affaire. Sanctie op het ontbreken van de toestemming: vernietigbaarheid van de rechtshandeling. In enkele gevallen zal dit goederenrechtelijke gevolgen hebben in verband met het titelvereiste van art. 3:84 lid 1 BW.

In de tweede plaats vinden we de toestemming terug bij het maken van huwelijksvoorwaarden (art. 1:117 en 118 BW).

f. Erfrecht

⁸ Art. 5:104 lid 2 BW.

⁹ Art. 5:94 BW.

¹⁰ Art. 3:217 BW. Zie ook nog art. 3:212 lid 3 BW voor de toestemming om te vervreemden en te bezwaren.

¹¹ Zie de artikelen 3:175, 190, 191 BW.

Ik ga wat opschieten nu. Uit het erfrecht noem ik de regeling van testamentair bewind, onder welk regime de rechthebbende soms alleen met toestemming van de bewindvoerder mag handelen, of andersom, de bewindvoerder soms alleen met toestemming van de rechthebbende mag handelen.¹²

g. Personen- en familierecht

In familierechtelijke verhoudingen komen we de toestemming bijvoorbeeld tegen in art. 1:35 BW, waar geregeld is dat een minderjarige die wil trouwen toestemming van zijn ouders behoeft. Is degene die wil huwen wegens geestelijke stoornis onder curatele gesteld, dan is toestemming van de kantonrechter vereist.^{13 14}

En de laatste die ik noem op dit terrein. Voor erkenning van een kind is vaak ook toestemming nodig, van de moeder en/of van het kind (art. 1:204 lid 1 subs c en d BW). De sanctie op het niet voldoen aan het toestemmingsvereiste is nietigheid van de erkenning.¹⁵

Tussenconclusie

Hier aangekomen stop ik met mijn opsomming. Ik kan de driekwartier die mij ter beschikking staan moeiteloos vullen met voorbeelden, maar ik denk dat ik mijn punt wel gemaakt heb. Wettelijke toestemmingsvereisten vind je overal in het burgerlijk recht. Ik maak mijn excuses aan de mensen die zaten te wachten op voorbeelden uit het rechtspersonenrecht, het

¹² Art. 4:167 en 4:169 BW. Aardig is nog dat in art. 4:167 BW staat dat de rechthebbende slechts met *medewerking of toestemming* van de bewindvoerder bevoegd is. Waarom worden deze begrippen hier beide gebruikt?

¹³ De sanctie op het niet aanwezig zijn van toestemming is te vinden in art. 1:75 BW: de ouders dan wel de curator zijn bevoegd nietigverklaring van het huwelijk te verzoeken. Dat kan echter maar gedurende drie maanden. De tekst van art. 1:75 BW is op dit punt tekstueel bepaald ongelukkig. Ik denk dat er had moeten staan dat de bevoegdheid na drie maanden vervalt, niet 'het verzoek'.

¹⁴ Bloembergen rekent de 'instemming' van de man met 'een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad' (art. 1:201 lid 3 BW) ook tot de categorie toestemming. Zie Bloembergen, p. 6.

¹⁵ Opmerkelijk genoeg gaan art. 1:205 en 206 BW vervolgens uit van vernietigbaarheid. De vernietiging van de erkenning heeft terugwerkende kracht ex art. 1:206 lid 1 BW, maar er is een specifieke derdenbeschermingsbepaling opgenomen (zie 1:206 lid 2 BW). Ik heb de indruk dat, bijvoorbeeld ook in art. 1:39 BW, met nietigverklaring steeds bedoeld wordt: vernietiging.

faillissementsrecht en het verbintenissenrecht. Ik laat de overheidstoestemming helemaal buiten beschouwing, niet alleen in mijn vandaag uit te spreken rede, maar ook in de schriftelijke uitwerking van mijn verhaal.

In het voorgaande heb ik alleen situaties genoemd waarin *de wet* eist dat iemand toestemming nodig heeft, of dat de wet expliciet refereert aan de mogelijkheid een toestemmingsvereiste te bedingen. Deze laatste groep tref je vooral aan in het goederenrecht. Je zou kunnen zeggen dat het *wettelijk optionele* toestemmingsvereisten zijn. Daarnaast zijn er ook nog toestemmingsvereisten die niet voortvloeien uit de wet. In het appartementsrecht kunnen toestemmingsvereisten zijn opgenomen in de splitsingsakte;¹⁶ in het ondernemingsrecht in de statuten. In het verbintenissenrecht geldt dit eveneens, of nog sterker. Bloembergen schrijft daarover:

“Het terrein is hier onafzienbaar, omdat we contractsvrijheid kennen en partijen derhalve kunnen afspreken, dat de een voor bepaalde handelingen toestemming van de ander nodig heeft. Dergelijke afspraken komen in de praktijk veel voor.”¹⁷

Kortom, we zien een waslijst met voorbeelden. Een lijst die gemakkelijk kan worden uitgebreid. En dat geeft direct aan welk gevaar op de loer ligt. De toestemming doet zich in onderling zó verschillende situaties voor, dat er waarschijnlijk weinig regels met een min of meer algemene gelding te vinden zullen zijn.¹⁸ Al bij voorbaat lijkt de conclusie vast te staan: toestemming is geen eenduidig juridisch begrip, maar we snappen allemaal wel ongeveer wat ermee bedoeld wordt.

3) Algemene karaktertrekken van de toestemming

Een toestemming is een verklaring van iemand dat hij geen bezwaren heeft tegen een bepaalde feitelijke handeling of rechtshandeling van een ander of van anderen. Zonder deze toestemming zou het gedrag van de ander(en) in beginsel ‘ongeoorloofd’ zijn ten opzichte van degene die de toestemming

¹⁶ Zie voor voorbeelden HR Soeverein/Winkelhof. Denk ook aan welstandsbepalingen en kijk naar de nieuwe modelsplitsingsakte. Statutaire toestemmingsvereisten.

¹⁷ Bloembergen, t.a.p., p. 6. In Duitsland vallen deze situaties niet onder het begrip Zustimmung als bedoeld in § 182 BGB, maar zijn de bepalingen over opschortende en ontbindende voorwaarden van toepassing § 158 BGB e.v. Zie Leptien onder 5b.

¹⁸ Bloembergen 1971, p. 5.

had moeten/kunnen verlenen. Een toestemmingvereiste beperkt dus de vrijheid van degene die wil handelen en geeft zeggenschap/macht aan de toestemmer.¹⁹

De toestemming is een rechtshandeling: een verklaring gericht op rechtsgevolg (art. 3:33 BW). Het rechtsgevolg dat de toestemmer op het oog heeft is dat het handelen van de ander niet leidt tot de gevolgen die normaliter zijn verbonden aan het ontbreken van toestemming. Omdat de sancties op het ontbreken van toestemming nogal uiteenlopen, kan ik niet anders dan deze wat wollige uitdrukkingwijze hanteren.

Meer precies is toestemming – in de regel – een eenzijdige gerichte rechtshandeling.²⁰ Op deze rechtshandeling zijn de gebruikelijke regels aangaande rechtshandelingen van toepassing. Dat betekent dat de toestemmer handelingsbekwaam moet zijn wil de toestemming onaantastbaar zijn, dat er in beginsel geen vormvereisten gelden, dat de toestemming degene tot wie zij gericht is moet hebben bereikt en dat de toestemming vernietigbaar kan zijn als zij onder bijvoorbeeld bedreiging is gegeven.²¹ De toestemming kan normaliter voorwaardelijk worden verleend (art. 3:38 BW).²² Vanzelfsprekend zijn er hier en daar uitzonderingen op deze uitgangspunten te vinden, maar die laat ik voor wat ze zijn.

Ook wanneer dat niet met zoveel woorden in de wet staat,²³ is het uitgangspunt denk ik dat toestemming vooraf gegeven moet worden. Dat neemt niet weg dat toestemming achteraf gegeven kan worden. Een achteraf gegeven toestemming lijkt mij echter, voor zover het gaat om een toestemming voor een rechtshandeling, op te gaan in de rechtsfiguren bevestiging of bekrachtiging. Het een of het ander, afhankelijk van rechtsgevolg dat is verbonden aan het ontbreken van toestemming. Als de rechtshandeling nietig (of misschien moet ik zeggen: non-existent) is

¹⁹ Bloembergen, p. 8.

²⁰ Toestemming kan wel degelijk een deel zijn van een meezijdige rechtshandeling, maar die situatie laat ik buiten beschouwing.

²¹ De dwalingsregeling is in beginsel niet van toepassing, omdat deze alleen voor meezijdige rechtshandelingen geldt (art. 6:228 jo. 6:216 BW).

²² Vgl. PG Boek 5, p. 313 over art 5:91. Dat kan uiteraard goederenrechtelijke consequenties hebben. Dat hangt samen met het feit dat de voorwaarde goederenrechtelijke werking heeft.

²³ Soms is dat wel het geval, zie art. 1:204 BW. In dit geval bepaalt de wet uitdrukkelijk dat het moet gaan om *voorafgaande schriftelijke* toestemming.

zonder toestemming, dan is sprake van bekrachtiging (art. 3:58 BW).²⁴ Is daarentegen de rechtshandeling geldig, doch vernietigbaar, dan is de achteraf verleende toestemming in wezen een bevestiging (art. 3:55 BW).

4) Terminologie: verhouding tussen verwante begrippen

In het burgerlijk recht treffen we verscheidene begrippen aan die verwantschap vertonen met de toestemming, of er zelfs mee samenvallen. Ik denk aan de begrippen medewerking, instemming, machtiging, verklaring van geen bezwaar, verlof, goedkeuring, vergunning.²⁵ Ik zei al dat bij achteraf verleende toestemming bekrachtiging en bevestiging in beeld komen. En ik zie ook overeenkomsten met de toezegging.

Terecht merkt Bloembergen hierover enkele van de zojuist genoemde begrippen op:

“Men bedoelt met deze termen doorgaans ongeveer hetzelfde”

Doorgaans en ongeveer. Ik denk dat het verstandig is zorgvuldig om te gaan met genoemde begrippen, te proberen ze zoveel mogelijk een eigen inhoud te geven, zodat we weten waar we aan toe zijn als de wet het begrip gebruikt. En als er volledige overlap zou bestaan tussen enkele van de genoemde begrippen, dan moeten we er een paar schrappen uit ons juridisch woordenboek. Het voert jammer genoeg veel te ver vanmiddag al deze figuren met elkaar te vergelijken, dat zal ook in de uitgeschreven versie van mijn rede niet gebeuren. Ik laat het bij de voorzichtig kritische kanttekening dat het mijn indruk is dat wetgever, rechters en schrijvers nogal eens iets te gemakkelijk met de begrippen omspringen.

5) Algemene opmerkingen over de rechtsgevolgen van (het ontbreken van) toestemming

Bij het analyseren van de *rechtsgevolgen* van het ontbreken van toestemming (of omgekeerd: de rechtsgevolgen van het verlenen van toestemming), moet een onderscheid worden gemaakt tussen feitelijke handelingen en

²⁴ Voor een goederenrechtelijk voorbeeld, zie A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van stedelijke erfpacht*, in: *Erfpacht, Preadvies voor de KNB 1995*, p. 52, die de achteraf verleende toestemming voor overdracht van een erfpachtsrecht ex art. 5:91 BW terecht als bekrachtiging aanduidt.

²⁵ Zie bijvoorbeeld over de verhouding tussen vergunning en toestemming in verband met het erfpachtsrecht De Vries/Pleysier, *Erfpacht en opstal*, 1995, p. 32.

rechtshandelingen. Bij de laatste categorie zou sprake kunnen zijn van ongeldigheid of aantastbaarheid wanneer de voor de rechtshandeling vereiste toestemming ontbreekt. Bij feitelijke handelingen is dat vanzelfsprekend niet aan de orde. Een feitelijke handeling – het planten van een boom binnen de tweemeterzone, het maken van een venster, het uitvoeren van een operatie – verricht je wel, of je doet dat niet.

Wordt een feitelijke handeling verricht zonder de vereiste toestemming, dan levert dat een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad op. De arts die zonder toestemming van de patiënt medische handelingen verricht, schiet tekort in de nakoming van de verplichtingen die voortvloeien uit de behandelingsovereenkomst. Het plaatsen van een boom binnen de tweemeterzone zonder toestemming van de buurman/buurvrouw is onrechtmatig.²⁶

Als ik kijk naar de toestemmingsvereisten voor rechtshandelingen constateer ik in de eerste plaats dat de wet de gevolgen van het ontbreken van toestemming niet steeds expliciet aangeeft. In veel gevallen gebeurt dat gelukkig wel.

Daarnaast stel ik vast dat de toestemmer *geen partij* is bij de rechtshandeling of beschikkingshandeling waarvoor zijn toestemming vereist is. Toestemming verlenen is daarmee wezenlijk iets anders dan medewerking verlenen. Wanneer de wet voor een rechtshandeling of beschikkingshandeling medewerking van bepaalde personen voorschrijft, dan wordt daarmee bedoeld dat deze persoon partij moet zijn bij de desbetreffende rechtshandeling.²⁷ De wetgever houdt zich overigens niet steeds aan het hier bedoelde verschil tussen toestemming en medewerking. Zie bijvoorbeeld het eerder genoemde art. 3:258 BW over afstand van een pandrecht, maar de uitzondering bevestigt hier de regel, zullen we maar zeggen.²⁸

²⁶ Vgl. ook de dissertatie van P.C. van Es over de zogenoemde Actio Negatoria.

²⁷ Het verschil komt duidelijk naar voren bij de wijziging van de splitsingsakte ex art. 5:139 BW. Aan de wijziging moeten in beginsel alle appartementseigenaars meewerken. Rust op een appartementsrecht een beperkt recht, dan is toestemming nodig van de beperkt gerechtigde. De beperkt gerechtigde is dus geen partij bij de wijzigingsakte. De sanctie op het ontbreken van medewerking van een appartementseigenaar is nietigheid, als toestemming ontbreekt is de wijziging vernietigbaar. Ook een vergelijking van de rechtsfiguren schuldovertreding (art. 6:155 BW) en contractsovertreding (art. 6:159 BW) laat verschil tussen toestemming en medewerking duidelijk zien.

²⁸ De status van het toestemmingvereiste bij rangwisseling tussen hypotheekhouders ex art. 3:262 BW is mij nog niet geheel helder. Ik acht het voorlopig waarschijnlijk dat

Het Duitse recht ondersteunt de gedachte dat de toestemmer geen partij is. Anders dan in Nederland het geval is, kent het Duitse Burgerlijk Wetboek wel enkele artikelen over de *Zustimmung*. Deze zijn opgenomen in het algemene gedeelte van het *Bürgerliches Gesetzbuch*, in het gedeelte over rechtshandelingen.²⁹ Toestemming wordt neergezet als een rechtsfiguur waarbij *een derde* voor de *Wirksamkeit* van een overeenkomst of eenzijdige rechtshandeling toestemming moet geven. In het Duitse recht kan er dus geen twijfel over bestaan dat de toestemmer geen partij is bij de rechtshandeling waarvoor zijn toestemming vereist is.³⁰

Dan een laatste algemene opmerking die ik wil maken over de rechtsgevolgen van een verleende toestemming. Als toestemming nodig is voor het verrichten van een bepaalde rechtshandeling, en die toestemming is verleend, dan is de desbetreffende rechtshandeling geldig en onaantastbaar geworden. De erkenning van een kind, de verkoop van de echtelijke woning, de schuldoverneming: voor allemaal geldt dat de rol van de toestemmer is uitgespeeld zodra de rechtshandeling is verricht, afgezien van de situaties dat de toestemming zelf gebrekkig was. De toestemming kan *nadat* de rechtshandeling is verricht niet meer worden herroepen. De rechtszekerheid die nodig is in het rechtsverkeer zou anders te zeer in het gedrang komen. Het Duitse recht gaat hier ook vanuit. De *Einwilligung* – dat is de vooraf verleende toestemming – is volgens §183 BGB herroepelijk *totdat* de rechtshandeling is verricht, tenzij uit de toestemming of de rechtsverhouding tussen partijen anders voortvloeit.³¹ Met dit laatste wordt slechts bedoeld dat de toestemming soms onherroepelijk is. In verband met de tijd laat ik een verdere referenties naar het Duitse recht achterwege.

De laatste paragraaf uit deze titel over het BGB gaat over *Verfügung eines Nichtberechtigten* (§ 185 BGB). Een typisch goederenrechtelijke figuur, waarbij de rechthebbende aan een ander toestemming geeft – vooraf! – om in eigen naam goederen van de toestemmer te vervreemden. Een constructie die de gedachten doet uitgaan naar de contractueel verleende beschikkingsbevoegdheid en de ‘machtiging’ waarvoor Groefsema zich in zijn dissertatie ‘Bevoegd beschikken over andermans recht’ sterk maakte. Ik werk dit niet verder uit; wijs slechts op de ‘verwantschap’ tussen de begrippen toestemming en

‘medewerking’ bedoeld wordt. Vgl. Sniijders/Rank-Berenschot, Goederenrecht, Kluwer, Deventer 2001, nr. 570.

²⁹ Het gaat om vier paragrafen (§§ 182-185 BGB).

³⁰ Daarna maakt het BGB een onderscheid tussen vooraf en achteraf verleende toestemming. De eerste wordt *Einwilligung* genoemd, de tweede *Genehmigung*. Dat laatste zouden wij vermoedelijk vertalen met bekrachtiging, en zo maakt deze korte vergelijking met het Duitse recht al duidelijk dat toestemming en bekrachtiging kunnen samenvallen.

³¹ Leptien, § 183, rdn. 3: “De Widerrufsmöglichkeit endet jedoch mit der Vornahme des Hauptgeschäfts”.

machtiging in dit verband. In Duitsland is bijvoorbeeld omstrepen of de toestemming om te vervreemden zelf een *Verfügung* is.

6. Heeft toestemming derdenwerking?

Het voorgaande kan worden gezien als opwarmertje, teneinde grip te krijgen op de betekenis die de wetgever toekent aan het begrip toestemming. Vanaf nu ga ik in op, wat ik maar noem, de goederenrechtelijke toestemming. Dat is de bron van mijn belangstelling voor deze figuur. Ik heb laten zien dat toestemming in tal van goederenrechtelijke bepalingen voorkomt. Daaruit volgt dat zij in evenzoveel goederenrechtelijke verhoudingen ingrijpt/een rol speelt. Wat betekent dat? Betekent het dat toestemming directe goederenrechtelijke effecten heeft?³² Heeft zij derdenwerking, of bindt zij alleen degene die de toestemming heeft verleend jegens degene aan wie de toestemming is verleend? Is het hierbij relevant dat toestemming in de meeste gevallen vormvrij kan worden verleend, dus zelfs stilzwijgend? Als dat zo is, hoe verhoudt dat zich tot het goederenrechtelijke publiciteitsbeginsel? Met name bij registergoederen zou het op zijn zachtst gezegd opmerkelijk zijn als de toestemming – onzichtbaar voor derden - als het ware deel zou gaan uitmaken van een goederenrechtelijk recht. En natuurlijk rijst ook de vraag hoe een dergelijke goederenrechtelijke toestemming zou passen in het gesloten stelsel van het goederenrecht.

Om niet in het vage te blijven, leg ik u vier ‘goederenrechtelijke’ casusposities voor. Daarvan werk ik er vervolgens twee uit.

6.1 Vier goederenrechtelijke casus

a) *toestemming tot het hebben van boom of venster (5:42/50 BW)*

Ik begin met de toestemming die het meest beschreven is in de literatuur, de burenenrechtelijke toestemming. Zoals ik al eerder aangaf, gaat het om een situatie waarbij A aan B toestemming geeft om binnen de tweemeterzone een boom te hebben. Ik laat heggen en vensters even weg; dat ligt niet principieel anders.

³² Je zou kunnen onderscheiden tussen directe en indirecte goederenrechtelijke effecten. Art. 1:88 BW is een voorbeeld van het laatste. Het ontbreken van toestemming maakt rechtshandelingen aantastbaar, die wellicht dienen als titel voor een overdracht. Vernietiging van de titel heeft goederenrechtelijk effect ten gevolge van het causale stelsel van overdracht.

De derdenwerkingsvraag kan van twee kanten benaderd worden. Wat gebeurt er als A zijn perceel overdraagt? Is zijn rechtsopvolger dan gebonden aan de toestemming? De tweede vraag is: wat gebeurt er als B zijn perceel overdraagt? Is A dan gerechtigd verwijdering van de boom te vorderen omdat hij aan de rechtsopvolger van B geen toestemming heeft gegeven? De vraag is dus of de door A aan B gegeven toestemming uitsluitend tussen A en B werkt, of ook jegens rechtsopvolgers.

b) toestemming om te verhuren

Tweede casus. Stel dat de hypotheekhouder aan de hypotheekgever toestemming heeft gegeven om het in zekerheid gegeven object te verhuren. Door de toestemming kan de hypotheekhouder in geval van executie geen beroep meer doen op de vernietigbaarheid van de huurovereenkomst. De vraag kan echter opkomen of ook een opvolgende hypotheekhouder gebonden is aan deze toestemming. Als de vordering waarvoor het hypotheekrecht werd bedongen wordt overgedragen, gaat het hypotheekrecht als afhankelijk recht mee over op de cessionaris. Deze cessionaris kent mogelijk de toestemming niet en zal er wellicht van uitgaan dat hij, indien nodig, vrij van hypotheek kan executeren. De hypotheekakte bevat immers een huurbeding. Of is hij misschien gebonden aan de door zijn rechtsvoorganger verleende toestemming?

c) toestemming voor overdracht en/of splitsing

Waar toestemming duidelijk aangrijpt op het goederenrecht, is in de gevallen waarin toestemming nodig is om een goederenechtelijk recht te kunnen overdragen of splitsen in appartementsrechten. Art. 5:91 BW is hiervan een voorbeeld: voor overdracht van een erfpachtsrecht kan bedongen zijn dat de erfverpachter toestemming geeft. Als dat inderdaad is bedongen, dan wordt vaak aangenomen dat de toestemming direct de overdraagbaarheid van het beperkte recht beïnvloedt. Zonder toestemming is het erfpachtsrecht onoverdraagbaar, de toestemming heft deze onoverdraagbaarheid op. Iets vergelijkbaars, maar wel een beetje anders, geldt indien een erfpachter of opstaller zijn beperkte recht wil splitsen in appartementsrechten. Daarvoor is o.g.v. art. 5:106 lid 7 BW ook toestemming van de bloot-eigenaar vereist. Ontbreekt de toestemming, dan zal een eventuele splitsing relatief nietig zijn, zo wordt aangenomen, ten

opzichte van de bloot-eigenaar.³³ Duidelijk is dat de toestemming hier goederenrechtelijke gevolgen heeft. Daarmee is overigens niet gezegd dat de toestemming ook derdenwerking heeft. Ik zal dat zo dadelijk toelichten.

d) *toestemming tot verandering bestemming*

Uit art. 5:89 BW volgt dat een erfpachter de bestemming van het erfpachtrecht niet mag veranderen zonder toestemming van de erfverpachter. Hij mag evenmin handelingen verrichten die in strijd zijn met de bestemming. Een soortgelijke regeling geldt, ik vertelde dat al eerder, voor het recht van vruchtgebruik. De vraag naar derdenwerking komt eerst aan de orde als de erfverpachter of de erfpachter zijn recht overdraagt. Kan de verkrijger van het bloot-eigendomsrecht zich verzetten tegen een andere bestemming dan die welke in de erfpachtsakte staat, of is hij gebonden aan de toestemming die zijn voorganger heeft gegeven? En voor de verkrijger van het erfpachtrecht geldt uiteraard dat men zich kan afvragen of deze zich kan beroepen op een aan zijn voorganger verleende toestemming.

6.2 De burenenrechtelijke toestemming nader uitgewerkt

Van de genoemde voorbeelden hebben er twee betrekking op toestemming voor het verrichten van een feitelijke handeling, en twee hebben betrekking op rechtshandelingen, althans beschikkingshandelingen. Van elk van deze categorieën werk ik er nu één uit, om te beginnen de burenenrechtelijke toestemming.

Op basis van de parlementaire geschiedenis wordt met betrekking tot de toestemmingen van de artikelen 5:42 en 5:50 BW – de bomen en vensterbepalingen - meestal aangenomen dat zij derdenwerking hebben, ook al zijn zij niet ingeschreven in de openbare registers.³⁴ Er wordt in de toelichting met zoveel woorden opgemerkt dat toestemming een inschrijfbaar feit is in de zin van art. 3:17 lid 1 sub a BW. Dat impliceert dat

³³ Ik zou meer voelen voor vernietigbaarheid, maar ik laat dat punt hier rusten.

³⁴ PG Boek 5, p. 190-191. Zie Goederenrecht (Snijders), nr. 184; Pitlo/Reehuis, Heisterkamp, Goederenrecht, Kluwer, Deventer 2006, nr. 567; E.B. Rank-Berenschot, Over de scheidslijn, p. 124; R.J.J. van Acht, Burenrecht, nr. 63; W.J.M. Davids, Burenrecht, Mon. Nieuw BW, Kluwer, Deventer 1999, nr. 17. Davids meent dat Van Acht een ander standpunt huldigt, maar dat heb ik nog niet kunnen ontdekken. Zie daarvoor mogelijk: Davids WPNR 6019 (1991). Volgens Davids biedt het arrest HR 2 mei 1997, NJ 1998, 315 (Hoogenboom/Van Seggelen) steun aan hier bedoelde opvatting.

de toestemming derdenwerking heeft, want inschrijfbaar zijn alleen feiten die voor de rechtstoestand van een registergoed van belang zijn.³⁵ Indien de toestemming alleen tussen partijen zou werken, een zuiver verbintenisrechtelijk karakter zou hebben, zou zij niet inschrijfbaar zijn.³⁶ Ook in de toelichting op de Kadasterwet wordt uitgegaan van inschrijfbaarheid van deze toestemming.³⁷

Van de inschrijfbaarheid van art. 3:17 BW naar de bescherming van derdenverkrijgers op grond van art. 3:24 BW, is maar een kleine stap. Feiten die derdenwerking hebben *zonder* inschrijving in de openbare registers - zoals bijvoorbeeld de vervulling van een ontbindende voorwaarde, en volgens de wetgever ook de toestemming - zijn natuurlijk potentiële 'bedreigingen' voor opvolgende verkrijgers. Iets wat niet kenbaar is voor derden, bindt derden toch. Daartegen worden derden dan ook in vergaande mate beschermd. Een derde is namelijk niet gebonden aan inschrijfbare feiten die niet waren ingeschreven op het moment dat hij zijn recht verkreeg, tenzij hij deze feiten kende. Aldus vervliegt de derdenwerking van de toestemming in veel gevallen, nu zij doorgaans niet wordt ingeschreven.³⁸

Deze benadering betekent wel dat als degene die aan zijn rechtsopvolger *meedeelt* dat hij toestemming heeft gegeven voor het aanwezig zijn van een boom binnen de tweemetergrens, de rechtsopvolger aan de toestemming gebonden is. Hij kan dan immers niet volhouden dat hij het inschrijfbare feit niet kende.

Het resultaat van dit alles is dat de toestemming in wezen een informele erfdiensbaarheid is. Van Acht noemt het

³⁵ In een eerder ontwerp bleek de derdenwerking uit de tekst van de wet zelf, omdat er stond dat toestemming van de *toenmalige eigenaar* de onrechtmatigheid wegnam.

³⁶ Niet helemaal zuiver lijkt de uitspraak van de rechtbank Assen, 16 november 1999, NJ 2000, 404, waar wordt overwogen dat de "toestemming geen werking heeft tegen opvolgende eigenaars, nu niet gesteld noch gebleken is dat deze is ingeschreven in de openbare registers en evenmin door gedaagde is gesteld dat opvolgende eigenaars van deze toestemming op de hoogte zijn gebracht." Deze laatste opmerking doet vermoeden dat de rechtbank heeft gekeken naar art. 3:24 BW, maar het eerste gedeelte van de overweging past daar niet bij.

³⁷ PG bij art. 26 Kadw. Zie ook nog lijstje inschrijfbare feiten in de Staatscourant.

³⁸ Voor bijvoorbeeld Van Acht, diss. p. 131, die promoveerde op het burendrecht, is dit reden om de derdenwerking van de eenzijdige toestemming zonder publiciteit aanvaardbaar te achten.

“een eenzijdige rechtshandeling met zaaksgevolg.”³⁹

Ik voel mij echter helemaal niet thuis bij deze benadering van de toestemming en volgens mij is zij onjuist. Hoofdreden: het past niet in het gesloten goederenrechtelijk systeem, bij de strikte onderscheiding tussen verbintenissenrecht en goederenrecht zoals neergelegd in het arrest Blaauboer/Berlips.

Laat mij mijn bestrijding van de heersende leer aanvangen met de opmerking dat de vraag of toestemming in het burendrecht al dan niet derdenwerking heeft sowieso niet in het algemeen kan worden beantwoord. De betekenis van de toestemming volgt immers in de eerste plaats uit de bedoeling van de toestemmer. Als deze tegen zijn goede buur zegt, ‘ja, dat is goed’, dan lijkt het mij – op zijn zachtst gezegd - geen gegeven dat de toestemmer beoogde zichzelf en zijn rechtsopvolgers te binden tegenover de buurman en al *diens* rechtsopvolgers. Zou niet het uitgangspunt moeten zijn dat de *rechtshandeling* toestemming alleen die rechtsgevolgen heeft die de toestemmer beoogt?⁴⁰

Nog principiëler is het volgende punt.

Stel dat ik aan mijn buurman toestemming geef mijn perceel te gebruiken, bijvoorbeeld door geregeld met zijn auto gebruik te maken van de weg die over mijn grond loopt. Door mijn toestemming mag mijn buurman iets wat hij anders niet zou mogen. Bindt mijn toestemming ook mijn rechtsopvolgers? Geeft mijn toestemming bevoegdheden aan rechtsopvolgers van mijn buurman? Welnee, als dat de bedoeling was, hadden we een recht van erfdiensbaarheid moeten vestigen, meer precies een recht van overpad.⁴¹ Het is niet raar als u hierbij de gedachten laat uitgaan naar het arrest Blaauboer/Berlips.

Als de zojuist genoemde toestemming *geen* derdenwerking heeft, waarom zou de toestemming in de zin van art. 5:42 BW dan *wèl* derdenwerking hebben?

³⁹ R.J.J. van Acht, Burendrecht, Kluwer, Deventer 1990, nr. 63.

⁴⁰ Ik zie bij afwezigheid van een uitdrukkelijke wetsbepaling niet in waarom we van een omkering zouden moeten uitgaan, waarin de toestemmer uitdrukkelijk het voorbehoud zou moeten maken dat rechtsopvolgers *niet* gebonden zullen zijn. In een ontwerp-versie stond dat nog wel in de wettekst, maar nu niet meer. Vgl. ook nog PG Boek 5, p. 308 over wijziging bestemming erfpacht en handelingen in strijd met bestemming.

⁴¹ Ander voorbeeld: Pitlo, Korte Uitleg, p. 13-14, over grensoverschrijdende kelder. Hij verwijst naar het Arena-arrest, HR 4 december 1903, W 8004.

- Omdat aan *deze* toestemming in de wet wordt gerefereerd?⁴² Zou dat dan niet ook gelden voor alle andere toestemmingsvereisten voor feitelijke handelingen die we in goederenrechtelijke bepalingen aantreffen? Ik heb bij die andere gevallen uiteraard mijn licht opgestoken en wat blijkt: van derdenwerking van de toestemming lijkt daar geen sprake te zijn. Ik neem als voorbeeld het toestemmingsvereiste van art. 5:89 BW.⁴³ Stel dat de erfverpachter toestemming heeft gegeven aan de erfpachter om de bestemming te wijzigen of handelingen te verrichten in strijd met de bestemming. Bindt die toestemming de opvolgende verkrijgers van het bloot-eigendomsrecht? Uit de parlementaire geschiedenis valt af te leiden dat dat niet het geval is: “(...) het [verdient] aanbeveling het beding [bedoeld wordt de toestemming, SB] in de akte van vestiging op te nemen om te voorkomen dat rechtsopvolgers onder bijzondere titel van de eigenaar tegen het verrichten van de bedoelde handelingen zouden kunnen opkomen.”⁴⁴ Ik lees hierin dat, als je met goederenrechtelijk effect toestemming wilt verlenen de bestemming te wijzigen of handelingen te verrichten in strijd met de bestemming, je de toestemming deel moet laten uitmaken van het goederenrechtelijk recht.⁴⁵ Dat kan op twee manieren: door de toestemming bij de vestiging in de akte op te nemen of door later het erfpachtsrecht te wijzigen. Daarvoor volstaat een informele toestemming niet!⁴⁶
- Heeft de toestemming van art 5:42 BW dan misschien derdenwerking doordat uit een ‘voorloper’ van art. 5:42 BW de derdenwerking wel uitdrukkelijk bleek en omdat in de parlementaire geschiedenis wordt uitgegaan van inschrijfbaarheid? Dat zou ook voor het tegendeel kunnen pleiten, de tekst is immers gewijzigd.⁴⁷

⁴² Zo bijvoorbeeld van Acht, p. 132-133.

⁴³ Je kunt ook kijken naar het beding om niet te veranderen ex art. 3:265 BW. Deze bepaling is in zoverre interessant dat een gegeven toestemming om te veranderen dus geen derdenwerking zou hebben tegenover latere verkrijgers van het hypotheekrecht. De veilige weg is de machtiging van de kantonrechter. Ook interessant: art. 3:208 BW: werkt de machtiging van de kantonrechter wel t.o.v. derden? Is zij inschrijfbaar o.g.v. art. 3:17 lid 1 sub e? Of moeten rechtsopvolgers ook weer langs de kantonrechter?

⁴⁴ PG Boek 5, p. 308.

⁴⁵ Ik geef toe dat de passage niet dwingt tot deze conclusie. Men zou ook hier de route van art. 3:17 jo. 3:24 BW kunnen bewandelen. Dan geldt dat de toestemming weliswaar derdenwerking heeft, maar feitelijk niet tegen de opvolgende verkrijger kan worden ingeroepen als zij niet is ingeschreven en de verkrijger de toestemming niet kende.

⁴⁶ De weg van art. 3:98 jo. 3:84, jo. 3:89 BW moet worden gevolgd. Vgl. De Vries/Pleysier, Erfpacht en opstal, Tjeenk Willink, Zwolle 1995, p. 99.

⁴⁷ Benadering Van Maanen.

- Is het misschien omdat met het geven van toestemming voor het plaatsen van een boom of het aanbrengen van een venster het besef gepaard moet gaan dat dit een min of meer permanente situatie in het leven zal roepen, waarmee ook rechtsopvolgers te maken zullen krijgen? Zo'n toestemming geeft je natuurlijk niet met het oog op een mogelijk korte periode, zo zou de gedachte kunnen zijn. Dat kan de reden wat mij betreft niet zijn, want als toestemming wordt gegeven voor het hebben van een grensoverschrijdend gedeelte van een kelder, schuurtje, afdakje, regenpijp of balkonnetje, dan geldt hetzelfde. En in die gevallen zijn partijen aangewezen op de erfdienstbaarheid of de kwalitatieve verplichting als zij derdenwerking beogen.
- Is het dan de zware formele eis die aan het vestigen van een erfdienstbaarheid kleeft: die arme meneer met zijn heg of boom moet helemaal naar de notaris!⁴⁸ Ik ben weer niet overtuigd. In verband met de werking van art. 3:24 BW is het voor de uiteindelijke effectiviteit van de toestemming ten opzichte van derden van belang de toestemming in te schrijven in de openbare registers. Hoe kan die inschrijving plaatsvinden? Alleen door middel van een notariële verklaring. Dat is weliswaar niet hetzelfde als een notariële akte, maar aan een notarisbezoek ontkomt men niet. Ik vraag mij bovendien af of de notaris, als hij een klant op bezoek krijgt die hem dit verhaal vertelt, de betrokkene(n) niet de suggestie aan de hand zal doen een erfdienstbaarheid te vestigen.

Mijn conclusie is de volgende. Toestemming voor een feitelijke handeling heeft alleen gevolgen in de verhouding tussen de toestemmer en degene tot wie de toestemming is gericht. Het is niets meer dan een verbintenisrechtelijke figuur. Het ontnemt aan de toestemmer de mogelijkheid op te treden tegen degene aan wie hij toestemming heeft gegeven. Het feit dat aan de toestemming wordt gerefereerd in de wet, onder meer ook in bepalingen die zien op goederenrechtelijke rechtsverhoudingen, maakt dat niet anders. Als je iets wilt voor de eeuwigheid, zit er niets anders op dan de koninklijke weg van het goederenrecht te volgen. Er zal in beginsel een erfdienstbaarheid moeten worden gevestigd. Die erfdienstbaarheid is dan de toestemming als

⁴⁸ Van Acht acht dit kennelijk van 'doorslaggevende betekenis', p. 132. Hij lijkt zich de noodzaak van inschakeling van de notaris voor inschrijving van de toestemming niet te realiseren.

bedoeld in art. 5:42 en 5:50 BW.⁴⁹ Mijn opvatting staat daarmee diametraal tegenover die van Van Acht waar deze opmerkt:

“Daarmee is duidelijk dat voor de derden-werking van de burennrechtelijke toestemming de figuur van de erfdienstbaarheid niet ter hand hoeft te worden genomen. Beide figuren worden door de toelichting bij de artt. [5:42] en [5:50] uitdrukkelijk van elkaar gescheiden (...)”⁵⁰

Ik zeg het liever Van Maanen na dat de informele toestemming, uitdrukkelijk of stilzwijgend verleend, *geen* wijziging brengt in de rechtstoestand van een registergoed. De toestemming is dus wat mij betreft geen inschrijfbaar feit.⁵¹ De heersende leer zit op het verkeerde spoor.

Heeft toestemming in relatie tot derden dan helemaal geen gevolgen? Hooguit een klein beetje, zou ik zeggen. Ten gevolge van de toestemming leidt de aanwezigheid van boom of venster binnen de ‘verboden zone’ niet tot een onrechtmatige toestand en er loopt dan ook geen verjaringstermijn t.a.v. een verwijderingsvordering. Dat werkt ten gunste van de opvolgende verkrijgers van de toestemming. Maar dat kan ik moeilijk goederenrecht noemen.

6.3 Toestemming om te verhuren, nader uitgewerkt

De volgende casuspositie die ik aan u voorleg, heeft betrekking op toestemming die soms nodig is voor het verrichten van een bepaalde rechtshandeling, althans beschikkingshandeling. Daarvan zijn in het goederenrecht verscheidene voorbeelden te vinden, bijvoorbeeld toestemming voor overdracht van een erfpachtrecht, toestemming voor splitsing van een erfpachtrecht of opstalrecht in appartementsrechten en toestemming om een aandeel in een bijzondere gemeenschap over te dragen. Ik werk de toestemming van de hypotheekhouder om te verhuren uit. Dit is een geval met bijzondere complicaties, omdat huur geen goederenrechtelijk recht is.

Ik roep de casus nog één keer in herinnering. In een hypotheekakte is een huurbeding opgenomen. De hypotheekhouder geeft aan de

⁴⁹ Zie Smalbraak, WPNR 5242, p. 540. Aan de erfdienstbaarheid zit ook nog het voordeel van de wijzigingsbevoegdheid van art. 5:78 BW. Zou de toestemming anders nog ‘onherroepelijker’ zijn dan de EDH?

⁵⁰ Van Acht, p. 132.

⁵¹ Van Maanen, WPNR 6208 (1996), p. 54.

hypotheekgever toestemming het verhypothekeerde object te verhuren, en er wordt daadwerkelijk een huurovereenkomst gesloten. De volgende stap is dat de hypotheekhouder de door het hypotheekrecht gezeekerde vordering cedeert, waardoor er een nieuwe hypotheekhouder komt. De vraag is of deze nieuwe hypotheekhouder gebonden is aan de eerder verleende toestemming. Kan de huur worden vernietigd als dat wenselijk zou zijn in verband met de te verwachten executie-opbrengst?

Het antwoord is: nee, dat kan niet. Aha, hoor ik u denken, dan heeft toestemming hier dus wèl derdenwerking. De opvolgend rechthebbende van de hypotheekhouder kan immers ten gevolge van de toestemming van zijn voorganger geen beroep meer doen op het huurbeding. Het laatste betekent volgens mij echter *niet* dat de toestemming derdenwerking heeft. Ik zal dat uitleggen.

In het algemeen geldt voor rechtshandelingen of beschikkingshandelingen waarvoor toestemming vereist is, dat deze onaantastbaar worden door de toestemming. Ik wees daar al op bij de bespreking van de gevolgen van toestemming in het algemeen. Hieruit volgt volgens mij dat als het rechtsfeit *waarvoor* toestemming wordt verleend derdenwerking heeft, de derdenwerking een onomkeerbaar feit is. De derdenwerking volgt dus niet uit de toestemming maar uit de wet, die aan de rechtshandeling of beschikkingshandeling goederenrechtelijke werking verbindt.

Dat is heel duidelijk bij de toestemming om een goederenrechtelijk recht te vervreemden of te splitsen in appartementsrechten. De overdracht of splitsing is onomkeerbaar als deze met toestemming is geschiedt. En de genoemde beschikkingshandelingen hebben derdenwerking. In verreweg de meeste gevallen gaat het overigens om situaties met betrekking tot vastgoed. De beschikkingshandeling zal gerealiseerd worden met inschakeling van een notaris, die zal aangeven dat de vereiste toestemming gegeven is, en door middel van inschrijving in de openbare registers. De handeling met derdenwerking is aldus voor iedereen kenbaar, inclusief het feit dat de vereiste toestemming is gegeven.

Als we kijken naar de situatie bij de met toestemming aangegane huur, manifesteert zich op dit punt een verschil. De huur kan niet worden ingeschreven in de openbare registers.⁵² De huurovereenkomst heeft echter wel derdenwerking ten gevolge van de wettelijke regel 'koop breekt geen

⁵² Aldus uitdrukkelijk at. 3:17 lid 2 BW.

huur'.⁵³ De toestemming van de hypotheekhouder om de huurovereenkomst aan te gaan, leidt er daarmee toe dat sprake is van een *onaantastbare* huurovereenkomst *die ook rechtsopvolgers bindt*. Wederom geldt: niet de toestemming, maar de rechthandeling die erop is gevolgd heeft op basis van de wet derdenwerking.

Het resultaat hiervan strookt met mijn rechtsgevoel. Het zou in strijd zijn met de gedachte dat huurders een vergaande mate van bescherming verdienen, om aan te nemen dat de positie van de huurder onder druk zou komen te staan ten gevolge van een overgang van het hypotheekrecht. Hier komt nog bij dat van opvolgende hypotheekhouders in de praktijk bijna alleen sprake is bij securitisatie. Bij de overgang van het hypotheekrecht zijn bijna altijd uitsluitend professionele partijen betrokken, die dan maar goed moeten opletten. Daar zijn in de praktijk ook herwaarderingsmechanismen voor.

Het enige punt waar ik nog mee zit, is hoe ik de werking van de artikelen 3:17 jo. 3:24 BW buiten de deur houd. Dat laatste wetsartikel zou de positie van de huurder alsnog ondergraven. De vraag is namelijk of de opvolgende hypotheekhouder zich niet op het standpunt kan stellen dat de toestemming relevant is voor de goederenrechtelijke rechtstoestand van het registergoed hypotheek? De bevoegdheden van de hypotheekhouder zijn immers door de toestemming beïnvloed. *Als* de toestemming een inschrijfbaar feit is, maar niet is ingeschreven, dan kan het feit dat toestemming is verleend niet aan de nieuwe hypotheekhouder worden tegengeworpen.

Na ampele overwegingen durf ik de stelling aan dat ook deze toestemming *niet* inschrijfbaar is in de openbare registers. Het is geen rechtshandeling die voor de rechtstoestand van een registergoed van belang is, ook al heeft zij in zekere zin goederenrechtelijke effecten. Zij grijpt mijns inziens uitsluitend aan op de huurovereenkomst, althans meer dan op het hypotheekrecht. Het feit dat derdenwerking optreedt, kan geen reden zijn hier anders over te oordelen, nu art. 3:17 lid 2 BW zelf aangeeft dat verbintenisrechtelijke aanspraken met derdenwerking, zoals die welke voortvloeien uit huur en pacht, niet inschrijfbaar zijn. Daarmee is ook de dreiging van art. 3:24 BW afgewend. Deze bepaling speelt namelijk uitsluitend een rol als een inschrijfbaar feit niet is ingeschreven.

⁵³ Art. 7:226 BW. Uiteraard weet ik dat het adagium onzorgvuldig is geformuleerd, in die zin dat het 'overdracht breekt geen huur' moet zijn.

De conclusie is dat de opvolgende hypotheekhouder de huur moet respecteren (zoals ook het geval zou zijn als er geen huurbeding zou zijn).

7. Resumerend

Hoe beantwoord ik de vragen die ik in de inleiding opwierp? We kunnen vaststellen dat toestemming een figuur is die door het hele burgerlijk recht heen loopt. Er is weliswaar sprake van grote diversiteit van gevallen, maar dat neemt niet weg dat er enkele algemene conclusies te trekken zijn. Ik vat alleen de conclusies met betrekking tot het goederenrecht samen.

Toestemming voor het verrichten van een feitelijke handeling heeft geen derdenwerking, tenzij het is gegoten in de vorm van een erfdiensbaarheid (of kwalitatieve verplichting). Het feit dat in wetsartikelen die tot het goederenrecht gerekend worden van de toestemming melding wordt gemaakt, maakt dat niet anders. Het is en blijft verbintenissenrecht. Voor een zelfstandige rechtsfiguur 'goederenrechtelijke toestemming' is in ons goederenrecht geen plaats.

Als een toestemmingsvereiste geldt voor het verrichten van een rechtshandeling of een beschikkingshandeling, geldt – net als buiten het goederenrecht – dat de handeling door de toestemming geldig of onaantastbaar is. Als de beschikkingshandeling is uitgevoerd, heeft *die* handeling derdenwerking. Met derdenwerking van de toestemming zelf heeft dat niets te maken. *Echte* derdenwerking zou deze toestemming hebben als zij al *voordat* de beschikkingshandeling werd verricht rechtsopvolgers zou binden. Dat is echter niet het geval.

Kortom, de toestemming grijpt soms weliswaar aan op goederenrechtelijke rechten of verhoudingen, maar het is *geen* goederenrechtelijke rechtsfiguur sui generis.