

WILSAUTONOMIE IN HET BELGISCHE GOEDERENRECHT

Vincent SAGAERT*

Gewoon Hoogleraar KU Leuven en KULAK, advocaat te Brussel

“Het goederenrecht is van openbare orde”. Het is een vaak gehoorde boutade, die vooral op rechtshistorische motieven is gesteund. Nog los van het feit dat een gedegen rechtshistorische analyse de juistheid van dit uitgangspunt in vraag stelt, beantwoordt ze niet aan het huidige recht. Het goederenrecht is in belangrijke mate van aanvullend recht. Ook de voorstellen tot hervorming van het goederenrecht gaan van deze gedachte uit. In deze bijdrage worden de grenzen van de wilsautonomie in het Belgische goederenrecht afgetast, zowel vanuit positivistisch oogpunt als vanuit de rechtsgeschiedenis, rechtsvergelijking en rechtseconomie. Het blijkt dat de wilsautonomie veel groter is bij de zakelijke gebruiksrechten dan bij de zakelijke zekerheidsrechten. Tegelijk wordt betoogd dat de notie van exclusiviteit, die in belangrijke mate mede gestalte geeft aan dat gesloten stelsel, in werkelijkheid zeer te nuanceren is.

* Deze tekst vormt de herwerkte en geactualiseerde versie van het preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland (Den Haag: Boom juridisch 2018). De finale versie van deze bijdrage werd ingeleverd op 17 april 2019.

INHOUD

<i>I. ALGEMENE UITGANGSPUNTEN: HET GOEDERENRECHT ALS ONDERDEEL VAN DE OPENBARE ORDE? (1-6)</i>	340
<i>A. VERBINTENISSENRECHT VERSUS GOEDERENRECHT: WILSVRIJHEID VERSUS WILSGEBONDENHEID? (1-3)</i>	340
<i>B. EEN TOEPASSING VAN DE WILSGEBONDENHEID: DE ONTVLECHTING VAN NUMERUS CLAUSUS IN TYPENZWANG EN TYPENFIXIERUNG (4-6)</i>	342
 <i>II. HET FRANSE GOEDERENRECHT: EEN SPIEGEL OF EEN MUUR VOOR HET BELGISCHE RECHT? (7-11)</i>	344
 <i>III. HET NUMERUS CLAUSUS-BEGINSEL IN HET BELGISCHE RECHT (12-31)</i>	348
<i>A. "TYPENZWANG" IN HET BELGISCHE RECHT: EEN WANKELE WETTELIJKE EN JURISPRUDENTIËLE GRONDSLAG (12-19)</i>	348
§ 1. WETTELIJKE GRONDSLAG: ARTIKEL 543 VAN HET BURGERLIJK WETBOEK ALS STROHALM? (13-15)	349
§ 2. JURISPRUDENTIËLE GRONDSLAG: HET NUMERUS CLAUSUS-BEGINSEL WORDT OMARMED, MAAR NIET VERANKERD (16-18) . .	350
§ 3. CONCLUSIE OVER "TYPENZWANG" NAAR BELGISCH RECHT (19)	354
<i>B. "TYPENFIXIERUNG" IN HET BELGISCHE RECHT (20-24)</i>	354
§ 1. ALGEMEEN: EEN LAXISTISCHE BENADERING VOOR ALGEMENE ZAKELIJKE GEBRUIKS- EN GENOTSRECHTEN (20-22)	354
§ 2. EEN MEER RIGIDE BENADERING VOOR ERFDIENSTBAARHEDEN ALS BIJZONDERE EN NIET-EXCLUSIEVE GEBRUIKSRECHTEN? (23-24) .	356
<i>C. TYPENZWANG EN TYPENFIXIERUNG IN HET WETSONTWERP BOEK II VAN BURGERLIJK WETBOEK (25-31)</i>	358
 <i>IV. DE ARGUMENTEN PRO EN CONTRA: HET NUMERUS CLAUSUS-BEGINSEL GEWIKT EN GEWOGEN (31-40)</i>	361
<i>A. RECHTSHISTORISCHE GRONDSLAG (33-35)</i>	361
<i>B. RECHTSECONOMISCHE GRONDSLAG (36-40)</i>	363
§ 1. ALGEMEEN: 'NUMERUS CLAUSUS' IN DE BALANS TUSSEN COMMONS EN ANTI-COMMONS (36)	363
§ 2. DE BIJDRAGE VAN HET NUMERUS CLAUSUS-BEGINSEL TOT DE TRANSACTIEKOSTEN (37-40)	365

<i>V. DE ROL VAN EXCLUSIVITEIT VOOR HET GESLOTEN STELSEL VAN HET GOEDERENRECHT (41-42)</i>	369
<i>A. OBJECTIEVE EXCLUSIVITEIT VAN DE VERMOGENSRECHTEN: GEBRUIK ALS MEERLAGIG CONCEPT (44-65)</i>	370
§ 1. GEEN EXCLUSIVITEIT TUSSEN PERSOONLIJKE EN ZAKELIJKE GEBRUIKSRECHTEN: HUUR ALS QUASI-ZAKELIJK RECHT (45-51)	371
§ 2. GEEN EXCLUSIVITEIT TUSSEN DE ZAKELIJKE GEBRUIKSRECHTEN ONDERLING (52-56)	378
§ 3. GEEN EXCLUSIVITEIT TUSSEN APPARTEMENTSMEDE-EIGENDOM EN OPSTAL: VOLUME-EIGENDOM ALS GEMEENSCHAPPELIJK SNIJVAK (57-59)	382
§ 4. STEEDS MINDER EXCLUSIVITEIT TUSSEN ERFDIENSTBAARHEDEN EN ALGEMENE ZAKELIJKE GEBRUIKS- EN GENOTSRECHTEN (60-64)	384
§ 5. TUSSENCONCLUSIE: GEBRUIKS- EN GENOTSRECHTEN ALS OPEN SYSTEEM (?) (65)	391
<i>B. SUBJECTIEVE EXCLUSIVITEIT VAN DE VERMOGENSRECHTEN (66)</i>	391
§ 1. EXCLUSIVITEIT ALS ONDERSCHIEDEND KENMERK TUSSEN PERSOONLIJKE EN ZAKELIJKE RECHTEN? (67-69)	391
§ 2. EXCLUSIVITEIT ALS WEZENSKENMERK VAN HET EIGENDOMSRECHT? (70-71)	393
 <i>VI. HET NUMERUS CLAUSUS-BEGINSEL BIJ ZAKELIJKE ZEKERHEIDSRECHTEN (72-82)</i>	394
<i>A. TYPENZWANG EN ZAKELIJKE ZEKERHEDEN (72-78)</i>	394
§ 1. ALGEMEEN (72-73)	394
§ 2. TOEPASSING OP DE FIDUCIAIRE EIGENDOM TOT ZEKERHEID (74-78)	396
<i>B. TYPENFIXIERUNG BIJ ZAKELIJKE ZEKERHEIDSRECHTEN (BEVOEGDHEDEN VAN DE TITULARIS) (79-82)</i>	400
 <i>VII. CONCLUSIE: PLEIDOOI VOOR EEN CENTRIPETAAL MODEL VAN ZAKELIJKE RECHTEN (83-84)</i>	403

I. ALGEMENE UITGANGSPUNTEN: HET GOEDERENRECHT ALS ONDERDEEL VAN DE OPENBARE ORDE?

A. VERBINTENISSENRECHT VERSUS GOEDERENRECHT: WILSVRIJHEID VERSUS WILSGEBONDENHEID?

1. De vraag naar de wilsautonomie in het goederenrecht staat – minstens voor goederenrechtmensen – gelijk met het zoeken naar de heilige graal. Het is een queeste die evenwicht vergt en waarbij dat evenwicht voortdurend verlegd wordt. Nochtans was de vermelde vraag onder het gecodificeerde recht gedurende lange tijd eerder een retorische vraag. De wilsvrijheid in het contractenrecht werd voorgesteld als de tegenhanger van de wilsgebondenheid van het goederenrecht. Het goederenrecht is een gesloten systeem dat, volgens die klassieke opvatting, schril zou afsteken tegen het open systeem van het verbintenissenrecht. In de bekende woorden van Bernard Rudden: “‘*Fancies*’ are for contract, not for property”(1). De gedachte werd zelfs verabsoluteerd: het volledige goederenrecht werd geacht tot de openbare orde te behoren(2). Ook in de 21e eeuw vinden we nog steeds opflakkingen van die gedachte. Een markant voorbeeld daarvan is het Franse *Avant-Projet de réforme du droit des biens*, dat in een eerste versie het openbare orde - karakter van het goederenrecht proclameerde (zie *infra*, nr. 8).

Toch zijn de opvattingen danig geëvolueerd. Eerder verdedigden we al dat zakelijke rechten steeds meer bestaan uit een kluwen van verbintenisrechtelijke verhoudingen. Het gesloten stelsel van zakelijke rechten, zo werd geargumenteed, spitste zich vooral toe op sommige zakelijke rechten – met name de accessoire zakelijke rechten (zakelijke zekerheden, erfdiensbaatheden)(3). De rol van de wilsautonomie in het goederenrecht heeft zich

(1) B. RUDDEN, “Economic Theory v. Property Law: The Numerus Clausus Problem”, in J. Eekelaar en J. Bell (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence, Third Series* (Oxford: Clarendon 1987), (239) 243.

(2) C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon* (Paris: Durand 1870), IX, 431, nr. 515. In dezelfde zin C. BEUDANT, *Cours de droit civil français* (Paris: Rousseau 1936), IV, 198, nr. 247. Vgl. de verklaring van senator Vandenberghe tijdens de parlementaire voorbereiding van het WIPR: “De numerus clausus is nochtans volgens het Hof van Cassatie een beginsel van openbare orde” (*Parl. St. Senaat* 2003-04, 3-27/7, 236). Zie ook E. CHENON, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution* (Paris: thèse 1923), 180-183.

(3) V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot een nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten”, *TPR* 2005, 983-1086.

gaandeweg verder ontwikkeld(4), wat zich ook in de wetgevende initiatieven in het Belgische recht heeft vertaald (zie *infra*, nr 25).

2. In het vermogensrecht moeten twee ontwikkelingen worden gecombineerd. Enerzijds is duidelijk dat het goederenrecht, ten gevolge van de maatschappelijke evoluties, steeds meer contractsvrijheid toelaat. Goederenrecht is niet langer een instrument ter ordening van de maatschappij, maar is een instrument ter valorisering van individuele waarden geworden. Het zogenoemde gesloten karakter in vele domeinen van het goederenrecht wordt genuanceerd en, wat de gebruiksrechten betreft, zelfs uitgehold(5). Anderzijds is er binnen het verbintenissenrecht veel contractsvrijheid verloren gegaan. Dwingendrechtelijke regels ter correctie van een ongebreidelde wilsvrijheid leggen de wilsautonomie in het verbintenissenrecht aan banden.

De combinatie van beide ontwikkelingen leidt ertoe dat de graad van wilsautonomie in het goederenrecht soms zelfs groter is, in een bepaalde situatie, dan in het verbintenissenrecht. Dat is met name het geval bij de gebruiksrechten. Zo is de bezwaring van het eigendomsrecht bij bijzondere huurregimes doorgaans zwaarder – en vooral: is er minder ruimte voor contractsvrijheid – dan bij zakelijke rechten. Een woning- of handelshuur doet veel meer gebondenheid aan dwingendrechtelijke regels ontstaan voor partijen dan een vruchtgebruik of erfpacht. Dat is ook de reden waarom – paradoxaal genoeg – de wetgever heeft willen verhinderen dat men zakelijke rechten zou gebruiken om persoonlijke rechten te ontduiken, met name bij pacht (zie *infra*, nr. 50).

3. Eén van de essentiële vragen die in de huidige analyse naar voren zal komen, is de verhouding tussen de wilsautonomie en de exclusiviteit in het vermogensrecht. Exclusiviteit is een centrale notie in het goederenrecht: ze vormde, wat het eigendomsrecht betreft, de sleutel voor het vrijheidsdenken in de codificatieperiode. Ze vormde, wat de beperkt zakelijke rechten (erfpacht, opstal, vruchtgebruik) betreft, de sleutel in de commercialisering van vastgoed in de liberale periode. Ze vormt echter vandaag volgens een belangrijke strekking van de *property theory* dé struikelsteen voor een duurzaam goederenrecht: exclusieve rechten zouden voortbouwen op egoïsme en te weinig voortbouwen op de noodzaak aan gemeenschapsopbouw. Vooral

(4) In dezelfde zin V. SAGAERT en R. JANSEN, “Goederenrecht: de gestage groei naar een conventioneel vermogensrecht”, *RW* 2011-12, 68-73; J. HANSENNE, “La limitation du nombre des droits réels et le champ d’application du concept de service foncier” (noot onder Cass. 16 september 1966), *RCJB* 1968, 170-191; P. LECOCQ, S. BOUFFLETTE, A. SALVÉ en R. POPA, *Manuel de droit des biens* (Brussel: Larcier 2016), II, nr. 6. Voor een rechtsvergelijkende analyse: B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus in European Private Law* (Antwerpen: Intersentia 2007), 657 p. Ook in het Nederlandse preadvies van Steven Bartels, dat in ditzelfde nummer verschijnt, komt die gedachte duidelijk tot uiting.

(5) Vgl. in het Franse recht: R. BOFFA, “L’ordre public des biens du xixe siècle: rapport de synthèse”, in L. Andreu (ed.), *Liberté contractuelle et droits réels* (Clermont Ferrand: Institut Universitaire Varenne 2015), 109-132.

het bewustzijn rond de schaarste aan goederen, bijvoorbeeld de schaarste aan bebouwbare grond, doet het debat rond de exclusieve heerschappij op de grond heropleven(6).

B. EEN TOEPASSING VAN DE WILSGEBONDENHEID: DE ONTVLECHTING VAN *NUMERUS CLAUSUS* IN *TYPENZWANG* EN *TYPENFIXIERUNG*

4. Eén van de voornaamste uitdrukkingen van standaardisering in het goederenrecht is het zogenoemde gesloten stelsel van het goederenrecht(7). Het *numerus clausus*-beginsel houdt klassiek in dat vermogensrechten slechts zakelijke werking kunnen hebben voor zover dit door de wet wordt erkend, en het goederenrecht laat niet toe dat partijen nieuwe zakelijke rechten of zakelijke rechten met een nieuwe inhoud tot stand brengen(8). Het *numerus clausus*-beginsel zou aldus een instrument zijn om de breuklijn tussen het goederenrecht en het verbintenissenrecht in stand te houden en zelfs verder uit te diepen(9).

Bij nadere analyse worden in het *numerus clausus*-beginsel twee dimensies onderscheiden(10).

5. De eerste component van het *numerus clausus*-beginsel is de zogenoemde *Typenzwang*, d.i. de externe geslotenheid van zakelijke rechten. Het heeft betrekking op het limitatieve karakter van de categorieën van zakelijke rechten: niemand kan een onbenoemd zakelijk recht toestaan. Terwijl een eigenaar vrij is om aan derden persoonlijke rechten op zijn goed toe te staan, zou hij voor de vestiging van zakelijke rechten op datzelfde goed gebonden zijn aan een limitatief aantal benoemde zakelijke rechten die de

(6) V. SAGAERT en S. DEMEYERE, “Le droit des biens et le droit de l’environnement: vers une convergence?”, *JT* 2019, 313-324.

(7) Soms wordt ook verwezen naar andere uitdrukkingen, zoals het limitatieve karakter van de oorspronkelijke wijzen van verkrijging.

(8) C. DEMOLOMBE, *Cours*, IX, 431, nr. 515; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge* (Brussel: Bruylant, I), nr. 130; R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht* (Antwerpen: Standaard 1984), IA, 59, nr. 30; S. STIJNS en H. VUYE, “Zakenrecht: tweehonderd jaar oud of tweehonderd jaar jong?”, in D. Heirbaut en G. Martyn (ed.), *Napoleons nalatenschap* (Antwerpen: Kluwer 2005), 157; M.E. STORME, “Van trust gespeend? Trusts en fiduciaire figuren in het Belgisch privaatrecht”, *TPR* 1998, 709, nr. 5; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht* (Antwerpen: Standaard 1987), 96, nr. 34.

(9) Zie hiervoor B. DEPOORTER, *Fragmentation of Property: the law and economics of the anticommons*, thesis Gent 2003 (Cheltenham: Edward Elgar Publishing 2006), 139; zie ook in rechtsvergelijkend perspectief: H. HANSMANN en R. KRAAKMAN, “Property, Contract and Verification: the Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights”, *Journ. L.S.* 2002, 373; T.W. MERRILL en H.E. SMITH, “The Property/Contract Interface”, *Yale L.J.* 2000, 3.

(10) Zie o.a. C. LEBON, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen* (Antwerpen: Intersentia 2010), 659, nr. 695; M. MUYLLE, *De duurtijd en de beëindiging van zakelijke rechten* (Antwerpen: Intersentia 2012), nr. 871; K. SWINNEN, *Accessoriteit in het vermogensrecht* (Antwerpen: Intersentia 2014), 146.

wetgever heeft erkend. Hij kan wel onbenoemde overeenkomsten sluiten die persoonlijke rechten doen ontstaan (bijvoorbeeld leasing, factoring, franchising, enz.), maar geen onbenoemde zakelijke rechten tot stand brengen. Het gaat om een kwantitatieve beperking van de zakelijke rechten(11).

6. De tweede component van het *numerus clausus*-beginsel is de zogenoemde *Typenfixiering*, d.i. de interne geslotenheid van zakelijke rechten. Het betreft de dwingende inhoud van zakelijke rechten. Binnen elk zakelijk recht is een aantal kernelementen na te leven, bij gebreke waarvan niet aan de substantie van dat zakelijk recht is voldaan. Het gaat om een kwalitatieve beperking van de zakelijke rechten(12). Respecteren de partijen deze kernvereisten niet, dan kan een conversie optreden van het zakelijk recht in een ander zakelijk recht of een zakelijk recht met andere modaliteiten, of in een persoonlijk recht.

Tot die kernelementen behoort bij de algemene gebruiksrechten alvast de duurtijd: een erfpacht gevestigd voor langer dan 99 jaar, een opstalrecht gevestigd voor langer dan 50 jaar of een vruchtgebruik dat het leven van de vruchtgebruiker te boven gaat, wordt geconverteerd in een zakelijk recht met de maximumduur(13). Dat is ook het geval indien de minimumduurtijd niet wordt gerespecteerd: indien bijvoorbeeld een erfpacht wordt gevestigd voor een kortere duurtijd dan 27 jaar, wordt doorgaans aangenomen dat de erfpacht in een huurovereenkomst wordt geconverteerd(14). Een minderheid pleit in dat laatste geval voor het verhogen van de duurtijd van de erfpacht tot 27 jaar(15). Ter beslechting van deze discussie moeten de algemene interpretatieregels worden toegepast (art. 1156 BW). Deze laatste oplossing zou kunnen bepleit worden indien uit de overeenkomst zelf blijkt dat partijen werkelijk een erfpacht hebben willen vestigen, wat kan blijken uit het feit dat in de mogelijkheid tot hypotheekering van het recht is voorzien, dat partijen een bestemmingswijziging hebben willen mogelijk maken, enz. Overigens is hiervoor steun te vinden in de huurwetgeving, waar de sanctie voor de miskenning van dwingende termijnen ook bestaat in de verlenging van de duurtijd. Meestal zal bij een erfpacht de duurtijd in die mate deel zijn van de

(11) M.E. STORME, *Handboek vermogensrecht*, www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/vermogensrecht2010I.pdf, 2010, 39-41.

(12) M.E. STORME, *Handboek vermogensrecht*, 39-41.

(13) Bij opstal: Cass. 15 december 2006, *Arr. Cass.* 2006, 2713 = *RW* 2007-08, 104, noot M. MUYLLE = *T. Not.* 2008, 104, noot; R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, IIB, 907, nr. 1021. Bij erfpacht: F. LAURENT, *Principes de droit civil*, VI (Brussel: Bruylant-Christophe 1878), VII, nr. 368; vgl. evenwel H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 700; A. KLUYSKENS, *Zakenrecht*, in *Beginselen van Burgerlijk Recht* (Gent: Standaard 1948), V, nr. 240. Er is geen reden waarom die sanctie niet bij vruchtgebruik zou gelden.

(14) H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 700; R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, IIB, 855, nr. 1000C; J. HANSENNE, *Les biens. Précis* (Liège: Presse universitaire 1996), II, nr. 1219; F. LAURENT, *Principes*, VII, nr. 368.

(15) *Rép.not.*, v° *Emphytéose et superficie*, nrs. 21-22. Zie ook M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, nr. 254.

economie van de overeenkomst dat, behoudens tegenindicaties, de conversie in een huurcontract dichter aansluit bij de bedoelingen van de partijen dan de verlenging van de conventionele duurtijd.

Een wettelijk geval van conversie vindt men in artikel 62 Pandwet: een fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid van een schuldvordering wordt geconverteerd in een pandrecht. Deze bepaling komt verder nog aan bod (zie *infra*, nr. 77).

II. HET FRANSE GOEDERENRECHT: EEN SPIEGEL OF EEN MUUR VOOR HET BELGISCHE RECHT?

7. Het is niet mogelijk om de wilsautonomie in het Belgische goederenrecht te bestuderen zonder aandacht te hebben voor de Franse ontwikkelingen. In tegenstelling tot wat vaak gedacht wordt, biedt het Franse recht geen strakke contouren voor zakelijke rechten. Reeds in 1834 – nauwelijks drie decennia na de codificatie – oordeelde het Franse Hof van Cassatie in het bekende arrest *Caquelard* dat “*ni les articles 544, 546 et 552 du Code Napoléon, ni aucune autre loi, n'excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit de propriété est susceptible*”(16). Dit arrest kan verwonderen, vooral gezien de rechtshistorische grondslag die vaak in het gesloten stelsel van het goederenrecht wordt gezien. Het werd echter in de loop van de 20e eeuw herhaald(17).

Uit het navolgende zal blijken dat dit arrest aan het begin van de 21e eeuw het aanknopingspunt zal vormen voor een opening in het Franse goederenrecht (zie *infra*, nr. 9).

8. Die openheid werd in het begin van de 21e eeuw nochtans gekortwiekt in een poging tot wetshervorming. Binnen de Franse *Association Henri Capitant* werd een Voorontwerp van wet tot stand gebracht dat tot doel had om – in navolging van het zekerhedenrecht en erfrecht – een nieuw goederenrecht tot stand te brengen. De eerste bepaling van het Wetsontwerp uit 2008 voorzag in een nieuw artikel 516 Code civil: “*Les articles du présent livre sont d'ordre public, sauf disposition contraire*”(18). De *ratio legis* hiervan was dat er meer bepalingen waren in het goederenrecht die geen wilsvrijheid toelieten dan er waren die wilsvrijheid toelieten. Het was in de ogen van de *Association Capitant* dus eenvoudiger om te specificeren waar contractuele

(16) Cass. fr. 13 februari 1834, *D.* 1834, I, 118.

(17) In het kader van een ‘*droit d’affichage*’: Cass. fr. 18 janvier 1984, *Bull. civ.*, III, nr. 16 = *D.* 1985, jur., 504, noot F. ZENATI = *JCP* 1986, II, nr. 20547, noot J.F. BARBIERI.

(18) www.henricapitant.org/storage/app/media/pdfs/travaux/Avant-projet_de_reforme_du_droit_des_biens_19_11_08.pdf.

vrijheid bestond dan omgekeerd(19). Ook op het vlak van het gesloten stelsel werd dit doorgetrokken: “*A partir du moment où tout le Livre II est d'ordre public, les droits réels qui n'y figurent pas ou qui ne figureraient pas dans une loi spéciale ne pourraient pas être créés*”. Het Wetsontwerp stelde dus een stringente ‘*Typenzwang*’ voor.

Al gauw bleek dat deze bepaling aanleiding gaf tot scherpe discussie binnen de *Association Capitant*, maar ook kritiek oogstte in de rechtsleer: ze paste niet in het verleden – de traditie van flexibiliteit van zakelijke rechten in de Franse rechtscultuur zoals bleek uit het arrest *Caquelard* – en sloot de blik naar de toekomst toe(20). Bovendien zou ze voor de rechtspraktijk onwerkzaam zijn, omdat ze te veel beperkingen zou opleggen aan de vastgoedontwikkeling. In de eindversie van 2009 is het voorgestelde artikel 516 Code civil daarom geschrapt. De tweede versie van het Wetsontwerp laat aan de rechtspraak over om *in concreto* te bepalen of een bepaling van openbare orde is, onder voorbehoud van een aantal bepalingen waar contractuele afwijkingen in elk geval verboden zijn. Eigenaardig is vooral dat de opstellers hun oorspronkelijke artikel verantwoordden vanuit de gedachte dat ze hiermee eerder een pragmatisch dan een conceptueel perspectief aannamen(21), terwijl het Wetsontwerp precies vanuit pragmatisch perspectief sterk kon worden bekritiseerd.

9. Het bekende arrest van de Franse *Cour de cassation* ‘*Maison de Poésie*’(22) heeft de discussie over het open of gesloten stelsel naar Frans recht nieuw leven ingeblazen. De vereniging *Maison de poésie* verkocht in 1932 een gebouw, maar behield zich het exclusieve recht voor om enkele

(19) In de Memorie lezen we: “*L'article, 516, commence par affirmer le caractère d'ordre public du Livre II, sauf dispositions contraires. Ce choix de la commission présente l'avantage de clarifier une question souvent discutée, ambiguë qui oblige le juge à décider, au cas par cas, quels sont les articles impératifs et les autres. Mais, comme il ne saurait être question de supprimer toute marge de souplesse ou de mise à l'écart contractuelle d'un certain nombre de règles du droit des biens, il rend nécessaire la précision expresse, pour chaque article supplétif de volonté, de ce caractère. Cependant, dans la mesure où le nombre d'articles supplétifs de volonté reste néanmoins faible par rapport au total, l'inconvénient est apparu supportable pour les membres de la commission qui ont donc posé le principe du caractère impératif du livre II, sauf exceptions prévues dans les textes*” (*Ibid.*).

(20) W. DROSS en B. MALLET-BRICOUT, “L'avant-projet de réforme du droit des biens: premier regard critique”, *D.* 2009, 508-509; F. ZENATI-CASTAING, “La proposition de refonte du livre II du code civil”, *Rev. trim. dr. civ.* 2009, (211) nr. 7.

(21) “*Les membres du groupe de travail pour lesquels l'article 516 avait avant tout une finalité pratique de sécurité juridique et non théorique, ont tenu compte des réserves faites sur ce texte et ont donc décidé, pour éviter toute ambiguïté, de le supprimer. Le juge se voit donc reconnaître le choix de la qualification d'ordre public ou non des textes, conformément à la situation actuelle. Cependant le groupe de travail maintient la réserve de conventions contraires dans un certain nombre d'articles, montrant ainsi que ces derniers ne sauraient, en aucun cas, être considérés comme d'ordre public*”.

(22) Cass.fr. 31 oktober 2012, *D.* 2012, 2596, noot A. TADROS = *D.* 2013, 53, noot L. D'AVOUT en B. MALLET-BRICOUT = *JCP G* 2013, n° 429, noot H. PERINET-MARQUET = *Rev. trim. dr. civ.* 2013, 141, noot W. DROSS.

lokalen te blijven gebruiken zolang de vereniging bleef bestaan. De koper dagvaardde in 2007 *Maison de poésie* tot uitzetting en schadevergoeding aangezien *la Maison de poésie*, volgens haar, een bezetter zonder recht noch titel was geworden. De appèlrechter verklaarde de vordering gegrond aangezien een dergelijk recht, naar het model van het vruchtgebruik, niet langer dan dertig jaar kon bestaan. De Franse *Cour de cassation* vernietigde deze beslissing. Het Hof oordeelde, op basis van artikelen 544 en 1134 CC, dat “*le propriétaire peut consentir, sous réserve des règles d'ordre public, un droit réel conférant le bénéfice d'une jouissance spéciale de son bien*”. Van belang is dat het Hof, net zoals in het arrest *Caquelard*, enkel voorbehoud maakt voor de openbare orde, d.i. een voorbehoud dat ook in het verbintenisrecht en dus het gehele vermogensrecht, geldt.

Toch bleef er na dit arrest nog controverse bestaan, met name over de mogelijkheid van onbenoemde zakelijke rechten zonder beperking in de tijd(23). Sommige auteurs oordelen dat het Hof daarmee de mogelijkheid heeft bevestigd van een nieuw eeuwigdurend zakelijk recht, aangezien het mogelijk is dat de vereniging eeuwig blijft bestaan(24). Ze vonden hiervoor steun in andere Franse cassatierechtspraak uit diezelfde periode. In een arrest van 23 mei 2012 was het recht “*crû et à croître*” aan de orde(25). Het ging om het recht om een bos op het perceel van iemand anders te exploiteren en dus op recurrente wijze de bomen te rooien en te gebruiken. Dat recht was in 1837 verleend, en de eigenaars van het perceel wensten aan te tonen dat het hier om een zakelijk recht ging dat door het niet-gebruik gedurende dertig jaar was verjaard. De voorziening in cassatie werd echter verworpen en het Hof bevestigde dat de appèlrechters terecht hadden geoordeeld “*que la prérogative ainsi concédée sur la parcelle litigieuse était perpétuelle et ne pouvait s'éteindre par le non-usage trentenaire*”(26). Andere auteurs verdedigen dat er uit dat arrest in tegendeel kan worden afgeleid dat het betrokken zakelijke recht tijdelijk is(27). Tot de openbare orde behoort volgens die auteurs ook artikel 2227 CC dat bepaalt dat alleen het eigendomsrecht onverjaarbaar is

(23) Zie ook I. DURANT, *Droit des biens* (Brussel: Larcier 2017), 35-37, nr. 14; P. LECOCQ, S. BOUFFLETTE, A. SALVÉ en R. POPA, *Manuel de droit des biens*, II, 27-30, nr. 8.

(24) G. LARDEUX, “Qu’est-ce que la propriété? Réponse de la jurisprudence récente éclairée par l’histoire”, *Rev. trim. dr. civ.* 2013, (741) 746, nr. 9. Zie ook W. DROSS, “Que reste-t-il de l’arrêt *Maison de Poésie*?”, *Rev. trim. dr. civ.* 2015, 413-416.

(25) Cass.fr. 23 mei 2012, *D.* 2012, 1934, noot L. AVOUT = *D.* 2012, 2128, noot B. MALLET-BRICOUT en N. LARDEUX = *Rev. trim. dr. civ.* 2012, 553, noot T. REVET = *JCP* 2012, n° 930, noot W. DROSS = *JCP G* 2012, nr. 1186, noot H. PERINET-MARQUET.

(26) Let wel, de appèlrechters kwamen tot deze beslissing door aan te nemen dat de gerechtigde het eigendomsrecht had op de bomen.

(27) B. STURLESE, “Peut-on créer un droit réel de jouissance perpétuel?”, *JCP éd. G* 2015, 251; A. TADROS, “Création de droit réel: consécration de l’autonomie de la volonté” (noot onder Cass. fr. 31 oktober 2012), *D.* 2012, (2596) 2596.

en dat de termijn voor bevrijdende verjaring voor alle overige zakelijke rechten vastlegt op dertig jaar(28).

10. In een tweede Frans cassatiearrest *Maison de Poésie*, na terugverwijzing, biedt het Hof geen volledige duidelijkheid, hoewel uit dit arrest *a contrario* zou kunnen worden afgeleid dat het zakelijk recht niet zou zijn erkend als er geen tijdslimiet zou zijn geweest (waarmee het Hof zou terugkomen op zijn eerdere rechtspraak inzake het recht *crû et à croître*)(29).

De gedachte dat eeuwigdurende zakelijke rechten in strijd zouden komen met de openbare orde, vindt alvast steun in een Frans cassatiearrest van 28 januari 2015. Het Hof herhaalde dat de enige beperking op het bezwaren van eigendom met zakelijke rechten gelegen is in de openbare orde. Toch brengt het Franse Hof ook een bijkomende beperking aan. *In casu* had een vereniging van mede-eigenaars een gebruiksrecht verleend op een elektriciteitscabine. Het appèlrecht had geoordeeld dat, bij gebreke aan duurtijdbeperking in de vestigingsakte, de overeenkomst “*institue et régleme un droit réel de jouissance spéciale exclusif et perpétuel en faveur d’un tiers*”. De *Cour de cassation* verbreekt echter dit arrest: “*Lorsque le propriétaire consent un droit réel, conférant le bénéfice d’une jouissance spéciale de son bien, ce droit, s’il n’est pas limité dans le temps par la volonté des parties, ne peut être perpétuel et s’éteint dans les conditions prévues par les articles 619 et 625 du code civil*”(30). Hiermee zet het Hof van Cassatie toch een rem, wat de duurtijd van zakelijke rechten betreft, op zijn eerdere rechtspraak inzake *Maison de la Poésie* (eerste arrest)(31) en vooral het recht *crû et à croître*(32). Het cassatiearrest van 8 september 2016 zou dan ook in die zin moeten worden gelezen. Het spoort met de ook in België door Dorothy Gruyaert verdedigde gedachte dat de afsplitsingen van het eigendomsrecht, in de mate dat ze de bevoegdheden van de eigenaar beperken, in tijd beperkt moeten zijn, zodat

(28) A. TADROS, *D.* 2012, (2596) 2596. Zie nochtans: art. 2254 lid 1 CC: “*La durée de la prescription peut être abrégée ou allongée par accord des parties. Elle ne peut toutefois être réduite à moins d’un an ni étendue à plus de dix ans.*”

(29) “*La cour d’appel, qui a constaté que un droit réel distinct du droit d’usage et d’habitation régi par le code civil avait été concédé pour la durée de la Fondation, et non à perpétuité, en a exactement déduit, répondant aux conclusions dont elle était saisie, que ce droit, qui n’était pas régi par les dispositions des articles 619 et 625 du code civil, n’était pas expiré et qu’aucune disposition légale ne prévoyait qu’il soit limité à une durée de trente ans*” (Cass. fr. 8 september 2016, www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000033109101 = *D.* 2016, 2237, chron. A.-L. MEANO, V. BEORGET en A.-L. COLOMP = *Defrénois* 2016. 1119, noot H. PERINET-MARQUET = *JCP* éd. G 2016. 1692, noot S. MILLEVILLE, 2021, noot J. LAURENT = *Rev. trim. dr. civ.* 2016, 894, noot W. DROSS).

(30) Cass. fr. 28 januari 2015, *Bull. civ.*, III, nr. 13.

(31) Cass. fr. 31 oktober 2012, *D.* 2012, 2596 = *D.* 2013, 53, noot L. d’AVOUT en B. MALLET-BRICOUT = *AJDI* 2013, 540, noot F. COHET-CORDEY = *Rev. trim. dr. civ.* 2013, 141, noot W. DROSS.

(32) Cass. fr. 23 mei 2012, *Bull. civ.*, III, nr 84 = *D.* 2012, 1934, noot L. d’AVOUT = *Rev. trim. dr. civ.* 2012, 553, noot T. REVET.

de elasticiteit van het eigendomsrecht niet mag worden uitgeschakeld. Het eigendomsrecht moet steeds zijn gravitatiekracht kunnen uitoefenen⁽³³⁾.

11. Uit het voorgaande volgt alvast dat het zeker is, op de dimensie duurtijd na, dat het Franse goederenrecht veel oog heeft voor de wilsautonomie van zakelijke rechten. In de rechtspraak blijkt met name het aspect *Typenzwang* in de rechtspraak afwezig.

III. HET *NUMERUS CLAUSUS*-BEGINSEL IN HET BELGISCHE RECHT

A. “TYPENZWANG” IN HET BELGISCHE RECHT: EEN WANKELE WETTELIJKE EN JURISPRUDENTIËLE GRONDSLAG

12. Het is ook in België een klassieke opvatting dat het bestaan van het *numerus clausus*-beginsel reeds sinds het begin van de 19e eeuw wordt aangenomen, en sindsdien niet ter discussie wordt gesteld. De meerderheid van de klassieke rechtsleer beschouwt dit beginsel – zonder verdere verantwoording – als uitgangspunt van het Belgische goederenrecht⁽³⁴⁾. Slechts een minderheid laat uitzonderingen toe⁽³⁵⁾ of is geneigd dit beginsel helemaal te verlaten. Zelf hebben we ons eerder reeds kritisch uitgelaten over het *numerus clausus*-beginsel en een verfijning voorgesteld op grond van een nieuwe categorisering van zakelijke rechten⁽³⁶⁾.

Nochtans is de doctrine het er ook over eens dat de grondslag voor de gesloten categorieën van zakelijke rechten in het Belgische recht wankel is. Zowel in de wetgeving als in de rechtspraak blijken de argumenten die aangevoerd worden ter ondersteuning van dit gesloten stelsel niet overtuigend.

(33) Zie D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht* (Antwerpen: Intersentia 2016). Vgl. P. LECOCQ, S. BOUFFLETTE, A. SALVÉ en R. POPA, *Manuel de droit des biens*, II, 30-31, nr. 7.

(34) C. DEMOLOMBE, *Cours* IX, 431, nr. 515; H. DE PAGE, *Traité*, I, nr. 130; R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, IA, 59, nr. 30; F. GLANSDORFF, “Chronique de jurisprudence. Les droits réels”, *JT* 1968, I; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français* (Paris: Sirey 1929-30), I, nr. 1337; I. PEETERS, “Derden en kontrakten met zakenrechtelijke gevolgen betreffende schuldvorderingen en andere onlichamelijke goederen”, in Vlaams Pleitgenootschap Brussel / Jeune Barreau de Bruxelles / BVBJ (ed.), in *Overeenkomsten en derden: De externe gevolgen van overeenkomsten en de derde-medeplichtigheid* (Brussel: 1995), 68, nr. 28; W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, 96, nr. 34; A. WYLLEMAN, *Goederenrecht* (Brugge: die Keure 2017), 23-24.

(35) Zie bijvoorbeeld voor gebruiks- en genotsrechten: R. DEKKERS en E. DIRIX, *Handboek Burgerlijk Recht. Deel II Zakenrecht, Zekerheden, Verjaring* (Antwerpen: Intersentia 2004), 57, nr. 128.

(36) V. SAGAERT, *TPR* 2005, 983-1086.

§ 1. WETTELIJKE GRONDSLAG: ARTIKEL 543 VAN HET BURGERLIJK WETBOEK ALS STROHALM?

13. Het Burgerlijk Wetboek bevat verrassend genoeg geen exhaustieve opsomming van zakelijke rechten. Vaak heeft men een aanknopingspunt gezocht in artikel 543 BW, volgens welk “men op de goederen, of een recht van eigendom, of enkel een recht van genot, of enkel een recht van erfdienstbaarheid kan hebben”. Blijkens de verklaringen van Jean-Baptiste Treilhard tijdens de totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek was het alvast de bedoeling om aan deze bepaling een limitatief karakter te geven: “*L'on ne peut avoir sur les biens que trois espèces de droits: ou un droit de propriété, ou une simple jouissance, ou seulement des services fonciers. Ainsi notre Code abolit jusqu'au moindre vestige de ce domaine de supériorité jadis connu sous les noms de seigneur féodal et censuel*”(37). In de ogen van Treilhard is de *numerus clausus* van het goederenrecht dus in belangrijke mate schatplichtig aan de Franse Revolutie(38). Door het gesloten stelsel van zakelijke rechten wilde men de eigendom, en dus de titularissen ervan, bevrijden van allerhande feodale lasten die men vrij kon overeenkomen.

Dat betekent dat het gesloten stelsel van het goederenrecht gebaseerd is op een historische paradox: de beperking van de contractsvrijheid binnen het goederenrecht beoogde de bescherming van de individuele vrijheid(39). Aldus werd op natuurlijke wijze een wig gedreven tussen het goederenrecht en het verbintenissenrecht, waar de contractsvrijheid als emanatie van de individuele vrijheid wel werd verabsoluteerd. Voor een uitvoerigere analyse van die rechtshistorische achtergrond van het gesloten stelsel, verwijzen we naar *infra*, nr. 33-35.

14. De bedoeling van de wetgever om aan artikel 543 BW een limitatief karakter te geven, wordt echter tegengesproken door de inhoud ervan. De wetgever laat geen exhaustief karakter vermoeden, aangezien de wetgever niet bepaalt dat men geen andere zakelijke rechten kan hebben(40). Het exemplatieve karakter van de opsomming wordt bovendien aangetoond door de

(37) J.-G. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale, et criminelle de la France*, VI, 32.

(38) I. DURANT, *Droit des biens*, 33, nr. 14. Zie voor dit argument in een rechtsvergelijkende context: F. PARISI, “Entropy in Property”, *Am. Journ. Comp. Law* 2002, 602-604.

(39) Het is deze paradox die de kritiek op de klassieke zienswijze heeft gevoed: “*The numerus clausus reflects a feudal vision of property relationships designed to channel (force?) people into pre-set social relationships*” (C.J. BERGER en J.C. WILLIAMS, *Property: land ownership and use* (New York: Aspen 1997), 211).

(40) P. CROCO, *Propriété et garantie* (Paris: LGDJ 1995), 196, nr. 244.

manifeste onvolledigheid ervan⁽⁴¹⁾. Naast het feit dat de later ontstane zakelijke rechten uiteraard niet worden vermeld (erfpacht, opstal), wordt in deze bepaling evenmin melding gemaakt van sommige autonome zakelijke rechten (mede-eigendom) of de zakelijke zekerheidsrechten (pand, hypotheek, bijzondere voorrechten). Terecht wordt derhalve verdedigd dat de erkenning van een gesloten stelsel uit een louter inleidende bepaling een autonome rechtsregel afleidt⁽⁴²⁾.

15. Bij gebreke aan een duidelijke wettelijke grondslag voor het *numerus clausus*-beginsel erkende de gezaghebbende 19e-eeuwse doctrine geen gesloten systeem van het goederenrecht⁽⁴³⁾. Een exegetische lezing van het Wetboek leidt immers tot een afwijzing van het beginsel. Deze opvatting ligt in de lijn van de Franse cassatierechtspraak in het arrest *Caquelard* (zie *supra*, nr. 7). De klassieke opvatting dat het *numerus clausus*-beginsel reeds sinds het begin van de 19e eeuw wordt aangenomen, en sindsdien niet ter discussie wordt gesteld, wordt hierdoor ondergraven. Ook de gedachte dat het gesloten stelsel van zakelijke rechten rechtshistorisch te verklaren is vanuit een zich afkeren tegen het feodale stelsel – een gedachte die in bovenstaand citaat van Treilhard steun vond – wordt daardoor minstens dubbelzinnig (zie *supra*, nr. 13).

§ 2. JURISPRUDENTIËLE GRONDSLAG: HET *NUMERUS CLAUSUS*-BEGINSEL WORDT OMARMED, MAAR NIET VERANKERD

16. Vindt het gesloten stelsel van zakelijke rechten wel erkenning in de Belgische rechtspraak?

Als het *numerus clausus*-beginsel ter sprake komt, wordt stevast verwezen naar het arrest *Blieck* van 16 september 1966⁽⁴⁴⁾. Dit arrest zou volgens de doctrine de grondslag bieden voor de erkenning van het gesloten stelsel in

(41) G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil* (Paris: Sirey 1926), V, nr. 105; H. DE PAGE, *Traité*, V, nr. 825; R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, IA, 56, nr. 29; I. DURANT, *Droit des biens*, 33, nr. 14; F. GOTZEN, “Zakelijke rechten: plaats en aantal in het burgerlijk recht”, *RW* 1978-79, (2337) 2339, nr. 4; A. KLUYSKENS, *Beginselen*, V, 48-49, nr. 44. In het Franse recht: P. CROCO, *Propriété et garantie*, 196, nr. 244.

(42) Zie in het Franse recht: W. DROSS, *Droit civil. Les choses* (Paris: LGDJ 2012), nr. 127-3; R. LIBCHABER, “La recodification du droit des biens”, in *Le bicentenaire du Code civil* (Paris: Dalloz 2004), 353, nr. 51.

(43) C. DEMOLOMBE, *Cours*, IX, 426, nr. 511: “La question si les particulier peuvent créer des droits réels autres que ceux que le Code Napoléon a établis et organisés, est en général, résolue affirmativement dans la doctrine et dans la jurisprudence”. In dezelfde zin F. LAURENT, *Principes*, VI, nr. 84; C.B.M. TOULLIER, *Cours*, III, nr. 96. Zie ook G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, V, nr. 105.

(44) Cass. 16 september 1966, *Arr. Cass.* 1967, 67 = *JT* 1967, 59 = *RCJB* 1968, 166, noot J. HANSENNE.

het Belgische recht⁽⁴⁵⁾. *In casu* ging het om de verplichting van een private eigenaar (de heer Blieck) om op een deel van zijn eigendom een park aan te leggen en te onderhouden, dat toegankelijk zou zijn voor het publiek. Enige jaren later verkoopt de heer Blieck aan de NV La Plage du Coxyde het terrein naast dat waarop het park zich bevindt met het oog op de oprichting van een casino. Tegelijk bedingt de NV La Plage du Coxyde een kosteloos genotsrecht van het park voor onbepaalde duur onder de last om er tennisterreinen op te bouwen en deze te onderhouden, en dit op straffe van een recht van terugkeer. Nadat de NV La Plage du Coxyde de tennisterreinen heeft aangelegd, worden het genotsrecht en het casino ingebracht in een nieuwe vennootschap, de NV Casino-Tennis de Coxyde et Saint Idesbald. Daarop wordt de NV La Plage du Coxyde ontbonden. Na het overlijden van de heer Blieck kwam de vraag aan de orde of de NV Casino-Tennis nog wel kon bogen op het bedongen genotsrecht. Het Hof van Cassatie oordeelde dat “*het litigieuze recht in het leven geroepen is ten behoeve niet van een erf of van een wel bepaalde persoon, maar van een gemeenschap, een last van openbaar nut insluit (...). Dergelijke last dient niet als een zakelijk recht, maar als een persoonlijke verbintenis te worden aangemerkt (...)*”. Hiermee wijst het Hof de argumentatie van het vonnis van de Rechtbank van Veurne (in graad van hoger beroep) van de hand volgens welke het om een zakelijk recht *sui generis* zou gaan.

Ondanks de terechtwijzing op het vlak van de overwegingen verwijst het Hof de zaak niet terug naar een ander appèlgerecht⁽⁴⁶⁾. De reden hiervoor is dat de Rechtbank van Veurne en het Hof van Cassatie tot hetzelfde resultaat komen, namelijk dat het perceel bezwaard bleef met het collectief genotsrecht. Eigenlijk was de vraag naar een open of gesloten stelsel *in casu* niet aan de orde. De overgang die betwist was, situeerde zich immers niet aan de passiefzijde, maar wel aan de actiefzijde: het was het recht dat overgedragen was, niet de verplichting. Bijgevolg was de relevante vraag deze of het genotsrecht als accessorium van het door de NV La Plage du Coxyde overgedragen goed kon worden beschouwd. Maar aan de actiefzijde kunnen ook persoonlijke rechten accessoir zijn (bijvoorbeeld kwalitatieve rechten). Met andere woorden: tot beslechting van het geschil volstond het aan te duiden of het vermogensrecht aan de actiefzijde verbonden was aan het onroerend goed, maar was het irrelevant te weten of het recht aan de passiefzijde was uitgerust met een volgrecht. De persoonlijke of zakelijke aard van dit recht was ter zake irrelevant. Hoogstens is de bevestiging van het gesloten stelsel op een *obiter dictum* gebaseerd.

(45) R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, IA, 59-61, nr. 30; I. DURANT, *Droit des biens*, 34, nr. 14; D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, 264, nr. 215; A. WYLLEMAN, *Goederenrecht*, 112.

(46) Het Hof heeft zich, zo stelt ook Frank Gotzen terecht vast, evenwel niet uitgesproken over het open karakter van het goederenrecht in het algemeen (F. GOTZEN, *RW* 1978-79, 2339, nr. 4). Hansenne oordeelt dat het recht *in casu* wel ingepast kon worden, zelfs in een gesloten systeem van het goederenrecht (J. HANSENNE, *RCJB* 1968, 184, nr. 17 e.v.).

17. Andere rechtspraak waarin vaak de bevestiging van het “*numerus clausus*”-beginsel wordt gelezen, heeft betrekking op de verzaking aan de natrekking. De vraag die gedurende lange tijd tot onzekerheid aanleiding gaf, was hoe een dergelijke verzaking moest worden gekwalificeerd. Sommige rechtspraak(47) en rechtsleer(48) pleitten voor een kwalificatie als recht *sui generis*, maar andere bekritiseerden een dergelijke kwalificatie op grond van het gesloten stelsel. Het Hof van Cassatie heeft in een bekend arrest van 19 mei 1988 geoordeeld dat de verzaking aan de natrekking met de vestiging van een opstalrecht gelijkstaat(49). Aldus heeft het Hof van Cassatie niet enkel de fysische ondeelbaarheid van het eigendomsrecht willen beschermen, maar ook het gesloten systeem van het goederenrecht willen handhaven(50). Het praktische gevolg hiervan is niet min: de verzaking aan de natrekking is voor een maximale periode van vijftig jaar mogelijk (art. 4 Opstalwet)(51). Een eeuwigdurende eigendomssplitsing is uitgesloten. De gedachte dat een verzaking aan de natrekking een zakelijk recht *sui generis* zou instellen, wordt hiermee verworpen. Het is deze rechtspraak die de praktijk ertoe heeft gebracht om voor het stapelen van eigendomsrechten boven en onder elkaar, haar toevlucht te zoeken tot de appartementsmede-eigendom: door gemene delen tussen de private kavels te creëren, kon men de natrekking zonder tijdsbeperking uitschakelen. Het Wetsontwerp Goederenrecht voorziet in artikel 195 een ruimere hypothese om eeuwigdurende opstalrechten te vestigen(52).

Deze rechtspraak maakt alleszins duidelijk dat het Hof hiermee de weg naar het gesloten stelsel van zakelijke rechten niet doorbroken heeft. Een andere vraag is of het uitdrukkelijk het gesloten stelsel van zakelijke rechten heeft willen verankeren, met andere woorden of dit arrest wel als een bevestiging van de *numerus clausus* kan worden gezien(53). Het gaat immers om een geval van contractskwalificatie, waarbij de gemeenschappelijke bedoelingen van de partijen worden vastgelegd. Ook andere zakelijke rechten doen een horizontale eigendomssplitsing ontstaan. Naast de kwalificatie als zakelijk recht zijn er overigens nog andere contractskwalificaties (persoonlijk recht,

(47) Liège 16 juni 1993, *JLMB* 1994, 53, noot.

(48) “Recht van opstal – Verzaking aan het recht van natrekking – bepaling en omschrijving – art. 553 BW – Wet van 10 januari 1824”, *Verslagen en debatten van het C.S.W.* 1981, 374.

(49) Cass 19 mei 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 1230 = *Pas.* 1988, I, 1142 = *RW* 1988-89, 572.

(50) *Rép. not.*, II, *Les biens*, v° *Accession*, Brussel: Larcier 1994, nr. 170; I. DURANT, *Droit des biens*, 418-420, nr. 555; C. RENARD, “La renonciation à l’accession”, (noot onder Cass. 13 mei 1970), *RCJB* 1980, 23, nr. 4.

(51) Zie daarvoor A. VAN MUYLDER en J. VERSTAPPEN, “Actuele problemen inzake het recht van natrekking, de verzaking daaraan, en het recht van opstal”, *T. Not.* 1992, 285-287, nr. 10.

(52) Zie artikel 195, 2° Wetsontwerp: “Het opstalrecht kan eeuwigdurend zijn wanneer en zolang het door de eigenaar van de grond gevestigd is: (...) om de verdeling in volumes mogelijk te maken van een complex en heterogeen onroerend geheel dat verschillende volumes omvat die in aanmerking komen voor zelfstandig en verscheiden gebruik en onderling geen enkel gemeenschappelijk deel hebben.”

(53) Zoals de meerderheid van de rechtsleer verdedigt: zie *supra*, voetnoot 45.

louter gedogen) mogelijk. Kortom: de cassatierechtspraak in dat verband is zeker geen omarming van het *numerus clausus*-beginsel, maar vormt er ook niet de definitieve veroordeling van(54).

Recent heeft het Hof van Cassatie in een merkwaardig arrest geoordeeld dat “uit de artikelen 552-553 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 1 Opstalwet niet volgt dat elke afstand van het recht van natrekking een recht van opstal doet ontstaan”(55). Het ging *in casu* om een gebouw dat, ingevolge een schenking, opgesplitst is in twee private kavels (één van eiser en één van verweerder) en gemene delen. De ondergrondse kelder was niet in de schenking begrepen. De verwarmingsketel in die ondergrondse kelder moest immers het gehele complex bedienen, met inbegrip van delen waarvan de schenkers zelf eigenaar bleven. Het is van belang om vast te stellen dat de kwalificatie van de eigendomssplitsing als opstalrecht (of een ander zakelijk recht) in de appèlprocedure niet in het geding was. De geciteerde overweging uit het cassatie-arrest heeft een schijn van *obiter dictum*, wat meteen reeds de draagwijdte van die overweging danig ondergraaft. Bovendien is die overweging eigenlijk normaal, zelfs evident. Het is inderdaad zo dat niet elke afwijking van de natrekkingsregel een opstalrecht doet ontstaan. Er bestaat een andere afwijking, die de wetgever zelf regelt, nl. de appartementsmede-eigendom (art. 577-3 e.v. BW). Indien een gebouw diverse private kavels (toebehorend aan diverse personen) en gemene delen heeft, worden de natrekkingsregels uitgeschakeld: binnen een basisakte is niet de grond de bijzaak en het gebouw de hoofdzaak, maar wel omgekeerd. De grond is dan immers als gemeen deel bijzaak tegenover de private kavel, die de hoofdzaak is. Indien de eigenaar van een private kavel beschikt, heeft die daad van beschikking zodoende rechtstreeks betrekking op zijn aandeel in, onder andere, de grond. *In casu* lijkt manifest aan die voorwaarden voldaan: elk van de begiftigden was eigenaar van een bovengrondse private kavel, de schenkers bleven eigenaar van twee binnenkoeren, een boerderijgebouw en de kelders. Er zijn dus gemene delen en private kavels die aan verschillende eigenaars toebehoren, wat noopt tot een toepassing van artikel 577-3 e.v. BW. Deze cassatierechtspraak lijkt dus helemaal geen ommekeer in te luiden in de gedachte dat, buiten de appartementsmede-eigendom, een verzaking aan de natrekking met de vestiging van een opstalrecht gelijkstaat.

18. Tot slot wordt vaak verwezen naar de cassatierechtspraak in verband met fiduciaire eigendom tot zekerheid. Deze discussie speelt zich echter af in de sfeer van de zakelijke zekerheden, waar wel een wettelijke grondslag voor het *numerus clausus*-beginsel bestaat (art. 8 Hyp. W.), zodat de zienswijze binnen de zakelijke zekerheden niet zomaar transponeerbaar is. Als

(54) Vgl. S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen* (Antwerpen: Intersentia 2015), nr. 388.

(55) Cass. 6 september 2018, C.17.0265.F, jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=F-20180906-3.

uitzondering op het gelijkheidsbeginsel zijn de zakelijke zekerheden strikter geregeld dan, bijvoorbeeld, de zakelijke gebruiksrechten. We kunnen hiervoor verwijzen naar *infra*, nr. 74-78.

§ 3. CONCLUSIE OVER *TYPENZWANG* NAAR BELGISCH RECHT

19. De grondslag voor de *Typenzwang* naar Belgisch recht lijkt dus niet zeer overtuigend. Een kritische benadering dringt zich op. De discussie is kennelijk – zowel voor de Belgische rechtspraak als rechtsleer – te “almachtig” om ze *in abstracto* te voeren⁽⁵⁶⁾. Een concrete – en dus inductieve – benadering verdient *de lege lata* de voorkeur. Onderstaande discussiepunten zullen aantonen dat er belangrijke rechtsfiguren zijn waarvan de zakelijke of persoonlijke aard aanleiding geeft tot onzekerheid. Bovendien is de gedachte dat de rechtspraktijk geen behoefte heeft aan nieuwe zakelijke rechtsfiguren al te lichtzinnig: er moet immers rekening mee worden gehouden dat de algemene opvatting over de behoeften van de rechtspraktijk mede ingegeven is door de grenzen van het juridisch mogelijke. Een kritische analyse van die grenzen dringt zich dan ook op. Er zijn zelfs concrete aanduidingen dat de rechtspraktijk, bijvoorbeeld in het financieel recht, wel behoefte heeft aan een meer flexibele ontsluiting van het goederenrecht.

B. *TYPENFIXIERUNG* IN HET BELGISCHE RECHT

§ 1. ALGEMEEN: EEN LAXISTISCHE BENADERING VOOR ALGEMENE ZAKELIJKE GEBRUIKS- EN GENOTSRECHTEN

20. Alle zakelijke rechten hebben in het Belgische recht een harde kern, rond dewelke partijen contractueel vrij kunnen moduleren. Tot de harde kern van algemene gebruiks- en genotsrechten behoort steevast ook de beperking in de duurtijd ervan. Met name bij de zakelijke gebruiks- en genotsrechten is deze duurtijd eerder restrictief bij vruchtgebruik (levensduur, bijkomend beperking tot 30 jaar bij rechtspersonen)⁽⁵⁷⁾, bij erfpacht (tussen 27-99 jaar)⁽⁵⁸⁾ en bij opstal (hoogstens 50 jaar)⁽⁵⁹⁾. Op enkele uitzonderingen na bestaan diezelfde restricties niet op inhoudelijk vlak. Dat zal ook blijken op het vlak van de grote overlappingsen die tussen de gebruiks- en genotsrechten bestaan, niet alleen tussen de zakelijke gebruiks- en genotsrechten onderling maar ook tussen de persoonlijke gebruiks- en genotsrechten (huur, bruikleen) enerzijds en de zakelijke gebruiks- en genotsrechten (erfpacht, opstal, vruchtgebruik) anderzijds: wij verwijzen hiervoor naar *infra*, nr. 45 e.v. Voor zover er dan toch wezenskenmerken bestaan waarvan contractueel niet kan

(56) Dat is nochtans de houding van sommige auteurs: J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, I, 37, nr. 30.

(57) Zie artikel 617 *jo.* artikel 619 BW.

(58) Artikel 2 Erfpachtwet.

(59) Artikel 4 Opstalwet.

worden afgeweken, worden die vaak als verouderd afgedaan. Te denken valt in dat kader bijvoorbeeld aan het verplicht bezwarende karakter van een erfpachtrecht(60).

De *Typenfixierung* betekent dus niet dat er binnen het Belgische goederenrecht geen plaats voor wilsautonomie zou zijn. In de gezaghebbende rechtsleer wordt reeds langer verdedigd dat het gesloten karakter van het goederenrecht op gebruiks- en genotsrechten niet van toepassing is(61). De inhoud van die zakelijke rechten wordt minder rigoreus met de jaren, wat één van de verklaringen is voor de *revival* die deze vermogensrechten de laatste decennia hebben gekend. De rechtspraak laat toe dat partijen de zakelijke gebruiks- en genotsrechten kunnen boetsen naar hun eigen behoeften. De bestaande zakelijke rechten kunnen omwille van de suppletieve regeling zo'n grote diversiteit aan situaties dekken dat ze elkaar gedeeltelijk overlappen(62). Met andere woorden: een zelfde juridische situatie kan benoemd worden met verschillende zakelijke of zelfs persoonlijke rechten. Het argument van transparantie ter onderbouwing van het gesloten stelsel wordt hiervoor ondergraven: door de versoepeling kunnen partijen bij een transactie immers niet meer volstaan met de kwalificatie van de op het goed rustende rechten, maar moeten ze de volledige inhoud ervan controleren om de gevolgen ervan te kunnen inschatten. Met andere woorden: de benoeming van de zakelijke rechten verliest zijn gewicht als informatie-element. Bijgevolg kan dit argument de erkenning van onbenoemde zakelijke rechten niet tegenhouden.

21. De partijen hebben de vrijheid om naar eigen goeddunken invulling aan hun zakelijk recht te geven, voor zover ze de wezenlijke kenmerken van het zakelijk recht waarnaar ze zich richten, eerbiedigen.

22. De partijen zijn er bij de algemene gebruiks- en genotsrechten enkel toe gehouden om, behalve de enkele bepalingen van dwingend recht, een beperkte kern van wezenskenmerken van het betrokken zakelijk recht te eerbiedigen. Dat suppletieve karakter is bijzonder uitgesproken bij het recht

(60) De dwingende canonbetaling bij erfpacht staat in de definitie van erfpacht zelf opgenomen (art. 1 Erfpachtwet). Aangezien deze verplichting voorbijgestreefd is, wordt doorgaans aanvaard dat een symbolische vergoeding kan volstaan (bijv. 1 euro per jaar): zie bijv. M. DONNAY, "L'emphytéose", *Rec.gén.enr.not.* 1974, 221, nr. 11; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht* (Mechelen: Kluwer 2014), nr. 713; A. VAN OEVELEN, "Actuele ontwikkelingen inzake het recht van erfpacht en het recht van opstal, in *Zakenrecht. Absoluut niet een rustig bezit* (Antwerpen: Kluwer 1992), 349, nr. 21. Andere auteurs stappen zelfs van dat vereiste af: R. CARTON DE TOURNAI en A.J. CHARLIER, "Quelques considerations d'actualité sur l'emphytéose et la superficie", *JT* 1971, 71.

(61) Zie R. DEKKERS en E. DIRIX, *Handboek*, 57, nr. 128.

(62) Zie V. SAGAERT, "Oude zakenrechtelijke figuren met nut voor een moderne familiale vermogensplanning. Knelpunten van tontine, vruchtgebruik, erfpacht en opstal", in *Levenslang en verder. Familiale vermogensplanning in de 21e eeuw, XXXste postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2003-2004* (Mechelen: Kluwer 2004), (205) nr. 65.

van erfpacht en opstal, maar speelt ook bij de rechten van vruchtgebruik, gebruik en bewoning en toevallige mede-eigendom.

§ 2. EEN MEER RIGIDE BENADERING VOOR ERFDIENSTBAARHEDEN ALS BIJZONDERE EN NIET-EXCLUSIEVE GEBRUIKSRECHTEN?

23. Een afzonderlijke plaats binnen de zakelijke gebruiksrechten bekleden erfdienstbaarheden. De wetgever van 1804 heeft de draagwijdte van grondlasten sterk beperkt als reactie tegen het grondregime tijdens het feodale bestel. Deze grondlasten mochten – in de ogen van de wetgever – immers geen herinvoering van de feodale lasten mogelijk maken⁽⁶³⁾. De erfdienstbaarheden riskeerden – bij een te ruime omschrijving – de moderne vertaling van die feodale lasten te vormen.

Het Napoleontische wetboek heeft zulks uitgedrukt door te bepalen dat grondlasten enkel kunnen rusten op en ten goede komen aan een onroerend goed, niet op of aan de eigenaar daarvan. Artikel 637 BW vergt een objectief nutsvereiste, zowel aan de actiefzijde als aan de passiefzijde: ze moeten ten laste zijn van een lijdend erf en objectief tot voordeel strekken van een heersend erf. Dat objectieve karakter wordt nog eens herhaald in artikel 686 BW, dat bepaalt dat grondlasten enkel mogen worden gevestigd op een onroerend goed (niet op de eigenaar van het lijdende erf) en ten voordele van een ander onroerend goed (en niet van de eigenaar van het heersende erf). Op die manier beoogde de wetgever de lijfeigenschap juridisch te onderdrukken. De openbare orde is bij de omschrijving van erfdienstbaarheden dan ook niet ver weg⁽⁶⁴⁾. De Belgische definitie van erfdienstbaarheden is restrictiever dan de Nederlandse. Toch blijkt ook de categorie van de erfdienstbaarheden almaar uit te dijen. Uit de analyse van de toepassingsvoorwaarden zal blijken dat men hiermee in de 21e eeuw soepeler omspringt dan in de 19e eeuw⁽⁶⁵⁾. Van de vijandige houding tegenover erfdienstbaarheden van het begin van de 19e eeuw is thans niet veel meer te merken.

24. Eerder hebben wij er reeds op gewezen dat het klassieke beginsel krachtens hetwelke erfdienstbaarheden een negatief karakter hebben (*servitus in*

(63) L. LINDEMANS, *Erfdienstbaarheden*, in *Algemene Praktische Rechtsverzameling* (Antwerpen: Kluwer 1958), 58, nr. 142; H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 496; P. MALAURIE en L. AYNÈS, *Les biens* (Paris: Defrénois 2010), nr. 1108; R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, IIB, 590-591, nr. 919B; F. LAURENT, *Principes*, VI, 107, nr. 84; V. SAGAERT, *TPR* 2005, 1064-1065.

(64) Zie voor een recente analyse in het Franse recht: T. GENICON, “L’ordre public des biens et les servitudes: réflexions sur les incidences du droit de jouissance spéciale”, in L. ANDREU (red.), *Liberté contractuelle et droits réels*, 109-132.

(65) Zie reeds in dezelfde zin V. SAGAERT en K. SWINNEN, *Erfdienstbaarheden door het oog van de 21e eeuw* (Brussel: Larcier 2012); in dezelfde zin B. DEPOORTER, *Fragmentation of Property: the law and economics of the anticommons*. Deze auteur schrijft: “The clearest example of this gradual expansion of standard property arrangements in civil law jurisdictions can be found in the creation of new sui generis real rights that run with the land”.

faciendo nequit consistere), steeds meer terugdeinst. Dit gebeurde op twee parallelle wijzen, namelijk (1) door positieve verplichtingen toe te laten voor zover die accessoir blijven binnen het geheel van de erfdienstbaarheid(66) en (2) indien er twijfel bestaat over de positieve dan wel negatieve aard van de hoofdverbintenis doorgaans de kwalificatie als erfdienstbaarheid aan te nemen. Voorbeelden van dit laatste vinden we in de welwillende kwalificatie als erfdienstbaarheden van bedingen van burgerlijke bewoning en concurrentiebedingen(67). Henri De Page stelde reeds de kiemen van die ontwikkeling vast: “*La facilité avec laquelle on contourne la règle Servitus in faciendo consistere nequit fait soupçonner qu'elle est en voie de chanceler. Le jour viendra peut-être où l'on admettra qu'une servitude consiste à faire quelque chose, pourvu que ce soit dans un intérêt public. Ce ne serait pas la première fois que les principes individualistes de la législation romaine céderaient devant le droit de demain*”(68). Het hoeft geen betoog dat dit vanuit rechtshistorisch perspectief, waar positieve grondlasten het feodale regime schraagden, een delicate ontwikkeling is.

De invulling van het vereiste van een voordeel of nut is flexibel(69). Het Hof van Cassatie begrijpt, net zoals meerdere auteurs, het woord “nut” duidelijk in de betekenis van ‘meerwaarde’ *sensu lato*. Daaronder mag niet enkel een economische of financiële meerwaarde worden begrepen, maar ook een groter gebruiksgemak (“(...) ook al had hij geen andere uitwerking dan het gemak bij dit gebruik of die exploitatie te vermeerderen”). Een functionele meerwaarde volstaat dus. Ook een loutere veraangenaming voor het heersend erf volstaat(70). Een voorbeeld daarvan is de tweede toegang tot een erf die toelaat om het erf gemakkelijker, veiliger en via een minder slijkerige weg te bereiken(71). Bovendien, zo wordt in de rechtspraak geoordeeld,

(66) Als accessorium van een negatieve hoofdverplichting hebben die positieve verplichtingen zakelijke werking, met andere woorden ze worden ook opgelegd aan een rechtsopvolger onder bijzondere titel van het lijdende erf (zie daarvoor *APR*, tw. *Erfdienstbaarheden*, 61, nr. 149; H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 499; R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, IIB, 593, nr. 919B; F. LAURENT, *Principes*, VIII, nr. 243).

(67) Voor een diepgaandere analyse: V. SAGAERT, *TPR* 2005, 1067-1070.

(68) H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 499.

(69) Voor een diepgaande bespreking van het nutsvereiste, zie: K. SWINNEN, “Het nutsvereiste bij erfdienstbaarheden” (noot onder Cass. 30 november 2007), *RW* 2008-09, 1048-1051.

(70) Zie o.m.: Rb. Brugge 3 oktober 1997, *RW* 1998-99, 410 = *T.Vred.* 1999, 227, noot P. LECOCQ; Vred. Halle 25 januari 2006, *TBBR* 2009, 295; Rb. Antwerpen 16 juni 1922, *Pas.* 1923, III, 143; *APR*, tw. *Erfdienstbaarheden*, nrs. 161-167; *RPDB*, v° *Servitudes*, nr. 2411.

(71) Cass. 28 januari 2000, *Arr.Cass.* 2000, 243 = *JT* 2000, 464. In dezelfde zin met betrekking tot een tweede toegang: Rb. Brussel 23 maart 2004, *RJI* 2004, (157) 164; Rb. Leuven 14 juni 2000, *TBBR* 2001, 109.

heeft een toekomstig nut of een potentieel nut een marktwaarde en volstaat het dus voor het behoud van de erfdiensbaarheid(72).

C. *TYPENZWANG EN TYPENFIXIERUNG* IN HET WETSONTWERP BOEK II VAN BURGERLIJK WETBOEK

25. Het is binnen dit mijnenveld dat de minister van Justitie, als een van de vele wetgevende initiatieven binnen het domein van het burgerlijk recht, professor Pascale Lecocq en ondergetekende heeft aangesteld om een voorontwerp tot hervorming van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek op te stellen(73). Het initiatief moet het Belgische recht helpen om de sprong naar de 21e eeuw te maken(74). De ambitie was dan ook niet minder dan om Boek 2 te herschrijven, uiteraard zonder daarbij een inhoudelijke(75) revolutie te creëren.

In december 2018 werden een eerste versie van het Wetsontwerp en de memorie van toelichting aan een publieke consultatie onderworpen. Na verwerking van de resultaten hiervan heeft de Ministerraad van 4 mei 2018 zijn akkoord gegeven met deze teksten, die vervolgens aan de Afdeling Wetgeving van de Raad van State voor advies werden voorgelegd. Op 25 oktober 2018 werd het voorontwerp in de schoot van de Ministerraad goedgekeurd, en op 31 oktober 2018 in de Kamer als wetsontwerp ingediend(76). Nadat de auteurs het werk in een hoorzitting in de Kamercommissie hadden verdedigd, heeft de regering zijn meerderheid verloren. Hierdoor is het wetsontwerp niet meer kunnen behandeld worden tijdens de voorbije legislatuur (2014-2019). Onderstaande bespreking is gebaseerd op de publieke versie van zowel het neergelegde Wetsontwerp als de memorie van toelichting.

26. Eén van de eerste uitdagingen bij het opstellen van een nieuw Wetsontwerp was precies om de graad van wilsautonomie en wilsgebondenheid

(72) Rb. Gent 5 november 1999, *AJT* 2000-01, (452) 453; Rb. Brussel 28 april 1993, *TBBR* 1994, 71; Vred. Doornik 7 maart 2000, *JLMB* 2001, 1544. Zie ook: S. BOUFFLETTE, “Passage sur le fonds d’autrui: variations sur un même thème” (noot onder Vred. Fontaine-l’Eveque 14 mei 2004), *JLMB* 2005, 1745, nr. 14; M. MUYLLE en K. SWINNEN, “De contouren van erfdiensbaarheden. Actuele vraagstukken rond hun ontstaan, uitoefening en duur”, in V. Sagaert (ed.), *Goederenrecht*, 2011, (23) 26; V. SAGAERT en K. SWINNEN, *Privaatrechtelijke erfdiensbaarheden door het oog van de 21ste eeuw*, nr. 13.

(73) Ministerieel besluit van 30 september 2017 houdende oprichting van de Commissie tot hervorming van het burgerlijk wetboek, *BS* 9 oktober 2017.

(74) cdn.nimbu.io/s/1jn2gqe/assets/1481026673705/De%20sprong%20naar%20het%20recht%20voor%20morgen.pdf/.

(75) Het is een revolutie, omdat het een einde maakt aan de archaïsche – zelfs anachronistische – wetgeving inzake goederenrecht. De voorgestelde regels zijn inhoudelijk – op enkele uitzonderingen na – niet revolutionair. Ze verankeren de evoluties die vanuit de rechtspraak en rechtsleer reeds waren gedetecteerd. En daar waar ze inhoudelijk toch een vernieuwing inhouden, bouwen ze voort op een pleidooi daartoe in de doctrine.

(76) *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 3348/1 = www.dekamer.be/FLWB/PDF/54/3348/54K3348001.pdf.

in het goederenrecht te bepalen. Die balans wordt gevonden in de eerste bepalingen van het Wetboek. De Franse ervaring had alleszins geleerd dat een algemene bepaling krachtens welke het goederenrecht van openbare orde wordt verklaard (zie *supra*, nr. 8), niet aan de orde was. Dat zou zowel ingaan tegen de conceptuele ontwikkelingen als tegen de behoeften van de rechtspraktijk.

27. Uiteindelijk is een evenwichtig systeem vooropgesteld, waarin zowel aandacht voor rechtszekerheid is, wat van belang is vanuit rechtseconomisch en transparantieperspectief, als voor voldoende flexibiliteit, wat van belang is voor de concrete rechtspraktijk. Het evenwicht bestaat erin dat enerzijds weliswaar een *Typenzwang* en *Typenfixierung* worden vooropgesteld, met een duidelijke wettelijke grondslag, maar anderzijds in het goederenrecht het uitgangspunt van aanvullend recht is. Per slotsom is daardoor de *Typenzwang* streng, maar de *Typenfixierung* veel losser ingevuld.

28. De categorieën van zakelijke rechten worden in artikel 3 van het Wetsontwerp – onder de titel “Gesloten stelsel van zakelijke rechten” opgesomd, waarbij uitdrukkelijk wordt bepaald dat “enkel de wetgever zakelijke rechten kan creëren”. Blijkens de memorie van toelichting speelde het rechtsvergelijkende perspectief hierin een bepalende rol: de vaststelling is dat er over de landsgrenzen heen – en zelfs over de grenzen van *civil law* en *common law* heen⁽⁷⁷⁾ – een standaardisering van zakelijke rechten bestaat, die een meer of minder rigoureuze invulling kan krijgen. Ook een rechtseconomische efficiëntieoefening noopt, blijkens de klassieke literatuur⁽⁷⁸⁾, tot een standaardisering van zakelijke rechten.

Vervolgens wordt een onderverdeling gemaakt tussen de volgende grote categorieën: “De zakelijke rechten zijn het eigendomsrecht, de mede-eigendom, zakelijke gebruiksrechten en de zakelijke zekerheden”. Tot slot worden die laatste twee categorieën nog verder onderverdeeld.

De zakelijke gebruiksrechten zijn de erfdienstbaarheden, het recht van vruchtgebruik, erfpacht en opstal. Wat hierbij opvalt, is dat de thans bestaande rechten van gebruik en bewoning als zodanig niet worden hernomen. Het recht van bewoning wordt in het recht van vruchtgebruik geïntegreerd en aan het regime van vruchtgebruik onderworpen⁽⁷⁹⁾. Het recht van gebruik

(77) In het Engelse recht is dat met name het geval sinds de Law of Property Act 1925. Zie en vgl. P. SPARKES, “Certainty of Property: *Numerus Clausus* or the Rule with No Name?”, *ERPL* 2012, 769-804.

(78) Eerder hebben wij zulks vanuit zakenrechtelijk perspectief reeds bekritiseerd: zie *infra*, nr. 36-40.

(79) Artikel 154, dat de definitie van vruchtgebruik bevat, is aangevuld met een tweede lid: “Een recht van bewoning wordt, behoudens tegenbewijs, vermoed een onoverdraagbaar recht van vruchtgebruik te zijn dat beperkt is tot wat als woning noodzakelijk is voor de titularis van het recht en zijn gezin”.

wordt afgeschaft, omdat de terminologie in de praktijk meer problemen deed ontstaan dan ze oploste. Een recht van gebruik wordt immers vaak met een gebruiksbevoegdheid verward, en die laatste kan uit vele contractskwalificaties voortvloeien (erfpacht, opstal, vruchtgebruik, huur, bruikleen, enzovoort).

De zakelijke zekerheden in de zin van dit Boek, zijn de bijzondere voorrechten, het pand, de hypotheek en het retentierecht, die geregeld worden in Boek 7. Algemene voorrechten die op alle roerende en/of onroerende goederen van hun schuldenaar rusten, zijn niet als zakelijke rechten in de ware zin van het woord te beschouwen. Zij voldoen immers niet aan het specialiteitsbeginsel en zijn niet uitgerust met een volgrecht.

29. De categorieën zakelijke rechten worden opgesomd, en zijn dus aan het scheermes van Ockham onderworpen. Tegelijk poogt het Wetsontwerp gestalte te geven aan de toenemende graad van wilsautonomie in het goederenrecht. De allereerste bepaling van het Wetsontwerp luidt namelijk dat “de partijen kunnen afwijken van de bepalingen van dit Boek, behalve indien het om definities gaat of indien de wet anders bepaalt”. In principe zijn dus alle bepalingen van aanvullend recht, tenzij in twee uitzonderingen, namelijk (1) gevallen waarin de wet anders bepaalt en (2) de definities.

30. Het Wetsontwerp kan bepalen dat een contractuele afwijking is uitgesloten, met andere woorden dat een bepaling van dwingend recht of openbare orde is. Dat is het geval voor twee volledige hoofdstukken uit het Wetsontwerp, namelijk (1) de fiducie (art. 38-51) en (2) gedwongen mede-eigendom (art. 93-115). Voor de fiducie is dat te verantwoorden vanuit de eenheid en ondeelbaarheid van het vermogen. Voor de gedwongen mede-eigendom is zulks te verklaren vanuit het feit dat de voor de praktijk belangrijkste toepassing, namelijk de appartementsmede-eigendom, van oudsher reeds van dwingend recht is(80).

Voor het overige zijn het – op enkele uitzonderingen na – vooral de bepalingen inzake de duurtijd die van dwingend recht zijn. Tegelijk is die duurtijd binnen het kader van het Wetsontwerp wat flexibeler gemaakt. Te verwijzen is bijvoorbeeld naar de duurtijd van het vruchtgebruik (art. 156), erfpacht (art. 186) en opstal, dat onder omstandigheden zelfs eeuwigdurend kan zijn (art. 195).

31. Van definities kan evenmin contractueel worden afgeweken. Voor elk zakelijk recht is er aan het begin van elk hoofdstuk een (functionele) definitie opgenomen die de wezenskenmerken van elk zakelijk recht omvat. Hiermee wordt gestalte gegeven aan de *Typenfixierung* (zie *supra*, nr. 6). Maar ook bij

(80) Zie het huidige artikel 577-14 BW, zoals bij Wet van 30 juni 1994 ingevoerd.

de omschrijving van de goederen zijn er definities opgenomen, bijvoorbeeld het onderscheid tussen lichamelijke en onlichamelijke voorwerpen (art. 54) en de vruchten en opbrengsten (art. 56)(81).

De memorie van toelichting verduidelijkt dat de definitie van een begrip op zich niet dwingend of aanvullend is. Ze wordt alleen dwingend, of zelfs van openbare orde, wanneer ze zich inschrijft in een primaire (of secundaire) regel die op zichzelf dwingend is in de ruime zin van het woord. Ze ontleent dus in werkelijkheid aan de regel waarin ze zich inschrijft, haar aanvullend, dwingend of openbare orde-karakter(82).

IV. DE ARGUMENTEN PRO EN CONTRA: HET *NUMERUS CLAUSUS*-BEGINSEL GEWIKT EN GEWOGEN

32. Abstractie makend van het positieve recht rijst de vraag waarom in vele rechtsstelsels een gesloten stelsel van zakelijke rechten bestaat, en in bijna alle rechtsstelsels een zekere vorm van standaardisering van zakelijke rechten. Zowel rechtshistorische als rechtseconomische argumenten spelen daarbij een rol.

A. RECHTSHISTORISCHE GRONDSLAG

33. Een rode draad doorheen het moderne goederenrecht is dat het gemoeddeleerd is vanuit de afkeer van de opstellers van het Burgerlijk Wetboek tegen het feodale stelsel. Dat is voor het *numerus clausus*-beginsel niet anders(83). Het feodale stelsel was dus gebouwd op de vermenging van het goederenrecht en het verbintenissenrecht. De verbintenisrechtelijke verhouding tussen leenman en leenheer vond zijn grondslag in de grondeigendom, met andere woorden in het zakenrechtelijk statuut van een onroerend goed. Tussen de leenheer enerzijds en de leenmannen anderzijds bestonden leenheerlijke banden, dat wil zeggen dat de leenmannen de economische eigendom kregen van de grond in ruil voor diensten die ze verrichtten voor de leenheer. Anders uitgedrukt: grondlasten waren het instrument voor de binding van de leenman aan de leenheer(84).

(81) Niet alle omschrijvingen in Hoofdstuk II “Goederen” zijn als definitie bestempeld, omdat er vaak conventioneel van kan worden afgeweken.

(82) P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, II, nr. 7.

(83) Zie ook L. PFISTER, “Les particuliers peuvent-ils au gré de leur volonté créer des droits réels? Retour sur la controverse doctrinale du XIXe siècle”, *Revue des contrats* 2013, 1278 e.v.; E. GOESSENS, “De historische oorsprong van het *numerus clausus* beginsel in het goederenrecht”, *Jura Falc.* 2010-11, 153-208. Voor een diepgaande rechtsvergelijkende analyse van één van de voornaamste dimensies: D. HEIRBAUT, “Feudal Law: the Real *Ius Commune* of Property in Europe, or: Should We Reintroduce *Duplex Dominium*?”, *ERPL* 2003, 301-320.

(84) APR, tw. *Erfdienstbaarheden*, 58, nr. 142; H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 496; R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, IIB, 590-591, nr. 919B.

Terwijl in het Engelse recht dit stelsel werd gecontinueerd⁽⁸⁵⁾, werd het op het continent afgebroken met de Franse Revolutie. In artikel 1 van het Decreet van 28 september 1791 staat: “*le territoire de la France (...) est libre comme les personnes qui l’habitent*”. De vrijheid van het individu kwam in conflict met de gebondenheid (“*tenure*”) van de landeigendom zoals men die onder het feodale regime kende. Vanuit een Hegeliaanse inspiratie⁽⁸⁶⁾: de bevrijding van het eigendomsrecht van de veelheid aan grondlasten werd beschouwd als een vereiste om de vrijheid van de mens te bekomen. De verabsolutering van de individuele vrijheid is de externe factor die tot een wijziging van het goederenrecht heeft geleid⁽⁸⁷⁾.

Eigendom – gedacht werd aan grondeigendom – werd verabsoluteerd en tot een ondeelbaar recht gemaakt⁽⁸⁸⁾. De wetgever van 1804 verleende aan de eigenaar twee grote bevoegdheden, namelijk (1) enerzijds het recht om het meest absolute gebruiks-, genots- en (vooral) beschikkingsrecht van een goed te hebben en (2) anderzijds het recht om anderen hiervan uit te sluiten. In die zin heeft de wetgever een individualistisch eigendomsconcept tot stand gebracht. Dat leidde ertoe dat de mogelijkheid om gebruiks- en genotsrechten af te staan aan derden en zo de bevoegdheden van de eigenaar te beperken, aan banden werd gelegd. Binnen onroerende eigendom – veruit het belangrijkste op dat ogenblik – leidde dit tot een beperking van de contractsvrijheid in het goederenrecht. Met andere woorden: de *numerus clausus* van het goederenrecht is de juridische vrucht van de Franse Revolutie⁽⁸⁹⁾.

34. Deze traditionele rechtshistorische analyse van de *numerus clausus* stuitte op kritiek⁽⁹⁰⁾. Het gesloten systeem van het goederenrecht zou, zo luidt het argument van de critici, immers de weerspiegeling vormen van een

(85) Voor een rechtsvergelijkend perspectief: P. SPARKES, *ERPL* 2012, 769-804.

(86) Zie en vgl. G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (Heidelberg 1821), §46: “*die Bestimmungen, die das Privateigentum betreffen, können höheren Sphären des Rechts, einem Gemeinwesen, dem Staate, untergeordnet werden müssen, wie [es] in Rücksicht auf Privateigentümlichkeit beim Eigentum einer sogenannten moralischen Person, Eigentum in toter Hand, der Fall ist. Jedoch können solche Ausnahmen nicht im Zufall, in Privatwillkür, Privatnutzen, sondern nur in dem vernünftigen Organismus des Staates begründet sein*”, verder ook §62-63.

(87) Het is onmogelijk om binnen het bestek van deze bijdrage in te gaan op de vraag welke factoren tot een wijziging van het zakenrechtelijke systeem kunnen leiden. In de Amerikaanse rechtseconomische literatuur heeft Demsetz een theorie uitgewerkt, die sindsdien naar hem wordt genoemd. Voor een toepassing op de wijziging van de Europese en gekoloniseerde gebieden zie S. BANNER, “Transitions between Property Regimes”, *Journ. L.S.* 2002, 359-371.

(88) Art. 17 Universele Verklaring van de Rechten van de Mens en de Burger (26 augustus 1789): “*La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n’est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l’exige évidemment, et sous la condition d’une juste et préalable indemnité*”.

(89) Zie de rechtshistorische literatuur vermeld in vn. 85. Zie ook F. PARISI, *Am. Journ. Comp. Law* 2002, 602-604.

(90) In dezelfde zin J. ALBERT, “Numerus clausus des droits réels démembrés: origines et évolutions”, *Rev. Fac. Dr. Liège* 2017, 511-528.

hiërarchisch gestructureerd en conservatief samenlevingsmodel. Een deel van de Angelsaksische auteurs gaat zelfs zo ver om het *numerus clausus*-beginsel te zien als een poging om het oude feodale bestel te restaureren: “*The numerus clausus reflects a feudal vision of property relationships designed to channel (force?) people into pre-set social relationships*”(91). Het gesloten laddersysteem van het goederenrecht zou de kastenmaatschappij eerder in de hand werken dan ze af te schaffen(92).

Deze zienswijze vindt bevestiging in de vaststelling dat de Franse rechtspraak en rechtsleer pas aan het einde van de 19e eeuw tot aanvaarding van het *numerus clausus*-beginsel zijn gekomen. In een eerste beweging werd de wilsautonomie – als element van het goederenrecht – ook binnen het goederenrecht sterk benadrukt zodat de rechtspraak en de rechtsleer in de vroege 19e eeuw de vrijheid van partijen erkenden om nieuwe zakelijke rechten tot stand te brengen. Wij verwijzen hiervoor naar het arrest *Caquelard*: zie *supra*, nr. 7. Bovendien vindt zulks bevestiging in de vaststelling dat de wetgever van 1804 het *numerus clausus*-beginsel zelfs niet wettelijk heeft gehuldigd (zie *supra*, nr. 13-15). Als het beginsel voor de wetgever van 1804 zo cruciaal was, waarom is er dan geen enkele bepaling die het expliciet verankert?

35. Hieruit blijkt dat de verhouding tussen het gesloten systeem van goederenrecht en het feodale stelsel op zijn minst dubbelzinnig is. De historische argumenten – indien ze al op één lijn kunnen worden gebracht – lijken in het huidige recht goeddeels voorbijgestreefd(93). Wanneer men in het begin van de 19e eeuw al niet streng de hand hield aan dat gesloten systeem, rijst de vraag wat van dit beginsel nog kan overblijven aan het begin van de 21e eeuw.

B. RECHTSECONOMISCHE GRONDSLAG

§ 1. ALGEMEEN: ‘NUMERUS CLAUSUS’ IN DE BALANS TUSSEN ‘COMMONS’ EN ‘ANTI-COMMONS’

36. Een belangrijk argument dat ter ondersteuning van wilsgebondenheid in het goederenrecht wordt aangedragen, is de rechtseconomische efficiëntie van het goederenrecht(94). Het gesloten stelsel van het goederenrecht is nochtans contra-intuïtief: men zou kunnen denken dat het beste middel om zo veel mogelijk rijkdom uit een goed te halen bestaat in de volledige

(91) C.J. BERGER en J.C. WILLIAMS, *Property: land ownership and use*, 211.

(92) T.W. MERRILL en H.E. SMITH, *Yale L.J.* 2000, 7.

(93) P. CROCO, *Propriété et garantie*, 198, nr. 246; R. LIBCHABER, in *Le bicentenaire du Code civil*, 364, nr. 60.

(94) Zie ook S. VAN ERP, “A numerus quasi-clausus of property rights as a constitutive element of a future European property law?”, in K. Boele-Woelki, C.H. Brants en G.J.W. Steenhoff (ed.), *Het plezier van de rechtsvergelijking. Opstellen over unificatie en harmonisatie van het recht in Europa aangeboden aan prof. mr. E.H. Hondius* (Deventer: Kluwer 2003), 41.

vrijheid van de economische actoren om vermogensrechten te vestigen op deze goederen(95). Dat blijkt te simplistisch. De (vooral Angelsaksische) *law and economics* literatuur over het economisch *optimum* laat een andere stem horen(96).

De traditionele rechtseconomische grondslag voor het *numerus clausus*-beginsel wordt geboden door de leer van de *tragedy of the commons*(97). De grondgedachte is dat indien iedereen vrij gebruik kan maken van goederen, een impuls ontstaat voor een maximale en ondoelmatige uitputting van het goed, zodat het risico ontstaat op totale vernietiging van het goed. Het goed zal zelfs gebruikt worden tot op het niveau van een negatieve marginale productiviteit. De reden hiervoor bestaat erin dat binnen de *pool* van gemeenschappelijke gebruikers het prioriteitsprincipe geldt: “eerst komt, eerst maalt”. De kosten ten gevolge van een ondoelmatig gebruik worden immers over eenieder verdeeld, terwijl de vruchten van het goed door de gebruiker individueel worden opgestreken(98). Collectief leidt zulks dus tot een verarming.

Ook de tegengestelde theorie komt bij de graad van wilsautonomie in het vizier, namelijk de *tragedy of the anti-commons*(99). De grondgedachte van deze leer is dat een te grote gebruiksexclusiviteit een risico doet ontstaan op een “ondergebruik” van de betrokken goederen. Indien de verdeling van bevoegdheden niet optimaal zou zijn, zal niet het maximale rendement uit het goed worden gehaald. Als alle goederen vrij overdraagbaar zouden zijn en de transactiekosten nihil zouden zijn, zou zulks geen verschil uitmaken aangezien de goederen dan altijd zouden worden overgedragen aan de gebruiker die er het meeste nut uit kan halen. Aangezien evenwel transactiekosten

(95) In die zin P. MALAURIE en L. AYNÈS, *Les biens*, nr. 357.

(96) H. HANSMANN en R. KRAAKMAN, “Property, Contract and Verification: the *Numerus Clausus* Problem and the Divisibility of Rights”, *Journ. L.S.* 2002, 373-451; T.W. MERRILL, “Introduction: the Demsetz Thesis and the Evolution of Property Rights”, *Journ. L.S.* 2002, 331-358; T.W. MERRILL en H.E. SMITH, “Optimal standardisation in the Law of Property: The *Numerus Clausus* Principle”, *Yale L.J.* 2000, 1-70; F. PARISI, *Am. Journ. Comp. Law* 2002, 595-632; B. RUDDEN, in *Oxford Essays in Jurisprudence, Third Series*, 239-263.

(97) De grondslag van deze theorie werd geboden door H. GORDON, “The economic Theory of a Common-Property Resource: the Fishery”, *Journal of Political Economy* 1968, 32 e.v. Zie voor andere referenties: F.A. FRIEDMAN, “The Economics of the Common Pool: Property Rights in Exhaustible Resources”, *UCLA Law Review* 1971, 855-873; E. OSTROM, “Private and Common Property Rights”, in B. Bouckaert en G. De Geest (red.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume II (Aldershot: Edward Elgar 2001), 322-379.

(98) Dit wordt traditioneel in de parabel van de herders uitgedrukt: als herders hun schapen kunnen laten grazen op een gemeenschappelijke weide, zal elke herder zo veel mogelijk schapen op de weide doen grazen, ook al tast dat op lange termijn de productiviteit van de weide aan. De opbrengst van een toename van zijn schapen komt immers aan de herder individueel toe, terwijl de kosten van de uitputting van de weide over allen worden gedeeld.

(99) Zie hierover M.A. HELLER, “The Boundaries of Private Property”, *Yale L.J.* 1999, 1197 e.v. Zie ook J. BUCHANAN en Y.J. YOON, “Symmetric tragedies: Commons and Anticommons Property”, *Journal of Law and Economics* 2002, 453-473; B. DEPOORTER, *Fragmentation of Property: the law and economics of the anticommons*, 41 e.v.

(administratieve kosten, registratierechten, notariskosten, enz.) zijn verbonden aan de overdracht van goederen, is dat niet het geval.

Beide antipolen moeten in een goederenrechtelijk regime in balans worden gebracht(100). Indien een te grote vrijheid wordt verleend aan de eigenaar om zijn eigendomsrecht te fragmenteren, ontstaat het risico dat de veelheid aan gerechtigden de goederenwereld uitput door op korte termijn zo veel mogelijk winst uit het goed te halen. Wilsvrijheid als antipool van duurzaamheid. Indien het goederenrecht echter te rigoureuus is bij de erkenning van afsplitsingen van het eigendomsrecht ontstaat het risico van een ondoelmatig gebruik van de goederenwereld. In een ideaal model van het goederenrecht zijn de exclusiviteit van het eigendomsrecht en de fragmentering van het eigendomsrecht complementaire attributen: “*A limited exclusion anticommons regime, where a demarcated group have rights to exclude, resembles that of common property arrangements, where the allocation of the right of use is restricted to members of the group*”(101). Een zekere standardisering van de zakelijke rechten kadert dus in dat evenwicht.

§ 2. DE BIJDRAGE VAN HET *NUMERUS CLAUSUS*-BEGINSEL TOT DE TRANSACTIEKOSTEN

37. Een ander rechtseconomisch argument ter ondersteuning van het *numerus clausus*-beginsel gaat uit van de absolute werking van zakelijke rechten, hun zogenoemde werking *erga omnes*(102). Het moet, zo luidt het argument, worden verhinderd dat derden verrast worden door afsplitsingen van het eigendomsrecht waarvan ze het bestaan of de inhoud niet kennen(103). Ter bescherming van het rechtmatig vertrouwen van derden is een publiciteitsstelsel uitgebouwd. Voor roerende goederen vormt het bezit de publiciteit. Voor schuldvorderingen gaat het om de kennisgeving (art. 1690 § 1 lid 2 tot 4 BW). Voor onroerende goederen gaat het om de over- of inschrijving van de zakelijke rechten in de hypothecaire registers (art. 1 Hypotheekwet). De

(100) T.W. MERRILL en H.E. SMITH, *Yale L.J.* 2000, 38 e.v.

(101) B. DEPOORTER, *Fragmentation of Property: the law and economics of the anticommons*, 67.

(102) Voor een bespreking van dit vereiste als onderscheidend kenmerk tussen zakelijke en persoonlijke rechten: zie *supra*, nr. 10.

(103) I. PEETERS, in *Overeenkomsten en derden: De externe gevolgen van overeenkomsten en de derde-medeplichtigheid* 68, nr. 30. vgl. Keppell v. Bailly (1834) Eng. Rep. 1042, 1049 = swarb.co.uk/keppell-v-bailey-chd-29-jan-1834/: “*There can be no harm to allowing the fullest latitude to men in binding themselves and their representatives, that is, their assets real and personal, to answer in damages for breach of their obligations. This tends to no mischief, and is a reasonable liberty to bestow, but great detriment would arise and much confusion of rights if parties were allowed to invent new models of holding and enjoying real property, and to impress upon their lands and tenements a peculiar character, which should follow them into all hands, however remote. Every close, every messuage, might thus be held in several fashion, and it would hardly be possible to know what rights the acquisition of any parcel conferred, or what obligations it imposed*”.

beperking van het aantal zakelijke rechten leidt tot een beperking van de rechten die in de openbare registers (hypotheekregisters) kunnen worden gepubliceerd en dus tot een vereenvoudiging van het publiciteitssysteem. Een eenvoudig toegankelijk en inzichtelijk publiciteitssysteem verlaagt op zijn beurt de transactiekosten van de overdracht. Het feit dat derden op eenvoudige manier het zakenrechtelijk statuut van het goed kunnen kennen, zou de overdracht sneller, eenvoudiger en rechtszekerder maken voor de koper(104). Dat geldt *a fortiori* voor de zakelijke zekerheidsrechten. Een potentiële kredietverlener moet op eenvoudige wijze kennis kunnen krijgen van anterieure zekerheidsrechten die voorrang zouden krijgen indien de debiteur insolvent zou blijken. In die zin schrijven René Dekkers en Eric Dirix dat “een gezond zakenkrediet eist dat derden nooit op andere zekerheden stuiten, dan bij de wet voorzien”(105).

38. We hebben dit argument reeds eerder bekritiseerd, in de mate dat hieruit moet worden afgeleid dat het beginsel geen positieve bestaansreden heeft, maar zijn grondslag vindt in de onvolkomenheid van de publiciteitsregisters(106). Indien het mogelijk zou zijn om een publiciteitssysteem op poten te zetten dat voldoende efficiënt is om de inhoud van alle vermogensrechten – benoemd of onbenoemd – kenbaar te maken voor derden, zou dit het *numerus clausus*-beginsel ondergraven(107). Dit is bijgevolg geen argument *pro* het *numerus clausus*-beginsel, maar wel *pro* een centralisering en verdergaande informatisering van de publiciteitsregisters(108), d.i. het perspectief dat de Belgische wetgever genomen heeft bij de uitwerking van het centrale pandregister.

Bovendien lijkt het argument er te veel van uit te gaan dat benoemde zakelijke rechten eenvoudiger kenbaar zijn voor derden dan onbenoemde zakelijke rechten. Nochtans is in beide gevallen niet de vlag maar wel de lading bepalend voor derden. Indien een derde in de hypotheekregisters vaststelt dat een onroerend goed belast is met een erfpacht, opstal of vruchtgebruik, zal hij de inhoud van dat recht moeten analyseren: welke duurtijd heeft het, wat is het

(104) P. CROCO, *Propriété et garantie*, 199, nr. 247. De vooraanstaande Amerikaanse rechts-econoom Richard Posner schrijft in dezelfde zin “*One problem is that having too many sticks in the bundle of rights that is property increases the costs of transferring property*” (R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Boston: Little, Brown 1986, 61). In dezelfde zin B. DEPOORTER, *Fragmentation of Property: the law and economics of the anticommons*, 145: “*These transaction costs increase with the extent of fragmentation*”.

(105) R. DEKKERS en E. DIRIX, *Handboek*, II, 57, nr. 128.

(106) Zie uitvoeriger V. SAGAERT, *TPR* 2005, 1054-1056.

(107) In dezelfde zin M.E. STORME, *Handboek Vermogensrecht*, 46. In rechtsvergelijkend perspectief: F. PARISI, *Am. Journ. Comp. Law* 2002, 625. Zie ook U. MATTEI, *Basic Principles of Property Law* (Greenwood Publishing Group 2000), 91-92: de vrijheid om zakelijke rechten te vestigen zou volgens deze auteur gevrijwaard moeten worden “*until the social signals that he or she conveys to the market are not ambiguous and capable of misleading the reliance of third parties*”.

(108) F. PARISI, *Am. Journ. Comp. Law* 2002, 625.

rendement van dit recht, zijn er beëindigingsmogelijkheden, enzovoort? Op basis daarvan kan hij bepalen of de bezwaring van het recht een hinderpaal dan wel net een aantrekkingspool vormt om bijvoorbeeld het onroerend goed aan te kopen. Dat verschilt in wezen niet van een onbenoemd zakelijk recht. Dit argument vermengt dus ten onrechte *Typenzwang* en *Typenfixierung*, met andere woorden de vrijheid van vestiging van de zakelijke rechten en de vrijheid om de inhoud ervan te bepalen. Niet de benaming die men aan het recht geeft, is bepalend, maar wel de inhoud ervan(109).

Het argument kan bovendien worden afgeblokt met de vraag waarom een derde niet genoegzaam zou worden beschermd indien een onbenoemd recht in de hypothecaire registers zou worden overgeschreven. Indien dit op kosten van de titularis zou gebeuren, zou dit de rechtmatige belangen van derden niet méér in het gedrang brengen dan indien enkel benoemde zakelijke rechten het voorwerp uitmaken van registratie(110). Deze gedachte heeft bijvoorbeeld de Nederlandse wetgever toegepast bij de invoering van de kwalitatieve verbintenissen: zij zijn slechts uitgerust met een volgrecht indien zij in de hypothecaire registers zijn aan te treffen(111). Ook in het Belgische recht zijn sporen van de overschrijving van persoonlijke rechten terug te vinden, zoals huurovereenkomsten van meer dan negen jaar (art. 1 Hyp. W.) en van het reglement van mede-eigendom (art. 577-5 BW).

Ten slotte is dit argument beperkt tot registergoederen, waarvan het zakenrechtelijk statuut uit een openbaar register blijkt. Bij goederen waarvoor in een ander publiciteitsregime is voorzien – zoals schuldvorderingen (kennisgeving aan de schuldenaar) en roerende lichamelijke goederen (buitenbezitstelling) – geldt dit argument niet.

39. Een ander argument ter ondersteuning van het gesloten stelsel, is het vrije handelsverkeer. Het moet worden vermeden, zo luidt het argument, dat de gevolgen van de beperkt zakelijke rechten al te ver uitdeinen. Indien het eigendomsrecht te zwaar belast wordt met beperkt zakelijke rechten, zou immers een economisch schadelijke toestand ontstaan waarin het beschikingsrecht en het gebruiks- en genotsrecht niet of op economisch nefaste wijze worden uitgeoefend(112). Bovendien zou een ongebreidelde vrijheid om

(109) Zie H. HANSMANN en R. KRAAKMAN, *Journ. L.S.* 2002, 380-381: “It is not in fact plausible that an increase in the available menu of property rights generates a meaningful degree of confusion that in turn provides a rationale for limiting the size of menu. The number of forms that the law defines or is prepared to enforce has little bearing on ease of communication”.

(110) B. RUDDEN, *Oxford Essays in Jurisprudence, Third Series*, (239) 246. In deze zin in het Franse recht: P. CROCO, *Propriété et garantie*, 199, nr. 247.

(111) Zie artikel 6:252 Nederlands BW.

(112) In de Belgische rechtsleer is dit opgemerkt als één van de argumenten voor het tijdelijke karakter van het recht van vruchtgebruik (art. 617-619 BW) en de mogelijkheid tot omzetting van het erfrechtelijk vruchtgebruik (art. 745*quater* BW) (zie o.a. R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, IIA, 341, nr. 843).

beperkt zakelijke rechten te creëren een inbreuk vormen op de vrije beschikbaarheid van het eigendomsrecht. Een eigendomsrecht dat ontbloomt is door allerhande beperkt zakelijke rechten wordt *de facto* onbeschikbaar. Aldus zou het bijdragen tot een dode hand, en het essentiële element van het eigendomsrecht, namelijk de beschikkingsbevoegdheid, drastisch inperken(113).

Dat argument hangt samen met het feit dat de economische kost van de afsplitsing van het eigendomsrecht kleiner is dan de economische kost om het volle eigendomsrecht terug te herstellen: als een eigenaar zijn eigendomsbevoegdheden wil opsplitsen, draagt hij geen strategische kosten, aangezien hij enkel rekening moet houden met zijn eigen beslissing. Als daarentegen titularissen van een beperkt zakelijk recht de afgesplitste rechten willen herverdelen om een efficiëntere bundel van bevoegdheden af te splitsen, is de beslissing van elke gerechtigde mede afhankelijk van de beslissing van de anderen. Aldus gaat het herstel van het volle eigendomsrecht gepaard met strategische kosten en doet een te verregaande fragmentering een economisch schadelijke toestand ontstaan(114).

Ook ten aanzien van dit argument is echter kritiek mogelijk. Indien onbenoemde zakelijke rechten op een goed zouden worden gevestigd, zou dit hoogstens een invloed kunnen hebben op de verkoopprijs, maar niet op de beschikkingsmogelijkheden. Indien bijvoorbeeld X zijn onroerend goed met een erfpachtrecht bezwaart, kan hij daaruit een zekere gebruiksopbrengst putten. Hij blijft echter vrij om het onroerend goed naderhand aan Z te verkopen, zij het dat hij dan uiteraard enkel de restwaarde van het goed zal kunnen opstrijken. Er valt niet in te zien waarom de rechtsorde in het goederenrecht moet beslissen om een dergelijke prijsdaling tegen te gaan, terwijl een soevereine beslissing van de eigenaar van het goed binnen het domein van het verbintenissenrecht wel wordt gehonoreerd(115). Bovendien geldt dit argument in dezelfde mate voor benoemde zakelijke rechten als voor onbenoemde zakelijke rechten.

40. Hierboven hebben we kritiek geuit op elk van de rechtseconomische argumenten. Er geldt ook een algemeen bezwaar: geen van deze biedt een verklaring waarom de partijen dan wél volledig vrij zijn om persoonlijke rechten te vestigen op een goed. Hoewel er ook binnen het contractenrecht

(113) H. DE PAGE, *Traité*, V, nr. 897.

(114) M.A. HELLER, 1165-1166; F. PARISI, *Am. Journ. Comp. Law* 2002, 626. Vgl. ook B. RUDDEN, *Oxford Essays in Jurisprudence, Third Series*, (239) 259: “If, as in a development area, the property entitlements and correlative burdens are widely dispersed, there will be hold-out and free-rider difficulties. Perhaps, then, there is sense in limiting the occasions for any of these expensive situations by restricting, ere their birth, the class of real rights. If this be a good reason, it is strange that so little of the standard doctrine and case law spells it out”.

(115) R. EPSTEIN, “Notice and Freedom of Contract in the Law of Servitudes”, *S. Cal. L.R.* 1982, (1353) 1360; T.W. MERRILL en H.E. SMITH, *Yale L.J.* 2000, 30-31; B. RUDDEN, in *Oxford Essays in Jurisprudence, Third Series*, (239) 253.

benoemde categorieën zijn (“benoemde overeenkomsten”), blijven de partijen volledig vrij om daarvan af te wijken en een onbenoemd contract te sluiten (‘contractsvrijheid’). Nochtans leidt ook de bezwaring met persoonlijke rechten tot transactiekosten bij de overdracht van goederen, aangezien een potentiële overnemer zal willen weten welke persoonlijke rechten een goed bezwaren(116). Een huurrecht bijvoorbeeld is doorgaans bezwarender voor het eigendomsrecht – en dus hinderlijker voor de vrije uitoefening van de eigendomsbevoegdheden – dan een erfdiensbaardheid. Bijgevolg kunnen ook persoonlijke rechten de vrije verhandelbaarheid van het goed, of althans de waarde ervan drukken.

Ten slotte kan men ook kritiek uitoefenen op het eenzijdige perspectief van deze argumenten. Naast het rechtseconomische aspect zou men immers ook aandacht moeten hebben voor andere aspecten dan enkel de transactiekosten. Een economische analyse van het *numerus clausus*-beginsel staat in functie van de maatschappij waarin dit beginsel opereert(117). Een rigide opvatting inzake *numerus clausus* is in een agrarische maatschappij met landoverschot, waar grondeigendom gelijkstaat met overlevingskansen, te verantwoorden. De demografische en economische context is echter danig gewijzigd. In de huidige maatschappij is een grotere flexibiliteit geboden en dringt een meervoudig grondgebruik – denk maar aan de betonstop – zich op. Het goederenrecht – in alle Europese rechtsstelsels – zou daaraan aangepast kunnen worden.

V. DE ROL VAN EXCLUSIVITEIT VOOR HET GESLOTEN STELSEL VAN HET GOEDERENRECHT

41. Exclusiviteit is een zwaar beladen notie in het goederenrecht. Het is de (hierna als subjectief aangeduide) exclusiviteit – vooral van het eigendomsrecht – die historisch gezien de onderbouwing moest geven aan de afschaffing van de feodaliteit en aldus de grondslag vormt voor het moderne goederenrecht. Het is de exclusiviteit ook die de grondslag vormt voor het vrijheidsstreven aan het einde van de 18e eeuw. De verabsolutering van de individuele vrijheid is de externe factor die tot een wijziging – paradoxaal genoeg: een

(116) Vgl. daarvoor H. HANSMANN en R. KRAAKMAN, *Journ. L.S.* 2002, 380.

(117) J.M. VAN DUNNÉ, “Het zakenrecht als open systeem (van verbintenissen). Of: de natuur is sterker dan de leer”, in *In het nu, wat worden zal* (Deventer: Kluwer 1991), 54: Aldus schrijft Jan van Dunné: “Het recht moet hier de maatschappelijke behoeften, zoals die nu en in de toekomst onderkend worden, dienen, niet belemmeren. Natuurlijk zitten financieringsmaatschappijen en banken hierop niet te wachten, het afwikkelen van schulden en het nemen van verhaal wordt er niet gemakkelijker op, maar er zijn nog andere belangen die in de samenleving gewicht in de schaal leggen, althans zouden moeten leggen.”

verstrakking – van het goederenrecht heeft geleid⁽¹¹⁸⁾. Exclusiviteit was dan ook een centrale notie bij de codificatie van het goederenrecht in 1804⁽¹¹⁹⁾.

Het is diezelfde exclusiviteit die *anno* 2018 zwaar onder vuur ligt vanuit de *tragedy van de anti-commons*, maar vooral ook vanuit de sociale dimensie van het goederenrecht. Allerhande “nieuwe” eigendomsvormen – zoals *co-housing* en *community land trust* – vergen een gemeenschapsopbouw en dus een afzwakking van de klassieke exclusiviteitsgedachte⁽¹²⁰⁾.

42. Bij nader inzien kan exclusiviteit in het vermogensrecht twee dimensies hebben, namelijk een ‘objectieve’ (of ‘categorische’ of ‘externe’) objectiviteit en (2) een subjectieve (of ‘interne’) exclusiviteit.

Objectieve exclusiviteit betekent de exclusiviteit tussen de categorieën van vermogensrechten. Met andere woorden: in geval van objectieve exclusiviteit kan een bepaalde bundel bevoegdheden slechts onder één soort vermogensrecht vallen. Nog anders gezegd: een bepaalde lading kan slechts door één vlag gedekt worden. Objectieve exclusiviteit zou betekenen dat er geen overlapping bestaat tussen de diverse vermogensrechten.

Subjectieve exclusiviteit is de exclusiviteit op het vlak van de bevoegdheden. Het houdt in dat een titularis van een vermogensrecht de enige is die bepaalde bevoegdheden kan uitoefenen, met uitsluiting van alle derden die geen titularis zijn. De bevoegdheden van de titularis van het vermogensrecht zijn met andere woorden *privatief*.

43. Hieronder zullen we nagaan in welke mate er sprake is van *objectieve exclusiviteit* en *subjectieve exclusiviteit* in het Belgische vermogensrecht.

A. OBJECTIEVE EXCLUSIVITEIT VAN DE VERMOGENSRECHTEN: GEBRUIK ALS MEERLAGIG CONCEPT

44. Wanneer men een overeenkomst betitelt als ‘recht van gebruik’ kan die vlag vele ladingen dekken. Slechts zelden wordt bedoeld op het zakelijk

(118) Wij verwijzen voor dit rechtshistorische argument alweer naar de referenties in vn. 85. Het is onmogelijk om in het bestek van deze bijdrage in te gaan op de vraag welke factoren tot een wijziging van het zakenrechtelijke systeem kunnen leiden. In de Amerikaanse rechts-economische literatuur heeft Demsetz een theorie uitgewerkt, die sindsdien naar hem wordt genoemd. Voor een toepassing op de wijziging van de Europese en gekoloniseerde gebieden: zie S. BANNER, *Journ. L.S.* 2002, 359-371.

(119) Zie o.a. J. DABIN, “Une nouvelle définition du droit réel”, *Rev. trim. dr. civ.* 1962, 21; M. FABRE-MAGNAN, “Propriété, patrimoine et lien social”, *Rev. trim. dr. civ.* 1997, 584. Zie ook S. VAN ERP, “Civil and Common Property Law: Caveat Comparator – The Value of Legal Historical-Comparative Analysis”, *ERPL* 2003, 409-411.

(120) Zie hiervoor de diverse bijdragen in het boek *Opening Doors. Notarieel Congres Gent 2017* (Brussel: Larcier 2017).

recht van gebruik, dat geregeld wordt in artikel 625 e.v. BW, en dat een *minus* van het vruchtgebruik vormt (maar waarvan in het Wetsontwerp Goederenrecht de afschaffing wordt voorgesteld). Meestal viseren de partijen met ‘recht van gebruik’ een gebruiksbevoegdheid, die in vele rechten kan worden opgenomen(121). Het kan zowel verwijzen naar persoonlijke rechten (huur, bruikleen) als naar zakelijke rechten (erfpacht, opstal, vruchtgebruik, gebruik en bewoning). De vraag rijst of tussen die gebruiks- en genotsrechten onverenigbaarheden bestaan, waardoor eenzelfde recht slechts onder één kwalificatie kan vallen, dan wel of er overlappingen zijn tussen de vermogensrechtelijke gebruiksrechten.

§ 1. GEEN EXCLUSIVITEIT TUSSEN PERSOONLIJKE EN ZAKELIJKE GEBRUIKSRECHTEN: HUUR ALS QUASI-ZAKELIJK RECHT

45. In de rechtsleer wordt vaak de nadruk gelegd op de verschillen tussen zakelijke gebruiksrechten (vooral erfpacht) en persoonlijke gebruiksrechten (vooral huur). Hierna zal evenwel blijken dat elk van de zakelijke gebruiksrechten grote overlappingen vertoont met het huurrecht op het vlak van zijn karakterisering.

46. In de eerste plaats is er de verhouding tussen erfpacht en huur. De *zakelijke* aard van een erfpachtrecht wordt vaak afgezet tegen de *persoonlijke* aard van het huurrecht(122). Uit de navolgende analyse zal blijken dat het eerder een gradueel dan een substantieel onderscheid betreft. Een erfpachtrecht is een soort versterkt huurrecht, een “huurrecht in het kwadraat” als het ware. Men kan in een huurcontract de bevoegdheden van de huurder contractueel uitbreiden, en in een erfpachtcontract de bevoegdheden van de erfpachter contractueel beperken, waardoor het onderscheid in de praktijk vervaagt. Hiertoe analyseren en bekritisieren we in

(121) Dat is ook de reden waarom het Wetsontwerp Goederenrecht voorstelt om het zakelijk recht van gebruik af te schaffen. De memorie van toelichting bepaalt daarover: “Er is voor geopteerd om het recht van gebruik, dat in de artikelen 625 tot 636 van het Burgerlijk Wetboek voorkwam, niet als zodanig te hernemen. Immers kan een recht van vruchtgebruik, zoals contractueel gemoduleerd, alle doelstellingen realiseren die een recht van gebruik nastreeft. Het aanvullende karakter van het regime dat vruchtgebruik beheerst, laat een modalisering van het recht toe dat tot hetzelfde resultaat leidt als bij het huidige recht van gebruik. Het concept “gebruik” wordt overigens in de praktijk vaak gebruikt in vele contexten die niet het technische recht van gebruik viseren, waardoor het ook aanleiding geeft tot verwarring en rechtsonzekerheid.”

(122) F. DE MONTPELLIER, “Usufruit, emphytéose et superficie. Limites de l’autonomie de la volonté et utilisation combinée”, in *Onroerend goed als beleggingsinstrument* (Brussel: Larcier 2003), 15, nr. 28; M. DONNAY, *Rec.gén.enr.not.* 1974, 234, nr. 29; P. LECOCQ, S. BOUFFLETTE, A. SALVÉ en R. POPA, *Manuel de droit des biens*, II, 446-447, nr. 2.

het navolgende de onderscheidingscriteria die in de traditionele rechtsleer worden vooropgesteld(123).

Vooreerst zou de tegenwerpelijkheid van de door de overeenkomsten ingestelde rechten verschillen, waarbij wordt verwezen naar de absolute tegenwerpelijkheid van zakelijke rechten en de contractsrelativiteit (art. 1165 BW) bij persoonlijke rechten. Nochtans wordt ook aan het recht van de huurder met vaste dagtekening bijkomende bescherming verleend waardoor de achtereenvolgende eigenaars van het gehuurde goed de huurovereenkomst moeten eerbiedigen. In geval van overdracht van het gehuurde goed kan de huurder dat recht aan de nieuwe eigenaar tegenwerpen. Anders gezegd: het huurrecht volgt, behoudens andersluidend beding ('uitzettingsbeding'), het goed. Aldus wordt het recht van de huurder (met vaste dagtekening) uitgerust met een volgrecht (art. 1743 BW). Dit is ook de reden waarom het recht van de huurder in het begin van de 19e eeuw als een recht met zakelijke werking werd gezien(124). Thans is dat om formele redenen (het huurrecht staat niet in Boek 2) niet het geval, maar dat laat niet toe om te besluiten dat er een verschil tussen beide rechten bestaat op het vlak van de tegenwerpelijkheid. Men zou zelfs een stap verder kunnen gaan en besluiten dat een huurrecht een grotere tegenwerpelijkheid heeft dan een zakelijk recht (zie daarvoor *infra*, nr. 49).

Een ander, vaak aangehaald verschilpunt is dat een erfpachter een ruimer gebruiksrecht zou hebben dan een huurder. Aldus heeft de erfpachter ook de bevoegdheid om de bestemming van het onroerend goed te wijzigen, wat niet het geval is voor de huurder (art. 1728 BW). Vaak wordt voorgehouden dat enkel van een erfpacht sprake kan zijn indien de eigenaar het gebruiks- en genotsrecht laat aan zijn medecontractant, zonder een positieve verbintenis op zich te nemen om hem dat gebruik en genot te verlenen. Immers, aan een zakelijk recht zou enkel een negatieve verplichting, geen positieve verbintenis

(123) Zie hiervoor o.a. *Rép.not.*, v° *Emphytéose et superficie*, nr. 30; N. VERHEYDEN-JEANMART en C. MOSTIN, "Jouissance d'immeuble: bail et conventions voisines", in J.B.B. (ed.), *Aspects récents du droit des contrats*, nr. 30; vgl. ook V. SAGAERT, in *Levenslang en verder. Familiale vermogensplanning in de 21e eeuw, XXXste postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2003-2004*, (205) nrs. 69-71.

(124) F. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. De l'échange et du louage ou Commentaire des titres VII et VIII du Code civil* (Brussel, Wahlen, 1845), nr. 5 e.v. en 473 e.v. Deze opvatting is in Frankrijk gevolgd door verschillende appèlgerechten: Paris 12 maart 1863, *S.* 1863, II, 221; Paris 24 juni 1858, *D.* 1859, II, 117; Rouen 30 juli 1855, *D.* 1857, II, 33. In het oude recht maakte men een onderscheid tussen een huurovereenkomst van meer dan negen jaar en een huurovereenkomst van maximaal negen jaar. Terwijl het eerstgenoemde huurrecht als een afsplitsing van het eigendomsrecht werd beschouwd, werd de huur van minder dan negen jaar als een persoonlijke aanspraak op de verhuurder gezien (R.J. POTHIER, *Du contrat de louage*, nrs. 4-5). Voor een kwalificatie als gemengd recht: J. VAN DE VORST, "De la nature personnelle, réelle ou mixte du droit de jouissance du preneur", *Rev. prat. not.* 1931, 262-270.

kunnen beantwoorden⁽¹²⁵⁾. Deze zienswijze is echter voorbijgestreefd. Ook bij een erfpacht kunnen bepaalde verplichtingen worden opgelegd, en worden die in de praktijk ook vaak opgelegd. Zo worden ook in een erfpachtcontract vaak bestemmingsbeperkingen opgelegd, de verplichting om het goed in een bepaalde staat te leveren, enz.

Een ander verschilpunt zou zijn dat de canon bij een erfpachtrecht doorgaans beperkter is dan de huurprijs bij de huur. Dit verschilpunt, dat vanuit historisch oogpunt verantwoord wordt, beantwoordt evenwel niet langer aan de realiteit: ook een canon vormt in de huidige vastgoedpraktijk vaak een werkelijke vergoeding voor het gebruiks- en genotsrecht en moet voor de erfpachtgever een gewaarborgd rendement van het onroerend goed verzekeren. Zeker door de strengere fiscale behandeling van erfpachtrechten in intra-groepsverhoudingen verdwijnt de symbolische canon in de praktijk steeds meer naar de achtergrond.

De duur van beide overeenkomsten verschilt in de praktijk doorgaans. Een erfpachtovereenkomst heeft een minimumduur van 27 jaar, bij gebreke waarvan ze wordt geconverteerd in een huurcontract of verlengd tot 27 jaar (zie daarvoor *supra*, nr. 6). Een huur daarentegen wordt doorgaans voor een kortere periode aangegaan. Vanuit juridisch oogpunt belet evenwel niets om een langdurige huurovereenkomst te sluiten. De lange duur van de overeenkomst is dus weliswaar een aanduiding, maar zeker geen voldoende voorwaarde voor de kwalificatie als erfpachtovereenkomst. Voor overeenkomsten met een langere duur dan 27 jaar bestaat er bijgevolg een overlapping. Overigens moet een huurcontract van meer dan negen jaar, net zoals een erfpachtcontract, met het oog op tegenwerpelijkheid aan derden worden overgeschreven in de hypothecaire registers (art. 1 lid 2 Hypotheekwet).

In de praktijk blijkt dat erfpacht en huur in elkaars vaarwater komen, voor zover ze een duurtijd hebben van meer dan 27 jaar. Indien de overeenkomst een duurtijd van langer dan 27 jaar heeft, laat enkel de partijwil toe om het onderscheid te maken tussen erfpacht en huur⁽¹²⁶⁾. Zo oordeelde de Rechtbank van Bergen dat een huishuur die is afgesloten voor een periode van negenennegentig jaar maar die de onroerende voorheffing niet ten laste van de bewoner legt en geen regeling bevat voor werken die in de loop van de bewoning worden verricht, niet als een erfpachtovereenkomst kan worden geherkwalificeerd⁽¹²⁷⁾.

(125) In die zin F. DE MONTPELLIER, in *Onroerend goed als beleggingsinstrument*, 18, nr. 36; M. DONNAY, *Rec.gén.enr.not.* 1974, 238, nr. 31; A. VERBEKE en K. VANHOVE, "Actualia vruchtgebruik, erfpacht, opstal en erfdienstbaarheden" in *Themis Zakenrecht 2002-03* (Brugge: die Keure 2003), 89.

(126) Zoals Henri De Page reeds schrijft: "*le droit moderne ne fournit plus de critère sûr pour établir cette distinction*" (H. DE PAGE, *Traité*, IV, nr. 492bis b). In dezelfde zin F. LAURENT, *Principes*, VII, nrs. 353-360; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, 560-563.

(127) Rb. Henegouwen (afd. Bergen) 4 november 2015, *JLMB* 2016, 1792.

47. In de verhouding tussen opstal en huur geldt dezelfde analyse. Ook hier wordt het belangrijkste punt van onderscheid gezien in het zakelijke karakter van het opstalrecht en het persoonlijke karakter van het huurrecht, dus een louter formeel criterium(128).

Net zoals bij de vergelijking tussen huur en erfpacht, ligt het verschil goeddeels in de secundaire gevolgen van huur en opstal(129). Een huurrecht verleent aan de huurder een exclusief gebruiksrecht op een onroerend goed, terwijl de opstalhouder enkel de bevoegdheid heeft om gebouwen, werken of beplantingen aan te brengen. Toch is dat onderscheid te nuanceren: in de mate dat een opstalhouder de bevoegdheid heeft om de grond in te nemen met een volume waarvan hij exclusieve eigenaar blijft, moet hij dan niet *a fortiori* de bevoegdheid hebben om minder vergaande gebruiksrechten uit te oefenen? Bovendien: indien de huurder gebouwen optrekt of beplantingen aanbrengt op de gehuurde grond, is hij tijdelijk, tijdens de duur van het huurcontract, te beschouwen als eigenaar van die opstallen. Dit opstalrecht is accessoir aan het huurrecht(130).

Aan het einde van de huurovereenkomst zijn de gevolgen van de natrekking verschillend van deze bij het einde van een opstalrecht. De huurder kan geen aanspraak maken op de toepassing van artikel 6 Opstalwet, maar moet zich beperken tot een vergoeding op grond van het verbod van ongerechtvaardigde verrijking(131). In beide gevallen kan men echter contractueel van de regel afwijken, zodat dit verschil contractueel eenvoudig kan worden geneutraliseerd.

Een ander traditioneel onderscheid is dat een huurovereenkomst altijd onder bezwarende titel wordt aangegaan, terwijl een opstalcontract ook om niet kan worden gesloten(132). Dat is correct, maar laat niet toe om zakelijke en persoonlijke gebruiksrechten tegenover elkaar te zetten: vooreerst kunnen ook persoonlijke gebruiksrechten om niet zijn (bruikleen), daarnaast is een opstalrecht vaak een vorm van commercialisatie van vastgoed, en gebeurt deze dus vaak onder bezwarende titel.

(128) H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 686; J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, II, nr. 1239; *Rép.not.*, v° *Aspects civils – Superficie*, nr. 127.

(129) Dit heeft het hof van beroep te Antwerpen ertoe gebracht geen fiscale herkwalficatie onder het oude regime (van vóór de antimisbruikbepaling) toe te passen: Antwerpen 27 september 2011, *Not.Fisc.M.* 2011, 312, noot D. MICHIELS = *TFR* 2012, 150, noot K. WILLOQUÉ. Dit arrest hervormt Rb. Antwerpen 23 december 2009, *Not.Fisc.M.* 2011, 311.

(130) Zie voor het accessoire opstalrecht: V. SAGAERT, *Goederenrecht*, 595-599; A. GOSSELIN en L. HERVE, “Du sort des constructions et aménagements immobiliers réalisés par l’occupant. Aspects civils et fiscaux”, *Rev.not.b.* deel 1: 2004, 550-636, deel 2: 2006, 190-242; P. LECOCQ, S. BOUFFLETTE, A. SALVÉ en R. POPA, *Manuel de droit des biens*, II, 361-364; D. MICHIELS, “Het accessoir opstalrecht”, *T.Not.* 2007, 213-227.

(131) Voor een ruimer overzicht: V. SAGAERT, *Goederenrecht*, nr. 747.

(132) H. DE PAGE, *Traité*, VI, 581, nr. 686.

48. Ook tussen vruchtgebruik en huur bestaat er een grote overlapping. Als basisverschilpunt wordt opnieuw teruggегреpen naar het formele argument dat een recht van vruchtgebruik een zakelijk recht is terwijl een huurrecht een persoonlijk recht is⁽¹³³⁾. Volgens de cassatierechtspraak kan een vruchtgebruik – onder het regime van vóór de wijziging van de antimisbruikbepaling – niet in een huur worden geherkwalificeerd. Immers, zo oordeelt het Hof, een huur heeft geen gelijksoortige niet-fiscale gevolgen als een vruchtgebruik⁽¹³⁴⁾. Dat is bij onroerende goederen op het eerste gezicht verrassend, aangezien de gebruiksrechten van de huurder en vruchtgebruiker aan dezelfde beperkingen onderworpen zijn, namelijk (1) het eerbiedigen van de bestemming en (2) het zich gedragen als een goed huisvader (art. 1728, 1° BW). Op het vlak van de omvang van de bevoegdheden is er dus geen verschil.

Sommige auteurs wijzen er, als ander verschilpunt, op dat het onderscheid persoonlijk recht/zakelijk recht ertoe leidt dat de verhuurder positieve verplichtingen op zich neemt, terwijl de blote eigenaar zou kunnen volstaan met een louter passieve houding⁽¹³⁵⁾. Zulks is enkel correct voor de verplichtingen bij de aanvang van het vruchtgebruik – de blote eigenaar moet de zaak leveren in de staat waarin ze zich bevindt terwijl de verhuurder de zaak moet leveren in een goede staat van onderhoud – maar gaat niet op voor de verbintenissen tijdens de duur van het vruchtgebruik. Ook aan zakelijke rechten beantwoorden doorgaans, en hoe langer hoe meer, positieve verbintenissen ten laste van de vestiger⁽¹³⁶⁾. Bij vruchtgebruik kan bijvoorbeeld worden gewezen op de verplichting voor de blote eigenaar om de grove herstellingen uit te voeren, die volgens de toenemende meerderheidstendens ook al tijdens het vruchtgebruik kan worden afgedwongen⁽¹³⁷⁾.

Het zal bijgevolg niet steeds eenvoudig zijn om de vestiging van vruchtgebruik af te bakenen tegenover een huurcontract, en *a fortiori* bestaat er dus geen objectieve exclusiviteit tussen deze rechten. In geval van geschil moet de rechter zich niet laten leiden door de kwalificatie die de partijen aan de

(133) H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 190; J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, II, 1020, nr. 998.

(134) Cass. 22 november 2007, *Arr.Cass.* 2007, 2249 = *FJF* 2008, 541, concl. D. THUIS = *Pas.* 2007, 2097 = *TBO* 2008, 67, noot W. DEFOOR = *T.Not.* 2008, 18. Dit arrest bevestigt eerdere rechtspraak: Gent 13 september 2005, *TFR* 2006, nr. 296; Rb. Brugge 19 december 2005, *FJF* 2006, 632.

(135) F. DE MONTPELLIER, in *Onroerend goed als beleggingsinstrument*, 13, nr. 22; M. DONNAY, *Rec.gén.enr.not.* 1974, nr. 21802, 218, nr. 7; J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, II, 1021, nr. 998.

(136) Voor een uitvoerige analyse: V. SAGAERT, *TPR* 2005, (986) nr. 16.

(137) In dezelfde zin Brussel 10 juli 1957, *Ann.not.enr.* 1958, 80; Rb. Nijvel 5 november 1990, *Pas.* 1991, III, 46; R. DERINE, “Overzicht van rechtspraak (1961-1964). Zakenrecht”, *TPR* 1965, 89, nr. 55; F. LAURENT, *Principes*, VI, nr. 548; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français* (Paris: Sirey 1952), III, nr. 857; H. VANDENBERGHE, “Kan de vruchtgebruiker de naakte eigenaar tot grove herstellingen verplichten?”, *Jura Falc.* 1975, 163-176.

Voor een genuanceerdere stelling: H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 348.

Contra: Luik 25 november 1997, *TBBR* 1999 (verkort), 150; J. DABIN, *Rev.trim.dr.civ.* 1962, 36; J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, II, nr. 1048.

overeenkomst hebben gegeven (wat wel een indicatie is), maar wel door de werkelijke bedoelingen van de partijen(138).

49. Uit het voorgaande blijkt dat de inhoudelijke verschillen tussen huur, erfpacht en opstal secundair zijn. Daar bovenop komt dat persoonlijke gebruiksrechten kwalitatief versterkt zijn. De kenmerken die traditioneel voorbehouden worden voor zakelijke rechten – volgrecht en recht van voorrang – blijken in belangrijke mate ook aan huur toe te komen.

Wat het volgrecht betreft, blijkt dat reeds uit vermeld artikel 1743 BW. Huur heeft immers een versterkte tegenwerpelijheid aan een derde-verkrijger van het gehuurde goed. Deze is ertoe gehouden om een geregistreeerde huurovereenkomst – of ruimer: een huur met vaste dagtekening – te eerbiedigen(139). In de bijzondere huurregimes kan een huur na meer dan zes maanden zelfs zonder vaste dagtekening tegenwerpelijk zijn aan de verkrijger(140). Men zou, provocerend, kunnen besluiten dat een huurrecht als persoonlijk recht een grotere tegenwerpelijheid heeft dan een zakelijk recht: huur is immers (voor de lopende negenjarige periode) aan de derde-verkrijger te goeder trouw tegenwerpelijk zonder overschrijving in de hypotheekregisters, terwijl dat voor erfpacht, opstal en vruchtgebruik niet het geval is(141).

Voor het recht van voorrang geldt eenzelfde analyse: ook al is huur een persoonlijk recht, toch wordt het indirect beschermd in geval van insolventie van de verhuurder. In navolging van de rechtspraak van het Belgische Hof van Cassatie(142) bepaalt artikel XX.139 van het Wetboek Economisch Recht dat de curator een einde kan maken aan een door de failliet gesloten lopende huurovereenkomst, zelfs wanneer door die overeenkomst rechten

(138) Indien aldus het gevestigde of voorbehouden gebruiks- en genotsrecht in strijd komt met de wezenlijke kenmerken van een vruchtgebruik, gaat het om een louter persoonlijk recht (Rb. Brussel 16 juni 1964, *JT* 1965, 9).

(139) Voor huur is enkel de registratie bij de ontvanger van de registratierechten vereist. Zonder overschrijving is evenwel enkel de lopende periode van negen jaar tegenwerpelijk (art. 1 Hyp.W. jo. art. 595 lid 2 BW).

(140) Onder bijzondere huurregimes wordt dat uitgebreid tot huurrechten die reeds meer dan zes maanden in werking zijn: artikel 9 lid 2 Woninghuurwet van 20 februari 1991; artikel 12 lid 2 Handelshuurwet 30 april 1951; zie ook artikel 55 Pachtwet van 4 november 1969.

(141) Vgl. in het kader van vruchtgebruik: N. CARETTE en J. DEL CORRAL, “De kwalificatie van het recht van vruchtgebruik: contractuele mogelijkheden en afbakening tegenover andere zakelijke rechten”, in V. SAGAERT (red.), *Vruchtgebruik: mogelijkheden, beperkingen en innovaties*, Antwerpen: Intersentia 2012, 39, nr. 36.

(142) Cass. 10 april 2008, *Batiloc*, C.05.0527N, jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20080410-4, *Arr. Cass.* 2008, 878, concl. Adv. Gen. DUBRULLE = *T.Not.* 2009, 201, noot F. BOUCKAERT = *DAOR* 2008, 242, noot J. DERYCKERE = *JT* 2008, 349, noot T. HÜRNER = *NjW* 2008, 494, noot P. COUSSEMENT = *JLMB* 2008, 1588 noot Fr. GEORGES = *RW* 2008-2009, 1729 = *Jaarverslag cassatie* 2008, 49. Dit arrest werd overigens gewezen op andersluidende conclusie van de advocaat-generaal, die oordeelde dat de curator een pachtovereenkomst niet kan beëindigen dan met de naleving van de dwingende bepalingen van de pachtwet die bescherming van de pachter beoogt.

worden verleend die aan de boedel tegenwerpelijk zijn. Volgens de wetgever (en eerder het Hof) kan de curator zulks wanneer dit *noodzakelijk* is voor het beheer van de boedel, dit is wanneer de voortzetting van de overeenkomst gesloten door de gefailleerde de vereffening van de boedel belet of de vereffening ervan abnormaal bezwaart. Het loutere feit dat de goederen door de huurovereenkomst een mindere verkoopwaarde hebben, verhindert echter de normale afwikkeling van het faillissement niet, en vormt bijgevolg geen reden om de huurovereenkomst te beëindigen krachtens artikel XX.139 WER. Een onroerend goed kan echter steeds verkocht worden met de huurovereenkomst erop, weze het dat de curator dan een financiële minwaarde zal moeten ondergaan. Derhalve is het aantal omstandigheden waarin de huur na faillissement van de verhuurder daadwerkelijk kan worden beëindigd, zeer beperkt(143). Indirect wordt, via de omweg van een restrictieve interpretatie van artikel XX.139 WER, aan de huurder een ‘uitzonderingsrecht’ in geval van faillissement verleend. Dat is bijzonder opvallend, zeker wanneer men ziet dat het Hof van Cassatie net hetzelfde criterium – de noodzakelijkheid voor of abnormale bezwaring van de vereffening van de boedel – ook toepaste op overeenkomsten tot vestiging van een zakelijk recht(144). Omdat die laatste rechtspraak afbreuk dreigde te doen aan de tegenwerpelijkheid van zakelijke rechten tegen een samenloopprocedure, wordt ze door artikel XX.139 WER gekortwiekend vanuit het formele onderscheid tussen persoonlijke en zakelijke rechten.

50. In het licht van wat voorafgaat, is het niet verwonderlijk dat huur in de 19e eeuw vaak als zakelijk recht werd beschouwd(145). Ook in buitenlandse rechtsstelsels wordt (onroerende) huur vaak gezien als een zakelijk recht(146). Hoewel de huidige rechtspraak en rechtsleer bijna unaniem aannemen dat het huurrecht als een persoonlijk recht moet worden gezien, blijkt dat in de realiteit veel complexer. In werkelijkheid fungeert huur vaak als doublure voor zakelijke gebruiksrechten. Het pernicieuze is dat degene die het recht toestaat, een zakelijk recht vaak als een minder grote bezwaring

(143) Zo’n uitzonderlijk geval is voorhanden wanneer de ‘bezwaarde’ verkoop geen overnamekandidaten heeft opgeleverd.

(144) Cass. 3 december 2015, C.15.0210.N, jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=N-20151203-12 = *Arr. Cass.* 2015, 2851 = *RW* 2016-17, 1113, noot V. SAGAERT = *TBH* 2016, 846, noot J. MALEKZADEM, ook besproken door R. JANSSEN en M.E. STORME, “Zakelijke rechten en insolventie”, *Themis* 99 - *Vastgoedrecht* (Brugge: die Keure 2017), (129) 168 nr. 104.

(145) F. TROPLONG, *De l'échange et du louage ou Commentaire des titres VII et VIII du Code civil*, nr. 5 e.v. en 473 e.v. Deze opvatting is in Frankrijk gevolgd door verschillende appèlge-rechten: Paris 12 maart 1863, *S.* 1863, II, 221; Paris 24 juni 1858, *D.* 1859, II, 117; Rouen 30 juli 1855, *D.* 1857, II, 33. Voor een kwalificatie als gemengd recht: J. VAN DE VORST, “De la nature personnelle, réelle ou mixte du droit de jouissance du preneur”, *Rev. prat. not.* 1931, 262-270.

(146) Dat is bijvoorbeeld het geval in het Engelse en Zuid-Afrikaanse recht. In het Schotse recht is *lease* een persoonlijk recht naar *common law*, en een zakelijk recht *by statute*. Voor een algemene bespreking: J. DERUPPÉ, *La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance* (Paris: Dalloz 1952), 453 p.; T.J.R. STADNIK, “The origins of the juridical nature of leases in the civil law”, *Tulane L.R.* 1980, 1094 e.v.

van het eigendomsrecht beschouwt dan een persoonlijk recht. Op die manier – en behoudens conversie – ontsnapt de eigenaar aan de dwingendrechtelijke bescherming van de gebruiker in de bijzondere huurregimes (woninghuur, handelshuur, pacht). Een illustratie hiervan is de Pachtwet van 4 november 1969: deze bepaalt dat ze ook van toepassing is op “2° het in gebruik nemen van onroerende goederen, zoals bepaald in de vorige paragraaf, door middel van de vestiging van vruchtgebruik onder de levenden door de wil van de mens en voor bepaalde duur”. Op die manier wil de wetgever de ontduiking van de pachtersbescherming via het recht van vruchtgebruik sanctioneren. Men wil dus verhinderen dat de eigenaar een zakelijk recht zou vestigen, teneinde aan de bezwaring van een persoonlijk recht te ontkomen ... (147).

51. Conclusie uit het voorgaande moet dan ook zijn dat het te simplistisch is om te stellen dat zakelijke gebruiksrechten sterkere rechten dan persoonlijke gebruiksrechten zijn. De algemene zakelijke en persoonlijke gebruiksrechten vertonen grote overlappingen. De duurtijd van de zakelijke rechten kan wel verschillend zijn, waarbij vruchtgebruik door zijn precair karakter een bijzondere positie inneemt, maar ook op dat vlak bestaat een grote overlap: bij gebruiksrechten die langer duren dan 27 jaar en korter dan 50 jaar kan zowel huur, erfpacht als opstal een potentiële kwalificatie vormen.

§ 2. GEEN EXCLUSIVITEIT TUSSEN DE ZAKELIJKE GEBRUIKSRECHTEN ONDERLING

52. Ook tussen de algemene zakelijke gebruiks- en genotsrechten bestaat veel dubbel gebruik. Dat is met name het geval tussen erfpacht- en opstalrechten.

53. Erfpacht- en opstalrechten zijn beide algemene zakelijke gebruiksrechten op een onroerend goed. Men kan zich inspannen om de verschillen tussen erfpacht en opstal in de verf te zetten, maar ook hier is kritiek op zijn plaats.

Volgens de klassieke zienswijze zijn de gebruiks- en genotsbevoegdheden van de erfpachter ruimer dan die van een opstalhouder. Het recht van de erfpachter zou een omvattend gebruiks- en genotsrecht op de gebouwen, de grond en de ondergrond omvatten, terwijl het opstalrecht enkel zou toegespitst zijn

(147) Het is overigens nog maar de vraag wat de verantwoording is voor het verschil in herkwalficatiemogelijkheden tussen een pacht enerzijds en woning- of handelshuur anderzijds. Bij eerstgenoemde is er een wettelijke herkwalficatie, terwijl bij de laatstgenoemde de gemeenrechtelijke herkwalficatieregels van toepassing zijn. Ook de vraag waarom in een wettelijke herkwalficatie wordt voorzien bij vruchtgebruik, maar niet bij andere zakelijke gebruiksrechten (erfpacht, opstal) heeft een open einde.

op de oprichting van gebouwen(148). Die traditionele opvatting kan worden bekritiseerd: indien een opstalhouder het recht heeft om de grond in te nemen met bouwwerken of beplantingen waarvan hij exclusieve eigenaar wordt, dan gaat het om het meest absolute recht dat men kan hebben. Met toepassing van *qui peut le plus, peut le moins*, kan hij dan ook de minder vergaande bevoegdheden op het onroerend goed uitoefenen.

Een recht van opstal is beperkt tot een maximumduur van 50 jaar, terwijl een recht van erfpacht ten hoogste 99 jaar kan duren. Aan de andere kant geldt voor een recht van opstal geen minimumtermijn, terwijl een recht van erfpacht steeds een langere duurtijd dan 27 jaar moet hebben. Een vaststelling is dat men nergens een *ratio legis* voor die verschillende duurtijd aantreft, en dat dit geen onderscheidingscriterium biedt voor rechten die een duurtijd hebben tussen de 27 en de 50 jaar. Het Wetsontwerp Goederenrecht schakelt de maximale duurtijd van beide rechten gelijk op 99 jaar (en uitzonderlijk zelfs eeuwigdurend)(149).

Een recht van erfpacht is noodzakelijkerwijze onder bezwarende titel, aangezien het canon behoort tot het wezen van het recht van erfpacht (art. 1 Erfpachtwet). Bij een opstalcontract hoeft niet in een vergoeding te worden voorzien, en indien partijen zulks toch zouden hebben bedongen, kan het zowel gaan om een periodieke vergoeding als om een eenmalige uitkering(150). Dit verschilpunt moet worden gerelativeerd, aangezien de canon in een erfpachtcontract ruim kan worden ingevuld, en zelfs een louter symbolisch karakter kan hebben(151). Ook dit verschilpunt verdwijnt in het Wetsontwerp Goederenrecht: het bezwarende karakter van de erfpacht wordt als wezenskenmerk van erfpachtrechten afgevoerd.

Aan het einde van de overeenkomst is de grondeigenaar (behoudens andersluidend beding) tegenover de erfpachter niet tot vergoeding gehouden, terwijl dat wel het geval is bij de beëindiging van een opstalrecht. Ook dit verschilpunt is te nuanceren: naast het feit dat ook dit elke *ratio* mist en bijdraagt tot het gebrek aan transparantie van het goederenrecht(152), is het ook van aanvullend recht.

(148) H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 713b; R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, IIB, 857, nr. 1001D; F. DE MONTPELLIER, in *Onroerend goed als beleggingsinstrument*, 24, nr. 47; F. WERDEFROY, "Beschouwingen over de onroerende natrekking, het recht van erfpacht, het recht van opstal, en het verlof tot bouwen", *TPR* 1983, 329, nr. 18.

(149) Zie artikel 195 Wetsontwerp Goederenrecht.

(150) F. DE MONTPELLIER, in *Onroerend goed als beleggingsinstrument*, 25, nr. 49.

(151) M. DONNAY, *Rec.gén. enr.not.* 1974, 221, nr. 11; P. LECOCQ, S. BOUFFLETTE, A. SALVÉ en R. POPA, *Manuel de droit des biens*, II, 474, nr. 16; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, nr. 713; A. VAN OEVELEN, in *Zakenrecht. Absoluut niet een rustig bezit*, 349, nr. 21.

(152) Dat is de reden waarom in het Wetsontwerp Goederenrecht in beide gevallen een vergoeding op grond van het verbod van ongerechtvaardigde verrijking verschuldigd is.

Vanuit theoretisch oogpunt zijn het recht van erfpacht en het recht van opstal dus duidelijk te onderscheiden, maar in de praktijk is het vaak moeilijk om uit te maken of een overeenkomst een erfpachtcontract dan wel een opstalcontract betreft voor zover de duurtijd tussen 27 en 50 jaar ligt. Net zoals een recht van erfpacht aan het ene einde van het spectrum vaak overlapt met huur, ontstaan aan het andere einde afbakeningsproblemen met de opstal(153). De reden daarvoor is niet ver te zoeken: aangezien zowel de Erfpachtwet als de Opstalwet van aanvullend recht is, wordt er in de praktijk veelvuldig afgeweken van die wettelijke bepalingen uit de wetten van 10 januari 1824. Aldus komt het vaak voor bij erfpachtcontracten dat toch een vergoeding bedongen wordt ten voordele van de erfpachter, terwijl omgekeerd bij opstalcontracten de vergoedingsplicht van de grondeigenaar kan worden uitgesloten. Het feit dat een recht van erfpacht tot gevolg heeft dat de erfpachter van rechtswege een accessoir opstalrecht verkrijgt op de door hem opgetrokken gebouwen, werken en beplantingen, maakt het onderscheid des te complexer.

54. Gezien de verstrengeling van beide rechten, zou het een optie geweest kunnen zijn om erfpacht dan wel opstal af te schaffen, en met elkaar te doen samensmelten. De opstellers van het Wetsontwerp hebben er echter voor geopteerd om beide rechten naast elkaar te laten bestaan, maar de rechten terug te brengen tot hun kern:

“Het opstalrecht heeft zich doorheen de decennia tot een “generiek” zakelijk recht ontwikkeld dat vrij inwisselbaar is met erfpacht. Vanuit het oogpunt van transparantie en efficiëntie wil het huidige ontwerp de specificiteit van het opstalrecht opnieuw benadrukken: het gaat om een beperkt zakelijk recht dat een – in beginsel tijdelijke – opsplitsing van het eigendomsrecht op een onroerend goed met zich meebrengt, en een eigendomsrecht verleent op een volume waarbinnen de opstalhouder alsdan bouwwerken of beplantingen kan verkregen hebben of kan aanbrengen. Het recht bestaat ongeacht of die bevoegdheid wordt uitgeoefend, maar die bevoegdheid maakt wel de kern van de bevoegdheden van de opstalhouder uit”(154).

55. Ook in de relatie tussen erfpacht en vruchtgebruik bestaat er mogelijke overlap, maar deze rechten hebben niettemin een erg verschillend gelaat. Het doel van beide rechten is totaal verschillend: terwijl een recht van vruchtgebruik veeleer tot doel heeft om tegenover de vruchtgebruiker in zijn levensonderhoud te voorzien, kent een recht van erfpacht een omvattend recht tot uitbating en controle van een onroerend goed toe(155).

(153) R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, IIB, 910, nr. 1022C; F. DE MONTPELLIER, in *Onroerend goed als beleggingsinstrument*, 24, nr. 46; F. WERDEFROY, *TPR* 1983, 330, nr. 18.

(154) Memorie van toelichting, *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 3348/1 = www.dekamer.be/FLWB/PDF/54/3348/54K3348001.pdf.

(155) H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 198.

Een eerste belangrijk onderscheid is dat het recht van erfpacht ruimere bevoegdheden verleent aan zijn titularis dan een recht van vruchtgebruik⁽¹⁵⁶⁾. In tegenstelling tot de vruchtgebruiker is de erfpachter er niet toe gehouden om de bestemming van het onroerend goed te handhaven. Als gevolg daarvan zijn echter ook de verplichtingen die met betrekking tot het onroerend goed worden opgelegd aan de erfpachter, zwaarder dan deze die worden opgelegd aan de vruchtgebruiker. De erfpachter moet alle belastingen dragen met betrekking tot het onroerend goed. Toch is dit erg te relativiseren: ook in erfpachtovereenkomsten wordt het gebruiksrecht van de erfpachter vaak gemodaliseerd en een bepaalde bestemming aan de erfpachter opgelegd.

Het belangrijkste verschil tussen beide rechten is dan ook de duurtijd ervan⁽¹⁵⁷⁾. Een contract tot vestiging van een recht van vruchtgebruik is steeds een kanscontract. De maximumduur van de overeenkomst is, voor natuurlijke personen, immers het leven van die persoon. Komt de vruchtgebruiker eerder te overlijden, dan eindigt het recht van vruchtgebruik, ook al is een langere duur in het contract van vruchtgebruik bedongen (art. 617 BW). Een recht van erfpacht is daarentegen overerfbaar, behalve indien het overlijden van de erfpachter (of grondeigenaar) als conventionele wijze van beëindiging is ingevoegd. Zulks heeft ook tot gevolg dat het voor de erfpachter in de praktijk eenvoudiger is om (persoonlijke of zakelijke) rechten toe te staan dan voor de vruchtgebruiker, doordat de titularis van die rechten aan de hand van de hypotheekregisters precies weet wanneer het recht van erfpacht eindigt, en wanneer bijgevolg ook zijn eigen recht uitdooft. Die rechtsonzekerheid van derden met een persoonlijk of zakelijk recht is bij vruchtgebruik slechts gedeeltelijk opgelost door artikel 595 BW, dat bepaalt dat de lopende negenjarige termijn van huurovereenkomsten bindend is voor de blote eigenaar. Bij erfpacht is een dergelijke bepaling overbodig, zodat de door de erfpachter toegestane huurovereenkomsten steeds een einde nemen op het ogenblik dat het recht van erfpacht eindigt⁽¹⁵⁸⁾.

56. Dezelfde analyse geldt tussen vruchtgebruik en opstal. Zowel het recht van opstal als het recht van vruchtgebruik hollen in grote mate het eigendomsrecht van de grondeigenaar uit doordat ze gebruiksrechten verlenen aan hun titularis. Bovendien verleent ook een recht van vruchtgebruik aan de beperkt zakelijk gerechtigde een tijdelijk, accessoir, opstalrecht op de door hem opgetrokken gebouwen, werken en beplantingen. Ook tussen deze zakelijke rechten is de duurtijd het belangrijkste verschil, wat de aanwendingsmogelijkheden van de beide rechten bepaalt. Terwijl vruchtgebruik doorgaans kadert in niet-commerciële verhoudingen, kadert het opstalrecht vooral in de projectontwikkeling.

(156) R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, IIB, 857, nr. 1001; M. DONNAY, *Rec.gén. enr.not.* 1974, 234, nr. 28A.

(157) Zie M. DONNAY, *Rec.gén. enr.not.* 1974, 234, nr. 28B.

(158) In dezelfde zin J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, II, 1238, vn. 31.

§ 3. GEEN EXCLUSIVITEIT TUSSEN APPARTEMENTSMEDE-EIGENDOM EN OPSTAL: VOLUME-EIGENDOM ALS GEMEENSCHAPPELIJK SNIJVAK

57. Vanuit theoretisch oogpunt zijn het opstalrecht en de appartementsmede-eigendom van gebouwen of groepen van gebouwen (hierna: appartementsmede-eigendom) totaal verschillende rechten. Het eerste is een vorm van splitsing (van grond tegenover bouwwerken), terwijl het tweede net op een gemeenschap (mede-eigendom) is gebaseerd. Terwijl men bij de eerste de eigendom wil compartimenteren, is er bij het tweede sprake van een communautarisering van bepaalde delen in het gebouw. Conceptueel vormen ze dus elkaars tegenpolen.

58. In de praktijk komen die beide rechten nochtans vaak in elkaars vaarwater. De reden is dat de appartementsmede-eigendom, net zoals een opstalrecht, toelaat om de natrekking uit te sluiten. In een basisakte is de grond steeds onverdeeld en behoort deze dus tot de gemeenschappelijke delen⁽¹⁵⁹⁾. Die (quotiteiten in de) gemeenschappelijke delen zijn niet de hoofdzaak, maar wel accessoir aan de private kavel. Derhalve kan, binnen het bestek van een basisakte, nooit natrekking intreden⁽¹⁶⁰⁾.

Hiermee manifesteert de appartementsmede-eigendom zich als een aantrekkelijk – en vooral “duurzaam” – alternatief voor opstalrechten. Opstalrechten zijn tot een maximumduur van 50 jaar beperkt, en daarvan kan niet contractueel worden afgeweken⁽¹⁶¹⁾. Aangezien elke verzaking aan de natrekking met de vestiging van een opstalrecht wordt gelijkgesteld (zie *supra*, nr. 17), zou dat betekenen dat elke horizontale eigendomssplitsing tot 50 jaar is beperkt⁽¹⁶²⁾.

Om hieraan te ontsnappen, gebeurt het wel eens dat partijen die een verticale stapeling van eigendomsvolumes tot stand willen, de weg van de appartementsmede-eigendom bewandelen. Het voordeel is dat er geen duurtijdbeperking geldt, zodat de eigenaars volle eigenaar van hun private kavel zijn. Het nadeel is dan weer dat de regels inzake appartementsmede-eigendom van dwingend recht zijn (art. 577-14 BW), zodat de partijen weinig contractsvrijheid hebben op het vlak van de beheersvorm, de organen (syndicus, algemene vergadering, commissaris inzake de rekeningen), de meerderheden, enzovoort. Het

(159) Althans voor zover de grond deel uitmaakt van de basisakte. Het is mogelijk om een basisakte op te stellen wanneer de ontwikkelaar enkel een opstalrecht heeft. In dat geval blijft de grond uiteraard buiten de basisakte.

(160) Voor een uitvoerige analyse: V. SAGAERT, *TPR* 2009, 66 e.v.; F. AEBY, *La propriété des appartements* (Brussel: Bruylant 1983), nr. 264 e.v.

(161) Artikel 4 Opstalwet van 10 januari 1824.

(162) Cass. 19 mei 1988, *supra*, voetnoot 49. In dezelfde zin Cass. 18 mei 2007, C.06.0086.N, jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20070518-3 = *Arr. Cass.* 2007, 1045 = *RW* 2007-08, 736, noot V. SAGAERT = *Rev. not. b.* 2007, 631, noot D. LAGASSE = *CDPK* 2008, 219 noot J. DE STAERCKE. Zie hiervoor ook: *Rép. not.*, v° *Emphytéose et superficie*, nr. 118.

regime van het appartementsrecht wordt doorgaans als zeer rigide ervaren, en dreigt de commercialisering van een project te bemoeilijken. Partijen kunnen slechts onder strikte voorwaarden het conventionele – vereenvoudigde – regime van appartementsmede-eigendom kiezen, namelijk indien dit verantwoord is vanuit de aard van de gemene delen⁽¹⁶³⁾ en alle mede-eigenaars het daarmee eens zijn (art. 577-3 lid 1 *in fine* BW).

59. Daarbij is echter niet uit het oog te verliezen dat de werking van de mede-eigendom enkel op de gemene delen slaat. Om het nadeel van een “log” beheersregime in de praktijk zo veel mogelijk te neutraliseren en toch het voordeel van een “eeuwigdurende” eigendomssplitsing te realiseren, is het dus mogelijk om het aantal gemene delen tot een minimum te beperken, zodat de bevoegdheden van de organen – en de impact van de appartements-eigendom – evenzeer beperkt wordt gehouden. De idee is dan om zo veel mogelijk volumes in exclusieve eigendom te hebben en zo min mogelijk gemene delen. Men zou namelijk zo veel mogelijk gemeenschappelijke delen toebedelen aan een privaat lot en dan met een complex van wederzijdse erfdienstbaarheden (steun, doorgang, verankering, enzovoort) gebruiksrechten toestaan aan derden⁽¹⁶⁴⁾. Bijvoorbeeld: de trappenhall komt dan in een privaat deel terecht, maar bezwaard met een recht van doorgang ten voordele van de anderen. Aangezien een erfdienstbaarheid soepel is op het vlak van de verdeling van de onderhoudskosten (zie art. 697-698 BW), laat dat aan partijen de nodige flexibiliteit. Dat is ook de reden waarom het geen optie is om eenvoudig de maximumduur bij alle opstalrechten weg te nemen. Dat zou namelijk tot gevolg hebben dat partijen eenvoudig het dwingende beschermingsregime van de Appartementswet zouden kunnen omzeilen via een opstalrecht. Daarom voorziet het Wetsontwerp Goederenrecht in een wel omlinnend eeuwigdurend opstalrecht: naast twee specifieke uitzonderingen, is het enkel mogelijk “om de verdeling in volumes mogelijk te maken van een complex en heterogeen onroerend geheel dat verschillende volumes omvat die in aanmerking komen voor zelfstandig en verscheiden gebruik en onderling geen enkel gemeenschappelijk deel hebben”⁽¹⁶⁵⁾.

De vraag is natuurlijk hoe ver partijen op dit vlak contractueel kunnen moduleren. Zo is het denkbaar dat ze alle gemeenschappelijke delen behalve één kunnen toewijzen aan een private kavel, waarbij deze laatste aan alle andere “volume-eigenaars” het recht verleent om hiervan gebruik te maken. Bijvoorbeeld: de gemeenschappelijke liftkoker wordt toegewezen aan de kavel

(163) Sinds 1 januari 2019 is verduidelijkt dat het beperkte aantal private kavels geen voldoende reden is om de appartementsmede-eigendom uit te sluiten.

(164) Over het gebruik van privaatrechtelijke erfdienstbaarheden als alternatief voor appartements-eigendom: zie V. SAGAERT, “Notariële perspectieven en valkuilen in verband met erfdienstbaarheden”, in C. Castelein, A. Verbeke en L. Weyts (red.), *Notariële actualiteit 2007-08* (Brussel: Larcier 2008), 228-229.

(165) Zie artikel 3.195 Wetsontwerp. De twee beperkte uitzonderingen hebben betrekking op openbaar domein en accessoire opstalrechten.

van de bovengrondse constructie, maar bezwaard met een erfdienstbaarheid van doorgang ten voordele van de gebruikers van de ondergrondse constructie. Aldus zou men de bevoegdheden van de organen van de mede-eigendom beperken tot één gemeenschappelijk deel en toch de Appartementswet toepas-selijk houden. De grond blijft in een basisakte waarvan ze deel uitmaakt steeds een gemeen – ‘federaal’ – deel(166). De algemene regels inzake wets-ontduiking blijven terzake van toepassing.

§ 4. STEEDS MINDER EXCLUSIVITEIT TUSSEN ERFDIENSTBAARHEDEN EN ALGEMENE ZAKELIJKE GEBRUIKS- EN GENOTSRECHTEN

60. Erfdienstbaarheden worden in het Burgerlijk Wetboek, als de histo-rische opvolgers van de feodale lasten uit het *Ancien Régime*, restrictief omschreven. Binnen de lijst van gebruiks- en genotsrechten hebben erfdienst-baarheden sinds de codificatie een afzonderlijke plaats ingenomen. Terwijl de andere gebruiksrechten tot op zekere hoogte onderling inwisselbaar zijn (zie *supra*, nr. 45 e.v.), geldt dat niet voor erfdienstbaarheden. Deze onderscheiden zich immers klassiek op drie vlakken van de andere gebruiksrechten(167).

a. In de eerste plaats verlenen erfdienstbaarheden aan hun titularis enkel een *specifiek* gebruiksrecht, terwijl de andere genoemde rechten een *algemeen* gebruiksrecht verlenen(168). Een vruchtgebruik, erfpacht, opstal verlenen alle algemene gebruiksbevoegdheden, behoudens de beperkingen die de wetgever en/of de conventionele titel uitdrukkelijk ontzeggen. Een erfdienst-baarheid daarentegen verleent enkel de specifieke gebruiksbevoegdheid die ze toekent. Een erfdienstbaarheid verleent op het vlak van gebruik een *opt-in*, andere gebruiksrechten een *opt-out*.

b. Ten tweede, daarmee samenhangend, verlenen erfdienstbaarheden in principe *niet-exclusieve* rechten aan hun titularis(169), terwijl de andere opgesomde rechten wel een exclusief karakter hebben. Het feit dat bijvoor-beeld A aan B een erfdienstbaarheid van overgang verleent, verhindert A in principe niet om zelf ook een overgang uit te oefenen over datzelfde deel van zijn perceel (op grond van zijn eigendomsrecht)(170).

(166) Het is uiteraard mogelijk dat een basisakte enkel met een opstalrecht als ‘zadel’ wordt opgesteld, bijv. omdat de projectontwikkelaar enkel een opstalrecht op de grond heeft. In dat geval mag de grond uiteraard niet in de basisakte worden beschreven.

(167) Zie V. SAGAERT en K. SWINNEN, *Privaatrechtelijke erfdienstbaarheden door het oog van de 21e eeuw*, nr. 56.

(168) Vgl. R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, IIB, nr. 931; J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, II, nr. 998b.

(169) J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, II, nr. 998b; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, 452, nr. 557.

(170) L. LINDEMANS, *Erfdienstbaarheden*, APR, 1958, 102, nr. 241.

c. Erfdienstbaarheden worden gevestigd ten gunste van een onroerend goed, een heersend erf, terwijl de andere gebruiksrechten worden gevestigd ten voordele van een persoon (diens titularis)(171). Dit is ook de reden waarom die andere gebruiksrechten lange tijd als ‘persoonlijke dienstbaarheden’ te boek hebben gestaan.

61. Aldus kan een erfdienstbaarheid niet worden gezien als een eeuwigdurend vruchtgebruik(172). Ook hier stelt men echter vast dat die onderscheidende kenmerken meer en meer afkalven. Het bijzondere karakter van de gebruiksrechten vormt een gradueel en vaak moeilijk te maken onderscheid met het algemene karakter van de gebruiksrechten bij andere kwalificaties. De cassatierechtspraak lijkt zich soepel op te stellen op het vlak van de omvang van de erfdienstbaarheid. Reeds in 1959 oordeelde het Hof van Cassatie dat “de eigenaar die op zijn erf ten voordele van een ander erf een erfdienstbaarheid vestigt, de omvang daarvan vrijelijk bepaalt, op voorwaarde dat de diensten niet tegen de openbare orde indruisen”.

Ook op het vlak van het exclusieve karakter is hetzelfde arrest zeer permissief: het Hof oordeelt immers “dat geen enkele wetsbepaling eraan in de weg staat dat een erfdienstbaarheid welke het genot van een gedeelte van een erf ten voordele van een ander erf tot voorwerp heeft ieder genot door de eigenaar van het lijdend erf kan uitsluiten”(173).

62. In navolging daarvan, zijn er recent toepassingen van erfdienstbaarheden ontwikkeld die vanuit hun aard wel een algemeen en exclusief gebruiksrecht aan hun titularis verschaffen. Wij duiden dit hieronder aan met (1) de erfdienstbaarheid van overbouw en (2) het exclusief gebruiksrecht in een appartementsmede-eigendom.

63. De *erfdienstbaarheid van overbouw* (of uitbouw(174)) is het recht om over het lijdend erf heen iets te bouwen. Het omvat het recht om een uitsprong van het heersend erf boven het lijdend erf te hebben, zoals een balkon, een gaanderij, een loggia, een dak, een afdak, een vleugel van een gebouw, een

(171) Zie ook J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, II, nr. 998b. Vgl. R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, IIA, nr. 843A.

(172) Cass. 29 oktober 1959, *Arr. Cass.* 1960, I, 168 = *Pas.* 1960, 246.

(173) Cass. 29 oktober 1959, *Arr. Cass.* 1960, I, 168 = *Pas.* 1960, 246.

(174) Volgens Maja Reynebeau is een uitbouw verschillend van een overbouw omdat er wel incorporatie is in het perceel waarover wordt gebouwd (M. REYNEBEAU, “Het gebruik van erfdienstbaarheden bij grensoverschrijdende constructies – de rechten van overbouw, uitbouw, onderbouw en steun”, *Not. Fisc. M.* 2017, 7). Die incorporatie wordt echter al gedekt door het recht van steun, zodat we hier geen afzonderlijke categorie in zien.

goot, een afdak, dakterras, enzovoort(175). Kortom, het betreft het recht om accessoire vleugels van het gebouw te kunnen bouwen over andermans (lijdend) perceel(176). Een erfdiensbaaheid van overbouw is in die zin een atypische erfdiensbaaheid. Ze brengt voor de eigenaar van het lijdende erf een bouwverbod, minstens een erfdiensbaaheid om niet hoger te bouwen (“erfdienstbaaheid *non altius tollendi*”), met zich mee. De eigenaar van het lijdend erf kan immers niet bouwen op de ruimte die door de overbouw reeds in beslag wordt genomen of kan worden genomen(177). Indien de overbouw beperkt is tot een specifiek volume, kan de eigenaar van het lijdende erf hier wel boven of onder bouwen.

Een recht van overbouw heeft per definitie dus een exclusief karakter(178). Bovendien verleent een erfdiensbaaheid van overbouw of onderbouw op het ingenomen volume een alomvattend recht aan de eigenaar van het heersende erf(179). Nochtans is een dergelijke erfdiensbaaheid in de rechtspraak – en de rechtspraktijk – verankerd(180). Dat is des te interessanter wanneer men inziert dat de Franse *Cour de cassation* tot recent oordeelde dat “*une servitude ne peut conférer le droit d’empiéter sur la propriété d’autrui*”(181). De reden hiervoor was dat een erfdiensbaaheid niet kan bestaan in “*un droit exclusif interdisant au propriétaire du fonds servant toute jouissance de sa propriété*”(182). Het Jaarverslag van de Franse *Cour de cassation* laat over deze rechtspraak niet aan duidelijkheid te wensen over:

“Définie par l’article 637 du Code civil comme une charge imposée à un héritage pour l’usage et l’utilité d’un autre héritage, la servitude ne peut que diminuer l’exercice du droit du propriétaire du fonds servant, sans priver celui-ci de tous les attributs de son droit de propriété. Cette

(175) L. LINDEMANS, *Erfdiensbaaheden*, in *APR*, nr. 324; S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, nr. 283-285; V. SAGAERT, “Erfdiensbaaheden van overbouw, onderbouw en steun”, in V. Sagaert (ed.), *De betekenis van erfdiensbaaheden bij vastgoedtransacties* (Antwerpen: Intersentia 2017), 145-177. Een recent en voor de praktijk belangrijk toepassingsgeval betreft het recht van overbouw voor windmolens, waarvan de wieken (gedeeltelijk) over het aanpalende perceel draaien.

(176) S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, nr. 283; S. MOSSELMANS, “Etagegebouwen: opstal versus gedwongen mede-eigendom”, *TBBR* 2010, 507, nr. 3; L. LINDEMANS, *Erfdiensbaaheden*, in *APR*, nr. 325.

(177) L. LINDEMANS, *Erfdiensbaaheden*, *APR*, nr. 325.

(178) Zie evenwel M. REYNEBEAU, *Not. Fisc. M.* 2017, 13, nr. 35.

(179) V. SAGAERT, *Goederenrecht*, 452, nr. 557.

(180) Cass. 12 juni 2014, C.13.0413.N, jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=N-20140612-7 = *Arr.Cass.* 2014, 1471 = *RW* 2014-15, 905, noot V. SAGAERT.

(181) Cass. fr. 27 juni 2001, *Bull. civ.*, III, nr. 87 = *D.* 2001, jur., 2182, noot R. DESGORCES.

(182) Cass. fr. 24 mei 2000, *D.* 2001, jur., 151, noot R. LIBCHABER = *Defrénois* 2000, 1170, noot C. ATIAS.

conception restrictive de la notion de servitude condamne les servitudes de surplomb”(183).

Het is pas recent dat de Franse *Cour de cassation* zijn rechtspraak heeft herzien en ook een erfdienstbaarheid van overbouw heeft erkend(184).

Het hoeft niet te verwonderen dat in de vastgoedpraktijk de erfdienstbaarheid van overbouw in het vaarwater is gekomen met zelfstandige opstalrechten. Het voordeel hiervan zou zijn dat de constructie die op/boven het lijdende erf is aangebracht voor de uitoefening van een erfdienstbaarheid, op grond van het accessoire opstalrecht, ook een eeuwigdurende eigendomssplitsing teweegbrengt. Het opstalrecht dat accessoir is aan een eeuwigdurende erfdienstbaarheid is immers eeuwigdurend(185). Zolang de erfdienstbaarheid dan bestaat, blijven die installaties eigendom van de eigenaar van het heersende erf. De vastgoedpraktijk poogt die erfdienstbaarheden verder op te rekken tot zelfstandige gebouwen of minstens hoofdonderdelen van een gebouw, om te kunnen ontsnappen aan de termijnbeperking van 50 jaar bij opstalrechten. Toch is voorzichtigheid geboden: zowel het vereiste van een heersend erf bij erfdienstbaarheden als het kenmerk dat de erfdienstbaarheid accessoir moet zijn aan het heersend erf (en niet omgekeerd) beperkt het gebruik van erfdienstbaarheden van overbouw. Ook hier dringt een bewaking vanuit het concept wetsontduiking zich op. We hebben deze overlappingen tussen de erfdienstbaarheid van overbouw en opstalrechten elders uitvoerig geanalyseerd(186).

64. Een tweede voorbeeld van een uitdeining van erfdienstbaarheden betreft de exclusieve gebruiksrechten die in de statuten van een appartementsmede-eigendom zijn opgenomen. Niet zelden bevatten de statuten van een appartementsgebouw een clause die een exclusief gebruiksrecht aan één mede-eigenaar (of beter: één kavel) toekent op gemene delen. Het gaat om de zogenoemde gemene delen bezwaard met een exclusief gebruiksrecht ten voordele van één (of enkele) mede-eigenaar(s). Een dergelijke statutaire

(183) L. JACQUES, “Les servitudes dans la jurisprudence récente de la cour de cassation”, *Rapport annuel* 2004, (151), 156 (zie ook www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2004_173/deuxieme_partie_tudes_documents_176/tudes_diverses_179/recente_cour_6400.html#n_20).

(184) Cass. fr. 12 maart 2008, *D.* 2008, somm. 919, noot G. FOREST = *D.*, 2462, noot B. MALLET-BRICOUT = *JCP* éd. G 2008. I. 127, noot H. PERINET-MARQUET. Ook in de rechtsleer werd de restrictieve houding naar de erfdienstbaarheid van overbouw toe bekritiseerd: W. DROSS, “Empiètement et servitude”, (noot onder Cass. fr. 5 maart 2013), *Rev. trim. dr. civ.* 2013, 414; R. LIBCHABER, “Servitude et empiètement: une difficile conciliation”, *D.* 2001, 151.

(185) Cass. 12 juni 2014, C.13.0413.N, *supra*, voetnoot 180; H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 685; R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, IIB, 908, nr. 1021; V. SAGAERT, *TPR* 2009, (21) nrs. 41-43. Vgl. Brussel 18 mei 1924, *Rev.prat.not.* 1921, 621, noot J. VAN DER VORST.

(186) V. SAGAERT, “Erfdienstbaarheden van overbouw, onderbouw en steun”, in *De betekenis van erfdienstbaarheden bij vastgoedtransacties*, 145-177.

clausule combineert twee voordelen: enerzijds laat ze toe om het gebruik van een gemeenschappelijk deel voor één mede-eigenaar voor te behouden. Te denken is bijvoorbeeld aan de tuin, waarvan het exclusieve gebruik aan de eigenaar van een gelijkvloerse kavel wordt verleend, of aan een dakterras, waarvan het exclusieve gebruik aan de eigenaar van een appartement op de hoogste verdieping wordt toegekend. Ook de kosten van dit gemeenschappelijk deel kunnen alsdan enkel ten laste van de betrokken mede-eigenaar worden gelegd. Anderzijds kunnen werken, zelfs mits toekenning van een exclusief gebruiksrecht aan één of meer mede-eigenaars, slechts met een gekwalificeerde meerderheid van mede-eigenaars worden uitgevoerd, waardoor de consistentie van het gebouw wordt gevrijwaard⁽¹⁸⁷⁾.

Er bleef gedurende lange tijd onenigheid bestaan over kwalificatie van dit gebruiksrecht. Doet dit een *persoonlijk* gebruiksrecht ontstaan dan wel een *zakelijk* gebruiksrecht (en voor dit laatste welke categorie?)(188)? Een eerste strekking was van oordeel dat het om een zakelijk recht van erfdiensbaarheid gaat. In die zienswijze is voor de intrekking van zo'n exclusief gebruiksrecht unanimiteit onder de mede-eigenaars vereist⁽¹⁸⁹⁾. Ook in de cassatierechtspraak bestaan hiervoor aanknopingspunten. Het Hof van Cassatie oordeelde in een arrest van 30 januari 2014 dat "het gebruiksrecht van een binnenkoer kan gevestigd worden als een conventionele erfdiensbaarheid van gebruik"⁽¹⁹⁰⁾. Het Hof heeft hiermee niet geoordeeld dat het

(187) In dezelfde zin Vred. Lennik 12 mei 2004, *T. App.* 2015/1, 44. Zie nochtans: C. MOSTIN, "La copropriété réformée par la loi du 2 juin 2010", *JT* 2011, 20, nr. 20.

(188) Voor een meer uitvoerige bespreking onder het regime vóór 1 januari 2019: N. CARETTE, "Exclusieve gebruiksrechten op gemeenschappelijke delen bij appartementsmede-eigendom", *Not. Fisc. M.* 2017, 44-56; zie P.-Y. ERNEUX, "Le droit d'usage exclusif sur les parties communes dans la pratique de la copropriété", in P.-Y. Erneux (ed.), *Actualités notariales de la copropriété* (Brussel: Bruylant 2010), 51-56; V. SAGAERT, "De geldigheid van statutaire clausules in het appartementsrecht onder de loop: richtwijzers en voorbeeldclausules voor de notariële praktijk", *T. Not.* 2016, 630-634; S. VAN DEN HOVE, "Het exclusief gebruiksrecht op gemeenschappelijke delen in de appartementsmede-eigendom", *Not. Fisc. M.* 2008, 325-348; M. TORDOIR, "Quelques réflexions sur le droit de jouissance exclusive attribué sur des parties communes", *T. App.* 2008/3, 8-11.

(189) Vgl. R. TIMMERMANS, "Verworven rechten en het recht van de algemene vergadering om op genomen beslissingen terug te komen", *T. App.* 2004/4, 15-17 (hij geeft wel andere voorbeelden, die verband houden met erfdiensbaarheden).

(190) Cass. 30 januari 2014, C.12.03065.N, jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=F-20140130-3 = *Arr. Cass.* 2014, 319 = *T. Not.* 2014, 754. Voor een uitvoerigere bespreking van deze problematiek: S. VAN DEN HOVE, "Het exclusief gebruiksrecht op gemeenschappelijke delen in de appartementsmede-eigendom", *Not. Fisc. M.* 2008, 325-348; M. TORDOIR, *T. App.* 2008/3, 8-11. Een andere illustratie kan worden gevonden in een vonnis van het Vrederecht van Brussel (2e kanton). Een basisakte van een gebouw dat onder het regime van appartementseigendom werd geplaatst, kende aan een eigenaar een exclusief gebruiksrecht toe op het terras van een appartement, verankerd op het dak van een aanpalend gebouw dat eveneens aan appartementseigendom onderworpen is. Volgens de Vrederechter creëert dat recht in wezen een erfdiensbaarheid (Vred. Brussel (1) 2 juli 2014, *T. App.* 2015/1, 36). In dezelfde zin oordeelde de Vrederechter van Veurne dat: "een exclusief genotsrecht op een gemeen deel een zakelijk recht betreft dat zich volledig onderscheidt van een eigendomsrecht" (Vred. Veurne 5 augustus 2014, AR 13/A/180, onuitg.).

steeds om een zakenrechtelijke last gaat, maar wel dat een dergelijke clause, indien ze als erfdienstbaarheid wordt geformuleerd, geldig zou zijn(191). Een ander deel van de rechtsleer was van oordeel dat een dergelijk recht als louter persoonlijk gebruiksrecht is te beschouwen(192). Ter ondersteuning van deze zienswijze wordt steun gezocht in de traditionele kenmerken van erfdienstbaarheden: erfdienstbaarheden zijn specifieke en niet-exclusieve lasten op een onroerend goed(193), en dat terwijl een exclusief gebruiksrecht algemeen en exclusief is. Wanneer een exclusief gebruiksrecht op een gemeen deel wordt toegekend, gaat het niet alleen om een exclusief, maar bovendien om een omvattend recht(194).

De wetwijziging van 18 juni 2018(195), die op 1 juni 2019 in werking is getreden, beslecht deze discussie door te bepalen dat deze exclusieve gebruiksrechten in principe als erfdienstbaarheden zijn te beschouwen, behalve indien statutair anders is bepaald (art. 577-4 § 1 lid 4 BW). Dit houdt in dat het gemene deel het lijdende erf is, terwijl de private kavel waaraan het gebruiksrecht wordt toegekend, het heersende erf is. Op algemener niveau is deze bepaling echter ook van belang voor de essentiële elementen waaraan een recht moet voldoen met het oog op een kwalificatie als erfdienstbaarheid. In de eerste plaats neemt de wetgever hiermee positie in in de discussie over de vraag of een erfdienstbaarheid kan worden gevestigd tussen een perceel dat in mede-eigendom is en een perceel dat exclusief aan een van de mede-eigenaars

(191) De gemeenschappelijke bedoeling van de partijen blijft in principe maatgevend (art. 1156 BW). Vroeger hanteerde men bij erfdienstbaarheden als interpretatieregel vaak dat deze restrictief moeten worden uitgelegd, omdat ze een uitzondering vormen op het vrije eigendomsrecht. Thans gaat men echter uit van de algemene interpretatieregels van artikel 1156 e.v. Burgerlijk Wetboek.

(192) F. AEBY, E. GEVERS en C. TOMBROFF, *La propriété des appartements. Ses aspects juridiques et pratiques* (Brussel: Bruylant 1983), nr. 421; S. VAN DEN HOVE, *Not. Fisc. M.* 2008, 338. Impliciet ook: R. TIMMERMANS, “De regeling van het gebruik van beschikbare parkeervakken in flatgebouwen”, *T. App.* 2004/1, 17.

(193) V. SAGAERT, *Goederenrecht*, nr. 557. Zie ook uitvoerig: V. SAGAERT en K. SWINNEN, *Privaatrechtelijke erfdienstbaarheden door het oog van de 21e eeuw*, 118 p.

(194) De Vrederechter van Genk maakte hiervan toepassing door te oordelen dat de algemene vergadering met een meerderheid van vier vijfde van de stemmen het exclusief gebruiksrecht van de gemeenschappelijke zolderruimte aan de eigenaars van de onderliggende appartementen toekent. Hetzelfde zou dus kunnen gelden voor het ontnemen van dit recht aan de betrokken mede-eigenaar. Dat recht zou dus niet onherroepelijk kunnen zijn. Dat is overigens wat ook de Vrederechter oordeelt: “De beslissing van de algemene vergadering is onrechtmatig omdat het gebruiksrecht niet eeuwigdurend kan zijn, doch steeds door de algemene vergadering moet kunnen worden beëindigd. Evenmin kon het kosteloos worden toegekend, omdat het exclusieve gebruik een aangepaste vergoeding rechtvaardigt” (Vred. Genk 5 maart 2013, *TBO* 2013, 278).

(195) Wet van 18 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en houdende wijziging van het Gerechtelijk Wetboek met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing, *BS* 2 juli 2018. Zie hierover uitvoerig: V. SAGAERT, “Statuten en toepassingsdomein van het appartementsrecht na de hervorming van 2018”, in N. Carette en V. Sagaert (red.), *Appartementsrecht. Hervormingen 2018 en actuele ontwikkelingen*, Antwerpen: Intersentia 2018, 30-36.

toebehoort(196). Men kan zijn eigen zaak niet bezwaren met een erfdiens-
 baarheid (*res sua nemini servit*)(197). Het antwoord van de wetgever luidt
 dat zulks geldig is. Zoals reeds eerder bepleit, is het voortaan zeker dat een
 erfdiensbaaerheid mogelijk is tussen een perceel in exclusieve eigendom en
 een perceel in mede-eigendom(198). Daarnaast bevestigt de wetgever dat het
 niet-exclusieve karakter van een erfdiensbaaerheid weliswaar het principe
 is, maar dat partijen hiervan contractueel kunnen afwijken. Het exclusieve
 karakter van een gebruiksrecht denatureert dus in principe de erfdiensbaa-
 erheid niet. Opnieuw kan hierin dus een toenadering van erfdiensbaaerheden
 tot de andere (zakelijke) gebruiksrechten worden gezien.

Gaat het echter om een zakelijke last, dan wijkt de wetgever af van de regel
 dat een erfdiensbaaerheid niet afkoopbaar is. Om gevallen van rechtsmis-
 bruik bij het intrekken van dit exclusieve gebruik te voorkomen, heeft de
 wetgever bepaald dat de intrekking slechts mogelijk is indien aan verschil-
 lende voorwaarden is voldaan (art. 577-7 § 1, 2°, e BW):

- de intrekking vergt een vier vijfde meerderheid in de algemene vergadering;
- de intrekking moet gemotiveerd worden door het rechtmatig belang van
 de vereniging van mede-eigenaars. Het lijkt erop dat de wetgever hiermee
 gevallen van rechtsmisbruik viseert.

In voorkomend geval kan de vrederechter de betaling van een vergoeding
 toekennen in verhouding tot de schade die zulks mocht veroorzaken. De
 vrederechter kan soeverein oordelen over de vraag of er een vergoeding
 wordt toegekend en hoe groot die vergoeding moet zijn. Het toekennen van
 een vergoeding zou moeten beperkt zijn tot gevallen waarin de koper van de
 kavel het rechtmatig vertrouwen kon hebben op het behoud van dat gebruiks-
 recht. Uit de parlementaire voorbereiding kan worden afgeleid dat vooral
 het geval gevisieerd wordt waarbij het gebruiksrecht in de oorspronkelijke
 statuten is toegekend zonder verwijzing naar een louter gedogen dat op enig
 tijdstip kan worden ingetrokken(199). De verschuldigde schadevergoeding
 moet, in voorkomend geval, ten laste worden genomen door de vereniging
 van mede-eigenaars en uitgekeerd vanuit het reservekapitaal(200).

(196) Voor deze discussie: zie S. BOUFFLETTE, “Les servitudes au sein de la copropriété
 forcée d’immeubles ou groupes d’immeubles bâtis”, *Revue Pratique de l’immobilier* 2011,
 171-197; D. GRUYAERT, “Erfdiensbaaerheden en mede-eigendom: een moeilijke combinatie”,
 in V. Sagaert (ed.), *De betekenis van erfdiensbaaerheden bij vastgoedtransacties* (Antwerpen:
 Intersentia 2017), 239-258.

(197) R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht in Beginselen van Belgisch
 Privaatrecht*, IIB, 618, nr. 925; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, 467, nr. 573.

(198) V. SAGAERT, *Goederenrecht*, nr. 575. In dezelfde zin D. GRUYAERT, in *De betekenis van
 erfdiensbaaerheden bij vastgoedtransacties*, (239) nr. 7.

(199) Memorie van toelichting, 215. *A fortiori* is dat het geval indien blijkt dat de eigenaar van
 de begunstigde private kavel voor dit gebruiksrecht bij de aankoop van de kavel een vergoe-
 ding heeft betaald.

(200) Memorie van toelichting, 215.

§ 5. TUSSENCONCLUSIE: GEBRUIKS- EN GENOTSRECHTEN ALS OPEN SYSTEEM (?)

65. Gezien de ruime mogelijkheden om contractueel af te wijken van de wettelijke regelingen en de veelheid aan persoonlijke en zakelijke genotsrechten (huur, vruchtgebruik, erfpacht, opstal), vormt het vermogensrecht slechts in beperkte mate een beperking op de wilsvrijheid van de partijen. Meer nog, de gebruiks- en genotsrechten sluiten niet enkel nauw op elkaar aan, door de ruime contractsvrijheid ontstaan ook grote domeinen van overlapping. Daardoor komt dan weer de vraag aan de orde naar de problematiek van herkwalificatie.

De remedie om hieraan te verhelpen is afhankelijk van de plaats die men toekent aan het gesloten systeem van het goederenrecht. Zolang dit gesloten systeem centraal staat, lijkt men behoedzaam te moeten omspringen met de mogelijkheden tot herkwalificatie van de contracten waarnaar partijen zich hebben gericht. De vaststelling dat het toepassingsdomein van de gebruiks- en genotsrechten overlapt, biedt bijkomende steun aan deze terughoudendheid. Enkel indien partijen aan een recht een inhoud geven die onverenigbaar is met de kwalificatie die ze aan dit recht hebben verleend, zou een herkwalificatie aan de orde kunnen zijn.

B. SUBJECTIEVE EXCLUSIVITEIT VAN DE VERMOGENSRECHTEN

66. Een vaak voorkomend misverstand is dat zakelijke rechten zich zouden onderscheiden van persoonlijke rechten door het exclusieve karakter van de bevoegdheden die ze verlenen. Uit het onderstaande zal blijken dat (1) niet alleen het eigendomsrecht en de zakelijke gebruiksrechten, maar ook de persoonlijke rechten exclusief kunnen zijn en (2) dat de exclusiviteit van het eigendomsrecht steeds meer te nuanceren is.

§ 1. EXCLUSIVITEIT ALS ONDERSCHIEDEND KENMERK TUSSEN PERSOONLIJKE EN ZAKELIJKE RECHTEN?

67. Een erfpachtrecht en opstalrecht verlenen aan hun titularis een exclusief gebruiksrecht. Dat wil zeggen dat – met betrekking tot het voorwerp van het recht – derden geen bevoegdheden mogen uitoefenen. De gebruiks- en genotsbevoegdheden van de erfpachter zijn algemeen en exclusief. Erfpacht is het zakelijk recht dat het eigendomsrecht in de grootste mate uitholt, meer dan vruchtgebruik of opstal(201).

Maar ook een opstalrecht verleent, binnen het volume waarop het wordt toegestaan, een exclusief recht aan de opstalhouder, namelijk het recht om

(201) R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, IIB, 847, nr. 997.

gebouwen op te richten en het recht om eigenaar te worden van die gebouwen. Het opstalrecht, en dus de uitsluitingsmogelijkheid, bestaat echter reeds van zodra het recht wordt gevestigd, zelfs al is die bevoegdheid nog niet uitgeoefend(202).

Hetzelfde geldt voor het vruchtgebruik: ook de vruchtgebruiker kan zowel de blote eigenaar als derden uitsluiten van de uitoefening van concurrerende bevoegdheden op het bezwaarde goed.

68. De exclusiviteit van het gebruiksrecht is echter noch specifiek, noch algemeen voor zakelijke rechten.

In de eerste plaats is die exclusiviteit niet specifiek voor zakelijke gebruiksrechten. Ook de persoonlijke gebruiks- en genotsrechten van de huurder en de bruiklener hebben een exclusief karakter. De verhuurder moet de huurder vrijwaren voor eigen stoornissen (art. 1719, 3° BW) en voor rechtsstoornissen van een derde. De vrijwaring voor eigen daad impliceert dat de verhuurder geen enkele juridische of materiële handeling mag stellen waardoor hij het gebruik of genot van de huurder zou verstoren. Voor feitelijke stoornissen van derden beschikt de huurder over diverse actiemogelijkheden. Indien de verhuurder of een derde feitelijke stoornissen of geweld pleegt in het kader van een bezitsstoornis, kan de huurder zelfs een bezitsvordering (*reintegranda*) tegen de verhuurder of de derde instellen (art. 1370 Ger. W.). Ook op grond van een buitencontractuele schuldvordering (*ex art. 1382 BW*) kan een einde worden gemaakt aan de feitelijke stoornis van derden.

Bovendien is die exclusiviteit ook niet gemeenschappelijk aan alle zakelijke rechten. Zoals reeds gezegd hebben erfdienstbaarheden in principe een niet-exclusief karakter (zie *supra*, nr. 60). Zo heeft de titularis van een recht van overgang, behoudens andersluidend beding, niet het recht om te verhinderen dat de eigenaar van het lijdend erf diezelfde overgang gebruikt in het kader van zijn eigendomsrecht(203). De impact van erfdienstbaarheden voor grondeigendom is doorgaans veel beperkter dan de impact van huur.

69. Per slotsom is de exclusiviteit van een gebruiksrecht dus noch een voldoende noch een noodzakelijke voorwaarde voor de kwalificatie als zakelijk gebruiksrecht. Bovendien kunnen partijen het exclusieve karakter van zowel persoonlijke als zakelijke gebruiksrechten moduleren. Dat kan bijvoorbeeld gebeuren door het toekennen van bezoekrechten aan de eigenaar (met name aan het einde van de gebruiksperiode), inspectiemogelijkheden, enz.

(202) Cass. 23 mei 2013, C.12.0435.F, jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=F-20130523-5 = *Arr. Cass.* 2013, 1268 = *Pas.* 2013, 1151 = *RW* 2013-14, 1460.

(203) J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, II, nr. 998b; P. LECOCQ, S. BOUFFLETTE, A. SALVÉ en R. POPA, *Manuel de droit des biens*, II, 258-259, nr. 37; L. LINDEMANS, *Erfdienstbaarheden* in *APR*, 102, nr. 241; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, nr. 653.

§ 2. EXCLUSIVITEIT ALS WEZENSKENMERK VAN HET EIGENDOMSRECHT?

70. De exclusiviteit van het eigendomsrecht werd in de 19e eeuw sterk beklemtoond als reactie op het gefragmenteerde eigendomsconcept uit het feodalisme, waarin het eigendomsrecht opgesplitst was tussen *dominium utile* en *dominium directum*(204). Dat is wat de wetgever beoogde te benadrukken door in artikel 544 BW in te schrijven dat het eigendomsrecht ‘het meest volstrekke recht’ is. Er kunnen weliswaar specifieke bevoegdheden van het eigendomsrecht worden afgesplitst (door een persoonlijk of beperkt zakelijk recht), maar nooit kan een derde dezelfde residuaire bevoegdheden als de eigenaar verkrijgen.

Het is dan ook niet verwonderlijk dat de exclusiviteit van het eigendomsrecht in 1804 centraal stond: het eigendomsrecht drukte in de ogen van de wetgever van 1804 een exclusief toebehoren uit(205). Het gecodificeerde goederenrecht is een *anti-commons* goederenrecht. Zoals reeds gezegd komt dit kenmerk van het goederenrecht onder druk te staan met allerhande nieuwe woonvormen, die op gemeenschapsvorming gericht zijn (*community land trust*, *cohousing*, kangoeroewonen, enzovoort)(206).

71. Zoals Dorothy Gruyaert heeft aangetoond, heeft die exclusiviteit van het eigendomsrecht een dubbele dimensie(207). De interne exclusiviteit houdt in dat de volheid van bevoegdheden in handen van één persoon moet blijven, de externe dimensie van de exclusiviteit houdt in dat een eigenaar (net zoals andere zakelijk gerechtigden) anderen kan uitsluiten.

De interne dimensie van die exclusiviteit is, zoals gezegd, niet eigen aan zakelijke rechten: ze laat al niet toe om gebruiksrechten te onderscheiden, laat staan het eigendomsrecht. Toch heeft de interne dimensie van het eigendomsrecht iets bijzonders. Gruyaert koppelt de interne dimensie van het eigendomsrecht aan de gravitatiekracht van het eigendomsrecht. Er kunnen weliswaar

(204) Nochtans komt de exclusiviteit niet in de omschrijving van artikel 544 BW voor, wat wordt verklaard doordat het exclusieve karakter werd gezien als een verschijningsvorm van het omvattende karakter van het eigendomsrecht (A.M. PATAULT, “La propriété non exclusive au XIXième siècle: histoire de la dissociation juridique de l’immeuble”, *Rev. hist. dr.* 1983, 217-237).

(205) I. DURANT, *Droit des biens*, 33, nr. 14; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique*, III, 48; B. RUDDEN, in *Oxford Essays in Jurisprudence, Third Series*, (239) 249. Vgl. R.J. POTHIER, *Oeuvres de Pothier* (Paris: Beaucé 1819), IX, 107, nr. 15: “*propre et commun sont deux choses contradictoires*”. Nochtans blijkt uit de Franse rechtspraak dat dit kenmerk met grote vertraging ingang vond (zie o.m. Dijon 3 januari 1835, *D.* 1838, I, 161; Nancy 16 augustus 1832, *S.* 1834, I, 720; Rouen 14 maart 1832, *S.* 1834, I, 205).

(206) Zie hiervoor de diverse bijdragen in het boek *Opening Doors. Notarieel Congres Gent 2017*. Zie ook T. LEGAL, “Les vertus de la propriété partagée. Les fondements de l’Ancien droits aux attentes contemporaines”, in L. Andreu (red.), *Liberté contractuelle et droits réels*, 109-132.

(207) Zie hiervoor: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*. Voor een samenvatting: D. GRUYAERT, “De exclusiviteit van het eigendomsrecht”, *RW* 2016-17, 323-334.

specifieke bevoegdheden van het eigendomsrecht worden afgesplitst (door een persoonlijk of beperkt zakelijk recht), maar al die bevoegdheden trekken bij het einde van dat beperkt recht na ten voordele van de eigenaar. In die zin zouden afsplitsingen van het eigendomsrecht die niet aan een maximumtermijn zijn onderworpen en evenmin door de eigen wil van de eigenaar kunnen worden beëindigd, in strijd komen met die (interne) exclusiviteit van het eigendomsrecht. Een uitschakeling of beperking van de bevoegdheden van de eigenaar ten eeuwigden dage, waarbij enkel de niet-uitoefening tot tenietgaan zou leiden, zou een gedeeld eigendomsconcept – zoals in het feodale stelsel – terug doen opdoemen⁽²⁰⁸⁾.

De externe dimensie is evenmin eigen aan het eigendomsrecht, en zelfs niet eigen aan de zakelijke rechten. Opvallend is dat die externe dimensie door de cassatierechtspraak ook erg is opgetrokken. In navolging van een deel van de rechtsleer en de Franse rechtspraak, oordeelt het Hof immers dat “een leasingnemer die de geleasede goederen ter beschikking heeft gesteld van de later gefailleerde schuldenaar hoedanigheid en belang heeft om op grond van de overeenkomst de geleasede goederen terug te vorderen uit de boedel”⁽²⁰⁹⁾. Dit betekent dat de leasingnemer als economische eigenaar de goederen kan revindiceren, ook al heeft hij volgens de klassieke patronen slechts een persoonlijk recht.

VI. HET *NUMERUS CLAUSUS*-BEGINSEL BIJ ZAKELIJKE ZEKERHEIDRECHTEN

A. TYPENZWANG EN ZAKELIJKE ZEKERHEDEN

§ 1. ALGEMEEN

72. Een bijzondere toepassing van het *numerus clausus*-beginsel op zakelijke zekerheidsrechten vindt men in de artikelen 7-8 Hypotheekwet, dat de gelijkheid tussen de schuldeisers (*paritas creditorum*) bevestigt en enkel bij wettelijke uitzonderingen een recht van voorrang toekent. In de mate dat het onmogelijk is om zakelijke hoofdrechten te vestigen waarin niet door de wet is voorzien, geldt zulks *a fortiori* voor accessoire zakelijke rechten (zakelijke zekerheden), die immers op directere wijze leiden tot een uitoefening van het recht van voorrang. Dat wordt vaak uitgedrukt in de regel “*pas de privilège sans texte*”. Als bijzondere toepassing van het

(208) Zie D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, nr. 269. In dezelfde zin G. LARDEUX, “Qu’est-ce que la propriété? Réponse de la jurisprudence récente éclairée par l’histoire”, *Rev. trim. dr. civ.* 2013, 744, nr. 5; P. LECOCQ, S. BOUFFLETTE, A. SALVÉ en R. POPA, *Manuel de droit des biens*, II, 30-31, nr. 7.

(209) Cass. 7 juni 2013, C.12.0480.N, jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20130607-3 = *Arr. Cass.* 2013, 1414, concl. Proc. Gen. LECLERCQ = *RW* 2013-14, 579, noot D. GRUYAERT.

algemene *numerus clausus*-beginsel wordt meestal verdedigd dat deze bepaling niet beperkt is tot zakelijke zekerheden in de strikte zin van het woord, maar zich uitstrekt tot alle zakelijk werkende mechanismen die ertoe strekken om een goed te onttrekken aan de samenloop, bijvoorbeeld ook op de zekerheidseigendom(210).

Het domein van de zakelijke zekerheden vormt, zoals gezegd, het enige domein waarin het gesloten stelsel op die manier een uitdrukkelijke wettelijke grondslag heeft. Artikel 8 Hypotheekwet beperkt de uitzonderingen op het gelijkheidsbeginsel tot de “wettige redenen van voorrang”. Dat is niet toevallig. Zelfs in het Franse recht, waar de wilsautonomie in het goederenrecht toch in belangrijke mate primeert (zie *supra*, nr. 7 e.v.), wordt voor een gesloten systeem gepleit als het over zakelijke zekerheidsrechten gaat(211). De reden hiervoor ligt voor de hand: naast de redenen die, met de mogelijke kritieken, voor de *numerus clausus* in het algemeen worden gegeven (zie *supra*, nr. 33), geldt bij zakelijke zekerheden ook nog dat het een uitzondering vormt op de *paritas creditorum*. De uitzonderingen op de gelijkheid onder de schuldeisers moeten niet alleen een wettelijke grondslag hebben, maar worden – als uitzondering op het gemeenrechtelijke regime – klassiek ook restrictief geïnterpreteerd(212).

73. Toch is ook binnen de zakelijke zekerheden, vooral vanuit de financiële praktijk, het gesloten stelsel op kritiek gestoten. Christian Mouly ziet deze regel als strijdig met “*la liberté d’exploiter ses actifs au mieux de ses intérêts*”(213). Wilsvrijheid zou noodzakelijk zijn voor een optimalisering van het zakenkrediet. Dit laatste vergt enkel dat de zekerheden transparant zijn, en dus aan een efficiënte publiciteit worden onderworpen(214).

Het is bovendien zeer de vraag of dat beginsel van openbare orde is. Volgens de cassatierechtspraak is de vraag of de schuldvordering van een schuldeiser

(210) R. DEKKERS en E. DIRIX, *Handboek*, II, 57, nr. 128; vgl. E. DIRIX, “Grenzen van de wilsautonomie inzake zakelijke zekerheidsrechten”, in *Bijzondere overeenkomsten* (Mechelen: Kluwer 2008), 141-186; zie ook P. CROCQ, *Propriété et garantie*, 190, nr. 235; F. GEORGE, *Le droit des contrats à l’épreuve de la faillite* (Brussel: Larcier 2018), 119-126. Vgl. Nochtans E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten* (Antwerpen: Kluwer 2006) nr. 373.

(211) C. GUSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens* (Paris: Economica 2015), 239-253. Zie ook M. MIGNOT, “Le numerus clausus et les sûretés réelles”, in L. Andreu (red.), *Liberté contractuelle et droits réels*, 109-132.

(212) H. DE PAGE, *Traité*, VII, nr. 16; F. LAURENT, *Principes de droit civil belge*, XXIX, 361, nr. 317; F. T’KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers* (Brussel: Larcier 2000), 87, nr. 157.

(213) C. MOULY, “Procédures collectives: assainir le régime des sûretés”, in *Etudes Roblot* (Paris: LGDJ 1984), 548, nr. 31. In dezelfde zin P. SIMLER en P. DELEBECQUE, *Les sûretés. La publicité foncière* (Paris: Dalloz 2012), nr. 352.

(214) Ook naar Belgisch recht wordt gepleit voor een contractualisering van de zekerheden: zie A. ZENNER en I. PEETERS, “Tegenwerpelijheid van samenloopvermijdende contractuele waarborgmechanismen”, *RW* 2004-05, 481-494.

onderworpen is aan de gelijkheidsregel bij faillissement dan wel zonder onderworpen te zijn aan de percentenregeling rechtstreeks door de curator moet worden betaald, van dwingend recht(215). Het beginsel zou dus ook in zijn toepassing op zakelijke zekerheden niet van openbare orde zijn. Een illustratie daarvan vindt men in de mogelijkheid om *pari passu*-overeenkomsten te bedingen, waardoor contractueel afbreuk wordt gedaan aan rangposities van betrokken schuldeisers(216).

§ 2. TOEPASSING OP DE FIDUCIAIRE EIGENDOM TOT ZEKERHEID

74. Een uitgelezen domein van het gesloten stelsel van zakelijke rechten is de fiduciaire eigendom tot zekerheid. Zoals bekend bestaan er twee vormen van zekerheidseigendom, namelijk (1) de voorbehouden zekerheidseigendom en (2) de overgedragen zekerheidseigendom. Beide vormen zijn het voorwerp geweest van debat, dat de grenzen van het gesloten stelsel aantoonde.

75. Terwijl de voorbehouden zekerheidseigendom in de meeste rechtstelsels geen aanleiding geeft tot veel discussie, was dat wel het geval naar Belgisch recht. De achtergrond is dat het Belgische recht, als één van de laatste Europese rechtstelsels, de tegenwerpelijkheid van het eigendomsvoorbehoud heeft erkend in de Faillissementswet van 8 augustus 1997. Het Hof van Cassatie betoonde in zijn arrest van 7 mei 2010 reeds een grote terughoudendheid om die erkenning algemeen te maken. Volgens het Hof

“bestaat er geen algemeen rechtsbeginsel volgens welk het beding van eigendomsvoorbehoud in geval van samenloop geldt ten aanzien van derden. Het beding waarbij de partijen overeenkomen om de eigendomsoverdracht van een roerend goed uit te stellen, is geoorloofd, maar geldt niet ten aanzien van de schuldeisers van de koper in geval van samenloop met de verkoper, wanneer de verkochte zaak in het bezit van de koper is gesteld”(217).

Het Hof beperkte de tegenwerpelijkheid van het eigendomsvoorbehoud dus tot het strikte toepassingsgebied van artikel 101 Faillissementswet. Het resultaat van deze rechtspraak was dat het eigendomsvoorbehoud niet kon worden tegengeworpen in andere samenloopssituaties, zoals de collectieve schuldenregeling of een vereffening buiten faillissement(218). De verkoper onder eigendomsvoorbehoud moest alsdan in die samenloopprocedures volgens

(215) Cass. 9 maart 2000, *Arr. Cass.* 2000, 544 = *RW* 2000-01, 480, noot A. DE WILDE. Zie daarvoor reeds H. DE PAGE, *Traité*, VII, nr. 752.

(216) Zie hiervoor R. FRANSIS, *Achterstelling van schuldvorderingen in het insolventierecht* (Antwerpen: Intersentia 2017).

(217) Cass. 7 mei 2010, C.09.0317.F http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?id-pdf=F-20100507-1 = *Arr. Cass.* 2010, 1334 nr. 321 = *TBH* 2011, 550 bijdrage A.S. GIGOT = *RW* 2011-2012, 271 met bijdrage M.E. STORME = *NjW* 2010, 502, noot R. FRANSIS.

(218) *APR*, tw. *Eigendomsvoorbehoud*, nr. 25. Latere rechtspraak heeft zich in de lijn van de cassatierechtspraak geplaatst: Arbh. Liège 19 mei 2014, *Jaarboek Kredietrecht* 2014, 511.

deze cassatierechtspraak als gewone, chirografaire schuldeiser worden behandeld(219). Deze rechtspraak is bekritiseerd, onder andere omdat ze de concurrentiepositie van Belgische ondernemingen bemoeilijkt, die nood hebben aan een modern en efficiënt zekerheidsinstrument(220). Hoe scherp de kritiek op dit arrest ook weze(221), het eigendomsvoorbehoud werd hierdoor juridisch precair en verleende geen *ex ante* zekerheid.

De wetgever is in de Pandwet van 11 juli 2013 tussengekomen om aan het eigendomsvoorbehoud een meer algemene regeling te geven, waardoor de zakelijke werking ervan veralgemeend wordt (artikel 69 Pandwet). Sinds 1 januari 2018 heeft de voorbehouden zekerheidseigendom dus algemeen een wettelijke grondslag(222).

76. De discussie over de tegenwerpelijheid – en dus de zakelijke werking – van de fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid, heeft het voorwerp uitgemaakt van vele discussies(223). De argwaan is traditioneel nog groter dan bij een eigendomsvoorbehoud: in tegenstelling tot een eigendomsvoorbehoud, dat inherent is aan een koopvordering, kan een fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid elke schuldvordering waarborgen en is ze dus een echt substituut voor een zakelijk zekerheidsrecht. Zoals bekend oordeelde het Hof van Cassatie in het arrest *Sart-Tilman*(224) dat

(219) Is de koper een niet-handelaar, dan blijft het eigendomsvoorbehoud zonder uitwerking bij diens insolventie, ook indien het een collectieve schuldenregeling met aanzuivering van schulden – en dus vereffening van activa – betreft. In verhouding tot een koper-handelaar kan de verkoper alleen maar hopen dat de vereffening zal plaatsvinden in het kader van een faillissementsprocedure, maar een vereffening buiten faillissement kan als alternatief in het vizier komen. Vanuit het standpunt van de bewindvoerder geformuleerd bestaat er dus vaak belang bij om voor een vereffeningprocedure in plaats van voor een faillissementsprocedure te kiezen.

(220) Voor kritische geluiden: M.E. STORME, “Eigendomsvoorbehoud en samenloop buiten faillissement: Hof van Cassatie lijdt aan fantoompijn”, *RW* 2010-11, (254) 265; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, nr. 211; V. SAGAERT, “Het eigendomsvoorbehoud: een nieuwe communautaire splijtzwaam?”, *NTBR* 2010, 293-294; R. JANSEN & V. SAGAERT, “Overzicht zekerheden”, *TPR* 2012 (150) nr. 187.

(221) M.E. STORME, “Eigendomsvoorbehoud en samenloop buiten faillissement: Hof van Cassatie lijdt aan fantoompijn”, *RW* 2010-11, 254-266; zie ook E. DIRIX, “Artikel 101 Faill. W.”, in *Comm. Voorr. & Hyp.*, 2011, 18, nr. 13; R. JANSEN en V. SAGAERT, “Overzicht rechtspraak: zakelijke zekerheden (2004-2010)”, *TPR* 2012, 1371-1372, nr. 187-188.

(222) V. SAGAERT, “Het eigendomsvoorbehoud (en retentierecht) onder de Pandwet”, in M.E. Storme (ed.), *Roerende zekerheden* (Antwerpen: Intersentia 2017), 29-62.

(223) Zie hiervoor D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, 487-597; M. GRÉGOIRE en L. CZUPPER, “La garantie hors la loi?”, *TBH* 2011, 869-876; V. SAGAERT, “Het eigendomsrecht als volwaardig zekerheidsinstrument?”, in *Insolventierecht. XXXIste postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2004-2005* (Mechelen: Kluwer 2006), 189-230; J. DEL CORRAL, “Eigendom tot zekerheid”, in *Faillissement & Gerechtigelijk akkoord*, Mechelen: Kluwer, 46 p.; R. FELTKAMP, “Overdracht tot zekerheid van schuldvorderingen: een bijzonder(e zeker)heid?”, *TBBR* 2017, 215-241; F. GEORGE, *Le droit des contrats à l'épreuve de la faillite*, 643-678. Naar Frans recht: P. CROCO, *Propriété et garantie*.

(224) Cass. 17 oktober 1996, *Arr. Cass.* 1996, 930 = *Bank Fin.* 1997, 114, noot I. PEETERS = *RW* 1996-97, 1395, noot M.E. STORME = *Rev.prat.soc.* 1997, nr. 6721, noot T. BOSLY.

“het beginsel van de gelijkheid van de schuldeisers en de artikelen 7, 8 en 9 van de Hypotheekwet noodzakelijkerwijs afwijken van de artikelen 1165, 1134 en 1135 van het Burgerlijk Wetboek, aangezien zij tot gevolg hebben dat een overeenkomst die een niet bij de wet bepaalde zakelijke zekerheid stelt, niet aan de schuldeisers in samenloop kan worden tegengeworpen”(225).

Aldus werd het fiduciaire eigendomsrecht weliswaar geldig geacht(226), maar in strijd met het *numerus clausus*-beginsel.

We hebben eerder betoogd dat zowel de beschikkingsbevoegdheid van de eigenaar, het eeuwigdurende karakter van het eigendomsrecht en de exclusiviteit van het eigendomsrecht door een dergelijke figuur onder druk komt te staan(227).

77. Die afwijzende houding tegenover de zakelijke werking van de fiduciaire eigendom is recenter zelf aan de orde gesteld, door verschillende ontwikkelingen.

Vooreerst lijkt het Hof zelf een kritisch oog te hebben voor de restrictieve houding voor conventionele zekerheidsmechanismen vanuit rechtseconomisch oogpunt. Zo verklaarde de toenmalige voorzitter van het Hof van Cassatie, Ivan Verougstraete, tijdens de bespreking van het Jaarverslag van het Hof van Cassatie in de Commissie Justitie van de Senaat:

“Ook stapt het Hof in deze context af van twee heersende opvattingen die de rechtsleer al jaren huldigt. Het eerste idee is dat het faillissement van openbare orde is, het tweede is dat er zonder wettekst geen zekerheden zijn. Het Hof heeft afstand genomen van die twee opvattingen in een arrest van 9 maart 2000, dat door de heer Zenner vermeld is. De garantiemechanismen die door de economische operatoren zijn gecreëerd, hebben immers tot doel te ontsnappen aan de gelijkheidsregel voor schuldeisers, een begrip dat in het verleden te strikt is geïnterpreteerd. Het Hof staat dus conventionele mechanismen, waaronder het sale and lease back-principe toe, ondanks het faillissement en samenloopstoestanden. Na het onduidelijke arrest van 17 april 1996 (het Sart-Tilman-arrest) dat de heer Zenner in herinnering brengt, heeft het Hof beseft dat het vrij veel onrust had gezaaid onder de economische en commerciële

(225) De discussie betrof uiteraard enkel de schuldvorderingen die op het ogenblik van de invereffeningstelling door de bank nog niet waren geïnd. De schuldvorderingen die wel reeds waren uitbetaald aan de bank, waren immers vervangen door hun provenu, en in het vermogen van de bank vermengd. Van deze gelden kon dus niet worden betwist dat de bank er volle eigenaar van was geworden.

(226) Dat werd bevestigd in een later arrest: Cass. 4 april 2003, C.99.0208.N, jre.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=N-20030404-15 = *Arr. Cass.* 2003, 878 = *RW* 2003-04, 1689, noot M.E. STORME, *Bank Fin.* 2003, 375, noot I. PEETERS.

(227) V. SAGAERT, in *Insolventierecht. XXXIste postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2004-2005*, 189-230.

operatoren. Dit arrest heeft geen gevolgen gehad. Datzelfde jaar heeft het Hof de tegenstelbaarheid van “leasing” aanvaard en sindsdien zijn een aantal fiduciaire operaties toegestaan. Hiertoe diende de tegenstelbaarheid van conventionele preferentiële mechanismen te worden aanvaard”(228).

Ook de wetgever heeft deze discussie beïnvloed, met name door de Wet Financiële Zekerheidsovereenkomsten(229). Deze wet zet een Europese richtlijn(230) om in het Belgische recht(231), maar geeft hieraan een veel ruimere draagwijdte: ze heeft betrekking op alle fiduciaire overdrachten tot zekerheid die betrekking hebben op financiële activa, ook al is geen enkele financiële instelling bij de transactie betrokken. Onder het regime van de wet is de eigendomsoverdracht ten titel van zekerheid geldig en aan derden tegenwerpelijk, niettegenstaande een insolventieprocedure, het beslag of enig ander geval van samenloop tussen de schuldeisers en een van de partijen bij deze overeenkomst (art. 12 § 2)(232). Het is nog maar de vraag of er een vermogensrechtelijke verantwoording bestaat waarom een fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid van financiële activa wel tegenwerpelijk is in geval van samenloop, en een fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid van andere activa (commerciële schuldvorderingen) niet.

Het Hof van Cassatie moest in een arrest van 3 december 2010 opnieuw uitspraak doen over een fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid van een schuldvordering (die niet als financieel actief kwalificeerde). Het Hof herhaalde de centrale overweging van het *Sart-Tilman*-arrest, maar voegde daaraan toe dat

“een overeenkomst waarbij een schuldvordering tot zekerheid wordt overgedragen, ten aanzien van de schuldeisers in de samenloop nooit meer kan opleveren dan een pandrecht op deze schuldvordering zodat de overnemer

(228) Verslag van het Hof van Cassatie 2003, *Parl. St.* Senaat 2003-04, nr. 453/1, 12.

(229) Wet van 15 december 2004 betreffende de financiële zekerheden en houdende diverse fiscale bepalingen inzake zakelijke-zekerheidsovereenkomsten en leningen met betrekking tot financiële instrumenten, *BS* 1 februari 2004.

(230) Richtlijn 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten.

(231) Voor een algemene bespreking: zie D. DE MAREZ, “De Wet Financiële Zekerheden”, *TPR* 2006, 1101-1150; E. DIRIX, “Wet financiële zekerheden”, in *Faillissement & Gerechtigelijk akkoord* (Mechelen: Kluwer 2013), 35 p.; V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, “De Wet financiële zekerheden”, *RW* 2004-05, 1521-1550.

(232) Artikel 12 geldt enkel voor fiduciaire eigendomsoverdrachten tot zekerheid tussen rechtspersonen.

van de schuldvordering niet meer rechten kan uitoefenen dan deze waarover een pandhouder beschikt”(233).

Een fiduciaire eigendomsoverdracht tot zekerheid van een schuldvordering wordt dus geconverteerd in een pandrecht(234). In artikel 62 van de Pandwet(235) wordt deze jurisprudentiële oplossing wettelijk verankerd(236).

78. Uit het voorgaande blijkt dus dat het Belgische recht, net zoals het Nederlandse recht, een moeilijke verhouding heeft met de fiduciaire eigendom, althans op zakenrechtelijk vlak: naar Belgisch recht is niet de geldigheid op verbintenisrechtelijk vlak, maar wel de tegenwerpelijheid op zakenrechtelijk vlak bevestigd. De achtergrond lijkt erin te bestaan dat het recht van de schuldeiser niet verenigbaar zou zijn met de wezenskenmerken van eigendom. Uit het bovenstaande blijkt echter dat de afgelopen twee decennia er een toenemende ontvankelijkheid bestaat voor de derdenwerking van een fiduciaire overdracht tot zekerheid, ook binnen het kader van samenloopsituaties.

B. TYPENFIXIERUNG BIJ ZAKELIJKE ZEKERHEIDSRECHTEN (BEVOEGDHEDEN VAN DE TITULARIS)

79. Zoals gezegd geldt klassiek een strengere opvatting van de *numerus clausus* op het vlak van de categorieën van zakelijke zekerheidsrechten dan voor de zakelijke gebruiksrechten. Geldt dat ook voor de inhoud binnen de categorieën? De vraag is in welke mate partijen vrij zijn om de inhoud van een zakelijk zekerheidsrecht – pand of hypotheek – te clausuleren.

Het open karakter van de algemene gebruiksrechten (erfpacht, opstal, vruchtgebruik) is niet zomaar transposeerbaar op de zakelijke zekerheden. Eric Dirix heeft in diezelfde zin de grenzen van de wilsautonomie inzake een zakelijk zekerheidsrecht omschreven: volgens hem bestaat de harde kern van

(233) Cass. 3 december 2010, C.09.0459.N, jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?id-pdf=N-20101203-1 = *Arr.Cass.* 2010, nr. 712, concl. Adv. Gen. G. DUBRULLE = *RW* 2010-11, 1177, noot R. FRANIS = *TBBR* 2011, 497, noot F. GEORGES = *TBH* 2011, 866, noot M. GRÉGOIRE en L. CZUPPER = *Bank Fin.R.* 2011, 120, noot I. PEETERS = *Ius & Actores* 2011, 261, concl. Adv. Gen. DUBRULLE = *NjW* 2010, 834, concl. Adv. Gen. DUBRULLE, noot V. SAGAERT = *Jaarverslag cassatie* 2010, 25.

(234) Hiermee neemt het Belgische Hof van Cassatie dezelfde houding aan als het Franse *Cour de cassation* een jaar eerder: Cass.fr. 19 december 2006, *D.* 2007, 344, kritische noot C. LARROUMET = *JCP G*, II, 10067, 37, noot D. LEGAIS = *Rev.trim.dr.civ.* 2007, 160, noot P. CROCQ. Nadien is deze zienswijze bevestigd: Cass.fr. 26 mei 2010, *Rev. trim. dr. civ.* 2010, 597, noot P. CROCQ.

(235) Wet van 11 juli 2013 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake, *BS* 2 augustus 2013.

(236) Artikel 62: “Een overdracht van een schuldvordering tot zekerheid verleent aan de overnemer enkel een pandrecht op de overgedragen schuldvordering”.

een zekerheidsrecht erin dat ze enkel kunnen strekken tot waarborg van de nakoming van een verbintenis⁽²³⁷⁾. Hij specificeert dit ook:

“Dit betekent dat hun uitoefening voor de zekerheidshouder geen verrijking mag opleveren en dat de debiteur steeds de mogelijkheid moet hebben om het goed te bevrijden door betaling van de schuld. Verder moet de eis worden gesteld dat het uitoefenen door de zekerheidshouder van zijn verhaalsrecht met de vereiste zorgvuldigheid dient te gebeuren. Dit betekent concreet dat de schuldeiser moet handelen op een wijze die commercieel verantwoord is. Ten slotte, dat de zekerheidsverschaffer de mogelijkheid moet hebben om de naleving van deze principes door de rechter te laten toetsen, desgevallend a posteriori”(238).

Zakelijke zekerheidsrechten hebben immers een specifiek doel, namelijk het verlenen van een recht van voorrang aan de houder van het recht bij de tenuitvoerlegging ervan. Dat is wat thans uitdrukkelijk uit artikel 1 Pandwet en – minder uitdrukkelijk – uit artikel 41 Hypotheekwet blijkt. Het lijkt er dan ook op dat aan de pand- of hypotheekhouder (1) het recht van voorrang (met inbegrip van de uitwinningsmogelijkheid) niet kan worden ontnomen en (2) enkel bevoegdheden kunnen worden toegestaan die voldoende verband houden met – anders gezegd: accessoir zijn aan – deze zekerheidsdoelstelling. Met andere woorden: alle bevoegdheden en verplichtingen in het zekerheidscontract moeten dienstig zijn voor de uitoefening van het recht van voorrang dat het pand- of hypotheekrecht verleent.

80. Kan aan de pand- of hypotheekhouder een gebruiksrecht worden toegestaan? Op het eerste gezicht is het niet evident dat dit voldoende verband houdt met de waarborgdoelstelling van een zakelijk zekerheidsrecht. Er moet hierbij een onderscheid worden gemaakt tussen de zakelijke zekerheid met buitenbezitstelling en deze zonder buitenbezitstelling.

Zoals bekend, gaat een hypotheek niet gepaard met een buitenbezitstelling⁽²³⁹⁾. Onder de Pandwet is dat evenmin het geval indien het pandrecht in het pandregister is gepubliceerd, wat de primordiale wijze van publiciteit is. Het uitgangspunt is hier dat aan de pandgever het recht op de normale exploitatie van de verpande goederen wordt gelaten. De hypotheek- of

(237) Zie hiervoor ook E. DIRIX, “Grenzen van de wilsautonomie inzake zakelijke zekerheidsrechten”, in *Bijzondere overeenkomsten*, 141-186.

(238) E. DIRIX, “Artikel 47-56 Pandwet”, in *Comm. Voorr. & Hyp.* (Mechelen: Kluwer 2015), nr. 15.

(239) De hypotheek met buitenbezitstelling (‘antichrese’) bestaat niet meer in het Belgische recht. In het Franse recht is dat wel het geval: “L’antichrèse est l’affectation d’un immeuble en garantie d’une obligation; elle emporte dépossession de celui qui la constitue” (art. 2387 CC). Zie hierover G. PIETTE, “La nature de l’antichrèse, après l’ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006”, *D.* 2006, 1688.

pandovereenkomst kan dat gebruik nader modaliseren⁽²⁴⁰⁾. De (register)pand- of hypotheekhouder heeft in beginsel geen gebruiksrechten op het verpande goed. Het is niet mogelijk om contractueel wel dergelijke gebruiksrechten te bedingen binnen de contouren van een zakelijk zekerheidsrecht⁽²⁴¹⁾. Indien de pand- of hypotheekhouder een gebruiksrecht heeft, gaat het zakelijk zekerheidsrecht gepaard met een persoonlijk of zakelijk gebruiksrecht. Dat laatste is extern aan het zakelijk zekerheidsrecht.

Bij een pand met buitenbezitstelling geldt de pandhouder in principe als bewaarder van het verpande goed, en kan hij hierop dus geen gebruiksrechten uitoefenen. Toch werd in de rechtsleer reeds langer aanvaard dat partijen anders mochten overeenkomen: het zou aan de financierende instelling toelaten om reeds inkomsten uit het goed te halen, wat de financieringsvoorwaarden gunstig zou beïnvloeden. Daarom pleitten sommigen ervoor dat de pandhouder, mits toestemming van de pandgever, gerechtigd is de verpande goederen te gebruiken⁽²⁴²⁾. Artikel 42 Pandwet bepaalt echter sinds 1 januari 2018: *“De pandhouder is niet gerechtigd tot het gebruik van de bezwaarde goederen tenzij en voor zover dit noodzakelijk is voor hun behoud”*. De vraag rijst echter of deze bepaling van dwingend recht dan wel openbare orde is. Aan te nemen is dat ze geen afbreuk doet aan de eerdere, unanieme rechtsleer die toelaat om contractueel een gebruiksrecht te bedingen.

81. Op het principiële verbod voor de zekerheidsschuldeiser om het bezwaarde goed te gebruiken, bestaan twee wettelijke uitzonderingen.

De eerste uitzondering spoort met het hierboven vermelde criterium: indien dat gebruik kadert in een executieprocedure, is het wel mogelijk. De Pandwet voorziet erin dat de pandbegunstigde ook tot verhuring kan overgaan in plaats van gedwongen verkoop (art. 47 Pandwet). Het gaat om een nieuwe executiemogelijkheid, die moet verhinderen dat een zekerheidsschuldeiser verliezen oploopt indien hij in slechte marktomstandigheden tot tenuitvoerlegging moet overgaan. Hierdoor kan de pandhouder in het kader van de executie het gebruik aan een derde verlenen, en zich uit de huuropbrengsten al gedeeltelijk laten uitbetalen. Ook het in licentie geven van de verpande goederen komt in het vizier.

(240) R. JANSEN, “Algemene beginselen bij de verpanding van roerende goederen”, in M.E. Storme (ed.), *Roerende zekerheden na de Pandwet* (Antwerpen: Intersentia 2017), 106, nr. 51.

(241) R. JANSEN, “Het juridische statuut van het gebruiksrecht van en de substitutie door de pandhouder in de wet financiële zekerheden”, *RW* 2007-08, 264-267.

(242) C. BODDAERT, “Pandrechten. Verpanding van financiële instrumenten”, in *Voorrechten en hypotheke. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer* (Mechelen: Kluwer 2001), nr. 30 (in de specifieke context van K.B. nr. 62); H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 1088; E. DIRIX, “Pandrechten. Vuistpand”, in *Comm. Voorr.&Hyp.* (Antwerpen: Kluwer 2001), nr. 30; A. VERBEKE en I. PEETERS, *Vijfjaar voorrechten, hypotheke en andere zekerheden. 1991-1995* (Gent: Mys & Breesch 1997), 366, nr. 668.

De tweede uitzondering is minder eenvoudig te verklaren: de pandhouder van financiële activa heeft ook een gebruiksrecht (ook wel *rehypothecation* genoemd), indien dat contractueel is bedongen:

“Voor zover de partijen daarover overeenstemming hebben bereikt, mag de pandhoudende schuldeiser de in pand gegeven financiële instrumenten op om het even welke manier gebruiken, alsof hij er eigenaar van is, op voorwaarde dat hij die financiële instrumenten uiterlijk op de datum van opeisbaarheid van de gewaarborgde schuld, vervangt door financiële instrumenten die gelijkwaardig zijn aan de oorspronkelijk in pand gegeven financiële instrumenten” (Art. 11 § 1 WFZ).

Deze bepaling geeft uitvoering aan een Europese Richtlijn, maar de in de wet gebruikte termen en het toepassingsdomein van de Wet zijn algemener dan deze die in dezelfde context in de Richtlijn betreffende financiële zekerheidsovereenkomsten worden gehanteerd⁽²⁴³⁾. Men neemt aan dat dit zowel financiële instrumenten, contanten als bankvorderingen kan betreffen⁽²⁴⁴⁾.

82. Doorgaans wordt aanvaard dat de pandhouder bevoegd is om het bezwaarde goed te bewerken⁽²⁴⁵⁾. Ook voor de hypotheekhouder zou dit moeten gelden: zo zou denkbaar zijn dat de hypothecaire schuldeiser overgaat tot het slopen van de opstallen die op het gehypothekeerde goed staan, in de mate dat dit bijdraagt tot de executiewaarde van het goed. Ook andere bevoegdheden zou de pand- of hypotheekhouder mogen uitoefenen, in de mate dat ze bijdragen tot de executiewaarde van het goed: zo zou een hypotheekhouder de bevoegdheid moeten hebben om het onroerend goed in het kader van een executieprocedure op te splitsen in diverse percelen of, indien het een gebouw betreft, in diverse kavels. In dat laatste geval zou dan een basisakte moeten worden opgesteld.

VII. CONCLUSIE: PLEIDOOI VOOR EEN CENTRIPETAAL MODEL VAN ZAKELIJKE RECHTEN

83. Voorgaande analyse leidt tot meergelaagde conclusies. Doorheen al deze lagen kan worden vastgesteld dat er een toenadering is tussen het goederenrecht en het verbintenissenrecht. De verschillende lagen kunnen als volgt worden samengevat:

(243) D. DE MAREZ, *TPR* 2006, 1121, nr. 25.

(244) D. DE MAREZ, *TPR* 2006, 1121, nr. 25; V. SAGAERT en H. SEELDRAYERS, *RW* 2004-2005, (1521), 1529.

(245) E. DIRIX, “Vuistpand”, in *Comm. Voorr.&Hyp.*, nr. 30; C. VAN BUGGENHOUT en L. CORNELIS, “Retentierecht, pand en faillissement”, *RW* 1977-78, 1421-1422, nr. 17.

De gedachte dat het verbintenissenrecht van aanvullend recht is en het goederenrecht van openbare orde, is voorbijgestreefd. Er bestaan zelfs hypothesen waarin de keuze voor een persoonlijk recht tot meer wilsgebondenheid aanleiding geeft dan de keuze voor een zakelijk recht.

De traditionele verklaringen voor het gesloten stelsel van het goederenrecht – de rechtsgeschiedenis en de rechtseconomie – zijn bekritiseerbaar. Minstens nopen ze tot een verfijning van de klassieke tweedeling tussen persoonlijke en zakelijke rechten. Het leidt er echter toe dat de ‘*summa divisio*’ tussen zakelijke en persoonlijke rechten hoogstens een gradueel, maar geen substantieel onderscheid is.

Binnen de zakelijke rechten is de wilsgebondenheid niet op een uniforme wijze te benaderen. Bij zakelijke gebruiks- en genotsrechten is de graad van wilsvrijheid doorgaans veel groter dan bij zakelijke zekerheidsrechten. Waar er bij zakelijke gebruiksrechten nog minder wilsvrijheid geldt, is dat voor de temporele dimensie. Bij de zakelijke zekerheidsrechten zijn partijen gebonden aan een strakker keurslijf. Daar is immers rekening te houden met het feit dat uitzonderingen op de gelijkheid onder de schuldeisers restrictief te beoordelen zijn. Nochtans is ook bij zakelijke zekerheidsrechten een opening te merken. Getuige daarvan de steeds positievere houding die tegenover zakelijke zekerheidsrechten wordt aangenomen.

Exclusiviteit speelt slechts een zeer mineure rol bij de afbakening van de zakelijke rechten en de wilsvrijheid van de partijen. Zowel persoonlijke rechten als zakelijke rechten kunnen exclusieve bevoegdheden verlenen, maar tegelijk kan die exclusiviteit worden gemodaliseerd.

In het kader van een abstracte argumentatie – los van het Belgische positieve recht en de rechtstraditie – zou een nieuwe benadering kunnen worden voorgesteld: in plaats van een centrifugaal model, waarbij de beperkingen worden opgelegd op het niveau van de afsplitsing van het eigendomsrecht, pleiten we voor een centripetaal model, waarbij afsplitsingen terug bij het eigendomsrecht worden gevoegd op het ogenblik dat ze economisch schadelijk zouden worden. Er wordt dus voor gepleit om minder rigide te zijn op het vlak van de vestiging van de zakelijke rechten. Indien de zakelijke rechten echter economisch niet meer kunnen worden verantwoord, zouden de afsplitsingen van het eigendomsrecht vanuit de natuur der dingen ongedaan moeten worden gemaakt. De herintegratie van het volle eigendomsrecht zou moeten worden gefaciliteerd. Met andere woorden: de *ex ante* benadering verdient te worden vervangen door een *ex post* benadering.

Een dergelijke benadering zou aansluiten bij een “*touch and concern*” benadering, die men bijvoorbeeld in het Amerikaanse recht al aantreft bij erfdiensbaarheden: een open mogelijkheid tot vestiging van zakelijke

rechten, die evenwel wordt gecompenseerd door talrijke *checks and balances* die tot de opheffing of wijziging kunnen leiden van erfdienstbaarheden die hun maatschappelijk nut hebben verloren⁽²⁴⁶⁾. Ook in het Wetsontwerp Goederenrecht komen die ruimere beëindigingsmogelijkheden duidelijk naar voren⁽²⁴⁷⁾. De rechtseconomie wijst ons daartoe, doorheen alle mist die ze zaait, de weg.

(246) Zie ook K. SWINNEN, “Het nutsvereiste bij erfdienstbaarheden: one of a kind?”, *TPR* 2015, 1163-1178. In het Amerikaanse recht o.a. S.F. FRENCH, “Tradition and Innovation in the New Restatement of Servitudes: A Report from Midpoint (Restatement Third of Property)”, *Conn. L.R.* 1994, 119-129; R.C. ELLICKSON, “New Institutions for Old Institute”, *Duke L.J.* 1998, 75-110.

(247) Zie artikel 15-16 Wetsontwerp Goederenrecht, *Parl. St.* Kamer 2018-19, nr. 3348/1 = www.dekamer.be/FLWB/PDF/54/3348/54K3348001.pdf.

SOMMAIRE

AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ EN DROIT DES BIENS BELGE

Le présent article analyse les limites de l'autonomie de la volonté en droit des biens. Selon la thèse classique, le droit des biens est d'ordre public et le droit des obligations est supplétif. L'analyse amène à constater un rapprochement croissant entre le droit des biens et le droit des obligations, et ce à différents niveaux.

Les explications traditionnellement avancées – par l'histoire et l'économie du droit – en ce qui concerne le système fermé du droit des biens sont critiquables. Elles appellent à tout le moins un affinement de la dichotomie classique entre droits personnels et droits réels. L'explication par l'histoire du droit du *numerus clausus*, à savoir qu'il s'agirait d'une réaction contre l'Ancien Régime, s'avère, à plus ample examen, devoir être nettement nuancée. Les arguments tirés de l'économie du droit en faveur du *numerus clausus* peuvent, dans une large mesure, être battus en brèche par un système performant pour la publicité des droits réels.

Il n'en reste pas moins une gradation dans l'autonomie de la volonté des parties en ce qui concerne les droits réels. Pour les droits réels d'usage et de jouissance, le degré d'autonomie est plus grand que pour les sûretés réelles.

En matière de droits réels d'usage, il existe un large chevauchement entre droits réels d'usage, mais aussi entre les droits réels et les droits personnels d'usage. Via une modulation contractuelle, un locataire ou bénéficiaire d'un prêt à usage peut obtenir, sous certaines conditions, une plus grande liberté d'action qu'un bénéficiaire d'un usufruit, d'un droit d'emphytéose ou d'un droit de superficie. En outre, un bail est souvent opposable aux tiers de bonne foi sans transcription hypothécaire, ce qui n'est pas le cas pour les droits réels d'usage. L'exclusivité ne joue qu'un rôle très mineur dans la délimitation des droits réels et de la libre volonté des parties. Tant les droits personnels que les droits réels peuvent conférer des pouvoirs exclusifs mais, en même temps, cette exclusivité peut être modalisée. L'auteur propose une matrice de l'exclusivité externe et interne, d'une part, et de l'exclusivité objective et subjective, d'autre part. Ceci amène cependant à constater que la *summa divisio* entre droits réels et droits personnels constitue tout au plus une distinction graduelle mais non substantielle.

En matière de sûretés réelles, les parties sont engagées dans un carcan plus strict. Elles doivent, en effet, tenir compte du fait que les exceptions à l'égalité entre les créanciers doivent s'interpréter de façon restrictive. Et pourtant, pour les sûretés réelles également, l'on observe une certaine ouverture. En témoigne l'approche sans cesse plus positive adoptée, notamment via un certain nombre de modifications légales, à l'égard de la fiducie.

Le projet de loi de modification du droit des biens, qui réécrit le livre II du Code civil, reflète cette évolution. Le projet de loi s'en tient à un strict *Typenzwang* (*numerus clausus*) mais limite les caractéristiques essentielles de droits réels non susceptibles de modulations contractuelles.

En lieu et place d'un modèle centrifuge, dans lequel des limitations sont imposées au niveau du démembrement du droit de propriété, l'auteur plaide en faveur d'un modèle centripète où les droits démembrés rejoignent le droit de propriété au mo-

ment où ils s'avèrent économiquement nuisibles. Il plaide donc en faveur d'une approche moins rigide au niveau de l'établissement des droits réels. Cependant, si les droits réels ne peuvent plus se justifier économiquement, les démembrements du droit de propriété devraient, par la nature même des choses, être supprimés. La réintégration de la pleine propriété devrait être facilitée. En d'autres termes: l'approche ex ante devrait être remplacée par une approche ex post.

ZUSAMMENFASSUNG

WILLENSAUTONOMIE IM BELGISCHEN SACHENRECHT

Dieser Beitrag untersucht die Grenzen der Willensautonomie im (belgischen) Sachenrecht. Die klassische Auffassung ist, dass das Sachenrecht ein Recht der öffentlichen Ordnung, und das Schuldrecht dispositives Recht ist. Es wird aber im Laufe der Analyse festgestellt, dass es immer mehr Annäherung gibt zwischen dem Sachenrecht und dem Schuldrecht, und dies auf verschiedenen Ebenen.

Die traditionellen Erklärungen für das geschlossene System des Sachenrechts - Rechtsgeschichte und Rechtsökonomie - sind kritisch zu betrachten. Zumindest fragen sie eine Verfeinerung der klassischen Dichotomie zwischen den persönlichen und dinglichen Rechten. Die rechtshistorische Erklärung des *numerus clausus*, nämlich, dass dieser eine Reaktion sei gegen das Ancien Régime, muss, so scheint es, bei näherem Hinsehen deutlich nuanciert werden. Die rechtshistorischen pro-Argumente des *numerus clausus*-Prinzips können in belangreichem Maße durch ein leistungsfähiges Publizitätssystem von dinglichen Rechten ausgeglichen werden.

Doch scheint es bei dinglichen Rechten noch eine Gradation der Willensfreiheit der Parteien zu geben. Bei sachlichen Benutzungs- und Nutzungsrechten ist das Maß der Willensfreiheit anders als im Bereich der dinglichen Sicherheitsrechte.

Bei sachlichen Benutzungsrechten gibt es eine große Überschneidung zwischen den dinglichen Benutzungsrechten untereinander, aber auch zwischen sachlichen und persönlichen Benutzungsrechten. Durch vertragsrechtliche Modulierung kann ein Mieter oder Gebrauchsentleiher unter bestimmten Umständen mehr Rechte haben als der Nießbraucher, Erbpächter oder Erbbauberechtigte. Außerdem ist die Miete oft wirksam *bona fide* Dritten gegenüber ohne Eintragung in das Grundbuch, was bei dinglichen Benutzungsrechten nicht der Fall ist. Exklusivität spielt nur eine sehr kleine Rolle bei der Abgrenzung von dinglichen Rechten und der Willensfreiheit der Parteien. Sowohl persönliche Rechte als dingliche Rechte können exklusive Befugnisse einräumen, doch kann zu gleicher Zeit auch diese Exklusivität geregelt werden. Dieser Beitrag macht einen Matrix von externer und interner Exklusivität einerseits und objektiver und subjektiver Exklusivität andererseits. Es führt jedoch dazu, dass die *summa divisio* zwischen sachlichen und persönlichen Rechten höchstens ein gradueller, aber kein wesentlicher Unterschied ist.

Bei dinglichen Sicherungen befinden die Parteien sich mehr in einer Zwangsjacke. Hier muss nämlich mit der Tatsache Rechnung eingehalten werden, dass Ausnahmen in der Gleichstellung der Schuldner restriktiv zu beurteilen sind. Doch ist auch bei dinglichen Sicherungsrechten eine Öffnung zu spüren. Zeuge hiervon ist die immer positivere Haltung, die gegenüber dem treuhänderischen Eigentum mit Hilfe einer Anzahl Gesetzesänderungen angenommen wird.

Der Gesetzentwurf zur Änderung des Sachenrechts, in der Neuauflage von Buch II des Zivilgesetzbuches, widerspiegelt diese Entwicklung. Der Gesetzentwurf hält fest an einem strengen Typenzwang, aber schränkt die wesentlichen Eigenschaften von dinglichen Rechten, die nicht angefochten werden können bei vertraglicher Modulation, ein.

Anstelle eines zentrifugalen Modells, bei dem die Beschränkungen auferlegt werden auf dem Niveau der Trennung von dem Eigentumsrecht, befürworten wir das zentripetale Modell, wobei die Abtrennungen wieder dem Eigentumsrecht einverleibt werden in dem Moment, wenn sie ökonomisch schädlich werden. Es wird dementsprechend vorgeschlagen, weniger starr zu sein auf dem Gebiet der Einrichtung van dinglichen Rechten. Wenn dingliche Rechte jedoch ökonomisch nicht mehr zu verantworten sind, sollten die Abtrennungen von dem Eigentumsrecht der Natur der Dinge entsprechend wieder rückgängig gemacht werden. Die Wiederherstellung des vollen Eigentumsrechts sollte erleichtert werden. Anders gesagt: die ex ante Vorgehensweise sollte ersetzt werden durch eine ex post Vorgehensweise.

SUMMARY

PARTY AUTONOMY IN THE BELGIAN LAW OF PROPERTY

This contribution examines the limits of party autonomy when it comes to the law of property. The traditional theory is that property law is governed by public policy, whereas the law of obligations constitutes permissive law. On the basis of this analysis, the author concludes that the law of property and the law of obligations are drawing nearer to each other, and are doing so at several levels.

The traditional justifications for the closed nature of property law (the so-called *numerus clausus* principle), i.e. historical developments and the economics of the law, are open to criticism. At the very least they lead to a more nuanced perception of the traditional split between personal and property rights. The historical explanation for the closed system, namely that it represented a reaction against the Ancien Régime, should, on closer examination, be subject to considerable qualification. The reasons advanced to justify the *numerus clausus* principle which are based on legal economics can to a considerable extent be countered by the introduction of an effective system of open access and scrutiny of property rights.

However, in relation to the party autonomy principle, certain differences exist as between the various property rights themselves. More particularly, there is a difference in party autonomy between the rules governing the rights of use and enjoyment of property on the one hand, and those governing security interests on the other hand. As regards the rights to use, there is a great deal of overlap not only between the property rights to use among themselves, but also between property and personal rights. By varying the terms of the contracts in question, a lessee can, under certain circumstances, acquire more leverage than a usufructuary, or holder of a long lease right or building right. Moreover, lease agreements are frequently effective against bona fide third parties without requiring publicity in the land register, which is not the case in relation to property rights of use. The exclusivity principle merely plays a very minor part when it comes to defining the limits of property rights and of any party autonomy involved. Both personal and property rights are capable of conferring rights of exclusivity. At the same time, however, the extent of such exclusivity is capable of variation. The author draws up an external and internal exclusivity matrix on the one hand, and an objective and subjective exclusivity matrix on the other hand. The result, however, is a finding that the *summa divisio* between property and personal rights is at best one of degree and not one of substance.

In relation to security interests, the parties are confined to a more restrictive strait-jacket, for here, consideration needs to be given to the circumstance that exceptions to the principle of creditor equality are subject to strict interpretation. However, even when it comes to security interests, it is possible to see an opening – as witness the increasingly positive approach taken in relation to the fiduciary ownership of security interests as a result of, *inter alia*, certain changes made in the statute law.

The Draft Law Amending the Law of Property, which aims to rewrite Book II of the Civil Code, reflects this development. This Draft Law continues to apply the

Typenzwang principle at its strictest, but restricts the essential features of those property rights which are not capable of contractual variation.

Instead of a centrifugal model, under which the relevant restrictions are imposed when it comes to the splitting up of property rights, we would advocate a centripetal model under which the areas which have been split off are reintegrated into the law of property at the point where they in danger of causing economic harm. In other words, the author advocates a less rigid approach when it comes to creating property rights. However, where it would no longer be possible to justify the creation of these property rights from an economic point of view, this splitting off of ownership rights should, logically, be done away with. The reintegration of full ownership rights should be facilitated. In other words – the ex ante approach should be replaced by an ex post approach.

RESUMEN

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO DE BIENES BELGA

Este artículo explora los límites de la autonomía de la voluntad en el derecho de bienes. La tesis clásica es que el derecho de bienes es de orden público, mientras que el derecho de las obligaciones encarna un derecho de tipo dispositivo. A través del análisis, se ha constatado que, cada vez más, hay una aproximación entre el derecho de bienes y el derecho de las obligaciones, y eso a distintos niveles.

Se pueden criticar las explicaciones tradicionales por el sistema cerrado del derecho de bienes - la historia del derecho y la economía del derecho. Por lo menos, obligan a un refinamiento de la bipartición clásica entre derechos personales y derechos reales. Mirándolo bien, resulta que hay que matizar mucho la explicación histórica del *numerus clausus* en el derecho. O sea que sería una reacción contra el Antiguo Régimen. Los argumentos de economía de derecho a favor del principio del *numerus clausus* se ven contraatacados por un sistema eficaz de publicidad para los derechos reales.

No obstante, resulta que todavía existe una graduación en la libertad de la voluntad de las partes en derechos materiales. En el caso de derechos de uso y de disfrute reales, el grado de libertad de la voluntad es diferente que en el caso de derechos de garantía reales.

En el caso de derechos de uso reales, existe una gran superposición entre los derechos de uso reales entre sí, pero también entre los derechos de uso reales y personales. Bajo ciertas circunstancias, a través de una modulación contractual, un arrendatario o un prestatario en préstamo gratuito puede gozar de más libertad de acción que un usufructuario, un enfiteuta o un superficiario. Además, a menudo, el alquiler es oponible a terceros de buena fe sin transcripción hipotecaria, lo que no es el caso para los derechos de uso reales. La exclusividad sólo interviene en una medida mínima en la demarcación de los derechos reales y de la libertad de la voluntad de las partes. Tanto los derechos personales como los derechos reales pueden conferir competencias exclusivas, pero, a la vez, puede modalizarse esa exclusividad. El artículo hace una matriz de exclusividad externa e interna, por una parte, y de exclusividad objetiva y subjetiva, por otra parte. Pero la consecuencia es que la *summa divisio* entre derechos reales y derechos personales es, a lo más, una distinción gradual pero no sustancial.

En los derechos de garantía reales, las partes están vinculadas por un corsé más estrecho, ya que, en este contexto, hay que tener en cuenta el hecho de que las excepciones a la igualdad entre los acreedores tienen que apreciarse de manera restrictiva. Sin embargo, en los derechos de garantía reales también se puede percibir una apertura. En testimonio de lo cual, aparece la postura cada vez más positiva, adoptada a través de algunas reformas de ley, frente a la propiedad fiduciaria de garantía.

El Proyecto de ley de modificación del Derecho de Bienes, que reescribe el Libro II del Código Civil, refleja esa evolución. El Proyecto de ley se aferra a un *Typenzwang* estricto, pero limita las características esenciales de los derechos reales que no son modulables en el sentido contractual.

En vez de un modelo centrífugo, según el cual las limitaciones se imponen al nivel de la separación del derecho de propiedad, abogamos por un modelo centrípeto, según el cual las separaciones se adjuntan de nuevo con el derecho de propiedad en el momento que podrían ser perjudiciales en el sentido económico. O sea que sería deseable ser menos rígido en cuanto al establecimiento de los derechos reales. Sin embargo, si los derechos reales ya no se pueden justificar desde el punto de vista económico, las distinciones dentro del derecho de propiedad tendrían que deshacerse según la naturaleza de las cosas. Habría que facilitar la reintegración del derecho de pleno dominio. En otros términos, el enfoque *ex ante* merece ser sustituido por un enfoque *ex post*.