

ONROEREND GOED EN INSOLVENTIE ONDER HET NIEUWE GOEDERENRECHT

Matthias E. STORME

*Gewoon hoogleraar handels- en insolventierecht en rechts-
vergelijking KU Leuven en advocaat te Gent*

Jasmine MALEKZADEM

*Advocaat te Gent en vrijwillig wetenschappelijk medewerker aan
het Instituut Handels- en Insolventierecht (KU Leuven)*¹

I. INLEIDING

1. Het opzet van deze bijdrage is om de gevolgen te onderzoeken voor het beslag- en insolventierecht van de wet van 4 februari 2020 houdende boek 3 “Goederen” van het Burgerlijk Wetboek (hierna de “Hervormingswet”).²

In het eerste deel wordt in het algemeen ingegaan op het verhaal dat schuldeisers kunnen uitoefenen op onroerende goederen: de precieze draagwijdte van het beginsel dat de schuldeisers verhaal kunnen nemen op de goederen van de schuldenaar en enkel op die goederen, alsmede de belangrijkste uitbreidingen en beperkingen van dat verhaalsrecht.

In het tweede deel worden de wijzigingen aan de regels inzake zakelijke gebruiksrechten bestudeerd. Het *numerus clausus*-beginsel is voortaan wettelijk verankerd, zodat partijen geen nieuwe zakelijke rechten zelf in het leven kunnen

¹ Deel II is van de hand van Matthias STORME, Deel III tot VI van de hand van Jasmine MALEKZADEM.

² Wet 4 februari 2020 houdende boek 3 “Goederen” van het Burgerlijk Wetboek, BS 17 maart 2020. In beginsel treden de nieuwe bepalingen van de Hervormingswet in werking 18 maanden na de publicatie ervan in het *Belgisch Staatsblad*, dus op 1 september 2021 (art. 39 Hervormingswet). Hierop geldt een uitzondering voor de bepalingen inzake overschrijving van aktes die een voorkeur-, voorkoop- of optierecht verlenen op onroerende goederen, of aktes van overdracht van erfopvolging (in art. 3.30, § 1, 3°, 3.30, § 1, 5°, 3.30, § 1, 7°, en 3.30, § 2, lid 2 BW). Deze laatste treden in werking uiterlijk op 1 juli 2022, tenzij de Koning een vroegere datum bepaalt (art. 40 Hervormingswet).

roepen (art. 3.3 BW).³ De zakelijke rechten in het BW worden verdeeld in: volle eigendomsrecht, mede-eigendom, zakelijke zekerheden (d.i. de bijzondere voorrechten, pandrechten, hypotheeken en retentierecht) en zakelijke gebruiksrechten (erfpacht, opstal, vruchtgebruik en erfdienstbaarheden).⁴ Het derde deel e.v. handelen enkel over de wijzigingen aan de zakelijke gebruiksrechten.

2. De krachtlijnen van de Hervormingswet hebben inzake de zakelijke genotsrechten geleid tot een gewenste modernisering en in bepaalde mate tot een flexibilisering van het Belgisch goederenrecht.⁵ Deze modernisering is in de eerste plaats bedoeld om de vastgoedontwikkelaars oplossingen aan te bieden, die op hun beurt zouden bijdragen tot een duurzame ontwikkeling (bv. doordat er ook zakelijke gebruiksrechten op het openbaar domein toegestaan zijn⁶, verruimt het actieterrein van de projectontwikkelaars). Het is vanuit die insteek dat het nieuwe Boek 3 BW moet worden gelezen en toegepast. De wetgever had niet meteen de intentie om de relatie van de zakelijke rechten en het insolventierecht te hervormen. Er zijn wel een aantal nieuwigheden op dit vlak, die in deze bijdrage kort worden beschreven.

Daarnaast bevat Boek 3 BW veel duidelijker dan voorheen de algemene beginselen van het goederenrecht. Sommige daarvan zijn vooral voor roerende goederen van belang. Deze die ook voor onroerende goederen belangrijk zijn, komen in deze bijdrage aan bod zonder er een zelfstandige theoretische uiteenzetting aan te wijden.

II. HET VERHAALSRECHT VAN DE SCHULDEISERS OP ONROEREND GOED

A. UITGANGSPUNTEN

1. *Artikel 3.36 BW*

3. Het uitgangspunt van ons beslag- en insolventierecht is bekend, en vinden we nu in artikel 3.36 BW, namelijk *“Tenzij de wet of het contract anders bepaalt, kan een schuldeiser zijn vordering op alle goederen van zijn schuldenaar verhalen”* (vroeger art. 7 en 8 Hypotheekwet). In deze uiteenzetting bespreken we in eerste instantie de preciseringen en nuances van deze basisregel (deel II).

³ V. SAGAERT en P. LECOCQ, “Het nieuwe goederenrecht: totstandkoming, krachtlijnen en overgangsrecht” in V. SAGAERT e.a. (eds.), *Het nieuwe goederenrecht*, Antwerpen Intersentia, 2021, 16; V. SAGAERT, “De hervorming van het goederenrecht”, *TPR* 2020, 415.

⁴ De wetgever hanteert niet langer de term “beperkte zakelijke rechten”.

⁵ MvT, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-0173/1, 5-9.

⁶ Art. 3.45, lid 2 BW bepaalt dat dit mogelijk is *“in de mate dat zulks de openbare bestemming van dat goed niet in de weg staat”*.

2. *Precisering tijdstip*

4. Het gaat om de goederen die van de schuldenaar zijn op het tijdstip waarop verhaal wordt genomen, d.w.z. het tijdstip van de overschrijving van het beslag of de opening van een collectieve procedure met samenloop. Meer precies is het:
- bij beslag de overschrijving van het voorafgaand bevel dan wel, wanneer dat niet overgeschreven is, de overschrijving van het beslag;
 - bij faillissement het uur 0 van de dag van de faillietverklaring;
 - bij de ontbinding van een rechtspersoon het tijdstip van het ontbindingsbesluit⁷ (impliciet in art. 2:76, lid 1 *iuncto* 2:97, § 1 WVV);
 - bij een beneficiaire of onbeheerde nalatenschap het ogenblik van het openval- len van de nalatenschap;
 - bij de procedure collectieve schuldenregeling om middernacht na de invoering van het “bericht van collectieve schuldenregeling” in het Centraal Beslagbe- richtenbestand (art. 1675/7, § 6), bericht dat gevolg geeft aan de beschikking van toelaatbaarheid (d.i. waarmee de schuldenaar wordt toegelaten tot de pro- cedure).

3. *Geen verhaal op goederen niet van de schuldenaar*

5. De schuldeisers kunnen dus in beginsel geen verhaal nemen op activa die zich op dat tijdstip niet meer in het vermogen van hun schuldenaar bevinden. Aldus kan een schuldeiser zich bijvoorbeeld in beginsel ook niet meer verhalen op activa die ingevolge verbeurdverklaring geen eigendom meer zijn van de schuldenaar⁸ (dit laatste veronderstelt dat er sprake is van objectconfiscatie, niet van loutere waardeconfiscatie waarbij de overheid vooralsnog enkel schuldeiser is⁹), behalve indien hij daarop reeds eerder een zakelijk recht had verkregen (inbegre- pen beslag of samenloop).

⁷ Brussel 30 mei 2006, *TBH* 2007, 902.

⁸ Die eigendomsovergang vindt plaats op het tijdstip waarop de beslissing die ze uitspreekt, in kracht van gewijsde gaat: Cass. 10 november 1902, *Pas.* 1903, I 31; R. JANSEN, “Strafrechtelijk beslag en verbeurdverklaring: een straf voor de notaris?”, *NFM* 2010, (220) 227 nr. 18. Dit is aan derden tegenwerpe- lijk ingevolge de kantmelding van het voorafgaand penaal beslag of van de eis tot verbeurdverklaring.

⁹ V. SAGAERT, “De verhouding tussen het beslagrecht en het strafrecht na tien jaar herbezoekt”, in ICGR en Fr. GEORGES (ed.), *Algemene en bijzondere aspecten van het uitvoeringsrecht*, (181) 198 nr. 32. Ook bij een schuldvordering op de Deposito- en consignatiekas is objectconfiscatie mogelijk: Cass. 28 juni 2007, AR C.02.0173.F, <https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2007:ARR.20070628.2>, *RW* 2008-09, 1638.

Bij objectconfiscatie kunnen schuldeisers zonder zakelijk recht ook geen afbreuk meer doen aan de rechten van de overheid via de procedure van het KB van 1 augustus 1991 tot vaststel- ling van de termijn waarbinnen en de wijze waarop een rechtsmiddel kan worden aangewend door derden die beweren recht te hebben op een verbeurdverklaarde zaak: V. SAGAERT, (181) 203, nr. 39.

Het gaat hier om een toepassing van het anterioriteitsbeginsel, dat we nu uitdrukkelijk in artikel 3.4 BW terugvinden: “Zonder afbreuk te doen aan de artikelen 3.28 en 3.30 van dit Boek en artikel 96 van de Hypotheekwet, heeft een ouder zakelijk recht voorrang op een later zakelijk recht”.

De regels van derdenbescherming vormen op dat anterioriteitsbeginsel dus wel een uitzondering, waarvan we de draagwijdte bij beslag en insolventie zo dadelijk onder B. randnr. 6-7, bespreken, evenals enkele andere uitbreidingen van het verhaalsrecht.

B. UITBREIDINGEN VERHAALSRECHT

1. Rol (onroerende) publiciteit en derdenbescherming van schuldeisers

6. In het goederenrecht worden derde-verkrijgers¹⁰ onder bijzondere titel mits vervulling van nadere vereisten beschermd tegen oudere zakelijke rechten. Het gaat om gevallen waar de vervreemder zijn beschikkingsbevoegdheid te buiten gaat, maar de goederen wel vervreemd worden aan een wederpartij te goeder trouw door middel van een “levering” krachtens een (geldige) titel. Met andere woorden, aan alle vereisten voor een geldige overdracht (of vestiging van een zakelijk recht) (zoals nu bepaald in art. 3.14, § 2 BW) is voldaan, behalve de beschikkingsbevoegdheid. Ondanks die beschikkingsonbevoegdheid wordt de derde-verkrijger te goeder trouw van onroerend goed met een geldige titel (bezwarende of kosteloze) die eerst zijn titel heeft gepubliceerd in een aantal gevallen beschermd, zoals bepaald door artikel 3.30, § 2 BW (voorheen art. 1 Hyp.W.).

De vraag is dan ook gerezen of ook schuldeisers die beslag leggen, en bij uitbreiding, de schuldeisers die opkomen in een samenloop, als verkrijger van een “collectief pandrecht”, dezelfde bescherming krijgen als een derde-verkrijger en zich om die reden ook zou kunnen verhalen op goederen die slechts schijnbaar aan hun schuldenaar toebehoren. In ons recht wordt die bescherming traditioneel niét toegekend aan de verhaal nemende schuldeisers wanneer het gaat om roerende goederen, behalve dan ten aanzien van roerende zekerheidsrechten die niet aan de vereiste publiciteit zouden voldoen. Bij onroerend goed daarentegen is de rechtspraak sinds lang gevestigd in de zin dat schuldeisers zich kunnen verhalen op onroerende goederen van een derde die in de hypotheekregisters onaangetast¹¹ ingeschreven staan op naam van de schuldenaar, in die zin dat oudere

¹⁰ De regels van derdenbescherming hebben geen betrekking op de gebreken van de eigen titel en beschermen ook de rechtsopvolgers onder algemene titel van de verkrijger met een gebrekkige titel niet (die zijn geen “derde”-verkrijgers ten aanzien van die titel).

¹¹ Daarmee bedoel ik dat die inschrijving op naam van de schuldenaar ook niet aangevochten is door middel van een eis die gekantmeld is (eis tot nietigverklaring of herroeping, *actio pauliana*, enz.), en niet onderworpen is aan een door middel van een voorrecht verzekerd ontbindingsrecht.

rechten die hadden moeten zijn gepubliceerd en het niet zijn, niet tegenwerpe-lijk zijn. Dit volgt uit artikel 1577, II Ger.W. en meer algemeen impliciet uit arti-ikel 3.34, § 2 eerste zin *in fine* BW.

7. De invoering van het nieuwe goederenrecht in 2021 heeft het systeem van de onroerende publiciteit als dusdanig niet veranderd, maar er zijn wel een aantal belangrijke wijzigingen die de registers iets betrouwbaarder moeten maken. Som-mige daarvan worden verder onder meer in detail besproken, zoals de onderwer-ping aan overschrijving van akten houdende voorkooprechten en optierechten (art. 3.30, § 1, 5° BW) (zie randnrs. 32-34) en de gewijzigde regels inzake de kant-melding (of liever de gevolgen van het gebrek aan kantmelding, art. 3.34 BW) (zie randnr. 28).

De belangrijkste vernieuwing daarnaast is de onderwerping aan overschrij-ving van akten van erfopvolging (art. 3.30, § 1, 7° BW) en de regeling van de gevolgen van het gebrek aan overschrijving daarvan (art. 3.30, § 2, lid 2 BW), namelijk dat:

“een akte tot vestiging, overdracht of vaststelling van onroerende zakelijke rechten, andere dan voorrechten en hypotheken, uitgaande van iemand die niet aangewezen wordt in een overgeschreven akte van erfopvolging, aan degenen die in deze akte wor-den aangewezen of de rechtsverkrijgenden van deze laatsten, niet tegenwerpe-lijk is. Bovendien kan een akte of een rechterlijke beslissing tot vestiging, overdracht of vast-stelling van een onroerend zakelijk recht enkel worden overgeschreven in de registers van het bevoegde kantoor van de Algemene Administratie van de Patrimoniumdocu-mentatie indien een akte van erfopvolging die de beschikker aanwijst of een akte van verdeling is overgeschreven”.

Omdat deze bepaling niet rechtstreeks gevolgen heeft voor het verhaal door schuldeisers, wordt er hier niet nader op ingegaan.

2. *Maar ook verhaal op goederen nog niet op naam van de schuldenaar*

8. Omgekeerd kunnen de schuldeisers reeds verhaal nemen op goederen die aan de schuldenaar toebehoren, ook als de verkrijgingstitel ervan aan publiciteit (overschrijving) is onderworpen en die publiciteit nog niet plaatsvond.¹²

9. In die gevallen worden de verhaal nemende schuldeisers wel niet beschermd tegen de rechten van de rechtsvoorganger-vervreemder van hun beslagen schuldenaar.

Zo zal de onbetaalde verkoper van de schuldenaar over een onroerend bijzon-der voorrecht op het goed beschikken, al is dat nog niet ingeschreven (die inschrij-

¹² Bv. Gent 21 december 1993, RW 1994-95, 824 noot M.E. STORME.

ving moet maar gebeuren op het tijdstip van de overschrijving en gebeurt van rechtswege indien het niet betaald zijn uit de ter overschrijving aangeboden akte blijkt, behoudens ontslag van ambtshalve inschrijving) (art. 27-36 Hyp.W.). Zo zal bij ontbinding wegens wanprestatie door die verkoper de ontbinding terugwerken en zakelijke werking hebben (het is slechts indien de titel is overgeschreven zonder dat er een voorrecht is ingeschreven dat een latere ontbinding niet meer tegenwerpelijk is aan derde-verkrijgers en aan de samenlopende schuldeisers van de koper, dus jegens die partijen geen zakelijke werking meer heeft). De verhaal nemende schuldeiser geniet nog niet van derdenbescherming tegen die oudere gerechtigde op het goed (de verkoper) zolang niet ook de titel van de schuldenaar zelf gepubliceerd is.

Die regels gelden ook voor de andere bijzondere onroerende voorrechten van rechtsvoorgangers: de ruiler, bevoorrecht voor de vordering op opleg of vergoeding bij de ruil (art. 31 Hyp.W.); de schenker, bevoorrecht voor de schuldvordering tot uitvoering van de last (art. 32 Hyp.W.); de deelgenoot die bij verdeling (bv. van een nalatenschap) recht heeft op een opleg (bij wat hem toebedeeld wordt uit de gemeenschap), bevoorrecht voor de schuldvordering op de betaling van de opleg (art. 33 Hyp.W.).

10. Zo ook zal de schuldeiser van de koper het moeten afleggen tegen een schuldeiser van de verkoper die nog voor de overschrijving van de titel een onroerend bevel heeft doen overschrijven, en dit zelfs indien de schuldeiser van de koper eerst een bevel heeft doen overschrijven.¹³ De schuldeiser van de verkoper kan zich immers verhalen op het goed dat op naam staat van zijn schuldenaar, en de schuldeiser van de koper geniet niet van derdenbescherming daartegen.

3. *Simulatie en dissimulatie*

11. De leer van de simulatie heeft behalve in het verbintenissenrecht ook een rol in het goederen- en executierecht. Net zoals in het contractenrecht heeft die leer ook in het goederenrecht een dubbele functie:

- enerzijds bevestigt ze dat de schuldeisers verhaal kunnen nemen op goederen die aan hun schuldenaar toebehoren, hoewel ze door de handelingen van die schuldenaar schijnbaar aan een derde toebehoren (eerste functie);
- anderzijds maakt ze het de schuldeisers mogelijk zich te verhalen op goederen die enkel schijnbaar aan hun schuldenaar toebehoren, mits die schijn bewust door de schuldenaar wordt geschapen (door de simulatie) (tweede functie).

12. In de *eerste functie* kan het gaan om een situatie waarbij goederen op naam worden gezet van iemand anders dan de werkelijke eigenaar, dan wel in eigen naam worden aangehouden door een naamlener of verborgen middel-

¹³ Vgl. H. DE PAGE, *Traité* VII, nr. 1059 en 1060.

lijk vertegenwoordiger. Het recht van de schuldeiser om de werkelijke rechtsverhouding in te roepen kan dus inhouden dat een gesimuleerde handeling geveinsd wordt verklaard zodat de schuldeiser zich op de ontveinsde rechtstoestand kan beroepen (eis in geveinsdverklaring, Fr. *action en déclaration de simulation*) om aan te tonen dat bepaalde activa wel degelijk deel uitmaken van het vermogen van hun schuldenaar. Strikt genomen moet de schuldeiser hier helemaal geen simulatie bewijzen, maar gewoon dat zijn schuldenaar – tegen de schijn in – eigenaar is van de activa. De principes zijn vooral te vinden in twee cassatie-arresten die over derdenbeslag handelen, nl. de arresten *Baitelmal* en *United Tax Network*.¹⁴

Niet voldoende is dat de schuldenaar van de beslaglegger en de schuldenaar van de in beslag genomen schuldvordering verbonden rechtspersonen zijn¹⁵ (behoudens doorbaak van rechtspersoonlijkheid, of wanneer een aparte rechtspersoon op basis van de concrete feitelijke situatie beschouwd wordt als een “alter ego” van de schuldenaar (*alter-ego-doctrine*)¹⁶).

Praktisch is met name van belang dat de beslagleggende schuldeiser géén uitvoerbare titel moet hebben tegen de nominale (schijnbare) eigenaar. Indien het in beslag genomen goed vervolgens wordt gerevindiceerd door de nominale eigenaar ervan, is de beslagrechter bevoegd om over de eigendomsverhouding en dus het verhaalsrecht ten gronde te oordelen¹⁷ (althans bij uitvoerend beslag; bij bewarend beslag zijn er geen procedureregels voor een revindicatie door de nominale eigenaar en zal deze de procedure van derdenverzet tegen de machtiging tot beslag volgen, in welk kader de beslagrechter slechts *prima facie* over het eigendomsrecht oordeelt, zonder de bodemrechter te binden).

Een voorbeeld vinden we in een arrest van het hof van beroep te Antwerpen¹⁸ betreffende twee kredietnemers die een lening aangaan om een bungalow te kopen en vervolgens die bungalow op naam van hun minderjarige kinderen kopen; het op naam van de kinderen stellen werd als simulatie gekwalificeerd, zodat de kredietverlener – schuldeiser van de ouders en met een uitvoerbare titel tegen hen – verhaal kon nemen op het onroerend goed als deel uitmakende van het vermogen van de ouders-kredietnemers. Aangezien het hier niet om een *pauliana* gaat, moet geen bedrog van de verkoper bewezen worden.

¹⁴ Cass 11 mei 1995, AR C.93.0315.F, *Baitelmal*, <https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:1995:ARR.19950511.12>, RW 1995-96, 745, JT 1995, 624, *Arr.Cass.* nr. 233; Cass 4 september 2020, AR C.20.0017.N, *RIZIV / United Tax Network*, <https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20200904.1N.7>, TIBR 2021 RS 26, TPB 2021, 16 met bijdrage Max DE SCHRYVER, “De bevoegdheid van de beslagrechter verduidelijkt”, RW 2021-22, 206.

¹⁵ *A contrario* Cass. 6 december 1996, *Sonatrach*, RW 1997-98, 46 = *Arr.Cass.* 1996, 1172, nr. 490.

¹⁶ In 2021 toegepast door het C.A. Versailles in een zaak waar Commissimpex beslag heeft gelegd tegen Congo op activa van de *Société Nationale des Pétroles du Congo* en deze laatste beschouwd werd als een *alter ego* van de Staat.

¹⁷ Cass. 4 september 2020, ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20200904.1N.7, hierboven geciteerd.

¹⁸ Antwerpen 26 mei 2008, NjW 2008, 928 noot M. DAMBRE.

13. In de tweede functie van de leer der simulatie gaat het om een uitbreiding van het verhaalsrecht tot goederen die geen eigendom zijn van de schuldenaar, maar waarvan opzettelijk de schijn is geschapen dat ze eigendom zijn van de schuldenaar. Dit zien we bijvoorbeeld bij de vraag of schuldeisers van een middellijke vertegenwoordiger (inbegrepen naamlener) zich op grond van simulatie kunnen verhalen op goederen die eigendom zijn van de opdrachtgever/vertegenwoordigde. Naamlening en middellijke vertegenwoordiging zijn weliswaar op verbintenisrechtelijk vlak géén vormen van simulatie (de tussenpersoon die in eigen naam optreedt verbindt ook zichzelf), maar er kan mogelijks sprake zijn van goederenrechtelijke simulatie. In het hierboven gegeven voorbeeld zouden de schuldeisers van de kinderen zich dus wel op de bungalow kunnen verhalen.

4. *Pauliana en aanverwante*

14. Rechtshandelingen van de schuldenaar waarmee activa werden vervreemd kunnen, ook al hadden die uitwerking voor het tijdstip van de samenloop, aangevochten worden door de schuldeisers in bepaalde gevallen van met name abnormale dan wel bedrieglijke handelingen waardoor hun verhaalsmogelijkheden zijn verminderd (“verhaalsbenadeling”). Het gaat hier om de *actio pauliana* (art. 1167 Oud BW) en de aanvechtingsmogelijkheden van handelingen uit de verdachte periode voor faillissement. Het nieuwe goederenrecht heeft deze regels niet veranderd, zodat er hier niet nader wordt op ingegaan.

5. *Geen beëindiging van gepubliceerde onroerende rechten van derden*

15. Het kan zijn dat een gepubliceerd zakelijk recht gevestigd is door middel van een zgn. duurovereenkomst die mogelijks nog verplichtingen inhoudt voor de partij die het gevestigd heeft op het ogenblik waarop deze persoon insolvent wordt, en meer bepaald failliet wordt verklaard. Met name bij zakelijke genotsrechten kan dit voorvallen, reden waarom deze vraag in Deel II en V. nader *in concreto* aan bod komt.

Krachtens de regels van faillissementsrecht is de curator niet verplicht die verbintenissen verder uit te voeren (art. XX.139 WER). Wat hij evenwel op grond van die bepaling niet kan, is een einde maken aan dat gepubliceerde zakelijk recht. Weliswaar houdt artikel XX.139 de mogelijkheid in voor de curator om niet alleen wanprestatie te plegen, maar in uitzonderlijke gevallen ook lopende verbintenissen te beëindigen – nl. enkel wanneer die beëindiging noodzakelijk is voor de vereffening van de boedel – (zie de verwijzingen in randnr. 51 *infra*); maar die mogelijkheid geldt enkel voor verbintenissen van de gefailleerde en niet voor gepubliceerde zakelijke rechten die deze heeft toegekend. Om alle twijfel hierover weg te nemen na het cassatie-arrest van Cass. 3 december 2015, besproken *infra* randnr. 51, heeft de wetgever dit uitdrukkelijk bepaald in §, lid 1 *in fine* van artikel XX.139 WER. Dit is echter gewoon een toepassing van de regel dat de curator

enkel de goederen in de boedel kan te gelde maken en geen goederen die zich niet in de boedel bevinden (behoudens de *actio pauliana* en aanverwante regels).

16. Wel gelden er enkele bijzondere regels wat betreft de (beperking van de) rechten van andere mede-eigenaars wanneer de schuldenaar mede-eigenaar is van een (onroerend) goed. Zij worden besproken in randnr. 34 e.v.

C. MOGELIJKE BEPERKINGEN VAN HET VERHAALSRECHT

1. Oudere zakelijk werkende rechten en hun rechtsgevolg bij insolventie

17. Zoals uit het voorgaande reeds blijkt moet de schuldeiser die verhaal neemt op de eerste plaats alle op dat tijdstip bestaande en tegenwerpelijke zakelijk rechten eerbiedigen. Het precieze gevolg verschilt naargelang de aard van dat zakelijk recht, zoals we lezen in artikel 3.5 BW:

“Zonder afbreuk te doen aan de artikelen 3.28 en 3.30 blijven eigendom, mede-eigendom en zakelijke gebruiksrechten buiten de samenloop die ontstaat door de insolventie van derden.

Zakelijke zekerheden geven een recht van voorrang op de verkoopsopbrengst van hun onderpand”.

Eigendom en zakelijke genotsrechten blijven dus gewoon buiten de samenloop, onder voorbehoud van de hoger besproken regels van derdenbescherming.

18. Ten aanzien van oudere *zekerheidsrechten* geldt dat die ook voorgaan indien aan de tegenwerpelijksvereisten is voldaan, wat in de meeste gevallen publiciteit (door inschrijving) vereist.

Er zijn evenwel ook een aantal stille onroerende zekerheidsrechten, zoals de bijzondere voorrechten van de schadeverzekeraar (art. 114 Verzekeringwet) en de vereniging van mede-eigenaars (art. 27, 7° Hyp.W.), naast de hoger besproken regel van de voorrang van de rechten van de rechtsvoorganger zolang de titel van de insolvente schuldenaar zelf niet is overgeschreven.

Daarnaast zijn er ook roerende zekerheidsrechten die blijven gelden nadat het onderpand ervan onroerend is geworden.

19. Zo blijft het voorrecht van de onbetaalde verkoper van roerende goederen, geleverd aan de koper, gedurende vijf jaar behouden ondanks de onroerendmaking van de zaak door incorporatie of door bestemming, indien het gaat om bedrijfsuitrustingsgoederen gebruikt in een nijverheids-, handels-, ambachts- of landbouwonderneming (art. 20, 5 Hyp.W.). Het vroegere vereiste

om een eensluidend verklaard afschrift van de verkoopfactuur of gelijkaardige akte binnen de vijftien dagen na levering neer te leggen op de griffie van de rechtbank van koophandel is al sinds 1 september 2013 afgeschaft (art. 45 wet 14 januari 2013).

Ook kan het eigendomsvoorbehoud op een roerende zaak krachtens artikel 71 Pandwet de onroerendmaking door incorporatie overleven mits registratie ervan in het pandregister. Een onroerendmakig door bestemming anderzijds is niet mogelijk zolang het eigendomsvoorbehoud loopt.

Als zekerheden die gelden door het voorbehoud gemaakt bij de vervreemding van het goed (“voorbehouden zekerheden”) hebben die rechten per definitie voorrang op de hypotheek die door de koper op het erf zou zijn gevestigd, zelfs al is die van oudere datum; de hypotheek kan immers maar de goederen bezwaren in de mate waarin ze in het vermogen van de hypotheekgever terechtkomen. De hypotheekhouder kan niet geacht worden ervan uit te gaan dat de goederen niet met een roerend voorrecht van de verkoper bezwaard zijn (toen de vereiste neerlegging nog gold, werd dat ook niet aanvaard, zelfs niet indien de factuur maar was neergelegd nadat de zaak onroerend is geworden).¹⁹ Dit conflict wordt dan ook niet beslecht door artikel 57 IV Pandwet, dat enkel pandrechten betreft, maar door artikel 58 Pandwet dat de voorbehouden zekerheden betreft (ook al spreekt die bepaling letterlijk enkel over het behoud van voorrang boven pandrechten en niet ook boven hypotheeken).

20. Wanneer de later insolvente partij een *pandrecht* verleent zonder buitenbezitstelling op een zaak die op dat ogenblik roerend is uit zijn aard (zij het mogelijk onroerend door bestemming) en dit inschrijft in het pandregister, dan blijft dat pandrecht ondanks het onroerend karakter of een latere onroerendmaking van de zaak gehandhaafd als zekerheidsrecht op het onroerend goed zelf. De pandhouder heeft geen wegnemingsrecht of *ius tollendi*²⁰, en ook geen recht van parate executie op het onroerend goed (art. 19 Pandwet).

Het pandrecht neemt daarbij rang in op datum van registratie; bij conflict met een onroerend voorrecht of hypotheek wordt de voorrang volgens artikel 57, IV Pandwet bepaald door de respectievelijke data van registratie van het pandrecht of inschrijving van het onroerend voorrecht of hypotheek. Die regel geeft echter slechts dan voorrang aan een oudere hypotheek, wanneer het gaat om een zaak die op het tijdstip van de registratie al onroerend was. De regel betreft niet het geval waarin een roerend onderpand van een pandrecht later geïncorporeerd

¹⁹ Dit laatste kan als een afwijking op het gemeen recht worden beschouwd, maar volgt wel duidelijk uit de keuze door de wetgever gemaakt ten gunste van de verkoper van bedrijfsuitrusting, en is gezien de meerwaarde van het hypothecair onderpand ook gerechtvaardigd ondanks de afwijking op het publiciteitsbeginsel.

²⁰ MvT, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2463/1, 44; R. JANSEN, “Algemene beginselen bij de verpanding van roerende goederen” in M.E. STORME (ed.), *Roerende zekerheden na de Pandwet*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nr. 63.

wordt in een erf dat reeds gehypothekeerd was of als accessorium bestemd wordt tot een erf dat reeds gehypothekeerd was.

Bij inpandgeving van een onroerende zaak door bestemming (wat kan volgens artikel 7 Pandwet zoals gewijzigd door de Reparatiewet van 25 december 2016) mag men ervan uitgaan dat conflicten tussen roerende en onroerende rechten op die zaak volgens de gewone regels inzake anterioriteit en rang moeten worden opgelost, zoals onder het oude recht gold (met name bij conflict tussen pand handelszaak en hypotheek).

21. Ook het *voorrecht voor kosten tot behoud* van de roerende zaak die onroerend wordt, kan gedurende vijf jaar behouden blijven, dit krachtens artikel 20, 5° Hyp.W. In afwijking van de gewone regels verleent dit voorrecht steeds voorrang boven oudere rechten en zijn het de jongste kosten die eerst moeten betaald worden uit de opbrengst van het onroerend goed.

Wel is er géén roerend beslag mogelijk op deze goederen; zij kunnen enkel samen met het onroerend goed in beslag worden genomen en dit volgens de procedure van onroerend beslag.²¹

22. Nu is de verwoording van artikel 3.5, lid 2 BW wel wat misleidend, in die zin dat het onderpand van een zakelijk zekerheidsrecht, d.i. het bezwaarde deel, in een bepaalde zin *ook* buiten de boedel valt. Immers, voor zover deze schuldeisers zich enkel willen verhalen op de opbrengst van (het bezwaarde deel van) dat onderpand en niet op de algemene boedel, moeten zij geen aangifte doen van schuldvordering. Dit werd bevestigd door het Hof van Cassatie wat betreft de hypothecaire schuldeiser in het arrest van 12 maart 2020 in *faill. Polar Star nv*²², en geldt meer algemeen voor zakelijke zekerheidsrechten.²³ De notaris zal bij de (verkorte) rangregeling rekening houden met die schuldvorderingen, ook al is er geen aangifte gedaan in de collectieve procedure.²⁴ De draagwijdte van artikel 3.5 BW is dan ook veeleer dat:

²¹ Cass. 15 februari 2007, AR F.05.0105.F, <https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2007:ARR.20070215.4>, andersluidende conclusies P.G. LECLERCQ, *RW* 2007-08, 906, afkeurende noot V. SAGAERT, "Onroerende goederen door bestemming en beslag", *RCJB* 2010, 58, noot J.-F. ROMAIN, *JLMB* 2007, 617, besproken door A. SALVÉ, "Immeubles par destination: copropriété et saisie", *JLMB* 2007, (1456) 1460.

²² Cass. 12 maart 2020, AR C.19.0437.N, *faill. Polar Star nv*, <https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2020:CONC.20200312.4>, met concl. A.g. R. Mortier, *T.Not.* 2020, 639 noot L. WEYTS, verwerping voorziening tegen Gent 8 april 2019. Voorheen anders Kh. Gent (Dendermonde) 30 april 2018, *T.Not.* 2018, 901 noot L. WEYTS. Zie ook de bespreking van dit arrest en dat van 16 januari 2020 door J. VAN CAMPENHOUT, "De genuanceerde plicht voor separatisten tot aangifte van schuldvordering (ook) in een procedure collectieve schuldenregeling", *TIBR* 2021 nr. 1, RS 44.

²³ Zo ook voor het retentierecht (*in casu* roerend): Cass. 16 januari 2020, *faill. Sablon / DSV Solutions*, AR C.19.0298.N, <https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20200116.IN.4>, *RW* 2019-20, 1533.

²⁴ Dit geldt ook bij collectieve schuldenregeling, zo J. VAN CAMPENHOUT, *TIBR* 2021 nr. 1 RS (44) 46.

- het onderpand slechts tot beloop van bezwaring – en ook enkel binnen de perken van de door het zakelijk recht gewaarborgde schuldvordering (dus voor het kleinste bedrag van de twee) – buiten de boedel valt;
- en dat een schuldeiser met een zakelijk zekerheidsrecht niet altijd een separatist is, d.w.z. niet altijd het recht heeft om individueel tot executie over te gaan.

Zo is onder boek XX WER bij faillissement énkél de eerst ingeschreven hypotheekhouder nog separatist bij onroerend goed. Tot aan het eerste proces-verbaal van verificatie van schuldvorderingen zijn diens rechten overeenkomstig de algemene regel bij faillissement opgeschort. Nadien kan er uitstel of afstel zijn op verzoek van de curator overeenkomstig de regels van artikel XX.120 WER. Behoudens die mogelijkheid herneemt de eerste hypotheekhouder wel zijn individueel executierecht vanaf de neerlegging van het eerste proces-verbaal van verificatie van schuldvorderingen (art. XX.193 WER). Die regel moet ook worden toegepast op de voortzetting van een beslagprocedure die reeds voor de faillietverklaring was opgestart (ook in het geval waarin de aanstelling van de notaris nog niet definitief was op het ogenblik van de faillietverklaring). Bij onroerende goederen wordt de beslagprocedure voor rekening van de boedel voortgezet vanaf het ogenblik waarop de beschikking van de beslagrechter tot aanstelling van een notaris (voor openbare verkoop of verkoop uit de hand) niet langer vatbaar is voor verzet (art. XX.120, § 1, III WER) (vanaf dat ogenblik moet men ervan uitgaan dat de notaris reeds kosten heeft gemaakt, voordien niet). Wel kan de curator in het belang van de boedel aan de rechter-commissaris vragen om de verkoop uit te stellen of af te gelasten (art. XX.120, § 1, II en IV WER) mits vergoeding van de reeds gemaakte (notaris)kosten en enkel zolang de schuldenaar nog niet werd aangemaand om inzage te nemen in de verkoopsvoorwaarden (art. XX.120, § 1 IV WER).

Bij collectieve schuldenregeling daarentegen zijn door de samenloop de individuele executierechten van de bestaande schuldeisers die strekken tot betaling van een geldsom, opgeschort (art. 1675/7, § 1 III GerW), met inbegrip van de eerst ingeschreven hypothecaire schuldeiser. Indien er reeds voordien onroerend beslag was gelegd, kunnen de verkoopverrichtingen na uitvoerend onroerend beslag wel voor rekening van de boedel worden voortgezet indien de beschikking van de notaris definitief is geworden ten aanzien van de schuldenaar (en dus niet langer vatbaar is voor derdenverzet). Ook hier bestaat er voor de arbeidsrechtbank de mogelijkheid om, indien het belang van de boedel dit vereist, op verzoek van de schuldenaar of schuldbemiddelaar die handelt in het kader van een gerechtelijke aanzuiveringsregeling, uitstel of afstel van de verkoop toestaan. Voor wat betreft een openbare verkoop is deze uitzondering evenwel beperkt: het verzoek tot uitstel of afstel zal niet langer mogelijk zijn nadat de beslagene werd aangemaand om inzage te nemen van de verkoopsvoorwaarden. (art. 1675/7, § 2,

III Ger.W.). In dat geval acht de wetgever de kosten ten laste van de beslagene immers substantieel, zodat een uitstel of een afstel niet opportuun zou zijn.²⁵

23. Een ouder beslag heeft weliswaar ook zakelijke werking, maar verschaft de beslaglegger geen voorrang. Het lot van het beslag verschilt wel naargelang de vorm van het latere verhaal.

- a) Bij beslag na beslag kennen we bij uitvoerend beslag het beginsel van eenheid van beslag (*'saisie sur saisie ne vaut'*) (art. 1571 Ger.W.). Het Kantoor Rechtszekerheid zal weigeren om het beslagexploot over te schrijven indien er reeds een eerder beslag op hetzelfde onroerend goed werd overgeschreven. Het zal wel een certificaat overhandigen aan de tweede beslaglegger met de gegevens van het eerste beslag zodat deze zich in verbinding kan stellen met de schuldeiser-beslaglegger om zo nodig procedurele indeplaatsstelling te vorderen. Natuurlijk heeft het jongere beslag overigens wel de gevolgen van een beslag (zoals die in het bijzonder uit art. 1577 Ger.W. voortvloeien).
- b) Bij de opening van een collectieve procedure na beslag wordt het uitvoerend beslag opgeslorpt, het behoudt zijn bewarende werking maar vervalt voor het overige, behalve wanneer de beslaglegger een separatistenpositie behoudt zoals hierboven besproken (de eerst ingeschreven hypothecaire schuldeiser bij faillissement) (art. XX.120 WER voor faillissement; art. 1675/7, § 2, lid I Ger.W. bij collectieve schuldenregeling).
- c) Een andere uitzondering geldt wanneer het beslag op een goed in onverdeeldheid gevoerd wordt tegen meerdere schuldenaars waarvan slechts één failliet is verklaard of tot een collectieve schuldenregeling is toegelaten: dan wordt de gedwongen verkoop van de onroerende goederen voortgezet overeenkomstig de regels van het onroerend beslag (art. XX.120, § 2 WER *c.q.* art. 1675/7, § 2, lid IV Ger.W.). In dit geval is er dus geen schorsing mogelijk. Daarbij moet de procedure vereffening-verdeling worden gevolgd, ook al zal die bijna steeds neerkomen op een verkoop van het onverdeelde goed (tenzij de mede-eigenaars of curator/schuldbemiddelaar een verdeling *in natura* vragen en die mogelijk is, of de mede-eigenaars vragen het aandeel zelf uit de hand in te kopen, en dit wordt toegestaan gezien de geboden prijs). De notaris maakt in dat geval eveneens een verkorte rangregeling op. Na betaling van de hypothecaire en bijzonder bevoorrechte schuldeisers, stort de notaris desgevallend het saldo van het gedeelte van de verkoopprijs dat aan de schuldenaar in insolventieprocedure toekomt, aan de curator of schuldbemiddelaar (dus in de algemene boedel).

24. Een recht op een goed kan ook ouder zijn in de juridische betekenis, hoewel pas later ontstaan, doordat het recht op een ander goed, dat is tenietgegaan, handhaaft op een vervangingsgoed, wat de rechtsfiguur is van de zakelijke subrogatie.

²⁵ *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54 2407/001, 126.

De wetgever heeft de zakelijke subrogatie in artikel 3.10 BW als een algemene rechtsfiguur erkend, niet beperkt tot specifieke wettelijke bepaalde gevallen. Er moet een geïndividualiseerd vervangingsgoed in de plaats komen van het goed dat materieel of juridisch verloren gaat voor de titularis van het recht en er de waarde van vertegenwoordigen. Omdat het vervangingsgoed zelden een onroerend goed is, wordt hier in deze bijdrage ook niet in detail op ingegaan.

2. *Modaliteiten van de titel van de insolvente schuldenaar*

25. De schuldeiser is in beginsel ook gebonden aan de modaliteiten waarvan de verkrijging van dat goed door de schuldenaar afhankelijk is, voor zover ze zakelijke werking hebben. Dit betreft de ‘titelgebreken en titelbeperkingen’, die als volgt kunnen worden ingedeeld.

26. Op de eerste plaats zijn er bepaalde wijzen van beëindiging van het recht van de schuldenaar die niet terugwerken en dus ook geen afbreuk kunnen doen aan de reeds verkregen rechten van derden, inbegrepen de collectieve rechten van schuldeisers wanneer er reeds beslag is gelegd of een samenloop is ontstaan. Dit betreft alle beschikkingen door de schuldenaar na samenloop (zowel een overdracht als een vestiging als een afstand van een (onroerend) recht), inbegrepen de opzegging in minnelijke overeenstemming.

27. Vervolgens zijn er de gevallen van zgn. *relatieve beëindiging* van het recht van de schuldenaar. Volgens artikel 3.17 BW gaat het om de ontbinding wegens niet-nakoming en de herroeping (naast de vervallenverklaring, die evenwel slechts relevant is wanneer het recht niet uit een rechtshandeling voortvloeit). Zij doen “geen afbreuk aan de rechten van derden die te goeder trouw op het tenietgegane zakelijk recht zijn verkregen”. Dit wordt *infra* in deel III e.v. nader besproken voor de zakelijke genotsrechten. Hier wil ik reeds algemeen ingaan op de verhouding met de samenlopende schuldeisers.

De tekst van de wet verduidelijkt niet of ook schuldeisers in samenloop zich hierop zouden kunnen beroepen, en zo ja, hoe hun goede trouw moet worden bepaald. In de parlementaire voorbereiding is er nergens sprake van de samenlopende schuldeisers en het komt me voor dat de regel hen niet beschermt, nu er in de Hypotheekwet reeds specifieke regels bestaan mede ter bescherming van de samenlopende schuldeisers bij ontbinding en herroeping. Wat onroerend goed betreft gaat het met name om artikel 28 Hypotheekwet. Overigens is het praktische gevolg zeer vergelijkbaar: artikel 28 beschermt de samenlopende schuldeisers tegen ontbinding of herroeping wanneer er geen inschrijving van een voorrecht heeft plaatsgevonden in de hypotheekregisters. Heeft die wel plaatsgevonden, kunnen de samenlopende schuldeisers onmogelijk te goeder trouw worden geacht en kunnen ze dus niet beschermd worden door artikel 3.17 BW.

De vraag is dan ook slechts echt relevant voor zover men van oordeel zou zijn dat een partij die een zakelijk genotsrecht vestigt géén onroerend voorrecht zou kunnen inschrijven en aldus de zakelijke werking van de ontbinding niet zou kunnen beveiligen. Die opvatting gaat ervan uit dat een erfpachtrecht geen verkocht onroerend goed zou kunnen zijn. Zij is ten eerste systematisch onjuist (de obligatoire overeenkomst tot vestiging van een erfpacht of opstalrecht is steeds te kwalificeren als een verkoop, schenking, inbreng of ruil)²⁶, stemt niet overeen met de administratieve praktijk van de hypotheekbewaarders (nu Kantoren rechtszekerheid)²⁷, en zou de uitgevers van een genotsrecht er nodeloos toe verplichten om een hypotheek te nemen om hun rechten te beschermen.

28. Een verdere bescherming kan voor derde-verkrijgers voortvloeien uit de bepaling van artikel 3.34, lid II BW, volgens dewelke “*het retroactieve tenietgaan van een zakelijk recht heeft geen uitwerking ten aanzien van vervreemdingen en beschikkingen over dat zakelijk recht, gedaan ten gunste van derden te goeder trouw, na het instellen van de vordering, maar vóór de kantmelding van de eis of, bij gebreke hiervan, van het vonnis. Indien de nietigheid of ontbinding van een aan overschrijving onderworpen akte buitengerechtelijk plaatsvindt, is deze slechts aan derden tegenwerpelijk nadat die kennisgeving in een authentieke akte is geformaliseerd en op de kant van de registers van het bevoegde kantoor van de Algemene Administratie van de Patrimoniumdocumentatie is overgeschreven*”. Hier blijkt duidelijk uit de wettekst zelf dat de samenlopende schuldeisers zich hier niet op kunnen beroepen, zodat ik hier niet verder op inga.

29. De titel van de schuldenaar kan verder ook – absoluut of relatief – nietig zijn. De nietigverklaring heeft traditioneel zowel terugwerkende kracht als zakelijke werking. In het nieuw BW gaat het om een zgn. absolute en geen relatieve beëindigingsgrond. Daarmee is de wetgever het Hof van Cassatie niet gevolgd, dat in zijn arrest van 22 januari 2021 de regel van artikel 3.17 BW ook toepaste op de nietigverklaring en deze dus in zekere zin maar relatieve werking geeft. Dit arrest wordt eveneens *infra* nr. 48 nog nader besproken.

Ook andere gronden van retroactieve beëindiging van de titel werken in beginsel zakelijk en absoluut (*a contrario* uit art. 3.17 BW). Dat is zeker het geval voor de ontbindende voorwaarde in de titel zelf (en dus mee gepubliceerd) (waaronder ook het conventioneel beding van terugkeer) en het terugkooprecht van de overheid bij bedrijventerreinen krachtens artikel 25 van het decreet ruimtelijke economie van 13 juli 2012 of voorheen (maar nog geldend voor destijds gesloten

²⁶ Vgl. GENIN, *RPDB*, Tw. *Emphytéose*, en in *Traité des hypothèques et de la transcription*, nr. 1026; DONNAY, *RGEN* 1974 nr. 21.803, 20 randnr. 10.

²⁷ Vgl. DONNAY, *RGEN* 1974 nr. 21.803, 20 randnr. 10.

verkoopingen²⁸) artikel 32 wet 30 december 1970 inzake economische expansie²⁹ of het terugkooprecht bij sociale woningen.

30. Bij sommige andere rechtsfiguren worden derde-verkrijgers wel beschermd bij gebrek aan kantmelding vooraleer de derde zijn titel heeft gepubliceerd. Dat is met name het geval bij de aanvechting van de verkrijgingstitel wegens schuldeisersbedrog (door middel van de *actio pauliana*)³⁰ en de eis tot indeplaatsstelling door een wettelijke voorkoopgerechtigde bij miskenning van zijn voorkooprecht.³¹ Maar ook hier lijkt het erop dat deze bescherming niet geldt voor samenlopende schuldeisers (zo is de *pauliana* wel tegenwerpelijk aan de boedel van de wederpartij bij de paulianeuze beschikking).³²

3. *Kwalitatieve verplichtingen met wettelijke grondslag*

31. Het verhaalsrecht van schuldeisers wordt in zekere zin ook beperkt doordat een onroerend goed van de schuldenaar bezwaard kan zijn met kwalitatieve verplichtingen, d.i. verplichtingen die meegaan met de hoedanigheid van eigenaar (en dus ook overgaan op de verkrijger onder bijzondere titel). De belangrijkste

²⁸ Brussel 9 februari 2010, *RW* 2010-11, 1262 Gent 8 mei 2016, *TBBR* 2016, 33 met noot A. VAN THIENEN; Kh. Leuven 12 september 2016, *faill. Vandenbempt algemene onderneming / Interleuven* B15/00096; R. JANSEN, *RW* 2012-2013, (1602) 1609 nr. 14; A. VAN THIENEN, *TBBR* 2009, 411 nr. 19; F. VANDENDRIESSCHE en S. EVERAERT, “De duur van het recht tot terugkoop in de (Vlaamse) economische expansiewetgeving”, *T.Gem.* 2005, (182) 185 nr. 9). Anders Gent 25 oktober 2012, maar dat arrest werd (weliswaar om een andere reden) verbroken door Cass. 22 februari 2018.

²⁹ Dat de curator gebonden is, zie onder meer Kh. Leuven 12 september 2016, *faill. Vandenbempt algemene onderneming / Interleuven*, B15/00096.

³⁰ Zie Cass. 25 oktober 2001, *RW* 2002-2003, 940, *Pas.* 2001, I 1706. Zie verder F. TOP, “De pauliaanse vordering kan in beginsel geen afbreuk doen aan de rechten van derden te goeder trouw verkregen op het door die vordering geviseerde onroerend goed”, *T.Not.* 2006, (175) 183; C. VAN HEUVERSWEYN, “Paulianabeslag op onroerend goed en pauliaanse vordering”, noot onder Gent 16 december 1995, *T.Not.* 1996, 230.

³¹ Cass. 5 oktober 2012, *nv Grondig / Eigen Haard is goud waard*, AR C.11.0502.N, <https://juportal.be/content/ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20121005.4>, *RW* 2013-14, 539 noot B. VAN DEN BERGH, “Aard, draagwijdte en civielrechtelijke gevolgen van de indeplaatsstelling wegens miskenning van het bestuurlijk voorkooprecht inzake sociale huisvesting”, *in casu* over het voorkooprecht van de Vlaamse Wooncode. Zo eerder iz. het voorkooprecht van de pachter Rb. Nijvel 14 maart 1973, waartegen de voorziening in cassatie werd verworpen door Cass. 25 april 1974, *Arr.Cass.* 924 (dat het middel verwerpt wegens gebrek aan feitelijke grondslag).

³² Gent 21 januari 2020, *TIBR* 2020/2, RS 122; H. DE PAGE, *Traité* III (1967), nr. 246, b); D. DEVOS, *RCJB* 1995, (317) nr. 23; F. TOP, *T.Not.* 2006, (175) 177; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis* nr. 304; C. CAUFFMAN, “Pauliaanse vordering” in *Comm.Bijz.Ov.*, nr. 79-81; F. TERRÉ en P. SIMLER, *Obligations* (2002), nr. 1184; E. DIRIX, “De vergoedende functie van de *actio Pauliana*”, *RW* 1992-93, 331 nr. 3; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, III), 2133 nr. 1544 e.v.; P. WÉRY, “L’action paulienne: sa nature juridique et ses rapports avec la réparation en nature en matière extracontractuelle”, *RCJB* 2015, 66. Anders S. BAR en C. ALTER, “Les effets du contrat” in *Pratique du droit* 2006, 158-159, nr. 297-298; S. BAR, F. ROZENBERG en C. ALTER in *Traité théorique et pratique. Obligations*, II.1.7-156 (af. september 2005).

voorbeelden zijn verbintenissen uit huurovereenkomsten, die het onderwerp vormen van een andere bijdrage in deze bundel, verbintenissen tussen de houder van een beperkt zakelijk (genots)recht en zijn wederpartij, en verbintenissen om in onverdeeldheid te blijven, die verder *infra* nr. 35 e.v. ter sprake komen.

Doordat de koper die het goed uit de boedel koopt gebonden blijft aan die verplichtingen, kan de door de koper geboden prijs daaronder lijden wat, zoals in randnr. 51 nader besproken, nog geen grond geeft aan de curator om de huur te beëindigen.

4. *Voorkooprechten en opties*

32. Er is geen betwisting dat wettelijke voorkooprechten zakelijke werking hebben (al zijn het geen zakelijke rechten); de miskennis ervan wordt immers gesanctioneerd met een recht van de voorkoopgerechtigde op retroactieve indeplaatsstelling in de rechten van de miskennende koper.³³ Dit kan ook uitgeoefend worden wanneer het de curator is die het wettelijke voorkooprecht miskent; zoals gezegd wordt de boedel niet beschermd als derde-verkrijger ook niet indien de samenloop is ontstaan vooraleer de eis tot indeplaatsstelling is gekantmeld (hierboven randnr. 30).

33. In het nieuwe goederenrecht is bepaald in artikel 3.30, § 1, 5° dat ook akten die een voorkeur- of voorkooprecht of optierecht verlenen op een onroerend zakelijk recht aan overschrijving onderworpen zijn. De vraag rijst wat de gevolgen hiervan zijn bij insolventie. Deze publiciteit maakt een conventioneel voorkooprecht of een optie alvast niet tot een zakelijk recht (het is niet opgenomen in de *numerus clausus* van art. 3.3. BW); weliswaar verhoogt het de kans dat de koper die het miskent derde-medeplichtig wordt geacht aan wanprestatie, nu deze derde geacht wordt het overgeschreven recht te kennen. De leer der derde-medeplichtigheid geldt evenwel niet voor de samenlopende schuldeisers. Aldus moet hier de vraag gesteld worden of de eenzijdige uitoefening van het recht door de voorkoopgerechtigde of optiehouder tegenwerpelijk is aan de boedel van de schuldeisers of niet.

M.i. dient men hierbij een onderscheid te maken tussen voorkooprechten en opties. De uitoefening van een voorkooprecht bezwaart de boedel niet en leidt niet tot een mindere opbrengst, behalve in uitzonderlijke gevallen; de voorkoopgerechtigde moet immers de prijs betalen die de curator er van een ander voor kan krijgen. De curator kan evenwel niet gebonden zijn aan een optie die maakt dat de optieregerechtigde het goed zou kunnen kopen voor een lagere prijs dan wat de curator ervoor kan krijgen. Dit is een fundamenteel verschil, waardoor de

³³ Hoewel de gerechtigde pas door de inwilliging van de eis de rechten van de eerste koper zou overnemen (Cass. 5 oktober 2012, *nv Grondig t. Eigen Haard is goud waard*, ECLI:BE:CASS:2012:ARR.20121005.4, hoger geciteerd), gebeurt dat wel retroactief.

uitoefening van het voorkooprecht m.i. wel tegenwerpelijk is aan de boedel³⁴ en die van de aankoopoptie niet.

34. Wel is het zo dat bij een verkoop uit de hand na beslag de rechter de bevoegdheid heeft om de machtiging te beperken tot de verkoop aan een welbepaalde koper (zie hieronder), wat betekent dat deze niet gebonden is aan het voorkooprecht.

Anders dan bij een verkoop uit de hand is de identiteit van de koper bij een openbare verkoop daarentegen geen element waarover de rechter kan beslissen bij het verlenen van een machtiging, en geldt daarbij zelfs van rechtswege een beding van commandverklaring. De miskenning van het voorkooprecht maakt minstens rechtsmisbruik uit indien de uitoefening ervan de boedel niet benadeelt. Om die redenen menen we dat het wel kan worden uitgeoefend indien het voor de overschrijving van het beslag is overgeschreven in de hypotheekregisters conform artikel 3.30, § 1, 5° BW. Er is dan ook rechtspraak die de aangestelde notaris oplegt om het voorkooprecht op te nemen in de verkoopvoorwaarden.³⁵

D. MEDE-EIGENDOM

35. Het nieuwe goederenrecht bevat in artikel 3.77 BW een belangrijke verduidelijking van de rechten van schuldeisers van een mede-eigenaar, inbegrepen bij goederen onder tontine of aanwas. Voor een goed begrip is het wel nuttig eerst even te herinneren aan de verschillende vormen van mede-eigendom.

36. Heeft de mede-eigendom betrekking op een afzonderlijk goed, dan kan het om een toevallige of een vrijwillige mede-eigendom gaan.

Bij een toevallige mede-eigendom kan een schuldeiser in beginsel op elk ogenblik zelf de verdeling eisen krachtens artikel 1561 Ger.W. (art. 3.75, lid 1 BW), tenzij partijen een overeenkomst hebben gesloten om in onverdeeldheid te blijven (die bij onroerend goed ook moet zijn overgeschreven), wat tegenwerpelijk is aan de schuldeisers voor een duur van hoogstens vijf jaar; na vijf jaar kan een schuldeiser dus de verdeling vorderen. Voor de verdeling kan er wel reeds beslag gelegd worden op het aandeel, maar de uitvoering van dat beslag wordt opgeschort tot het goed toebedeeld is in de verdeling (art. 1561 Ger.W.). Ook al gaat het maar om één goed, in beginsel dient de procedure van vereffening-verdeling te worden gevolgd. Bij verkoop uit faillissement, collectieve schuldenregeling en gerechtelijke reorganisatie kan machtiging gevraagd worden om het goed dadelijk te doen

³⁴ In die zin M. MUYLLE, "Modaliteiten en grenzen van het voorkooprecht bij vastgoedtransacties", *NFM* 2014, (114) 121 nr. 21.

Contra: R. JANSEN, "Privaatrechtelijke inbedding van voorkeur- en voorkooprechten" in R. PALMANS en S. VERBIST, *Voorkooprechten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 106-107.

³⁵ Bv. Gent 5 september 2017, kamer 14bis in 2016/AR/1153.

verkopen (art. XX.88, § 3; XX.193, § 2 WER en 1675/14bis, § 2 Ger.W.), maar deze regel maakt maar echt een verschil bij een mede-eigendom van een geheel van goederen (zie onder randnr. 40).

37. Bij een vrijwillige mede-eigendom moet men een onderscheid maken tussen een mede-eigendom van bepaalde of van onbepaalde duur. Deze van bepaalde duur is eveneens aan de schuldeisers slechts tegenwerpelijk voor zijn resterende duurtijd (die bij onroerend goed ook moet zijn overgeschreven) en ten hoogste voor vijf jaar (art. 3.77, lid 2 BW); na het verstrijken daarvan heeft een schuldeiser dus een eigen recht om de verdeling te vorderen.

38. Indien de vrijwillige mede-eigendom tussen partijen van onbepaalde duur is, kan een schuldeiser in rechte vorderen dat deze wordt opgezegd met een redelijke opzeggingstermijn, die nooit langer kan zijn dan vijf jaar, en vanaf de uitwerking van die opzeggingstermijn krachtens een eigen recht de verdeling vorderen.

39. De regel van artikel 3.77, lid 2 tot 4 BW geldt krachtens artikel 3.77, lid 5 BW ook voor een goed onder een tontine- of aanwasregeling.³⁶ De wetgever heeft daarbij niet stilgestaan bij de vraag of deze moet worden beschouwd als een mede-eigendom van bepaalde of van onbepaalde duur. Strikt genomen is het een mede-eigendom van bepaalde duur (nl. tot aan het vooroverlijden van allen behalve de laatststervende), maar wellicht heeft de wetgever het zo niet bedoeld.

40. De mede-eigendom kan betrekking hebben op een juridisch geheel van goederen (zie art. 3.68, lid II BW), die aldus een afgescheiden vermogen vormen (huwgemeenschap, maatschap, feitelijke vereniging, nalatenschap e.d.). Hier zijn de schuldeisers gebonden aan de regels die gelden voor dat soort afgescheiden vermogen, en kunnen zij met name de vereffening-verdeling ervan slechts vorderen indien de gemeenschap ontbonden is (wat de nalatenschap altijd is) of indien zij als schuldeisers zelf de ontbinding ervan kunnen verkrijgen volgens de specifiek voor die gemeenschap geldende regels. Indien de gemeenschap *intuitu pecuniae* is – en het aandeel in het geheel dus vrij overdraagbaar – (bv. bij een openbaar beleggingsfonds), kunnen zij het aandeel in de gemeenschap als dusdanig doen verkopen, maar het gaat in dat geval om roerende goederen, zodat dit in deze bijdrage niet nader aan bod komt.

Bij een ontbonden gemeenschap (waaronder ook een nalatenschap) geldt dezelfde regel als bij een toevallige onverdeeldheid: de schuldeisers kunnen in

³⁶ Dat was reeds de meerderheidsopvatting in de rechtsleer: 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 21ste eeuw. 30ste postuniversitaire Cyclus Willy Delva 2003-2004*, Mechelen, Kluwer 2004, (205) 214-217; D. MICHIELS, “Relatiebreuk beëindigt tontine”, *RW* 2013-14, (1625) 1626; Gent 21 december 2010, *RW* 2011-12, 1908.

beginsel op elk ogenblik zelf de verdeling eisen krachtens artikel 1561 Ger.W. (art. 3.75, lid 1 BW), tenzij partijen een overeenkomst hebben gesloten om in onverdeeldheid te blijven (die bij onroerend goed ook moet zijn overgeschreven), wat tegenwerpelijk is aan de schuldeisers voor een duur van hoogstens vijf jaar. Het verschil is hier wel dat de vereffening-verdeling in beginsel betrekking moet hebben op de gehele gemeenschap en niet slechts op één goed waarop men bijvoorbeeld beslag heeft gelegd (preciezer: op een aandeel waarin men beslag heeft gelegd).

Daarvan kan slechts worden afgeweken bij verkoop uit collectieve procedures zoals faillissement, collectieve schuldenregeling en gerechtelijke reorganisatie. De bewindvoerder kan de rechter machtiging vragen om één van de goederen uit de gemeenschap als dusdanig te doen verkopen (art. XX.88, § 3; XX.193, § 2 WER en art. 1675/14bis, § 2 Ger.W.). Aangezien de mede-eigenaars recht hebben op een verdeling van de gemeenschap als geheel – bovendien in beginsel *in natura* – en in beginsel dus geen partiële verdeling moeten aanvaarden, zal de rechter de belangen moeten afwegen. De mede-eigenaars kunnen ook hier vragen om het aandeel uit de hand in te kopen, en dan zal de rechter moeten oordelen op basis van de geboden prijs. Indien de rechter de machtiging niet verleent, dient de procedure van vereffening-verdeling te worden gevolgd.

III. ERFPACHT

A. ALGEMEEN

41. De nieuwe definitie van het erfpachtrecht vermeldt uitdrukkelijk dat de erfpachter: (i) naast het volle gebruik ook het genot van het goed heeft, (ii) de verplichting heeft om de waarde van het goed niet te verminderen, en (iii) in beginsel de bestemming van het goed kan wijzigen (art. 3.167 BW).³⁷

Dit betekent dat, voor zover partijen geen verbod op bestemmingswijziging hebben bedongen, de curator van de gefailleerde titularis bij voortzetting van de erfpachtovereenkomst de bestemming van bijvoorbeeld kantoren naar woningen kan wijzigen of op basis van het accessoire opstalrecht werken kan laten uitvoeren (mits toestemming van de erfpachtgever, indien contractueel vereist).

42. De voornaamste wijziging aan het erfpachtrecht is de wijziging van de minimumduur. Traditioneel diende het erfpachtrecht te worden gevestigd voor een minimumduur van 27 jaar. De reden hiervoor is om: (i) enerzijds de grens met het huurrecht te bewaren, en (ii) anderzijds over voldoende tijd te beschikken, opdat de erfpachter zijn investeringen kan terugverdienen (de Erfpachtwet van

³⁷ Zie MvT, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/1, 314 en 505; M. MUYLLE en S. SNAET, in N. CARETTE (ed.), *Erfpacht en opstal*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 33-34.

1824 bepaalde nl. geen vergoedingsplicht in hoofde van de erfverpachter voor de gedane verbeteringen door de erfpachter).³⁸

De Hervormingswet creëert rechtszekerheid voor de erfpachter door in een uitdrukkelijke vergoeding te voorzien voor de gedane werken en verbeteringen (art. 3.176, lid 2 BW). De erfpachter heeft recht op het laagste van de verrijking aan de kant van de erfpachtgever of de verarming aan de kant van de erfpachter, tenzij contractueel anders is overeengekomen, en voor zover de erfpachter gerechtigd was deze werken uit te voeren (art. 3.172, laatste lid j° art. 3.182 BW).³⁹ Hierdoor is de eerbiediging van een wettelijke minimumtermijn minder belangrijk geworden. De opstellers van de Hervormingswet hebben daarom de minimumtermijn van het erfpachtrecht verlaagd tot vijftien jaar (art. 3.169, lid 1 BW).⁴⁰

43. Voorts wordt door de Hervormingswet de meerderheidsvisie bevestigd dat iedere zakelijke gerechtigde binnen de grenzen van zijn eigen recht een erfpachtrecht kan toestaan (art. 3.168 BW). Concreet kan de erfpachter een ondererfpacht vestigen of de vruchtgebruiker een erfpachtrecht toestaan voor de duur van zijn eigen hoofdrecht.⁴¹

In het geval dat de curator van de erfpachter opteert voor de voortzetting van de hoofdovereenkomst op basis van artikel XX.139 WER, zal hij het ondererfpachtrecht dat de hoofdtitularis op basis van artikel 3.168 BW heeft toegestaan verder moeten dulden. Dit kan een praktische belemmering zijn bijvoorbeeld naar verhuring toe. Omgekeerd betekent dit dat wanneer de curator van een grondeigenaar een ondererfpachtrecht aantreft, dit evident leidt tot een lagere realisatiewaarde van de grond die enkel belast met het (onder-)erfpachtrecht kan worden verkocht (voor zover er geen ontbindende voorwaarde geldt).

44. De Hervormingswet schaft ook het vereiste van een canon af. Traditioneel is het erfpachtrecht ten bezwarende titel, waarbij er jaarlijks een canon wordt betaald door de erfpachter. In de praktijk werd dit vaak herleid tot een eenmalige of symbolische canon, wat niet helemaal conform artikel 1 Erfpachtwet was.

³⁸ M. MUYLLE, *De duur en beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2021 (https://intersentia.com/en/pdf/viewer/download/id/9789400003262_0/), 296-297; M. MUYLLE en S. SNAET in N. CARETTE (ed.), *Erfpacht en opstal*, 20 en 35; M. D'HERDE, "Een blik op de toekomst van het goederenrecht. Erfpacht, opstal en vruchtgebruik onder het Nieuw Burgerlijk Wetboek", *BN* 2019, 140; J. MALEKZADEM en M. SLEUTJES, "Inleiding tot hervorming van het goederenrecht", *TVred.* 2021, 13.

³⁹ *MvT, Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-0173/1, 348. Zolang de erfpachter niet vergoed is, heeft hij een retentierecht op de door hem aangebrachte werken en planten.

⁴⁰ D. GRUYAERT en S. DEMEYERE, "Het nieuwe goederenrecht (deel II)", *RW* 2020-2021, 889; M. MUYLLE, "Erfpacht" in V. SAGAERT e.a. (eds.), *Het nieuwe goederenrecht*, 452; V. SAGAERT, *TPR* 2020, 598.

⁴¹ K. VANHOVE en F. BAUDONCQ, "Combinatie van beperkt zakelijke rechten", *NFM* 2004, 146; M. MUYLLE en S. SNAET, "Burgerrechtelijke beginselen erfpacht en opstal" in N. CARETTE (ed.), *Erfpacht en opstal*, 14; M. D'HERDE, *BN* 2019, 140; J. MALEKZADEM en M. SLEUTJES, *TVred.* 2021, 13.

Nu de canonverplichting is afgeschaft, wordt ook de poort opengezet voor een stilzwijgend erfpachtrecht.⁴²

Hierbij rijst de vraag of de curator een “derde met concurrente rechten” is in de relatie tot een dergelijk stilzwijgend erfpachtrecht. De meningen hierover zijn verdeeld als we de lijn doortrekken van de discussie die al in de doctrine bestaat over een niet-overgeschreven compromis van een onroerend goed dat zich in de boedel bevindt.

Een minderheidsstrekking meent dat de curator niet beschouwd wordt als een derde tegenover de door de gefailleerde gesloten overeenkomsten.⁴³ Hij moet de boedel nemen met de rechten en de verplichtingen die aan het onroerend goed kleven en zal, *per analogiam* met de verkoop, een erfpachtrecht gedoogd door de gefailleerde moeten honoreren. Dit betekent dat de curator een stilzwijgend erfpachtrecht niet terzijde kan schuiven om de simpele reden dat er geen overschrijving in de hypothecaire registers is genomen. Dit impliceert dan weer dat de curator niet als een derde met een concurrent recht in de zin van artikel 3.30 BW kan worden gezien.

In het voorbeeld van het onderhandse compromis verdedigt de meerderheidsvisie het volgende: het niet-overgeschreven compromis dat dateert van vóór het faillissement is in beginsel niet tegenwerpelijk aan de samenlopende schuldeisers (ongeacht of het vaste datum heeft of niet).⁴⁴ De opdracht van de curator is nl. geënt op de verhaalsrechten van de schuldeisers. Ten aanzien van die beschermde schuldeisers is een niet-overgeschreven compromis niet tegenwerpelijk. Als gevolg van het faillissementsvonnis worden hun rechten gefixeerd. Hierdoor worden zij derden met een concurrent recht in de zin van artikel 3.30, § 2 BW.⁴⁵ Het enige vereiste dat wordt gesteld, is dat deze derden te goeder trouw zijn, wat niet het geval is als zij natuurlijk weet hadden van het compromis.⁴⁶

Gelet op het stilzwijgende karakter van de erfpacht zonder canon, is het erfpachtrecht hoogstwaarschijnlijk niet overgeschreven. Indien de redenering van de bovenstaande meerderheidsstrekking eveneens opgaat voor de situatie van een stilzwijgend erfpachtrecht, dan is het niet-overgeschreven erfpachtrecht in begin-

⁴² A. VAN OEVELEN, “Actuele ontwikkelingen inzake erfpacht en opstal” in *Zakenrecht, absoluut niet een rustig bezit*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 349.

⁴³ C. VAN BUGGENHOUT, “De rechtspositie van de curator” in *Handels-economisch en financieel recht, XXIste W. Delva-cyclus*, Gent 1995, 40-41.

⁴⁴ Zie Brussel 12 maart 2019, *TBO* 2019, 261; Brussel 15 juli 1998, *JT* 1999, 558; Antwerpen 13 februari 1996, *RW* 1996-97, 1161, noot E. DIRIX; Luik 17 maart 1995, *Rec.gén.enr.not.* 1998, nr. 24.772; Kh. Ieper 27 mei 2002, *RW* 2003-04, 271; Kh. Hasselt 9 november 2000, *RW* 2002-03, 270.

⁴⁵ E. DIRIX en R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 2006, 111, nr. 135; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2021, nr. 1353; A. VERBEKE en J. BYTTEBIER, “Onroerende en hypothecaire publiciteit”, *RW* 1997-98, 1122.

⁴⁶ Brussel 10 november 1999, *RW* 2000-01, 243; A. VERBEKE en J. BYTTEBIER, *RW* 1997-98, 1123.

sel niet tegenwerpelijk aan concurrente derden. In dat geval komt de erfpachter in een risicovolle positie terecht wanneer hij werken heeft uitgevoerd op grond van zijn accessoir opstalrecht. Hij kan immers niet terugvallen op het wettelijke vergoedingsregime met retentierecht, en zal dus slechts als een onbeschermd (niet-bevoorrechte) schuldeiser kunnen terugvorderen.⁴⁷

B. RELATIEVE BEËINDIGINGSGRONDEN MET EEN BEPERKTE DERDENWERKING

45. Naast de opsomming van de algemene beëindigingsgronden in artikel 3.15 BW en van de bijzondere beëindigingsgronden in artikel 3.16 BW⁴⁸, heeft de wetgever willen bijdragen tot rechtszekerheid door de beperkte derdenwerking van de relatieve beëindiging van de zakelijke gebruiksrechten in artikel 3.17 BW nader te omschrijven.⁴⁹

46. In die zin schrijft artikel 3.17 BW dat de afstand, de herroeping, de ontbinding wegens niet-nakoming, de minnelijke opzegging, de vermenging en de vervallenverklaring geen nadeel toebrengen aan het zakelijke recht dat een derdeverkrijger te goeder trouw, bijvoorbeeld een hypotheekhouder, zou hebben verkregen op het tenietgegane recht, bijvoorbeeld het erfpachtrecht.

Om volledig te zijn: de ontbindende voorwaarde *as such* is niet opgenomen in de lijst van de beëindigingsgronden met een relatieve werking uit artikel 3.17 BW. De realisatie van de ontbindende voorwaarde heeft immers derdenwerking.⁵⁰ De beslissing tot faillietverklaring leidt aldus enkel tot de buitengerechtelijke ontbinding van de erfpachtakte – ongeacht of het nu om het faillissement van de

⁴⁷ Zie Cass. 9 maart 2000, RW 2000-01, 480, noot A. DE WILDE.

⁴⁸ De algemene beëindigingsgronden van zakelijke rechten zijn: (i) het tenietgaan van het recht van een rechtsvoorganger van de titularis van het zakelijke recht, (ii) het tenietgaan van het voorwerp van het zakelijke recht, behoudens zakelijke subrogatie, (iii) het tenietgaan van de titel waardoor het zakelijke recht is verkregen, (iv) de gerechtelijke onteigening van het goed, onder voorbehoud van de regels inzake erfdienstbaarheden en (v) de afstand van het zakelijke recht door de titularis. De bijzondere beëindigingsgronden van zakelijke rechten zijn: (i) het verstrijken van de wettelijke of contractuele tijdsduur waarvoor het zakelijke recht is ontstaan, (ii) de niet-uitoefening van het zakelijke recht gedurende dertig jaar, (iii) de vermenging van de hoedanigheid van zakelijk gerechtigde met de hoedanigheid van degene die het zakelijke recht heeft toegestaan en (iv) de vervallenverklaring uitgesproken door de rechter als sanctie op misbruik. Zie V. SAGAERT, TPR 2020, 452-457.

⁴⁹ B. VERHEYE, “De relatieve beëindiging van onroerende beperkte zakelijke rechten”, TPR 2017, 455-528; V. SAGAERT, TPR 2020, nr. 84-85.

⁵⁰ L. D'HONDT, “Relatieve wijzen van tenietgaan van zakelijke rechten in artikel 3.17 BW: een evenwichtige regeling?”, TBO 2021, 30; V. SAGAERT en R. JANSSEN, “Vastgoed in een faillissementsprocedure: enkele aandachtspunten” in *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen V*, Antwerpen, Intersentia, 2021, nr. 8.

erfpachter of dat van de erfpachtgever gaat – voor zover partijen dit uitdrukkelijk contractueel bedongen hebben.

47. Door de gevolgen van de beëindiging van het zakelijke gebruiksrecht zo te beperken, wordt mogelijk de financiering van vastgoedconstructies vergemakkelijkt, bijvoorbeeld via een erfpachtconstructie (in combinatie met een onroerende leasing). De reden hiervoor is dat de derde-hypothekhouder zich op die manier niet geconfronteerd ziet met de rechtsonzekere situatie van een vroegtijdige beëindiging van het erfpachtrecht, die de basis vormt van de hypotheek. Deze beperkte derdenwerking kan volgens sommige auteurs ook voordelen bieden voor de gesplitste aankoop in een vennootschapsrechtelijke context.⁵¹

48. In een recent arrest van het Hof van Cassatie van 22 januari 2021 wordt een gelijkaardige beperkte derdenwerking toegekend bij de beëindiging van het zakelijke recht door de nietigheid van de vestigingsakte, met verwijzing naar artikel 74 Hyp.W.⁵²

Artikel 74 Hyp.W. luidt als volgt: *“Zij die op een onroerend goed enkel een recht hebben dat opgeschort is door een voorwaarde, of in bepaalde gevallen kan worden ontbonden, of vatbaar is voor vernietiging, kunnen slechts een hypotheek toestaan die aan dezelfde voorwaarden of aan dezelfde vernietiging onderworpen is”*. Deze bepaling is een concretisering van het *nemo plus*-beginsel. Plastisch uitgedrukt, betekent dit dat niemand meer rechten aan derden kan toekennen dan die waarover hij zelf beschikt. Traditioneel geldt dat de hypothekhouder de terugwerkende kracht van de nietigheid van de titel van de hypotheksteller simpelweg moet ondergaan. Of anders gezegd: zijn rang verliest. Concreet: indien bijvoorbeeld de koop-verkoop van een onroerend goed wordt vernietigd, verliest de hypothekhouder zijn hypotheek op dat onroerend goed. Dit lijkt verregaand, maar dit is nu eenmaal hoe het (negatieve) publiciteitsstelsel in België werkt.

Bij toepassing van artikel 3.30 BW (voorheen art. 1 Hyp.W.) wordt een derde te goeder trouw enkel beschermd tegen de beschikkingsonbevoegdheid die had moeten zijn gepubliceerd om tegenstelbaar te zijn, maar die niet in de hypothekregisters is gepubliceerd. M.a.w. de derde (hier de hypothekhouder) geniet geen bescherming tegen andere gevallen van beschikkingsonbevoegdheid (hier van de hypotheksteller), zoals in geval van een nietigheid *ex tunc* (bv. de nietigverklaring van de koop-verkoopovereenkomst van het gehypotheekte goed door dwaling zoals in voormeld arrest).

Het Hof voert in dit arrest een bescherming onder voorbehoud in. Indien de titel van diegene die de hypotheek heeft verleend met terugwerkende kracht

⁵¹ B. VERHEYE, “Vruchtgebruik en de vennootschap onder het nieuwe goederenrecht: Capita Selecta”, *DAOR* 2021, nr. 24.

⁵² B. VERHEYE, “De (beperkte) theorie van onroerende schijneigendom naar Belgisch recht”, *RW* 2020-21, 1335.

tenietgaat, gaat ook de hypotheek teniet, maar het Hof vult aan: “*onder het voorbehoud van de bescherming van derden die te goeder trouw en onder bezwarende titel beperkte zakelijke rechten hebben verkregen*”. Het tenietgaan van de titel doet volgens het Hof geen afbreuk aan de hypothecaire rechten van de derde, die zijn rechten verkreeg van diegene wiens titel was overgeschreven én die het gewettigd vertrouwen mocht hebben met de ware gerechtigde te hebben gehandeld. Het Hof baseert zich hiervoor op de vertrouwensleer. Een bijzonder vereiste dat gesteld wordt, is dat de overdracht ten bezwarende titel is.

Er zijn intussen lovende reacties gekomen op dit arrest⁵³, maar het kan geen kwaad om hier kanttekeningen bij te plaatsen. In het Belgische goederenrecht is er geen “*schijneigendom*”. De hypotheekregisters en de bewaarders ervan hanteren geen positief publiciteitsregime. Bovendien spreekt het arrest enkel van “*beperkte zakelijke rechten*”, terwijl het hier om een zakelijk zekerheidsrecht ging. Daarnaast is er geen eenduidig wettelijke grondslag hiervoor. Zo spreekt artikel 3.17, lid 1 BW niet over de “*nietigverklaring*”.⁵⁴ Daarnaast kan artikel 3.34, lid 2 BW bij een strikte lezing⁵⁵ slechts bescherming bieden over een korte tijdsspanne (nl. “*na het instellen van de vordering, maar vóór de kantmelding van de eis of, bij gebreke hiervan, van het vonnis*”).⁵⁶ Een verduidelijking van de wetgever kan bijdragen tot meer rechtszekerheid.⁵⁷

C. FAILLISSEMENT ALS ONTBINDENDE VOORWAARDE

49. Traditioneel beslist de curator of hij de overeenkomsten die gesloten zijn voorafgaand aan de datum van het faillissementsvonnis en waaraan door dat vonnis geen einde wordt gesteld, al dan niet verder uitvoert, dan wel of hij de overeenkomst eenzijdig beëindigt wanneer dit noodzakelijk blijkt te zijn voor het beheer van de boedel (art. XX.139, § 1 WER).

Het faillissement beëindigt immers niet de contracten die met de gefailleerde zijn gesloten, tenzij zulks uitdrukkelijk als een ontbindende voorwaarde is opgenomen.⁵⁸

⁵³ B. VERHEYE, RW 2020-21, 1335.

⁵⁴ Art. 3.17 BW spreekt slechts van “*de afstand, de herroeping, de ontbinding wegens niet-nakoming, de opzegging in minnelijke overeenstemming, de vermenging en de vervallenverklaring*”.

⁵⁵ De vraag is of het bezwaren met zakelijke zekerheidsrechten onder het toepassingsgebied van art. 3.34 BW valt.

⁵⁶ Zie ook B. VERHEYE, “Onroerende publiciteit” in V. SAGAERT e.a. (eds.), *Het nieuwe goederenrecht*, 239-240.

⁵⁷ Zie ook L. D’HONDT, TBO 2021, 33.

⁵⁸ E. DIRIX, “Lopende overeenkomsten bij faillissement en gerechtelijk akkoord”, in *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen II*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 148-149, nrs. 2-5; R. JANSEN en M.E. STORME, “Zakelijke rechten en insolventie” in V. SAGAERT (ed.), *Vastgoedrecht*, 2017, 159 e.v., nrs. 78 e.v.; *Rép.not.*, v° La faillite, 216, nr. 222.

50. Door het Hof van Cassatie werd al aangenomen dat een faillissement als ontbindende voorwaarde tot de beëindiging van het zakelijke recht van erfpacht leidt.⁵⁹ De vraag restte of dit per analogie ook geldt voor een uitdrukkelijk ontbindend beding, en of dit daarnaast betekent dat de dwingende minimumtermijn (van toen 27 jaar) hierdoor niet dient te worden gerespecteerd. De wetgever heeft met de Hervormingwet een einde gemaakt aan deze discussie. Met de invoering van artikel 3.169, lid 1 BW wordt dit positief beantwoord.

Achter de bewoordingen “*niettegenstaande enig andersluidend beding*” in artikel 3.169, lid 1 BW zit nl. de redenering vevat dat het erfpachtrecht vóór het verstrijken van de minimumtermijn (voortaan 15 jaar) kan eindigen als gevolg van: een uitdrukkelijk ontbindend beding (in geval van een wanprestatie)⁶⁰, een ontbindende voorwaarde voor zover niet zuiver potestatief (zoals het faillissement)⁶¹, of een opzegging bij wederzijdse overeenstemming van erfpachter en erfverpachter (art. 3.15, 3° BW).⁶²

Een eenzijdige vroegtijdige opzegging in de eerste vijftienjarige periode is echter niet mogelijk, aangezien er bij erfpacht vaak een economische (rendements-)berekening is en geen enkele partij dit evenwicht eenzijdig mag verstoren.⁶³

51. Het Hof van Cassatie oordeelde verder al onder de oude Faillissementswet dat de curator bij toepassing van artikel 46 Faill.W. een zakelijk recht, *in casu* een opstalrecht, kan beëindigen.⁶⁴ De overeenkomst tot vestiging van het zakelijke gebruiksrecht creëert immers een lopende overeenkomst tussen de grond-

⁵⁹ Cass. 30 maart 2006, *Arr.Cass.* 2006, *RW* 2006-07, 678, *TBBR* 2008, 88, *TBO* 2006, 165; V. SAGAERT en M. SOMERS, “Erfpacht, ontbinding en faillissement: een complexe trilogie”, *T.Not.* 2008, 78-96. Het beding in de erfpachtakte luidde: “*de erfpachtgever zal het recht hebben indien hij dit wenst, een einde te stellen aan de overeenkomst, zonder opzeg, bij ter post aangetekende brief, in geval van faillissement*”.

⁶⁰ Uiteraard is een vroegtijdige ontbinding ook mogelijk op grond van de regels van het algemeen verbintenissenrecht (art. 1184 Oud BW).

⁶¹ De opening van een gerechtelijke reorganisatie kan echter niet als een ontbindende voorwaarde worden bedongen (art. 35, § 1 WCO en art. XX.56, § 1 WER).

⁶² MvT, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-0173/1, 325; Cass. 30 maart 2006, *RW* 2006-07, 678, noot K. VANHOVE; H. VANDENBERGHE en T. VIAENE, “Actuele ontwikkelingen inzake erfpacht en opstal”, *TBO* 2006, 34; V. SAGAERT en M. SOMERS, *T.Not.* 2008, 79-97; M. MUYLLE en S. SNAET, in N. CARETTE (ed.), *Erfpacht en opstal*, 48-66.

⁶³ MvT, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-0173/1, 324.

⁶⁴ Cass. 3 december 2015, *Arr.Cass.* 2015, 2851, *NJW* 2016, 578, noot J. MALEKZADEM, *Pas.* 2015, 2773, *RW* 2016-17, 1133, noot V. SAGAERT, *TBH* 2016, 846, noot J. MALEKZADEM en *TBO* 2016, 317; S. BAEYENS, “Zakelijke rechten en insolventie”, *TPR* 2020, nr. 16-25. *In casu* beëindigde de curator op grond van art. 46 Faill.W. een lopend opstalrecht. De opstalhouder was nl. failliet verklaard en de grondeigenaar weigerde mee te werken aan een gezamenlijke verkoop van de grond en de opstallen. Door het opstalrecht te beëindigen, treedt de natrekking in en hiermee ook de plicht voor de grondeigenaar om de opstalhouder te vergoeden. Deze werkwijze was voor de boedel economisch gunstiger dan een verkoop van de opstallen zonder de grond.

eigenaar en de houder van het zakelijke recht (aan beide zijden zijn er nog uit te voeren verbintenissen).⁶⁵

Dit arrest leidde tot scherpe reacties in de doctrine over het recht van de curator om een aan de boedel tegenwerpelijk zakelijk gebruiksrecht te beëindigen.⁶⁶ Deze discussie was m.i. in voorliggend arrest puur theoretisch, want of het opstalrecht nu eindigt door de toepassing van artikel 46 Faill.W. of door verzaking aan dat recht, het resultaat is hetzelfde.⁶⁷ Ik pleitte toen dat de lijst van beëindigingsgronden van een opstalrecht in artikel 9 Opstalwet louter exemplatief is, gezien het suppletieve karakter ervan⁶⁸, zodat andere relatieve beëindigingsgronden zoals de afstand/verzaking door de opstalhouder het einde van het opstalrecht betekenen; en dit los van een faillissementsrechtelijke context.⁶⁹

De wetgever maakte nog vóór de Hervormingswet een einde aan voormelde discussie door uitdrukkelijk te stellen dat de curator geen afbreuk kan doen aan de zakelijke rechten van derden die tegenwerpelijk zijn aan de failliete boedel (art. XX.139, § 1, eerste lid *in fine* WER). De curator van de gefailleerde grondeigenaar kan de tegenwerpelijke zakelijke rechten niet eenzijdig beëindigen (waarmee rechtszekerheid wordt geboden aan een derde die een hypotheekrecht heeft verkregen op een erfpachtrecht en waarbij dit erfpachtrecht door de gefailleerde

⁶⁵ Overigens had het Hof van Cassatie voordien in arresten van 24 juni 2004 en 10 april 2008 m.b.t. huur resp. pacht bevestigd dat de curator niet enkel de uitvoering *in natura* kan weigeren door als verhuurder niet langer te presteren, maar wel degelijk over het recht beschikt om effectief de huurovereenkomst te verbreken. Weliswaar slechts onder de strenge voorwaarde van “noodzakelijk voor de vereffening van de boedel”, d.i. wanneer de voortzetting van de overeenkomst de vereffening van de boedel belet of de vereffening ervan abnormaal bezwaart. De loutere meerwaarde die kan worden gerealiseerd door het goed vrij van huurrechten te verkopen, geldt niet als voldoende aanwijzing van noodzakelijkheid: Cass. 24 juni 2004, *Arr.Cass.* 2004, 1201, *Pas.* 2004, I, 1130, *RABG* 2004, 832, *RW* 2005-06, 53, noot S. BRIJS, *TBH* 2005, 245, noot A. ZENNER en C. ALTER, *TBH* 2005, 253, noot Ch. VAN BUGGENHOUT, en I. VAN DE MIEROP; Cass. 10 april 2008, *Pas.* 2008, I, 860, *RW* 2008-09, 1729, *T.Agr.R.* 2008, 160, *TBH* 2008, 454, *Rev.not.b.* 2008, 512, *Juristenkrant* 2008, 8, *NJW* 2008, 494, noot P. COUSSEMENT, *Fare Act.* 2008, 4, noot P. COUSSEMENT, *DAOR* 2008, 242, noot J. DERYCKERE, *JT* 2008, 349, noot T. HÜRNER, *JLMB* 2008, 1588, noot Fr. GEORGES, *T.Not.* 2009, 201, noot F. BOUCKAERT, *Rev.prat.soc.* 2010, 261, noot A. DE CLERCQ en T. BOSLY.

⁶⁶ Pro: V. SAGAERT, “Het lot van zakelijke rechten bij faillissement van de medecontractant. Of de eenheid van het vermogensrecht”, *RW* 2016-17, 1133; J. MALEKZADEM, “Curator beëindigt lopende opstalovereenkomst”, *TBH* 2016, 846; J. MALEKZADEM, “Curator beëindigt lopende opstalovereenkomst”, *NjW* 2016, 579-580.
Contra: S. BRIJS en R. LINDEMANS, “Kroniek insolventierecht 2015-2016”, *TRV* 2017, 323 nr. 85; R. JANSEN en M.E. STORME, “Zakelijke rechten en insolventie” in V. SAGAERT (ed.), *Vastgoedrecht*, 2017, 168-169 nr. 104; M.E. STORME, “Verkoop van vastgoed in collectieve procedures” in F. BUYSSENS en A.-L. VERBEKE (eds.), *Notariële actualiteit 2015-2016*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 50, nr. 15.

⁶⁷ J. MALEKZADEM, *TBH* 2016, 852.

⁶⁸ Zie R. DEKKERS, *Handboek Burgerlijk Recht, Zakenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 289; H. VANDENBERGHE, *Goederenrecht*, Leuven, Acco, 2005, 228-229; A. KLUYSKENS, *Beginselen van Burgerlijk Recht – Zakenrecht*, V, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 1936, nr. 249; R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, IIB, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 1974, nr. 1029.

⁶⁹ J. MALEKZADEM, *TBH* 2016, 852; J. MALEKZADEM, *NjW* 2016, 580.

is verleend).⁷⁰ Daarentegen blijft de mogelijkheid open voor de curator van de gefailleerde-titularis van het zakelijke gebruiksrecht (van erfpacht) om dat recht te beëindigen. Dit laatste is niets anders dan de aanvaarding van de relatieve beëindigingsgrond van afstand/verzaking van het recht waarover de titularis van een erfpachtrecht klassiek beschikt. De Hervormingswet zorgt ervoor dat dit principe wettelijk verankerd is in artikel 3.15, 5° BW.⁷¹ Op die manier bestaat er geen twijfel meer dat de curator als gevolg van het faillissement door afstand te doen, het zakelijke gebruiksrecht van de gefailleerde-titularis kan beëindigen, ook al gaat het om een zakelijk recht tegenwerpelijk aan de failliete boedel.

IV. RECHT VAN OPSTAL

A. ALGEMEEN

52. De wijzigingen aan het recht van opstal situeren zich voornamelijk op het vlak van: de definitie van het opstalrecht (randnr. 53), en de maximumduur die wettelijk is opgetrokken van 50 jaar tot 99 jaar en in bepaalde gevallen zelfs eeuwigdurend kan zijn (art. 3.180, lid 1 en 2 BW) (randnr. 54 en 58).

53. Sinds de inwerkingtreding van de Opstalwet in 1824 had de wetgever slechts één wijziging hieraan doorgevoerd, m.n. in de definitie uit artikel 1 Opstalwet, waar het voorwerp van het opstalrecht werd verruimd tot de opstallen “*op, boven of onder andermans grond*”.⁷² Deze modernisering kon niet uitblijven op vraag van de vastgoedpraktijk, gezien de opmars van zonnepanelen en ondergrondse parkeergarages.

Sindsdien was er nood aan een verdere modernisering onder de vorm van driedimensionale eigendom waarbij er een opdeling is in volumes en die zelfs in bepaalde gevallen zonder een maximumduur moet kunnen. De Hervormingswet komt hieraan tegemoet (*cf.* eeuwigdurend opstalrecht op volumes). Hiermee wordt de tweedimensionale eigendomsopvatting uit de Code Napoleon verlaten.⁷³

54. Ook onder de Hervormingswet is het uitgangspunt dat het opstalrecht een tijdelijk zakelijk recht is. Er is geen minimumduur. De opstellers van de wet hebben daarentegen willen tegemoetkomen aan de prangende vraag vanuit de praktijk om de maximumduur van het opstalrecht te versoepelen. Een termijn van 50

⁷⁰ M. MUYLLE, “Erfpacht” in V. SAGAERT e.a. (eds.), *Het nieuwe goederenrecht*, 485-486; V. SAGAERT, *TPR* 2020, 604-606.

⁷¹ M. MUYLLE, “Erfpacht” in V. SAGAERT e.a. (eds.), *Het nieuwe goederenrecht*, 482; V. SAGAERT en R. JANSSEN in *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen V*, nr. 20.

⁷² Art. 124 wet 25 april 2014 houdende diverse bepalingen betreffende Justitie, *BS* 14 mei 2014.

⁷³ M. D'HERDE, *BN* 2019, 142; J. MALEKZADEM en M. SLEUTJES, *T.Vred.* 2021, 10.

jaar is voor bepaalde projecten te kort. Omwille van de beperkte maximumduur van 50 jaar in art. 4 Opstalwet werd in het verleden voor een erfpachtrechtconstructie geopteerd om een duurtijd van 99 jaar te kunnen bedingen. Hiermee dreigde het onderscheid te vervagen tussen een recht van erfpacht (met daaraan gekoppeld een accessoir opstalrecht voor eenzelfde duurtijd van 99 jaar en bijhorende erfdienstbaarheden) en een recht van opstal, waar bij het eerste de nadruk ligt op het gebruik en genot van het goed, terwijl bij het tweede de nadruk ligt op het bouwen. De wetgever heeft beide rechtsfiguren in eer willen herstellen, zodat de praktijk zich bij de keuze tussen deze figuren niet blindstaart op de maximumduur.⁷⁴

Niettegenstaande enig andersluidend beding, is de duurtijd van een opstalrecht voortaan niet langer dan 99 jaar (art. 3.180, lid 1 BW), behoudens in geval van eeuwigdurende opstalrechten (randnr. 58). Een opstalrecht dat is toegekend voor langer dan 99 jaar of voor een onbepaalde duur wordt steeds herleid tot 99 jaar, en is niet nietig.⁷⁵

B. ACCESSOIR OPSTALRECHT EN HYPOTHEKEN

55. De Hervormingswet geeft een wettelijke verankering aan het beginsel van accessoriteit zodat de duur van een accessoir opstalrecht gekoppeld is aan de duur van het hoofdrecht (bv. dat van een erfpachtrecht of van vruchtgebruik) (art. 3.9 BW).⁷⁶ Een accessoir opstalrecht is een bijkomend recht dat aan een hoofdrecht is verbonden, maar niet uitdrukkelijk tussen partijen contractueel is overeengekomen. Dit veronderstelt dat het hoofdrecht wel het recht inhoudt om te bouwen op iemand anders grond. Zo is de erfpachter of de vruchtgebruiker tijdens de duur van het erfpachtrecht of het recht van vruchtgebruik eigenaar van de door hem binnen de grenzen van zijn recht opgerichte constructies, en heeft hij daarover beschikkingsbevoegdheid.

56. Artikel 3.182, lid 2 BW bepaalt dat een accessoir opstalrecht en het daaruit voortvloeiende eigendomsrecht op de bouwwerken en beplantingen in de regel niet: (i) kunnen worden overgedragen, (ii) in beslag genomen, of (iii) met een hypotheek bezwaard, los van het hoofdrecht waaruit ze voortvloeien.

Het verbod om te hypothekeken (of om het accessoire opstalrecht in beslag te nemen), speelt niet wanneer het hoofdrecht initieel in hypotheek is genomen. De

⁷⁴ M. D'HERDE, *Onroerende eigendom in drie dimensies*, Brussel, Larcier, 2018, 56; V. SAGAERT en S. BOULY, "Actuele ontwikkelingen inzake opstal en erfpacht" in A.-L. VERBEKE (ed.), *Notariële actualiteit 2014-15*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 81.

⁷⁵ Zie Cass. 15 december 2006, *RW* 2007-08, 104; Cass. 3 december 2015, *RW* 2016-17, 1133.

⁷⁶ J. BAECK, "Algemene regels inzake het voorwerp van zakelijke rechten" in V. SAGAERT e.a. (eds.), *Het nieuwe goederenrecht*, 42; N. CARETTE, "Opstalrecht" in V. SAGAERT e.a. (eds.), *Het nieuwe goederenrecht*, 498 en 512; V. SAGAERT, *TPR* 2020, 439.

uitwinning van het hoofdrecht impliceert logischerwijze de uitwinning van het accessoire opstalrecht dat eraan is verbonden. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de erfpachter zijn erfpachtrecht in zekerheid geeft of de vruchtgebruiker zijn recht van vruchtgebruik hypothekeert.

Dit is evenwel minder evident wanneer het accessoire opstalrecht voortvloeit uit een administratief gebruiksrecht, zoals een domeinconcessie of -vergunning. Immers, hoofdrechten met een administratief karakter zijn, i.t.t. een erfpachtrecht/recht van vruchtgebruik, traditioneel niet vatbaar voor hypotheekvestiging (of voor beslag).⁷⁷ Om meer rechtszekerheid te bieden en rekening te houden met de huidige vormen van financiering binnen de praktijk van PPS geldt dit verbod uitdrukkelijk niet voor accessoire opstalrechten verbonden aan administratieve hoofdrechten.

Dit betekent dat de concessiehouder voortaan, met akkoord van de concessiegever, de bouwwerken die hij opricht conform artikel 3.182, lid 2 BW met een hypotheekrecht kan bezwaren.⁷⁸

C. EEUWIGDUREND OPSTALRECHT EN FAILLISSEMENT VAN DE TITULARIS ERVAN

57. Het recht van opstal werd al in 2014 opnieuw gedefinieerd zodat constructies “op, onder of boven andermans grond” mogelijk zijn (randnr. 53).⁷⁹ De opstellers van de Hervormingswet vonden het terecht nuttig om de definitie aan te vullen met de mogelijkheid om ook een opstalrecht op “*al dan niet gebouwde volumes, voor het geheel of een deel*” te kunnen vestigen (art. 3.177 BW).⁸⁰

Een “*volume*” wordt beschouwd als een bestanddeel van de grond dat uit drie dimensies bestaat, ongeacht of het gevuld is met grond, lucht, beplantingen of bouwwerken.⁸¹ Dit maakt het mogelijk om eigendomsrechten boven en onder elkaar te stapelen, waarbij de bovengrond en de ondergrond op dezelfde manier wordt behandeld.⁸² Dit stemt overeen met de klassieke visie van het Hof van Cas-

⁷⁷ A. LEMMERLING, “Openbaar domein” in V. SAGAERT e.a. (eds.), *Het nieuwe goederenrecht*, 110.

⁷⁸ Deze uitzondering is ingevoerd bij de wet van 12 juli 2021 houdende dringende bepalingen inzake Justitie, BS 20 juli 2021, en is eveneens in werking getreden op 1 september 2021.

⁷⁹ *Contra*: Cass. 6 september 2018, *T.Not.* 2019, 88: waarbij volgens de minderheidsstrekking enkel ondergrondse opstalrechten werden aanvaard.

⁸⁰ Zie over volume-eigendom: V. SAGAERT, *Goederenrecht*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2021, nrs. 255-256.

⁸¹ MvT, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-0173/1, 117: “*Het is in de eerste plaats noodzakelijk om het driedimensionale karakter van de onroerende eigendom, van wat traditioneel de grond wordt genoemd, te integreren. Dat is immers niet beperkt tot de aardkorst en de bouwwerken, beplantingen, grond, mineralen en andere materialen en stoffen die boven en onder de grond aanwezig zijn. In werkelijkheid omvat het de volumes erop en eronder, in de hoogte en in de diepte*”.

⁸² V. SAGAERT, “Actuele ontwikkelingen inzake privaat vastgoedrecht” in V. SAGAERT (ed.), *Themis Vastgoedrecht Academiejaar 2019-2020*, Brugge, die Keure, 2020, 36; N. CARETTE,

satie dat “*iedere afwijking op de natrekking gelijkstelt met de vestiging van een recht van opstal*”.⁸³

58. De duurtijd van een opstalrecht op volumes binnen een complex en heterogeen onroerend geheel is eeuwigdurend, zo bepaalt artikel 3.180, lid 2 en 3 BW.

Het vestigen van een eeuwigdurend opstalrecht op volumes is moderniserend. Dit laat toe om de grond beter te gebruiken door een niet in tijd beperkt opstalrecht te vestigen buiten de optie van appartementsmede-eigendom (die detaillistisch en van dwingend recht is).⁸⁴ Wel moet aan de vereisten van een volume “*in een heterogeen complex*” zijn voldaan, met name: (i) het bestaan op eenzelfde grond van ten minste twee volumes, (ii) met verschillende bestemmingen, en (iii) die vatbaar zijn voor zelfstandig beheer (art. 3.180, lid 2, 2° BW).

In de voorbereidende werken wordt een indicatie gegeven van wat “volumes in een heterogeen complex” zijn.⁸⁵ In de eerste plaats dienen de te stapelen volumes – het zijn er minstens twee – deel uit te maken van hetzelfde complexe vastgoedproject. Het heterogene wijst op het bestaan van de diverse bestemmingen binnen hetzelfde vastgoedproject (bv. bovengrondse handelsruimtes met ondergrondse parkeerplaatsen of een voetbalstadion met afzonderlijke kantoorruimtes). Bovendien mogen er geen gemeenschappelijke delen zijn binnen datzelfde project (om de grens met het appartementsmede-eigendom te bewaren). Collectieve voorzieningen, bijvoorbeeld gemeenschappelijke ruimte voor nutsvoorzieningen of gemene afsluitingen, lijken daarentegen wel mogelijk.⁸⁶

“Opstalrecht” in V. SAGAERT e.a. (eds.), *Het nieuwe goederenrecht*, 494-498; V. SAGAERT, *TPR* 2020, 621-624.

⁸³ Cass. 19 mei 1988, *RW* 1988-89, 572.

⁸⁴ V. SAGAERT in *Themis Vastgoedrecht Academiejaar 2019-2020*, 37; N. CARETTE, “Opstalrecht” in V. SAGAERT e.a. (eds.), *Het nieuwe goederenrecht*, 494-498; V. SAGAERT, *TPR* 2020, 621-624.

⁸⁵ MvT, *Parl.St.* Kamer 2018-19, nr. 54-3348/1, 341-342: “*De feitelijke situatie kan overeenstemmen met relatief eenvoudige zaken zoals een residentieel gebouw, een openbare plaats of een bovengronds winkelcentrum met een ondergrondse parking of situaties met tal van constructies en werken op of onder een gemeenschappelijke overkapping. Essentieel in het complex is de afwezigheid van gemene delen. Er mag immers geen afbreuk worden gedaan aan het dwingende karakter van de regels inzake appartementsmede-eigendom. (...) Naast het feit dat het ontdoken wetsvoorschrift van dwingend recht moet zijn, zal er sprake kunnen zijn van wetsontduiking indien (1) partijen de dwingende regel proberen te ontgaan door gebruik te maken van het instrument “erfdienstbaarheden” dat het verboden resultaat indirect bewerkstelligt en (2) ontduikingsopzet kan worden aangetoond of blijkt uit de omstandigheden. (...) Het heterogene onroerende complex onderscheidt zich dan ook van de gedwongen mede-eigendom van gebouwen of groepen van gebouwen door de afwezigheid van gemene delen, noodzakelijke accessoria van private delen, gemeenschappelijk voor de verschillende volumes of voor sommige ervan. Zulks belet niet, zoals eerder gesteld, dat er een aantal collectieve voorzieningen bestaan die door de verschillende opstalhouders op de volumes worden gebruikt*”.

⁸⁶ MvT, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-0173/1, 340; V. SAGAERT in *Themis Vastgoedrecht Academiejaar 2019-2020*, 38; N. CARETTE, “Opstalrecht” in V. SAGAERT e.a. (eds.), *Het nieuwe goederenrecht*, 494-498; V. SAGAERT, *TPR* 2020, 621-624.

59. De wetgever maakt nog een nuance op het eeuwigdurende karakter van het opstalrecht op volumes. Zo is bepaald dat wanneer het heterogene gebouwencomplex zijn nut verliest, bijvoorbeeld integraal is gesloopt (door brand of overstroming), de opheffing ervan gerechtelijk kan worden gevorderd. Dit stemt overeen met het uitgangspunt dat de opstalhouder van volumes verplicht is om werkelijk opstallen te bouwen. Indien er geen bouwwerken of beplantingen zijn gerealiseerd, gaat het opstalrecht op een volume teniet na afloop van de termijn van bevrijdende verjaring (art. 3.3 en 3.16, 2° BW).⁸⁷

Het is niet ondenkbaar dat er een bepaalde terughoudendheid zal zijn om eeuwigdurende opstalrechten bij verlies van nut op te heffen, omdat de Vrederechter hierbij specifiek dient rekening te houden met het verlies van elk “*toekomstig of zelfs potentieel nut*” (art. 3.187 BW).⁸⁸ Dit leunt nauw aan bij de bestaande jurisprudentie inzake de afschaffing van erfdienstbaarheden wegens verlies van nut, waarvan we weten dat de Vrederechter traditioneel terughoudend is om van artikel 710bis Oud BW gebruik te maken.

Het is moeilijk in te schatten hoe de rechtspraak zich op dit vlak zal ontwikkelen, maar alleszins rijst de vraag of het faillissement van de titularis van het eeuwigdurende opstalrecht een voldoende reden is om de opheffing van het opstalrecht door de curator gerechtelijk te vorderen. Indien de faillietverklaring kracht van gewijsde heeft verkregen, is het strikt gezien niet uitgesloten om bepaalde bestanddelen van de boedel – waaronder het eeuwigdurende opstalrecht op volumes – aan een derde over te dragen. Hier geldt het argument dat de Vrederechter een strikte controle moet voeren, omdat elk potentieel nut voldoende is om de vordering tot opheffing af te wijzen. Dit zal geval per geval moeten worden bekeken.

D. REALISATIE VAN EEN OPSTALRECHT GEVESTIGD OP EEN VOLUME

60. De Hervormingswet moderniseert weliswaar met de invoering van het opstalrecht op volumes, maar laat na te bepalen hoe volumes in de kadastrale en de hypothecaire registers kunnen worden omschreven.

Het kadastrale systeem is traditioneel gebaseerd op perceelnummers en kavels. Daarom heeft de wetgever bij koninklijk besluit vlak vóór de inwerkingtreding van de Hervormingswet in een definitie voorzien van een “kadastraal volume” als “een deel van het Belgisch grondgebied dat in drie dimensies wordt bepaald, aan hetwelk een volume-identificatie wordt toegekend door de administratie en waar-

⁸⁷ V. SAGAERT in *Themis Vastgoedrecht Academiejaar 2019-2020*, 38.

⁸⁸ M. MUYLLE, “Hervormen of niet? Bedenkingen bij enkele geplande wijzigingen in het goederenrecht” in *Liber Amicorum Aloïs Van den Bossche*, Brugge, die Keure, 2019, 515.

van de geografische weergave op het kadastraal percelenplan een projectie op de grond is die zich situeert op één of meerdere kadastrale planpercelen”.⁸⁹

61. Wanneer het opstalrecht op een volume tegenwerpelijk is aan de boedel (middels geldige overschrijving), zal het een uitdaging zijn voor de curator om met deze nieuwe rechtsfiguur aan het werk te gaan. Het uitgangspunt is immers dat de curator alle zakelijke gebruiksrechten van de gefailleerde te gelde dient te maken en de opbrengst ervan vervolgens dient te verdelen onder de schuldeisers (art. XX.98 WER) (behalve wat niet kan worden uitgewonnen door de bijzonderheden ervan, randnr. 68).⁹⁰ De curator kan de goederen uit de failliete boedel pas verkopen als hij hiertoe de machtiging van de rechter-commissaris heeft verkregen (art. XX.193, § 1 WER). De rechter-commissaris bepaalt of deze verkoop openbaar gebeurt (bv. via *Biddit*), dan wel uit de hand (art. 1190-1190ter Ger.W.). Bij de realisatie van zakelijke gebruiksrechten zal een verkoop uit de hand de voorkeur genieten, omdat de blote eigenaar vaak de voornaamste potentiële overnemer is (kortom op te nemen in het verzoekschrift tot machtiging).⁹¹

62. Wanneer het gaat om de realisatie van een opstalrecht op een volume zijn de volgende bedenkingen mogelijk. Het zal moeilijk zijn om eeuwigdurende opstalrechten naar waarde te kunnen begroten, want wie kan inschatten hoeveel een zakelijk recht (m.i.v. het eigendomsrecht van de opstallen) binnen x aantal jaren waard zal zijn, laat staan tot in de eeuwigheid? Alleen al de laatste twee jaar zijn de vastgoedprijzen danig gewijzigd, zodat deze oefening er niet makkelijker op wordt. De vraag is of er geen wetgevend initiatief nodig is om de experts juiste parameters aan te reiken (middels KB).

Dit vraagt van de curator ook bijzondere kennis van de bouwtechnische kenmerken van de volume-opstal. Hij kan nl. slechts het desbetreffende volume – een actief in de boedel – verkopen aan een derde en te gelde maken (en niets meer). Er zijn geen aandelen in gemeenschappelijke delen. Dit is een voordeel t.o.v. de regeling bij gedwongen appartementsmede-eigendom. De aandelen in de gemene delen van een appartementsgebouw kunnen nl. niet afzonderlijk door de curator worden vereffend. Zij zijn immers “*versterkt accessoir*”, waar-

⁸⁹ Art. 9, 7° KB van 30 augustus 2021 houdende wijziging van het koninklijk besluit van 18 november 2013 tot aanvulling van de identificatieregels van onroerende goederen in een aan hypothecaire openbaarmaking onderworpen akte of stuk, en tot regeling van de voorafgaande neerlegging van een plan bij de Algemene Administratie van de Patrimoniumdocumentatie en van de aflevering door die algemene administratie van een nieuwe identificatie en van het koninklijk besluit van 30 juli 2018 betreffende het aanleggen en bijhouden van de kadastrale documentatie en tot vaststelling van de modaliteiten voor het afleveren van kadastrale uitreksels, BS 31 augustus 2021.

⁹⁰ V. SAGAERT en R. JANSEN in *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen V*, nr. 6.

⁹¹ V. SAGAERT en R. JANSEN in *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen V*, nr. 20.

door ze niet van de hoofdzaak kunnen worden losgekoppeld (art. 3.79 BW).⁹² Volumes daarentegen kunnen wel afzonderlijk worden gerealiseerd.

Indien er geen erfdiensbaarheden zijn gevestigd tussen de verschillende volumes, maar er slechts interne afspraken zijn, is het de vraag of deze regeling zonder meer blijft gelden bij de overdracht van het volume. Niettemin kan de voortzetting van zo'n interne regeling vaak essentieel zijn voor de operationele werking van het over te dragen volume. De Hervormingwet bepaalt hierover niets concreet.

De curator dient de kandidaat-koper er overigens op te wijzen dat de bestemming van de eeuwigdurende volume-opstal – gezien de wettelijke definitie van een heterogeen complex – niet kan worden gewijzigd. Dit betekent dan weer minder potentiële kopers en dus mogelijk een lagere realisatiewaarde. De vraag rijst of er geen wetgevend initiatief nodig is om in zo'n geval een uitzondering te bepalen waarbij de curator van de verplichte heterogene bestemming van het complexgebouw kan afwijken (voor zover hiervoor redelijke gronden zijn en dit noodzakelijk is voor de realisatie van het goed ten voordele van de boedel).

63. De curator dient zich verder af te vragen of hij het eeuwigdurende opstalrecht ten gunste van de curatele kan voortzetten. Immers, de ontbinding van de gefailleerde resp. de vereffening houdt de sluiting van het faillissement in en hiermee eindigt de opdracht van de curator. Dit betekent dat de curator strikt gezien dit eeuwigdurend opstalrecht niet kan aanvaarden. Hij kan per definitie geen kosten aanvaarden die de duurtijd van zijn opdracht overschrijden. Of anders gezegd: het eeuwigdurende opstalrecht van de gefailleerde is helemaal niet eeuwigdurend, want het moet aflopen samen met het einde van de bevoegdheid van de curator. In deze hypothese lijkt de toepassing van artikel XX.139 WER louter theoretisch.

De vraag rijst of de wetgever geen uitzondering kan bepalen waarbij het eeuwigdurende opstalrecht van de gefailleerde-titularis van rechtswege eindigt bij het faillissementsvonnis. Als we de lijn doortrekken met de recent ingevoerde beëindiging van rechtswege van het recht van vruchtgebruik door het faillissement van de vruchtgebruiker (art. 3.141, lid 3 BW) (randnr. 68), dan betekent dit dat de curator geen plicht heeft om het erfpachtrecht te realiseren. Echter, wanneer het erfpachtrecht van de gefailleerde automatisch eindigt, dient de curator een vergoeding te verkrijgen voor de gedane werken en de opgerichte opstallen conform artikel 3.176, lid 2 BW.

⁹² R. JANSSEN, "Mede-eigendom" in V. SAGAERT e.a. (eds.), *Het nieuwe goederenrecht*, 323; V. SAGAERT en R. JANSSEN in *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen V*, nr. 9.

V. VRUCHTGEBRUIK

A. ALGEMEEN

64. Voor het eerst wordt wettelijk bepaald dat de titularis van een zakelijk recht over zijn recht kan beschikken (art. 3.6, lid 1 BW); dit is een mooie illustratie van de functionele benadering van de Hervormingswet. Daarnaast wordt de verplichting van de vruchtgebruiker om de zaak zelf in stand te houden correcter ingevuld door te verwijzen naar: de algemene zorgvuldigheidsnorm, het verbod op bestemmingswijziging, en de restitutieplicht van de vruchtgebruiker op het einde van zijn recht met belang van ingaande plaatsbeschrijving (art. 3.138, lid 1 BW).

Nieuw aan de duur van het recht van vruchtgebruik, is dat deze is opgetrokken voor de rechtspersoon-vruchtgebruiker van 30 jaar tot 99 jaar (art. 3.141, lid 2, 1° BW).

65. Wat betreft de restitutieplicht van de vruchtgebruiker schrijft artikel 3.159 BW voor dat de vruchtgebruiker de waarde van het onderpand teruggeeft. De curator kan voor deze waardering terugvallen op het volgende regime: (i) indien het onderpand bij de vervreemding werd gewaardeerd, dan gebeurt het aan die waarde, (ii) bij gebreke hieraan, gebeurt dit aan de waarde zoals bepaald bij de aanvang van het recht van vruchtgebruik, (iii) in het geval er ook geen ingaande waardering is, dan gebeurt het volgens de hoogste van de twee volgende waarden, nl. ofwel de waarde bij het ingaan van het recht van vruchtgebruik ofwel de waarde bij de beëindiging van het recht van vruchtgebruik.⁹³

66. Er is geen twijfel meer dat de vruchtgebruiker de bestemming van het goed, die de eigenaar eraan heeft gegeven, moet respecteren. Een modulering kan niet, omdat een verbod op bestemmingswijziging in de definitie van het recht van vruchtgebruik is opgenomen (dus dwingend geldt).⁹⁴ Ook door de curator kan hiervan niet worden afgeweken.

67. Gelet op de nieuw ingevoerde samenwerkingsplicht tussen de blote eigenaar en de vruchtgebruiker, moet de blote eigenaar overleg plegen met de vruchtgebruiker i.v.m. de uit te voeren grove herstellingen. De onderhoudsplicht van de vruchtgebruiker omvat het stellen van daden die nodig zijn om een waardevermindering te voorkomen, behalve als de waardevermindering het gevolg is van normale slijtage, ouderdom of overmacht (art. 3.153 BW). De blote eigenaar is

⁹³ V. SAGAERT, *TPR* 2020, nr. 251; A. WYLLEMAN, "Vruchtgebruik" in V. SAGAERT e.a. (eds.), *Het nieuwe goederenrecht*, nr. 65-66; B. VERHEYE, *DAOR* 2021, nr. 16.

⁹⁴ R. JANSSEN en K. SWINNEN, "De contractuele modulering van de gebruiks- en beschikkingsbevoegdheden van de vruchtgebruiker" in A.-L. VERBEKE (ed.), *Vruchtgebruik: mogelijkheden, beperkingen en innovaties*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 60-61; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 406.

verantwoordelijk voor de grove herstellingen (die structureel van aard zijn of waarvan de kosten de vruchten van het vruchtgebruik te boven gaan) (art. 3.154 BW).

Ook kan de blote eigenaar voortaan een proportionele bijdrage van de vruchtgebruiker vragen in de grove herstellingskosten conform artikel 3.154, § 3 BW. Deze bijdrage wordt berekend op basis van de proportionele waarde van het recht van vruchtgebruik vergeleken met de volle eigendom, berekend zoals bij de omzetting van het erfrechtelijk vruchtgebruik (art. 745*sexies*, § 3 BW).⁹⁵ Dit betekent dat de curator van de gefailleerde blote eigenaar in de periode dat hij het recht van vruchtgebruik aanhoudt, zich voor een proportioneel deel van de grove herstellingskosten (die anders schulden van de boedel zijn) kan verhalen op de vruchtgebruiker.

B. GEEN REALISATIEPLICHT BIJ FAILLISSEMENT VAN DE VRUCHTGEBRUIKER

68. De vereffening van het recht van vruchtgebruik waarvan de gefailleerde titularis is, ligt niet voor de hand. De duurtijd van een recht van vruchtgebruik is gekoppeld aan het leven van de vruchtgebruiker.

De Hervormingswet heeft daarom de regel ingevoerd dat wanneer een rechtspersoon-vruchtgebruiker vóór de afloop van de bedongen termijn (vrijwillig, wettelijk of gerechtelijk) wordt ontbonden of failliet verklaard, dit automatisch de beëindiging van het recht van vruchtgebruik tot gevolg heeft (art. 3.141, lid 3 BW).

69. Voormelde wijziging is er gekomen, omdat onder het oude regime volgens een bepaalde strekking, ondanks het faillissement van de vruchtgebruiker, het recht van vruchtgebruik bleef voortbestaan tot aan de afloop van de vereffening van de vennootschap.⁹⁶ Deze visie leidde tot de impasse dat de curator een recht van vruchtgebruik waaraan geen (conventionele) ontbindende voorwaarde van faillissement was gekoppeld, moest realiseren terwijl het recht vruchtgebruik van die rechtspersoon bij de afsluiting van haar faillissement definitief eindigde (art. XX.172, lid 1 WER).⁹⁷

⁹⁵ V. SAGAERT, *TPR* 2020, nr. 258; A. WYLLEMAN, "Vruchtgebruik" in V. SAGAERT e.a. (eds.), *Het nieuwe goederenrecht*, nr. 54; B. VERHEYDE, *DAOR* 2021, nr. 19.

⁹⁶ S. BAEYENS, "De waardering van het vruchtgebruik als grondslag voor de berekening van het ereloon van de curator", *TBH* 2018, 688-689; A. LEMMERLING, "De gesplitste aankoop in vruchtgebruik of erfpacht vanuit privaatrechtelijk en fiscaalrechtelijk oogpunt" in V. SAGAERT (ed.), *Themis 86 - Vastgoedrecht*, Brugge, die Keure, 2014, 73; K. VERHEYDEN, "Verlenging van onroerende zakelijke rechten", *AFT* 2012, 35.

Contra: Antwerpen 27 september 2012, *Not.Fisc.M.* 2012, 312; M. MUYLLE, *De duurtijd en de beëindiging van zakelijke rechten*, nr. 566; B. VERHEYDE, *DAOR* 2021, nr. 8.

⁹⁷ V. SAGAERT en R. JANSEN, in *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen V*, nr. 10.

Voortaan is er geen twijfel meer mogelijk. Artikel 3.141, lid 3 BW bepaalt uitdrukkelijk dat het recht van vruchtgebruik automatisch een einde neemt vanaf het vonnis van faillietverklaring, tenzij de vennootschap reeds voordien was ontbonden.⁹⁸ Het zakelijke recht eindigt dus op het ogenblik dat de curator zijn opdracht t.a.v. de curatele opneemt bij zijn aanstelling conform het faillissementsvonnis, zodat er geen nood meer is aan een realisatie. De redenering achter deze beëindiging van rechtswege is dat dit voor de curator economisch gezien geen verschil uitmaakt. Het recht van vruchtgebruik in de failliete boedel heeft geen economische waarde meer waartegen een derde-koper bereid is het recht van vruchtgebruik te verwerven.⁹⁹

De wetgever heeft tevens bepaald wat het lot kan zijn van de lopende huurovereenkomst (door de gefailleerde verleend). Wanneer het recht van vruchtgebruik eindigt ten gevolge van het faillissement resp. de ontbinding van de vruchtgebruiker, blijft de door de vruchtgebruiker gesloten huurovereenkomst gedurende een termijn van drie jaar voortduren, voor zover het om een lopende overeenkomst onder bezwarende titel gaat (art. 3.145, lid 2 BW).¹⁰⁰

70. De wetgever nuanceert dat er daarentegen geen sprake is van een automatische beëindiging van het recht van vruchtgebruik in geval van fusie, splitsing of daarmee gelijkgestelde vennootschapsrechtelijke verrichting (art. 3.141, lid 3 BW).¹⁰¹ Dit betekent bijvoorbeeld dat in de splitsingsakte het lot van het recht van vruchtgebruik moet zijn bepaald.¹⁰²

Een andere vraag die daarmee samenhangt, is of de curator aan de rechter-commissaris kan vragen om het recht van vruchtgebruik na de uitspraak tot faillietverklaring te laten voortleven wanneer het duidelijk de bedoeling van partijen is om naar een (geruisloze) fusie toe te werken met een actieve vennootschap (art. 12:12 WVV), waarbij het recht van vruchtgebruik wordt overgedragen aan de overnemende vennootschap tegen een objectieve waardering.¹⁰³

⁹⁸ MvT, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 173/1, 267.

⁹⁹ V. SAGAERT en R. JANSEN in *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen V*, nr. 10. Volgens deze auteurs heeft dit wel de volgende complicatie: "Doordat het recht meteen ophoudt te bestaan, kan de curator evenmin nog gebruik maken van de goederen waarop het vruchtgebruik slaat. Wil de curator bv. het gebouw waarop het vruchtgebruik betrekking had nog verder gebruiken, dan zal er een nieuw contract moeten worden gesloten met de eigenaar. Deze kosten gelden als boedelschulden".

¹⁰⁰ Onder het oude regime kon de huur blijven voortduren tot het einde van de lopende negenjarige periode (art. 595, lid 2 Oud BW). V. SAGAERT, *TPR* 2020, nr. 247; A. WYLLEMAN, "Vruchtgebruik" in V. SAGAERT e.a. (eds.), *Het nieuwe goederenrecht*, nrs. 22-23; B. VERHEYE, *DAOR* 2021, nr. 10. De nieuwe regeling heeft betrekking op overeenkomsten gesloten sinds 1 september 2021.

¹⁰¹ D. GRUYAERT en S. DEMEYERE, "Het nieuwe goederenrecht (deel II)", *RW* 2020-2021, 886; V. SAGAERT, *TPR* 2020, nr. 244; B. JANSEN, *DAOR* 2021, nr. 8.

¹⁰² C. DE WULF, "Inleiding tot het nieuwe goederenrecht", *T.Not.* 2020, 746; B. VERHEYE, *DAOR* 2021, nr. 8.

¹⁰³ Zie Kh. Luik 9 mei 2016, *TRV* 2017, 1077.

C. CORRECTIEMECHANISME OP BASIS VAN DE ONGERECHTVAARDIGDE VERRIJKING

71. Vanuit een functionele benadering wordt geen onderscheid meer gemaakt tussen de verschillende vruchten die allen toekomen aan de vruchtgebruiker, tenzij contractueel anders bedongen; terwijl de opbrengsten enkel toekomen aan de vruchtgebruiker wanneer ze voortvloeien uit een gebruik dat een voortzetting is van het gebruik/de exploitatie van de eigenaar van vóór het recht van vruchtgebruik (art. 3.147 BW). Voorts heeft de vruchtgebruiker enkel recht op de vruchten, indien deze vruchten afgescheiden of opeisbaar worden in de loop van het vruchtgebruik (art. 3.146, lid 1 BW). Om dit enigszins te concretiseren: dividenden uit aandelen komen toe aan de vruchtgebruiker, voor zover de beslissing van de algemene vergadering om ze uit te keren van vóór de afloop van het recht van vruchtgebruik dateert.¹⁰⁴

72. Tegelijk wordt een wettelijk correctiemechanisme ingevoerd voor de situatie waarbij de partij die geen aanspraak kan maken op de vruchten hiervoor tastbare prestaties heeft geleverd. Hij kan nl. lastens de andere partij een vergoeding eisen op grond van de leer van de ongerechtvaardigde verrijking (art. 3.146, lid 2 BW).

In beginsel beschikt de curator ook over deze verbintenisrechtelijke remedie in het voordeel van de curatele. Denk bijvoorbeeld aan de reserves die tijdens de duur van het vruchtgebruik zijn opgebouwd, maar die pas worden uitgekeerd nadat het recht van vruchtgebruik een einde heeft genomen. In beginsel komen deze reserves toe aan de blote eigenaar, maar de vruchtgebruiker kan gelet op de ongerechtvaardigde verrijking aanspraak maken op het kleinste van beide bedragen.¹⁰⁵

73. Bovenstaande redenering geldt ook in de situatie waar de vruchtgebruiker een constructie heeft opgericht. Artikel 3.142 BW bepaalt dat de vruchtgebruiker eigenaar is geworden van de gebouwen die hij op grond van zijn accessoir opstalrecht heeft opgericht. M.a.w. de vruchtgebruiker kan over deze gebouwen beschikken, binnen de vooropgestelde bestemmingsplicht en gedurende de duurtijd van het hoofdrecht. De wetgever heeft thans ook een transparante regeling bepaald voor het lot van deze opstallen.

¹⁰⁴ MvT, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 173/1, 278; V. SAGAERT, *TPR* 2020, nr. 248; A. WYLLEMAN, "Vruchtgebruik" in V. SAGAERT e.a. (eds.), *Het nieuwe goederenrecht*, nr. 30; B. VERHEYE, *DAOR* 2021, nr. 12.

¹⁰⁵ W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 294-295; V. SAGAERT, "Ongerechtvaardigde verrijking en gewijzigde omstandigheden", *TPR* 2001, 583; B. VERHEYE, *DAOR* 2021, nr. 12.

Gezien het recht van vruchtgebruik van rechtswege eindigt door het faillissement van de vruchtgebruiker, betekent dit ook het einde van het eigendomsrecht van de door de vruchtgebruiker opgerichte opstallen. De curator dient met de volgende vergoedingsregeling rekening te houden. Door het einde van het accessoire opstalrecht (art. 3.182 BW) en het ontstaan van de daaropvolgende natrekking, wordt de eigenaar van de grond ook eigenaar van de gebouwen. Dit heeft tot gevolg dat de grondeigenaar met het eigendomsrecht van de gebouwen wordt verrijkt, terwijl de vruchtgebruiker hiervan wordt verarmd.¹⁰⁶ Voordien kon de vruchtgebruiker zich baseren op een binnen de rechtspraak en de rechtsleer ontwikkelde leer van de ongerechtvaardigde verrijking indien de bouwwerken door de vruchtgebruiker verder gingen dan wat als een normaal beheer van het goed wordt gezien.¹⁰⁷ Voortaan heeft de vruchtgebruiker sowieso recht op een dergelijke vergoeding op grond van het wettelijke correctiemechanisme. Hij kan het meerbedrag van de verarming vs. de verrijking vorderen indien hij de bouwwerken heeft opgericht met toestemming van de blote eigenaar, zonder daartoe verplicht te zijn en binnen de grenzen van zijn eigen recht (art. 3.160, lid 1 BW).¹⁰⁸

D. GEEN UITWINNING MOGELIJK VAN HET VRUCHTGEBRUIK *INTUITU PERSONAE*

74. Volgens de opstellers van de Hervormingswet is het recht van bewoning – dat in de praktijk niet vaak voorkomt – strikt genomen overbodig, gezien de ruime mogelijkheden om het vruchtgebruik contractueel te moduleren. Er is bijgevolg voor geopteerd om dit recht van bewoning te integreren in het algemene regime van het recht van vruchtgebruik.¹⁰⁹

Het recht van bewoning in artikel 3.138, lid 2 BW wordt, behoudens tegenbewijs, vermoed een onoverdraagbaar recht van vruchtgebruik te zijn dat beperkt is tot wat als woning noodzakelijk is voor de titularis en voor zijn gezin. Het recht van bewoning behoudt zijn *intuitu personae*-karakter: het kan enkel dienen voor de eigen behoeften van de titularis en zijn gezin.¹¹⁰ Dit recht neemt een einde wanneer deze persoon de woning definitief verlaat.

¹⁰⁶ Onder het oude regime kon de vruchtgebruiker geen aanspraak maken op de door hem gerealiseerde meerwaarde (art. 599, lid 2 Oud BW).

¹⁰⁷ Cass. 27 januari 1887, *Pas.* 1887, I, 56; H. DE PAGE, *Traité du droit civil*, VI, Brussel, Bruylant, 1957, nr. 467; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 502; A. WYLLEMAN, “Vruchtgebruik” in V. SAGAERT e.a. (eds.), *Het nieuwe goederenrecht*, nr. 67; B. VERHEYE, *DAOR* 2021, nr. 13.

¹⁰⁸ V. SAGAERT, *TPR* 2020, nr. 246; A. WYLLEMAN, “Vruchtgebruik” in V. SAGAERT e.a. (eds.), *Het nieuwe goederenrecht*, nrs. 26-27; B. VERHEYE, *DAOR* 2021, nr. 13.

¹⁰⁹ Het recht van gebruik is daarentegen niet overgenomen.

¹¹⁰ A. WYLLEMAN, “Vruchtgebruik” in V. SAGAERT e.a. (eds.), *Het nieuwe goederenrecht*, nr. 5.

75. De uitwinning van zo'n *intuitu personae* recht is gewoonweg niet mogelijk, omdat het niet overdraagbaar is¹¹¹ (en dus evenmin vatbaar is voor beslag).¹¹²

De volgende situatie kan zich voordoen: echtgenoten gehuwd onder de gemeenschap van goederen kopen een woning aan in mede-eigendom samen met hun verbonden vennootschap. Vervolgens wordt door de vennootschap een vruchtgebruik *intuitu personae* toegekend aan de langstlevende echtgenoot onder de opschortende voorwaarde van het vooroverlijden van de andere echtgenoot. Gelet op de overschrijving van de akte vruchtgebruik *intuitu personae* is dit onoverdraagbaar recht tegenwerpelijk aan de failliete boedel. De curator van de failliete vennootschap die zich hiermee geconfronteerd ziet, dient de bijzonderheden van dit recht te respecteren. Hij kan de woning enkel te gelde maken belast met het recht van bewoning (die per definitie kan duren tot het einde van het leven van de langstlevende echtgenoot). Dit beperkt de realisatiemogelijkheden drastisch.

VI. ERFDIENSTBAARHEDEN

A. ALGEMEEN

76. De wetgever heeft enerzijds een evolutieve interpretatie van de erfdienstbaarheden willen doorvoeren, alsook enkele traditionele opvattingen wettelijk geïmplementeerd (bv. de uitdrukkelijke bewijshiërarchie in geval van afpaling zoals omschreven in art. 3.61 BW).¹¹³

Als gouden regel blijft gelden dat een erfdienstbaarheid niet afzonderlijk van het desbetreffende erf kan worden overgedragen en/of te gelde gemaakt. De Hervormingswet wijzigt niets aan dit principe. Persoonlijke of zakelijke rechten die onoverdraagbaar zijn, kunnen niet worden uitgewonnen. Een zakelijk gebruiksrecht van erfdienstbaarheid is door zijn aard verbonden aan een erf (ten laste van ene en ten gunste van andere), en kan niet los van dat erf worden gerealiseerd.¹¹⁴

77. Een erfdienstbaarheid wordt voortaan gedefinieerd als een last op een “*onroerend goed*”, het lijdend erf, tot gebruik en tot nut van “*andermans goed*”, het heersende erf (art. 3.114 BW). Dit betekent dat elke titularis van een zakelijk recht

¹¹¹ Zie ook Rb. Limburg (Tongeren) 10 juli 2016, *TBO* 2016, 582; V. SAGAERT en R. JANSSEN in *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen V*, nr. 10.

¹¹² Zie art. 77 wet 25 april 2007 houdende diverse bepalingen (IV), *BS* 8 mei 2007: de zelfstandige beschikt over de mogelijkheid om via een verklaring die wordt overgeschreven op het Kantoor Rechtszekerheid zijn zakelijke rechten op de gezinswoning niet vatbaar voor beslag te maken.

¹¹³ Zie N. JANSSENS, “Perceelsgrenzen in het nieuw Burgerlijk Wetboek: over verkrijgende verjaring, afpaling en grensoverschrijding”, *BN* 2020, 45-53; B. VERHEYE, “Enkele aandachtspunten betreffende de afpaling”, *T.Vred.* 2020, 483; J. MALEKZADEM en M. SLEUTJES, *T.Vred.* 2021, 17.

¹¹⁴ V. SAGAERT en R. JANSSEN, in *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen V*, nr. 10.

– niet enkel de volle eigenaar – erfdiensbaarheden kan vestigen voor de duur van zijn recht. Ook kunnen het lijdende en het heersende erf aan dezelfde eigenaar toebehoren wanneer: (i) één van deze goederen belast is met een ander zakelijk gebruiksrecht t.v.v. een derde, of (ii) hij één van deze goederen in volle eigendom heeft en het andere in mede-eigendom.¹¹⁵ Deze toevoeging heeft tot gevolg dat bij de waardering van het goed, dit mogelijk leidt tot een lagere waarde, gelet op het toenemende belang van erfdiensbaarheden zoals deze door elke titularis van een zakelijk recht voortaan kunnen worden gevestigd.

De definitie van de erfdiensbaarheid bepaalt niets over de bestemmingsplicht. Dit betekent dan weer een verruiming van de actiemogelijkheden van de curator in *going concern*.

B. VERSOEPELD BEWIJSREGIME DRAAGT BIJ TOT DE REALISATIE VAN HET ERF

78. Een eerste concrete innovatie op bewijsvlak is het wegvallen van de kwalificatie van voortdurende en niet-voortdurende erfdiensbaarheden. Hierdoor is bijvoorbeeld het bewijs van een recht van doorgang/overgang naast de fysieke aanwezigheid van een poort of hek, eveneens mogelijk met een “*spoor van geregelde activiteit*” (art. 3.115, lid 2 BW) (bv. zichtbare sporen van gebruik of beeldmateriaal).¹¹⁶

Een tweede innovatie op het vlak van bewijs, betreft de invoering van een “*catch all-bepaling*” voor het geval men in de akte vergeten is om de toepasselijke erfdiensbaarheden op te sommen: “*Behalve de wettelijke erfdiensbaarheden die in hoofdstuk 3 zijn opgenomen, geniet de titularis van een zakelijk gebruiksrecht op een onroerend goed op grond van de wet van alle erfdiensbaarheden die noodzakelijk zijn voor de uitoefening van zijn recht*” (art. 3.116, lid 2 BW).

Een laatste noemenswaardige versoepeling in dit kader, vooral wat de rechtspraak betreft, is het wegvallen van de controle van alle “potentieel” nut alvorens tot de afschaffing van een erfdiensbaarheid te kunnen beslissen. Het volstaat dat de eigenaar van het lijdende erf aantoont dat de erfdiensbaarheid een nut, zelfs voor de toekomst, voor het heersende erf heeft verloren (art. 3.128 BW).¹¹⁷ Deze beslissing is er gekomen, omdat de overweging van het potentiële nut in de recht-

¹¹⁵ C. DE WULF, “Inleiding tot het nieuwe goederenrecht”, *T.Not.* 2020, 736; J. MALEKZADEM en M. SLEUTJES, *T.Vred.* 2021, 17; K. SWINNEN, “Erfdiensbaarheden” in V. SAGAERT e.a. (eds.), *Het nieuwe goederenrecht*, 378-384.

¹¹⁶ C. DE WULF e.a., *Het opstellen van notariële akten*, Mechelen, Kluwer, 2007, 145; C. DE WULF, “Inleiding tot het nieuwe goederenrecht”, *T.Not.* 2020, 737; D. GRUYAERT en S. DEMEYERE, *RW* 2020-2021, 885; V. SAGAERT, *TPR* 2020, 547-549.

¹¹⁷ Het betreft de uitdoving van een in principe eeuwigdurend recht, zodat de mogelijkheid tot rechterlijke afschaffing enkel voorbehouden is aan de eigenaar van het lijdend erf.

spraak elke afschaffing van een erfdiensbaarheid vrijwel onmogelijk maakte en de uitwerking van artikel 710*bis* Oud BW uitholde.¹¹⁸

Dit versoepelde bewijsregime moet concreet uitwerking krijgen binnen de rechtspraak. In elk geval biedt het hypothetisch gezien de mogelijkheid om zich bij de realisatie van het onroerend goed eenvoudiger van de last van een erfdiensbaarheid te kunnen ontdoen.

VII. BESLUIT

79. Wat betreft de regels met impact op het insolventierecht is het nieuwe goederenrecht vooral een consolidatie. Belangrijke preciseringen zijn er vooral met betrekking tot mede-eigendom en enkele aspecten van de onroerende publiciteit (en de rechtsgevolgen daarvan).

De wijzigingen die door de Hervormingswet aan de zakelijke gebruiksrechten op 1 september 2021 zijn doorgevoerd, zijn in mindere mate relevant voor het insolventierecht. Vooral het moment waarop het zakelijke gebruiksrecht eindigt, is relevant in het licht van de realisatie door de curator. Bij wijze van illustratie: (i) er is nu wettelijk bepaald dat het faillissement als een ontbindende voorwaarde leidt tot het einde van het zakelijke gebruiksrecht, bijvoorbeeld van erfpacht, ongeacht de minimumduur ervan; (ii) het faillissement van de opstalhouder op een volume kan mogelijks een voldoende grondslag zijn voor de curator om de gerechtelijke opheffing van dit eeuwigdurend recht te vorderen; (iii) het recht van vruchtgebruik van de gefailleerde titularis komt niet langer in aanmerking voor realisatie, gelet op de automatische beëindiging ervan bij de faillietverklaring; (iv) het zakelijke recht van gebruik en bewoning, thans vervat in het algemeen recht van vruchtgebruik; blijft aan het onroerend goed kleven na faillissement; (v) daarentegen ontstaat de indruk dat het versoepelde bewijsregime bij erfdiensbaarheden sneller tot de realisatie van het desbetreffende erf kan leiden.

¹¹⁸ MvT, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-0173/1, 237: “*Beperken tot het nut, zelfs zuiver voor het gemak, maar dan enkel toekomstig, lijkt evenwichtiger*”.

C.	De verklaring van derde-beslagene	35
IV.	Uitvoerend beslag onder derden op aandelen	38
V.	Beslag en conflict met concurrerende schuldeisers	40
VI.	Vennootschapsrechtelijke en andere knelpunten bij een tegeldemaking	42
A.	Elementen die een overdracht van aandelen beïnvloeden	42
B.	Invloed van overdrachtsbeperkingen	42
1.	Wettelijke overdrachtsbeperkingen	43
2.	Statutaire overdrachtsbeperkingen	45
3.	Contractuele overdrachtsbeperkingen	47
C.	Invloed van overige met de vennootschap gelieerde elementen	49
1.	De soort en de omvang van de vennootschap	49
2.	Aantal aandeelhouders en de betrokkenheid van de beslagen aandeelhouder	49
3.	De afwezigheid van een niet-concurrentiebeding	49
4.	De afwezigheid van een due diligence	50
VII.	De tegeldemaking van de aandelen op naam na uitvoerend beslag	50
A.	Uitgangspunt: geen regels voor tegeldemaking aandelen op naam	50
B.	Openbare verkoop	51
C.	Minnelijke verkoop	54
D.	<i>De lege ferenda</i> : pleidooi voor een prominentere rol voor de beslagrechter t.a.v. geschillen die de effectieve overdracht van aandelen in de weg staan	56
E.	Slot: toe-eigening van de aandelen door beslaglegger mogelijk?	60
VIII.	Conclusie	61
Onroerend goed en insolventie onder het nieuwe goederenrecht		
	Matthias E. STORME en Jasmine MALEKZADEM	63
I.	Inleiding	63
II.	Het verhaalsrecht van de schuldeisers op onroerend goed	64
A.	Uitgangspunten	64
1.	Artikel 3.36 BW	64
2.	Precisering tijdstip	65
3.	Geen verhaal op goederen niet van de schuldenaar	65
B.	Uitbreidingen verhaalsrecht	66
1.	Rol (onroerende) publiciteit en derdenbescherming van schuldeisers	66
2.	Maar ook verhaal op goederen nog niet op naam van de schuldenaar	67
3.	Simulatie en dissimulatie	68
4.	Pauliana en aanverwante	70
5.	Geen beëindiging van gepubliceerde onroerende rechten van derden	70

C.	Mogelijke beperkingen van het verhaalsrecht	71
1.	Oudere zakelijk werkende rechten en hun rechtsgevolg bij insolventie	71
2.	Modaliteiten van de titel van de insolvente schuldenaar	76
3.	Kwalitatieve verplichtingen met wettelijke grondslag	78
4.	Voorkooprechten en opties	79
D.	Mede-eigendom	80
III.	Erfpacht	82
A.	Algemeen	82
B.	Relatieve beëindigingsgronden met een beperkte derdenwerking	85
C.	Faillissement als ontbindende voorwaarde	87
IV.	Recht van opstal	90
A.	Algemeen	90
B.	Accessoir opstalrecht en hypotheke	91
C.	Eeuwigdurend opstalrecht en faillissement van de titularis ervan	92
D.	Realisatie van een opstalrecht gevestigd op een volume	94
V.	Vruchtgebruik	97
A.	Algemeen	97
B.	Geen realisatieplicht bij faillissement van de vruchtgebruiker	98
C.	Correctiemechanisme op basis van de ongerechtvaardigde verrijking	100
D.	Geen uitwinning mogelijk van het vruchtgebruik <i>intuitu personae</i>	101
VI.	Erfdienstbaarheden	102
A.	Algemeen	102
B.	Versoepeld bewijsregime draagt bij tot de realisatie van het erf	103
VII.	Besluit	104
 Huur en faillissement		
	Kristof VANHOVE	105
I.	Inleiding	105
II.	Het lot van een lopende huurovereenkomst bij faillissement	105
A.	Beginselen	105
B.	Het keuzerecht van de curator: uitvoeren of niet?	108
C.	Het beëindigingsrecht van de curator	115
III.	Het voorrecht van de verhuurder (art. 20, 1° Hyp.W.)	120
A.	Algemeen	120
B.	Titularis van het voorrecht?	121
C.	Rangname	121
D.	Gewaarborgde vordering	123
E.	Onderpand?	124
1.	Beginsel	124
2.	Goederen van derden	125

Insolventie- en beslagrecht

Matthias E. STORME (ED.)

Hannes CARPENTIER

Bart GRUYTERS

Annelies HELLEMANS

Rubben LINDEMANS

Jasmine MALEKZADEM

Matthias E. STORME

Kristof VANHOVE

 INTERSENTIA

Antwerpen – Gent – Cambridge