

ONROERENDE EN HYPOTHECAIRE PUBLICITEIT

ORGANISATIE EN TEGENWERPELIJKHEID

Inleiding

1. In dit preadvies wordt gepoogd enige aspecten van het in België geldende systeem van onroerende en hypothecaire publiciteit op een kritische wijze te belichten. Het betreft de publiciteit in geval van overdracht, overgang of aanwijzing van onroerende zakelijke rechten, alsook de vestiging van zakelijke zekerheden op onroerende goederen, namelijk onroerende voorrechten en hypotheek. Dergelijk systeem van publiciteit vormt een bron van *informatie over rechten en lasten betreffende onroerende goederen*. Deze informatie speelt een dubbele rol: enerzijds als loutere informatie of databank inzake onroerend vermogen, anderzijds als kerngegeven opdat beweerd rechten inzake onroerende goederen aan derden kunnen worden tegengeworpen.

2. *Eerste niveau - Informatie - Databank* - Aldus is er op een eerste niveau het effect, verbonden aan elke vorm van publiciteit, dat de gegevens kenbaar worden gemaakt en op een of andere wijze kunnen worden geraadpleegd. Het publiciteitssysteem geldt als een soort van databank over het onroerende vermogen. In het geval van onroerende goederen zijn deze gegevens verspreid over het land en over diverse instellingen, met name het hypotheekkantoor, het registratiekantoor (beide georganiseerd per arrondissement) en het kadaster (georganiseerd per gemeente of afdeling van gemeente). Door consultatie van deze door de overheid gecreëerde en beheerde gegevensbestanden kunnen derden te weten komen dat iemand houder is van zakelijke rechten op een onroerend goed.

Deze rol van de onroerende publiciteit is belangrijk, voornamelijk voor de gewone chirografaire schuldeiser. Vaak zal hij in de eerste plaats behoefte hebben aan een antwoord op de vraag *wat* hij in beslag kan nemen.¹ Het roerend vermogen van de schuldenaar is dikwijls moeilijk te vinden (denken we aan bankrekeningen en effecten aan toonder) of kan niet in beslag worden genomen wegens de wettelijke beperkingen van onder meer artt. 1408-1411 Ger.W. (b.v. loon onder beslagbaar minimum). Het feit dat de schuldenaar al dan niet eigenaar is van onroerende goederen vormt dan een belangrijk gegeven en kan de kansen op succes bij uitwinning verhogen, al dient de chirografaire schuldeiser zich natuurlijk geen illusies te maken, omdat het goed verregaand kan bezwaard zijn en hij zal worden geprimeerd door onroerende voorrechten, hypotheek, en de voorrechten die zich kunnen beroepen op de werking van art. 19 in fine Hyp.W.

3. *Tweede niveau - Tegenwerpelijheid* - De tweede functie van de onroerende en hypothecaire publiciteit gaat een stap verder. Het betreft hier enkel de publiciteit op het hy-

potheekkantoor. Aan deze publiciteit worden immers belangwekkende juridische gevolgen verbonden betreffende de tegenwerpelijheid van rechtshandelingen die worden gesteld aangaande onroerende goederen, zowel in verband met de overdracht of aanwijzing van onroerende zakelijke rechten, zoals een verkoop, als in verband met de vestiging van zakelijke zekerheden op onroerende goederen, zoals een hypotheek. Hier is de onroerende en hypothecaire publiciteit geen loutere databank meer, maar vervult zij een cruciale rol in het economisch verkeer inzake onroerende goederen. Het zal immers van de publiciteit afhangen of men de rechten die men beweert te hebben, als eigenaar of als bevoorrechte of hypothecaire schuldeiser, tegenover derden zal kunnen laten gelden. Het belang van de publiciteit kan op dit vlak niet worden overschat. Het wordt alles (indien tijdige publiciteit) of niets (indien geen of te late publiciteit).

Het ligt voor de hand dat deze gegevens essentieel zijn voor diegene die van plan is een huis te kopen. Op grond van het publiciteitssysteem kan hij nagaan of de verkoper wel eigenaar is op een wijze die aan derden tegenwerpelij is, of het goed is bezwaard met hypotheek of andere lasten, zoals overgeschreven beslagen. Na de aankoop wordt de publiciteit voor de nieuwe eigenaar even belangrijk, teneinde zijn eigendomsrecht tegenover de buitenwereld te kunnen tegenwerpen. Deze publiciteit is ook cruciaal voor schuldeisers die een zakelijke zekerheid op een onroerend goed hebben. De inschrijving van het voorrecht of de hypotheek is noodzakelijk opdat deze zekerheid kan worden ingeroepen tegenover derden.

4. In een *eerste gedeelte* van deze bijdrage wordt de *organisatie van de onroerende en hypothecaire publiciteit*, op hypotheekkantoor (A), registratiekantoor (B) en kadaster (C) bekeken. Hieruit zal blijken in welke mate het bestaande systeem voldoet voor de realisatie van de doelstelling van het eerste niveau, de functie als loutere databank en informatiebron, onder meer voor de schuldeiser op zoek naar beslagbare goederen. Met betrekking tot het hypotheekkantoor is dit eerste gedeelte uiteraard ook cruciaal voor de problematiek van het tweede niveau, zijnde de tegenwerpelijheid, die immers wezenlijk wordt beïnvloed door de publiciteit.

De precieze *gevolgen van de onroerende en hypothecaire publiciteit op het hypotheekkantoor* voor de tegenwerpelijheid van beweerd rechten op onroerende goederen worden besproken in het *tweede gedeelte* van deze bijdrage.

1. ORGANISATIE

5. In dit eerste gedeelte wordt allereerst de publiciteit op het hypotheekkantoor (A) besproken, omdat deze de kern vormt van onze onroerende publiciteit, tenminste vanuit privaatrechtelijk perspectief. Registratie (B) en kadaster (C) zijn in eerste instantie fiscale organisaties, die evenwel van-

¹ VERBEKE, A., «Informatie over andermans vermogen. Belangenafweging tussen het recht op privacy van de schuldenaar en het recht op informatie van de schuldeiser», *R.W.*, 1993-1994, 1140-1141, § 9, nr. 3.

uit het oogpunt van informatie over het vermogen een belangrijke aanvullende functie vervullen.

A. Hypotheekkantoor

1° Vier kenmerken: archaisch, personeel, lacuneus en negatief

6. De kritiek op het bij ons geldende systeem van onroerende en hypothecaire publiciteit komt goed tot uiting in vier kernwoorden die telkens een zekere deficiëntie van het systeem weergeven: ²

- *archaisch*: veel wordt nog met de hand geschreven, te weinig geïnformatiseerd;
- *personeel*: basiscriterium is niet het onroerend goed, maar wel de persoon die houder is van een zakelijk recht;
- *lacuneus*: niet alle overgangen van onroerend goed, niet alle voor derden belangrijke informatie wordt publiek gemaakt;
- *negatief*: de overschrijving heeft enkel gevolgen voor de tegenwerpelijheid van de rechtshandeling en raakt niet aan de intrinsieke geldigheid daarvan; door een overschrijving of inschrijving zal een gebrek in de titel niet worden gedekt.

a) *Archaisch*

7. Het bestaande systeem van onroerende en hypothecaire publiciteit is op een vrij archaische wijze georganiseerd. Immers, de akten aangeboden ter overschrijving worden volledig en letterlijk met de hand afgeschreven. De borderellen (een soort van samenvatting van de hypotheekakte) aangeboden ter inschrijving, worden ook letterlijk afgeschreven. De praktische manier van werken op onze hypotheekkantoren doet dus verouderd aan. Het met de hand verzorgen van de publiciteit der overschrijving en inschrijving lokt bij velen kritiek uit op het vlak van efficiëntie, veiligheid, geheimhouding. Dergelijke werkwijze is tijdrovend en duur en kan aanleiding geven tot vergissingen en leemten.

Evenwel moet aan ons actueel hypothecair systeem en vooral aan de werking van onze hypotheekkantoren, de eer toekomen die deze ongetwijfeld verdienen: alles wordt op een eenvoudige manier teruggevonden en in de praktijk komen relatief weinig fouten voor.

8. Daarenboven dient men zich goed te realiseren dat men in theorie mooi praten heeft. «Zet alles op computer en de zaak is opgelost», is veel gemakkelijker gezegd dan gedaan en getuigt van weinig voeling met de concrete problemen die zo een omvorming met zich meebrengt. Dergelijk project van informatisering is een werk van lange adem en van ontelbare praktische moeilijkheden, om nog niet te spreken van bijkomende juridische problemen, zoals de vraag naar de aansprakelijkheid bij een computercrash of aantasting door een virus, waardoor gegevens worden gewist of onopgemerkt fouten in het programma sluipen. ³

² DIRIX, E. en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 83-85.

³ Vergelijk WERDEFROY, F., «Hypothecaire informatie», in *Voor vrij en onbezwaard. Notariële dagen van Mechelen*, 1988, 41 in fine.

Dat deze aansporing tot voorzichtigheid en doordacht-heid terecht is, moge blijken uit het feit dat tot op heden voor de wet van 9 februari 1995 tot wijziging van de Hypotheekwet, ⁴ die de modernisering van het hypothecair systeem tot doel had, nog steeds geen uitvoeringsbesluiten zijn verschenen. Blijkbaar heeft het overmoedige enthousiasme van de Minister die in 1994 verklaarde dat het nieuwe systeem van opname van akten onderworpen aan hypothecaire publiciteit in een speciaal beveiligd computerbestand, binnen twee tot drie jaar ten volle operationeel zou moeten zijn, ⁵ plaats geruimd voor een nuchter realisme. Met spijt moet opnieuw worden vastgesteld dat het in dit land bijzonder moeilijk blijkt te zijn om omvattende hervormingen op een efficiënte en realistische wijze door te voeren, zeker als de geplande hervorming precies de verhoging van efficiëntie beoogt.

9. In de (nog niet in werking getreden) artt. 135 tot 138 Hyp.W. wordt bepaald op welke wijze de hypothecaire bescheiden voortaan moeten worden gehouden en bewaard. In de (nog niet in werking getreden) artt. 139 tot 143 Hyp.W. wordt een nieuwe regeling ingevoerd met betrekking tot de vermelding van partijen in de notariële akten onderworpen aan hypothecaire publiciteit, alsook met betrekking tot de identificatie van de onroerende goederen zelf. Tevens wordt de mogelijkheid geboden om een regeling uit te werken met het oog op uniformiteit voor het aanvragen van hypothecaire getuigsschriften. In het (nog niet in werking getreden) art. 144 Hyp.W. wordt de mogelijkheid geboden aan de Koning om de materiële vormen van de hypothecaire publiciteit te regelen. Op die manier zou het mogelijk moeten zijn om het systeem te moderniseren op een soepele en efficiënte wijze, snel inspeland op de evoluties van nieuwe technieken. Andere wijzigingen aangebracht door deze wet van 9 februari 1995 zijn een (nog niet in werking getreden) aanpassing van de artt. 1 en 2 Hyp.W. (zie *infra*), evenals een (nog niet in werking getreden) aanpassing van art. 123 Hyp.W. (zie *infra*).

b) *Personeel*

10. Aangezien het gaat over het opslaan van informatie over onroerende goederen, zou men kunnen verwachten dat een dergelijke bodemregistratie zal worden georganiseerd met de onroerende goederen als criterium. Dit is het geval in een grondboekstelsel, dat wordt opgebouwd met de per-

⁴ Wet van 9 februari 1995 tot wijziging van de hypotheekwet van 16 december 1851, B.S., 18 maart 1995. Deze wet vult de Hypotheekwet aan met de hoofdstukken X, XI en XII die de artt. 135 tot 144 Hyp.W. omvatten. Zie over deze wet onder meer bij BYTTEBIER, J., «Nieuwigheden inzake de hypotheekwet», *Waarvan akte*, 1995, 160-163; ENGELS, C., «De wet van 9 februari 1995 tot wijziging van de hypotheekwet van 16 december 1851: een gemiste kans of een nieuwe aanloop?», *T. Not.*, 1995, 493-516 en «Une occasion manquée ou un nouvel élan?», *Chronique de droit à l'usage du notariat*, XXIV, 24 oktober 1996, 203-239; MARTINY, J., «Loi à objectif limité: assurer la modernisation des formalités hypothécaires», *Chronique de droit à l'usage du notariat*, XXIV, 24 oktober 1996, 243-254; MICHIELS, D., «Wijzigingen in de hypotheekwet», *R. W.*, 1995-1996, 5-10; VERBEKE, A., «De hypotheekwet. Kaas met gaten», *T.B.B.R.*, 1995, 428-466.

⁵ Verslag DE Vlieghe, *Gedr. St., Kamer*, 1993-1994, nr. 1505/2, p. 4 medio.

celen grond of gebouwen als criterium (zoals bv. in Duitsland het geval is).⁶ Wie informatie opvraagt, dient dan de identificatie van het goed te geven waarvan hij het juridische statuut wil kennen.⁷ Aldus verkrijgt men dan een precieze inzage in alle rechten, lasten en inschrijvingen omtrent dit onroerend goed.

11. In België berust de organisatie van het hypotheekkantoor evenwel op een criterium van identificatie van personen in plaats van onroerende goederen. Men kan slechts gegevens krijgen van de hypotheekbewaarder indien men de opzoeken doet op naam van een welbepaalde persoon met betrekking tot één of meer onroerende goederen. Een hypothecair getuigschrift moet schriftelijk worden aangevraagd (zie art. 127 Hyp.W.).⁸ De naam van de persoon moet correct geschreven zijn, daar enkel op die naam zal worden gezocht. Ook de goederen waaromtrent opzoeking wordt verzocht, moeten worden geïdentificeerd, tenzij men een opzoeking vraagt voor alle onroerende goederen in het ressort van de hypotheekbewaarder.⁹

Tevens zal men moeten aanduiden over welke aspecten men precies informatie wil verkrijgen. Zo vraagt de notaris een hypothecair getuigschrift, ten laste van de door hem aangeduide personen en op de door hem aangeduide onroerende goederen, bevattende, met de kantmeldingen: een analytische staat van de niet vervallen noch doorgehaalde inschrijvingen; de aanduiding van akten en vonnissen houdende overdracht of aanwijzing van zakelijke rechten - verwervingen inbegrepen - alsook van huurovereenkomsten en andere documenten overgeschreven sinds 30 jaar; de aanduiding van de geldig bestaande bevelen tot betaling en van de beslagleggingen. Eventueel kunnen bepaalde van voornoemde aspecten worden geschrapt, b.v. de verwervingen.

12. Dergelijk personeel systeem heeft diverse nadelen:

- Het criterium van de persoon die bepaalde rechten heeft op een bepaald goed is veel labiel dan het criterium van het onroerend goed zelf.
- Identificatie van een persoon die rechten heeft op een bepaald goed is overigens op zichzelf al moeilijker dan identificatie van het onroerend goed, b.v. gelet op situaties van mede-eigendom.
- Soms is de actuele eigenaar niet gekend, omdat bepaalde eigendomsovergangen niet in de registers worden gepubliceerd, b.v. na overlijden of door verjaring (zie *infra* inzake het lacuneuze karakter van ons systeem).
- Opzoeken die enkel tegen de huidige eigenaar worden gedaan, kunnen een verkeerd beeld scheppen over het

⁶ Zie daarover het preadvies van M.E. STORME elders in dit nummer.

⁷ Zie bv. ook in het Oostenrijkse Grundbuch-systeem (WEEGER, O., «Bericht über das Grundbuch in Österreich», in *Voor vrij en onbezwaard*, Notariële dagen van Mechelen, 1988, 125-134).

⁸ Zie MICHIELSEN, A., «Het aanvragen van een hypothecair getuigschrift», *T.Not.*, 1980, 5-20.

⁹ DIRIX, E. en DE CORTE, R., *o.c.*, 107-108, nr. 189. Op die manier zou een schuldeiser informatie kunnen proberen te bekomen omtrent het feit of zijn debiteur in een bepaald arrondissement al dan niet houder is van onroerende zakelijke rechten. Een betere informatiebron hiervoor vormt het registratiekantoor (zie verder in B).

juridisch statuut van het goed. Aangezien inschrijvingen dertig jaar geldig blijven en slechts uiterlijk binnen de dertig jaar na overschrijving van diens titel moeten worden hernieuwd tegen de nieuwe eigenaar (art. 90, tweede lid, Hyp.W.), zal maar een correct beeld van de inschrijvingen die het onroerend goed bezwaren, worden verkregen indien men een opzoeking doet tegen alle opeenvolgende eigenaars van de laatste dertig jaar. Bij een verkoop zal de notaris dus een dertigjarige hypothecaire staat lichten tegen al deze eigenaars. Precies om die keten van eigenaars te kunnen samenstellen, bestaat de verplichting om in elke notariële akte van onder meer verkoop, ruiling, schenking, de eigendomstitel van de vorige eigenaar op te nemen. In het nieuwe art. 141, derde lid, Hyp.W. (nog niet in werking) wordt deze verplichting terecht uitgebreid tot elke akte of elk stuk waarvan de openbaarmaking vereist is en wordt eveneens opgelegd om in elk geval de laatst overgeschreven titel te vermelden indien deze minder dan dertig jaar oud is, hetgeen nu al gebeurt in de praktijk.

- Soms zal zelfs een dertigjarige staat niet volstaan om het precieze statuut van het goed te kennen. Dit is b.v. zo indien het goed bezwaard is met een recht van opstal of erfpacht dat al meer dan dertig jaar geleden is overgeschreven.
- Een uitzondering op het voorgaande is uitdrukkelijk ingevoerd door de wet van 30 juni 1994 inzake mede-eigendom. Voor overschrijvingen van de basisakte en het reglement van mede-eigendom (samen de statuten), in het kader van appartementsmede-eigendom, noodzakelijk voor de tegenwerpelijke aan derden daarvan, alsook om aan de vereniging van mede-eigenaars rechtspersoonlijkheid te geven, wordt in art. 127, derde lid, Hyp.W. bepaald dat de hypotheekbewaarder in zijn getuigschrift melding dient te maken van deze akten en de wijzigingen daaraan, ongeacht de datum van deze akten en de overschrijving ervan, dus ook als deze meer dan dertig jaar oud zijn. De aanvrager dient zijn verzoek niet te specificeren. De hypotheekbewaarder moet, zolang de mede-eigendom bestaat, melding maken van de statuten en de wijzigingen ervan.

c) *Lacuneus*

Bekend is de kritiek dat enkel akten onder de levenden worden overgeschreven, zodat eigendomsovergangen bij overlijden niet bekend worden gemaakt in de registers van het hypotheekkantoor. In de huidige stand van zaken zal men zich moeten behelpen met de informatie die te vinden is op het registratiekantoor (zie B). Maar ook andere eigendomsovergangen, zoals die krachtens feiten of ingevolge een wettelijke bepaling, worden niet bekendgemaakt. Zie meer uitvoerig hierover bij de bespreking van de overschrijving.

d) *Negatief*

13. De hypothecaire formaliteiten hebben een louter administratieve werking met het oog op de tegenwerpelijke van de gepubliceerde gegevens en sorteren geen enkel effect ten aanzien van de intrinsieke waarde van de akten en overeenkomsten. De interne geldigheid tussen partijen en de publiciteit voor de tegenwerpelijke aan derden door overschrijving of inschrijving staan totaal los van elkaar. Eventuele gebreken in de akte zullen nooit worden gedekt door

het feit dat de betrokken akte is gepubliceerd. Deze problematiek van de tegenwerpelijheid wordt nader uiteengezet in het tweede gedeelte van dit preadvies.

14. Toch kan men stellen dat de hypothecaire publiciteit in zekere mate een bijkomende waarborg biedt inzake de geldigheid van de overeenkomsten, om de eenvoudige reden dat enkel authentieke akten kunnen worden openbaar gemaakt in het hypotheekkantoor, hetgeen toch een zekere bijkomende garantie inhoudt ten gevolge van de tussenkomst van notaris of rechter.

2° Soorten publiciteit: overschrijving, inschrijving en kantmelding

15. In art. 124 Hyp.W. wordt bepaald dat de hypotheekbewaarders de volgende registers moeten houden: een register van neerlegging, registers van overschrijving en registers van inschrijving.¹⁰ Deze registers, ook formaliteitsregisters genaamd, zijn authentieke akten in de zin van art. 1317 e.v. B.W., aangezien zij worden opgemaakt in de wettelijke vorm voor openbare ambtenaren die daartoe bevoegd zijn.¹¹ Krachtens art. 1319 B.W. hebben deze registers authentieke bewijswaarde. Dit heeft tot gevolg dat wanneer men dit wil aanvechten, een procedure is vereist van valsheid in geschriften.

Artikel 125 Hyp.W. vermeldt daarnaast ook nog een register waarin in alfabetische volgorde de namen van alle eigenaars wordt opgenomen met verwijzing naar de desbetreffende registers. Dit register is een werkinstrument voor de hypotheekbewaarder dat geen rol speelt in het raam van de tegenwerpelijheid aan derden.

16. De beoogde publiciteit komt op het hypotheekkantoor tot stand door *overschrijving* van de overdracht en aanwijzing van onroerende zakelijke rechten; *inschrijving* van bepaalde onroerende voorrechten en hypotheeken; *randmelding* of *kantmelding* van bepaalde gegevens op de kant van de overschrijving of op de kant van de inschrijving.

a) Overschrijving

17. Luidens art. 1 Hyp.W. worden alle akten onder de levenden, om niet of onder bezwarende titel, tot overdracht of aanwijzing van onroerende zakelijke rechten, andere dan voorrechten en hypotheeken, met inbegrip van de authentieke akten bedoeld in de artt. 577-4, §1 en 577-13, §4, B.W., alsmede van de daarin aangebrachte wijzigingen, in hun geheel overgeschreven op het hypotheekkantoor. Hetzelfde geldt voor de in kracht van gewijsde gegane vonnissen die gelden als overeenkomst of als titel voor de overdracht van die rechten, alsook op akten van afstand van die rechten en op de huurcontracten die voor langer dan negen jaar zijn aangegaan of kwijting inhouden van ten minste drie jaar huur.

¹⁰ Voor een uitvoerige bespreking, zie: BYTTEBIER, J., «Artikel 124 Hyp.W.», in *Comm. Voorr.*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 1-8.

¹¹ BELTJENS, G., *Encyclopédie du droit civil belge, I. Code Civil, III*, Brussel, Bruylant, 1905, 690, nr. 6; DE PAGE, H., *Traité*, II, nr. 931; DIRIX, E. en DE CORTE, R., *o.c.*, 105-106.

(i) Snelle overschrijving

18. Elke belanghebbende kan de overschrijving van de akte vorderen. Voor partijen is de overschrijving geen verplichting. Voor hen geldt evenwel de fiscale verplichting tot registratie van de eigendomsoverdracht binnen een termijn van vier maanden (art. 32, 4°, W.Reg.). Daarentegen is, in tegenstelling tot de hypothecaire inschrijving, inzake de overschrijving in art. 2 Hyp.W. uitdrukkelijk bepaald dat sommigen, met name de notarissen en al degenen, openbare ambtenaren of anderen,¹² die belast zijn met het verlenen van authenticiteit aan de akten die aan overschrijving zijn onderworpen, dat zij de overschrijving moeten vorderen binnen twee (drie) maanden na de datum van deze akte.

19. Gelet op het belang van de overschrijving voor de tegenwerpelijheid van de overdracht aan derden (zie daarover in het tweede gedeelte), vormt de periode tussen de akte en de overschrijving ervan een bron van rechtsonzekerheid. De actuele wettelijke termijnen van twee of drie maanden zijn eigenlijk veel te lang. Dit vormt een aspect van het bekende probleem van de 'dode hoek': tussen het verlijden van b.v. de aankoopakte en de publiciteit daarvan verloopt een lange tijd waarbinnen de rechten van de koper nog kunnen worden geprimeerd door rechten van anderen die eerder tot publiciteit overgaan, b.v. een beslagleggende schuldeiser van de verkoper.¹³

De oplossing voor dit aspect van de dode hoek bestaat erin dat de termijnen waarbinnen de akten moeten worden overgeschreven, worden verminderd tot b.v. één maand of eventueel vijftien dagen, naar analogie met de voorgeschreven termijn inzake registratie van notariële akten. Voor inschrijvingen wordt meestal, in het verlengde van art. 19, tweede lid, Faill.W., een termijn van vijftien dagen opgelegd in de verbintenis 'goed voor grosse' die de notaris aangaat.¹⁴ Toch moet men voor de overschrijvingen niet wachten op een termijnvermindering. De akte kan voor registratie worden overgeschreven (art. 173, 1° W.Reg.). Aldus betoogt een auteur dat er geen termijn voor overschrijving en inschrijving kan worden aanvaard: dit dient onmiddellijk te gebeuren, zondig zelfs ter plaatse op het hypotheekkantoor.¹⁵ Alhoewel men hierbij toch rekening moet houden met de praktische en organisatorische kant van de zaak voor de notaris, blijft de beste oplossing inderdaad, zeker in theorie, een zo snel mogelijke bekendmaking van de verleden akte.

20. Een tweede, chronologisch voorafgaand, aspect van de dode hoek volgt uit het feit dat bij aanvraag van een hypothecaire staat de toestand op datum van de aanvraag wordt meegedeeld, zodat er bij ontvangst van de staat hoe dan ook

¹² Voor voorbeelden hiervan, zie BYTTEBIER, J., «Over uitzonderlijke notarissen gesproken», in *Liber amicorum Henri Du FAUX en Jean DE VROE, Notarius*, 1996, 284-290.

¹³ Voor een praktijkillustratie van dit probleem, zie VERBEKE, A., «Vrijwillige zuivering niet absoluut risicoloos», in *Liber amicorum Henri Du FAUX en Jean DE VROE, Notarius*, 1996, 350-355.

¹⁴ Zie daarover VERBEKE, A., m.m.v. DE CORTE, R. en PEETERS, I., *Recente ontwikkelingen inzake voorrechten, hypotheeken en andere zekerheden*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 60-62, nr. 99.

¹⁵ VAN SOEST, H., «L'angle mort», *Chronique de droit à l'usage du notariat*, XXIV, 24 oktober 1996, 17.

een periode is waaromtrent de aanvrager geen zekerheid heeft. Bovendien wordt de akte natuurlijk niet verleden op de datum van ontvangst van de hypothecaire staat, maar vaak enkele weken later.

De oplossing voor dit tweede aspect van de dode hoek zijn de officiële opzoeken op de dag zelf van het verlijden van de akte, door de notaris of zijn medewerker zelf gedaan aan de toog van het hypotheekkantoor (hetgeen niet overal kan), of de mededelingen die het hypotheekkantoor per telefoon of per fax verstrekt op de dag van het verlijden van de akte. Het spreekt voor zich dat dergelijke officiële opzoeking de aansprakelijkheid van de hypotheekbewaarder niet in het gedrang kan brengen en derhalve geen absolute zekerheid kan bieden.¹⁶ Een officieel aanvullend super-dringend hypotheccair getuigschrift zou dit probleem kunnen oplossen.¹⁷

(ii) Integrale overschrijving

21. De publiciteit van de overschrijving bestaat uit de integrale overschrijving van de akte in zijn totaliteit. Bij de (nog niet in werking getreden) aanvulling en wijziging van de hypotheekwet krachtens de wet van 9 februari 1995 werd gestipuleerd dat in art. 1 Hyp.W. de woorden «in hun geheel» worden geschrapt. Deze ongelukkige wetwijziging werd door de meeste rechtsleer afgekeurd.¹⁸ Allereerst rijst de vraag hoe en door wie¹⁹ op objectieve wijze zal worden vastgesteld welke gedeelten van een akte zo manifest overbodig zijn, dat zij niet moeten worden overgeschreven. Het is uiterst moeilijk *in abstracto* vast te stellen welke gedeelten van een notariële akte onbelangrijk zijn en niet moeten worden overgeschreven. Elke clausule in een notariële akte heeft haar specifieke betekenis en moet telkens worden beoordeeld volgens de concrete gegevens van het dossier.²⁰

22. Daarnaast is het niet duidelijk wat de precieze gevolgen zijn van de overschrijving van een gedeelte van de akte, inzake de tegenwerpelijheid van deze akte.²¹ Een logische conclusie lijkt te zijn dat de niet-overgeschreven gedeelten niet tegenwerpelijk zijn aan derden te goeder trouw.²² Ervan uitgaan dat een akte vanaf haar gedeeltelijke overschrijving integraal tegenwerpelijk is aan derden, betekent een ingrijpende verandering aan het bestaande systeem van hypotheccaire publiciteit. Op die manier zouden derden met de

volledige akte rekening moeten houden, terwijl zij slechts een deel kunnen inzien in de registers van het hypotheekkantoor.²³ Een dergelijke regeling is onaanvaardbaar. Dit geeft automatisch aanleiding tot pogingen om de notariële akte in haar geheel, eventueel de niet-overgeschreven gedeelten, te consulteren bij de notaris voor wiens ambt de akte is verleden. Het is echter duidelijk dat dit op zijn minst delicaat zoniet onmogelijk zal zijn, gelet op het beroepsgeheim van de notaris.

23. Naar verluidt, zou het evenwel «in het geheel» niet de bedoeling zijn om het betreffende art. van de wet van 9 februari 1995 ooit in werking te laten treden: het K.B. dat deze inwerkingtreding moet regelen zou eenvoudig nooit tot stand komen. Wat er ook van zij, een snelle opheffing van de kwestieuze wettelijke bepaling is geraadzaam.

24. Toch mag men niet uit het oog verliezen dat ook in de huidige stand van zaken in een aantal gevallen niet de volledige akte wordt overgeschreven. In twee gevallen wordt dit uitdrukkelijk door de wetgever geregeld:

Indien dezelfde akte betrekking heeft op onroerende goederen die zijn gelegen in het ambtsgebied van verschillende hypotheekkantoren, dan dient de akte niet in elk van deze kantoren integraal te worden overgeschreven. Overeenkomstig art. 2, derde lid, *in fine* Hyp.W. kan de overschrijving worden gevraagd onder overlegging van een woordelijk uittreksel, waarin de tekst van de akte in zijn geheel wordt weergegeven, met uitzondering van de omstandige beschrijving van de onroerende goederen die zijn gelegen buiten de kring van het betreffende hypotheekkantoor.

Hierbij kan worden opgemerkt dat art. 2, derde lid, Hyp.W. door de wet van 9 februari 1995 is gewijzigd in die zin dat het laatste gedeelte van deze bepaling omtrent de mogelijkheid van een gedeeltelijke overschrijving van de akte wordt geschrapt. Dit is logisch, daar de genoemde wet ook regelt dat in art. 1 Hyp.W. het vereiste van overschrijving van de akte in zijn geheel wordt geschrapt. Gelet op hetgeen daaromtrent hierboven is gezegd, met name opheffing van deze nieuwe wettelijke bepaling, zou dan ook best deze wijziging van art. 2, derde lid, Hyp.W. worden opgeheven, zodat de oude, nu nog geldende tekst, zoals hiervoren weergegeven, van kracht blijft.

Ten tweede wordt in art. 1287, vijfde lid, Ger.W. bepaald dat een letterlijk uittreksel van de (regelings)akte in het raam van een echtscheiding door onderlinge toestemming, voor zover zij betrekking heeft op onroerende goederen, moet worden overgeschreven op het hypotheekkantoor van het rechtsgebied waarbinnen de goederen zijn gelegen. Het valt af te keuren dat dergelijke wettelijk geregelde afwijking niet is opgenomen in de Hypotheekwet. Met het oog op overzichtelijkheid van de wetgeving inzake onroerende publiciteit ware het wenselijk dat ofwel deze afwijking wordt ingevoegd in art. 1 Hyp.W., met een verwijzing hiernaar in art. 1287 Ger.W., ofwel dat minstens in art. 1 Hyp.W. wordt verwezen naar de afwijking bepaald in art. 1287 Ger.W.

¹⁶ *Rép. Not.*, X/1, nr. 3418.

¹⁷ Zie WERDERFROY, F., «Hypotheccaire informatie», in *Voor vrij en onbezwaard, Notariële dagen van Mechelen*, 1988, 43 en ook 36 *in fine*.

¹⁸ BYTTEBIER, J., *o.c.*, *Waarvan akte*, 1995, 162; ENGELS, C., *o.c.*, *TNot.*, 1995, 512-514; VAN HEUVERSWEYN, C., «De overschrijving», in *De gewijzigde Hypotheekwet en de wijzigingen aan de Wet op het Hypotheccair Krediet*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 81-83; VERBEKE, A., *o.c.*, *T.B.B.R.*, 1995, 442-444.

¹⁹ Cf. DE PAGE, H., *Traité*, VII, nr. 957 *in fine*.

²⁰ MICHIELS, D., *o.c.*, *R.W.*, 1995-96, 9, nr. 22; VERBEKE, A. en PEETERS, I., *Vijf jaar voorrechten, hypotheccen en andere zekerheden*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 335, nr. 588.

²¹ Voor de algemene bespreking inzake tegenwerpelijheid en overschrijving, zie *infra*, II.

²² BYTTEBIER, J., *o.c.*, *Waarvan Akte*, 1995, 162; ENGELS, C., *o.c.*, *T. Not.*, 1995, 513, nr. 61 *in fine*.

²³ MICHIELS, D., *o.c.*, *R.W.*, 1995-1996, 9, nr. 22 *in fine*; VERBEKE, A. en PEETERS, I., *o.c.*, 335, nr. 588.

25. In een aantal gevallen wordt ook, buiten een expliciete wettelijke grondslag, aangenomen dat de akte niet in zijn geheel moet worden overgeschreven. Indien eenzelfde akte verscheidene en van elkaar onafhankelijke overeenkomsten omvat, wordt aanvaard dat aan de hypotheekbewaarder een beperkte uitgifte ter overschrijving wordt aangeboden, beperkt tot de overeenkomst die betrekking heeft op onroerende goederen.²⁴ Hierbij kan worden gedacht aan een akte houdende zowel de verkoop van roerende als van onroerende goederen tegen twee afzonderlijke verkoopprijzen, als ook een akte houdende enerzijds in een afzonderlijk onderdeel de schenking van een onroerend goed en in een tweede onderdeel de schenking van roerende goederen.

26. Deze laatste praktijk is eigenlijk gebaseerd op dezelfde idee die ten grondslag ligt aan het genoemde art. 1287 Ger.W. De achterliggende filosofie is dat een integrale overschrijving geen zin heeft in de mate dat de akte ook, op een duidelijk onderscheiden wijze, op andere dan onroerende goederen betrekking heeft. De niet-overschrijving van deze andere gedeelten kan dan geraadzaam zijn, zowel met het oog op kostenbesparing als vanuit de doelstelling overbodige publiciteit te vermijden en de nodige discretie te vrijwaren. In het raam van een regelingsakte bij echtscheiding door onderlinge toestemming lijkt deze behoefte aan discretie nogal evident, omdat in dergelijke akte tal van persoonlijke aangelegenheden worden geregeld.

27. Op te merken valt dat voor een procedure van grote wijziging van huwelijkse voorwaarden niet is voorzien in een regeling naar analogie van art. 1287 Ger.W. dat voorlegging van een uittreksel ter overschrijving toestaat. Aldus dient men de akte waaruit overgang van onroerende zakelijke rechten blijkt, over te schrijven.²⁵ Dit kan de regelingsakte zijn (b.v. bij overgang van gemeenschap naar scheiding wordt een gemeenschapsgoed toebedeeld aan de vrouw en verder is in de wijzigingsakte van scheiding van goederen geen sprake van onroerende goederen), of de wijzigingsakte (bij overgang van scheiding naar gemeenschap wordt een goed van de man ingebracht in de gemeenschap). Soms worden beide verleden in één en dezelfde akte.²⁶ Indien enkel de regelingsakte wordt overgeschreven (eerste voorbeeld), zou kunnen worden bepleit om een analoge regeling toe te passen als bij echtscheiding door onderlinge toestemming. Ook hier kunnen immers overeenkomsten over diverse aspecten in de regelingsakte worden opgenomen, zodat enkel de passages betreffende onroerende goederen zouden moeten worden overgeschreven. Indien de wijzigingsakte moet worden overgeschreven (tweede voorbeeld), dan lijkt het dat de akte in zijn geheel moet worden overgeschreven. Het verschil bestaat erin dat de wijzigingsakte een globale overeenkomst is betreffende de huwelijkse vermogenssituatie.

²⁴ DELANGRE, J., «Les droits et les devoirs du conservateur des hypothèques», *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1998, nr. 24.776, 65, nr. 21.

²⁵ CASMAN, H., *Notarieel familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 160, nr. 471.

²⁶ Comité voor Studie en Wetgeving, dossier nr. 1865 (1985), 180.

(iii) Verplichte overschrijving

28. *Verplichte overschrijving en tegenwerpelijheid - Verwijzing naar II* - Met toepassing van art. 1 Hyp.W. en van een aantal andere wetsbepalingen moeten bepaalde akten worden overgeschreven opdat zij aan derden te goeder trouw met een concurrerend recht kunnen worden tegengeworpen. Dit is een zeer belangrijke vaststelling. De verplichting van overschrijving is ingegeven door een bezorgdheid om de rechten van derden te beschermen. Diegene die rechten put uit de betrokken akten zal deze beweerde rechten slechts kunnen laten gelden tegenover een derde indien hij de moeite heeft gedaan deze rechten bekend te maken op een door de wetgever geregelde wijze, namelijk door overschrijving van zijn akte in de registers van het hypotheekkantoor.

Zoals in II zal worden uiteengezet, vormt de regel dat een recht slechts tegenwerpelijk is door overschrijving een uitzondering op de normale tegenwerpelijheidsregels van gemeen recht. Als uitzondering moet deze bepaling dus restrictief worden uitgelegd.²⁷ Dit wil zeggen dat akten die niet verplichtend moeten worden overgeschreven, tegenwerpelijk zijn conform het gemene recht.

Men dient dus goed voor ogen te houden dat telkens wanneer wordt bepaald of beslist dat de overschrijving van een bepaalde akte niet verplicht is, dit tot gevolg heeft dat dergelijke akte zonder overschrijving aan om het even welke derde tegenwerpelijk is conform het gemene recht. Omgekeerd zal de stellingname dat een bepaalde akte verplicht zou moeten worden overgeschreven, tot gevolg hebben dat de tegenwerpelijheidsregeling van art. 1 Hyp.W. van toepassing zal zijn, zodat bij niet-overschrijving van dergelijke akte de daaruit volgende rechten in de regel niet aan derden zullen kunnen worden tegengeworpen.

29. *Verplichte overschrijving - beknopt overzicht* - Luidens art. 1 Hyp.W. moeten de volgende akten worden overgeschreven:

- Alle akten onder de levenden, om niet of onder bezwarende titel, tot overdracht of aanwijzing van onroerende zakelijke rechten (andere dan voorrechten en hypotheken) (art. 1, eerste lid, Hyp.W.);
- De authentieke akten bedoeld in de artt. 577-4, §1 en 577-13, §4, B.W. en de wijzigingen aan dergelijke akten. Het betreft hier enerzijds de basisakte en het reglement van mede-eigendom die samen de statuten van een appartementsgebouw uitmaken en anderzijds de notariële akte tot afsluiting van de vereffening van een ontbonden vereniging van mede-eigenaars (art. 1, eerste lid, *in fine* Hyp.W.);
- In kracht van gewijsde gegane vonnissen die gelden als overeenkomst of als titel voor de overdracht of afstand (maar ook vestiging) van onroerende zakelijke rechten (art. 1, tweede lid, Hyp.W.);
- De akten van afstand van onroerende zakelijke rechten (art. 1, tweede lid, Hyp.W.);
- De huurcontracten die voor langer dan negen jaar zijn aangegaan of kwijting inhouden van ten minste drie jaar huur (art. 1, tweede lid, *in fine*, Hyp.W.).

²⁷ BYTTEBIER, K., *Voorrechten en hypotheeken in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1997, 66; DE PAGE, H., *Traité*, VII, nr. 953/2°.

Ingevolge wetsbepalingen buiten de Hypotheekwet, moeten ook de volgende akten worden overgeschreven:

- Overeenkomsten om in onverdeeldheid te blijven (met betrekking tot onroerende goederen) (art. 815, derde lid, B.W.);
- De gerechtelijke akten in het raam van een beslagprocedure worden overgeschreven in het bijzonder daartoe gehouden register nummer 73.²⁸ In dit register worden opgenomen: exploten van bewarend beslag op onroerende goederen (art. 1433 Ger.W.); exploten houdende bevel van omzetting van bewarend beslag in uitvoerend beslag (art. 1493 Ger.W.); bevelen voorafgaand aan uitvoerend beslag op onroerende goederen (art. 1564 Ger.W.); vernieuwingen van overschrijvingen van bevelen en van beslagleggingen (artt. 1567 en 1569 Ger.W.); exploten van uitvoerend beslag op onroerende goederen (art. 1569 Ger.W.);
- Bepaalde administratieve besluiten inzake bescherming van monumenten en landschappen;²⁹
- Ten slotte akten in het raam van stedenbouw, ruilverkaveling en urbanisatie.³⁰

30. *Overdracht, aanwijzing en afstand van onroerende zakelijke rechten* - Huurcontracten en mede-eigendom buiten beschouwing gelaten, vereist art. 1 Hyp.W. de overschrijving in geval onder de levenden een overdracht, aanwijzing of afstand van onroerende zakelijke rechten plaatsheeft.

Overdracht (translatief) - Met de overdracht van onroerende zakelijke rechten wordt verwezen naar de situatie waarbij het onroerend zakelijk recht van één houder wordt overgedragen op een andere houder. Het recht verhuist van het ene vermogen naar het andere vermogen. Er is een mutatie. Dergelijke overdracht kan gebeuren onder bezwarende titel (verkoop, minnelijke ontbinding van de verkoop,³¹ overdracht van vorderingen tot nietigverklaring en ontbinding van verkoop,³² ruiling, inbetalinggeving van een onroerend goed, inbreng in vennootschap, inbreng in huwelijksvermogensrechtelijk gemeenschappelijk vermogen, huwelijkscontract van algehele gemeenschap van goederen indien een echtgenoot eigenaar is van onroerende goederen) of om niet (schenking).

Vestiging van vruchtgebruik en dergelijke

Alhoewel niet expliciet vermeld in de Hypotheekwet, worden hieronder ook geacht te vallen de akten van vestiging (en wijziging) van onroerende zakelijke rechten andere dan eigendomsrecht, namelijk vruchtgebruik,³³ recht van ge-

bruik en bewoning, contractuele erfdienstbaarheden, erfpacht en opstal.³⁴

Optreden van een tussenpersoon - Akte van bekrachtiging - zie verder ook inzake vennootschap in oprichting

Wat zijn de gevolgen indien voor één der partijen een vertegenwoordiger is opgetreden in de akte van overdracht, of een zaakwaarnemer of een sterkmaker?

- De eerste hypothese is die van de gewone lastgeving waarbij de lasthebber optreedt binnen de perken van zijn mandaat. Bij onmiddellijke vertegenwoordiging (in naam en voor rekening van) rijst er geen probleem en wordt de akte overgeschreven op naam van de vertegenwoordigde, verkoper of koper. Derden kunnen de volmacht verifiëren die mee wordt overgeschreven (art. 2 Hyp.W.). In geval van mondelinge volmacht bevinden we ons in de hypothese van zaakwaarneming (zie hierna). Bij middellijke vertegenwoordiging van de koper³⁵ (in eigen naam en voor rekening van) zal de akte enkel op naam van de vertegenwoordiger worden overgeschreven, tenzij de naam van de vertegenwoordigde wordt bekendgemaakt in welk geval een overschrijving op beider naam nodig is.³⁶

- De tweede hypothese is die waarbij de vertegenwoordigde niet gebonden is door de akte gesloten door zijn beweerde vertegenwoordiger, met name in geval van zaakwaarneming, sterkmaking of onbevoegde vertegenwoordiging waarbij de lasthebber de grenzen van zijn mandaat overschrijdt. Dergelijke overdracht kan worden bekrachtigd. Een akte van bekrachtiging is nodig wanneer een persoon die niet gebonden is door een rechtshandeling, de gevolgen van deze rechtshandeling voor eigen rekening op zich neemt. Theoretisch bekeken, doet de akte aangegaan door de zaakwaarnemer, sterkmaker of onbevoegde lasthebber geen overdracht totstandkomen, aangezien de toestemming van één der partijen ontbreekt. Overschrijving van deze akte zou dan, in theorie, geen zin hebben. De overdracht komt pas tot stand door de bekrachtiging. Op dat ogenblik is er een 'voltooide' mutatie van onroerende zakelijke rechten. De eerste akte gesloten door zaakwaarnemer, sterkmaker of onbevoegde lasthebber en de akte van bekrachtiging zouden dan derhalve tegelijk moeten worden overgeschreven.³⁷

Tegen deze visie rijzen belangrijke praktische bezwaren, omdat dit ertoe leidt dat de overschrijving van de mutatie wordt vertraagd, alsook dat een stilzwijgende bekrachtiging niet meer mogelijk zou zijn. In de overgrote meerderheid der gevallen is het nochtans zo dat de akte gesloten door sterkmaker, zaakwaarnemer of onbevoegde lasthebber wordt verleden, precies omdat de wederpartij erop vertrouwt en er nagenoeg zeker van is dat de vertegenwoordigde de overdracht zal bekrachtigen. Daarom wordt in de praktijk vrijwel steeds de eerste (te bekrachtigen) akte overgeschreven, vaak zonder dat daarna nog een akte van bekrachtiging wordt verleden en overgeschreven. De genoemde eerste akte wordt over-

²⁸ RPDB, V° *Hypothèques et privilèges immobiliers*, nr. 3461; BYTTEBIER, J., o.c., *Comm. Voorr.*, 7; DIRIX, E., en DE CORTE, R., o.c., 106, nr. 185; *Rép. Not.*, X/1, nr. 3461; VAN ZEGHBROECK, J.G., *Onderzoek naar de structuur en de werking der hypotheekbewaringen*, Wemmel, 1989, 22-23.

²⁹ Sinds de federalisering van deze materie bestaan drie afzonderlijke regelingen voor Brussel, Vlaanderen en Wallonië. Zie hieromtrent BYTTEBIER, K., o.c., 109-117, nrs. 75-80. Zie ook het preadvies van H. CASMAN elders in dit nummer.

³⁰ BYTTEBIER, K., o.c., 117-118, nrs. 81-82; *Rép. Not.*, X/1, 182 e.v., nrs. 226 e.v.; preadvies van H. CASMAN elders in dit nummer.

³¹ Zie meer uitvoerig bij DE PAGE, H., *Traité*, VII, nr. 994.

³² Inzake de ontbinding, zie de nuanceringen bij BYTTEBIER, K., o.c., 88, nr. 47 *in fine*, zich baserend op Laurent.

³³ Dit geldt ook voor de omzetting van het vruchtgebruik dat toe komt aan een langstlevende echtgenoot (zie art. 745*quater* e.v. B.W.).

³⁴ Zie evenwel de kritiek bij DE PAGE, H., *Traité*, VII, nr. 1007; BYTTEBIER, K., o.c., 84-86, nr. 42.

³⁵ Ten aanzien van de verkoper is dit niet mogelijk, daar de partij die optreedt als verkoper zijn eigendomsrecht niet zal kunnen staven.

³⁶ DE PAGE, H., *Traité*, VII, nr. 1002, B *in fine*.

³⁷ DE PAGE, H., *Traité*, VII, nr. 1001, B die ook de tegenstelde opvattingen uiteenzet *sub* A.

geschreven op naam van de vertegenwoordigde, onder voorbehoud van diens bekrachtiging.³⁸ Van een tegenwerpelijke overdracht zal dus slechts sprake zijn vanaf de bekrachtiging door de vertegenwoordiger, die, zoals gezegd stilzwijgend kan geschieden.³⁹ De overschrijving van een bekrachtigingsakte is dus niet verplicht, om de eenvoudige reden dat een bekrachtigingsakte niet verplicht is. Het spreekt natuurlijk voor zichzelf dat het, met het oog op de informatie aan derden en een zo correct mogelijke weergave van het juridisch statuut van het onroerend goed, aan te bevelen valt dat men zich niet zou beperken tot een stilzwijgende bekrachtiging, maar een notariële akte van bekrachtiging zou verlijden en overschrijven. Dergelijke overschrijving kan, gellet op de hierboven uiteengezette theoretische principes, door de hypotheekbewaarder niet worden geweigerd.

• *Aanwijzing (declaratief)* - Akten van aanwijzing van onroerende zakelijke rechten zijn declaratieve rechtshandelingen die ertoe strekken een bestaande rechtsverhouding aan te wijzen, vast te stellen dat het is zoals het is en altijd al geweest is. Dit is zo bij de akte van verdeling, de akte van veiling of licitatie (verkoop bij opbod tussen onverdeelde eigenaars die met een verdeling wordt gelijkgesteld), de akte van naasting (art. 841 B.W.), de regelingsakte in het raam van een echtscheiding door onderlinge toestemming indien er onroerende goederen zijn (art. 1287 Ger.W.). De reden waarom dergelijke akten moeten worden overgeschreven, is gelegen in het feit dat het aanwijzend karakter eigenlijk berust op een fictie van de wetgever. In werkelijkheid vindt er immers wel een overdracht plaats, maar de wetgever zegt dat deze toestand, bij wijze van fictie, van in den beginne altijd heeft bestaan (zie art. 883 B.W.). Het gaat eigenlijk om akten met translatief effect ten aanzien van derden, maar met een terugwerkende kracht tussen partijen.⁴⁰

• *Dadingen*

Over het algemeen wordt aangenomen dat alle akten van dading betreffende een onroerend zakelijk recht als een declaratieve akte moeten worden overgeschreven.⁴¹ Volgens bepaalde auteurs zou een dading die een einde maakt aan een geschil omtrent de identiteit van de houder van een onroerend zakelijk recht echter niet moeten worden overgeschreven, omdat dergelijke akte geen overdracht meebrengt, maar evenmin een aanwijzende akte, is omdat de term aanwijzing enkel betrekking zou hebben op verdelingen en niet op dadingen.⁴² Enkel de dading waarbij als element van de dading door de ene aan de andere partij een onroerend goed wordt overgedragen, zonder dat omtrent het eigendomsrecht over dit goed een geschil bestaat, zou dan als akte van overdracht moeten worden overgeschreven. De gevolgen van deze afwijkende mening zijn niet zonder belang. Indien wordt aanvaard dat dergelijke dading niet moet worden overgeschreven, zal de niet overgeschreven dading tegenover alle

derden tegenwerpelijk zijn conform het gemene recht (zie daarover in II).

• *Akte van bevestiging*

In dit verband dient ook te worden gewezen op de akte van bevestiging van een vernietigbare handeling. Dit is geen akte van aanwijzing, omdat de akte geen overgang tot stand brengt, maar enkel een bestaande toestand bevestigt of consolideert. De bevestigingsakte zou ook geen overschrijving vereisen als akte van afstand van een vordering tot nietigverklaring, omdat enkel de afstand van een onroerend zakelijk recht moet worden overgeschreven.⁴³ De facultatieve overschrijving van dergelijke bevestigingsakte, louter als informatie en zonder gevolgen qua tegenwerpelijkheid, wordt evenwel terecht aanbevolen.

Daarentegen wordt wel betoogd dat de bevestigingsakte van een nietige koopovereenkomst die reeds is overgeschreven, moet worden overgeschreven, omdat hier een afstand voorligt van een vordering tot nietigverklaring van de koopovereenkomst en derhalve afstand van een onroerend zakelijk recht.⁴⁴

Afstand (abdicatief) - Het betreft akten van afstand van een onroerend zakelijk recht die een mutatie van dit recht tot gevolg hebben, met name de overgang naar het vermogen van iemand anders (zie hiervoren).⁴⁵

31. *Plannen bij basisakte* - Omtrent de verplichte overschrijving van de authentieke akten bedoeld in de artt. 577-4, §1 en 577-13, § 4, B.W. en de wijzigingen aan dergelijke akten, moet worden gewezen op het bepaalde in art. 577-5, §1, 2° B.W. Luidens dit artikel «kunnen» de plannen van het gebouw bij de ter overschrijving aangeboden basisakte en het reglement van mede-eigendom als bijlage worden gevoegd in de vorm van een door de notaris voor eensluidend verklaard afschrift. In de praktijk blijkt dat sommige hypotheekbewaarders dit wetsartikel strenger opvatten dan het is en steeds de plannen van het betreffend gebouw als bijlage eisen naar aanleiding van de overschrijving van een basisakte en een reglement van mede-eigendom, met een opmerkelijke meerkost van de overschrijving tot gevolg. Deze houding kan niet worden onderschreven, omdat zij geen steun vindt in de wet. De wet voorziet immers uitdrukkelijk in een mogelijkheid en niet in een verplichting.

32. *Levenslange huur* - Het vereiste van overschrijving van verregaande huurovereenkomsten, die nochtans louter persoonlijke vorderingsrechten doen ontstaan, is gebaseerd op het feit dat huurovereenkomsten met vaste datum, naar gemeen recht, behoudens uitzettingsbeding, door de koper van een onroerend goed moeten worden gerespecteerd (art. 1743 B.W.), zodat «zware» huurcontracten zijn eigendomspositie danig kunnen bezwaren. Dergelijke bezwaring kan aan de koper slechts worden tegengeworpen in de mate dat deze publiek is gemaakt in de registers van het hypotheekkantoor. Bij gebrek aan overschrijving wordt de huurtijd verminderd tot negen jaar. Deze bescherming geldt enkel voor huurcon-

³⁸ DE PAGE, H., *Traité*, VII, nr. 1001, C en D.

³⁹ DE PAGE, H., *Traité*, VII, nr. 1001, *F in fine*. *Contra*: BYTTEBIER, K., o.c., 93, nr. 53 *in fine*, die de tegenwerpelijkheid slechts aanvaardt in geval van overschrijving van een bekrachtigingsakte en derhalve, m.i. ten onrechte, de mogelijkheid van een stilzwijgende bekrachtiging lijkt uit te sluiten.

⁴⁰ DE PAGE, H., *Traité*, VII, nr. 997 *in fine*.

⁴¹ DE PAGE, H., *Traité*, VII, nr. 999.

⁴² BYTTEBIER, K., o.c., 82 zich baserend op Laurent.

⁴³ DE PAGE, H., *Traité*, VII, nr. 1000; BYTTEBIER, K., o.c., 91, nr. 52.

⁴⁴ Cf. BYTTEBIER, K., o.c., 100, nr. 65.

⁴⁵ Zie nader bij DE PAGE, H., *Traité*, VII, nrs. 1014-1016.

tracten, met inbegrip van handelshuur, doch niet voor pacht-overeenkomsten (zie art. 55 Pachtwet).

Door de herinvoering, ingevolge de wet van 13 april 1997 tot wijziging van onder meer de Woninghuurwet,⁴⁶ van de mogelijkheid tot het sluiten van levenslange huren (art. 3, § 8, Woninghuurwet) is sinds 30 mei 1997 (datum van inwerkingtreding van de wetwijziging) opnieuw actueel, de vraag of een levenslange woninghuur moet worden beschouwd als een huur die voor langer dan negen jaar werd aangegaan, zodat de tegenwerpelijheid van de levenslange huur ten aanzien van derden conform art. 1 Hyp.W. een notariële akte en de overschrijving ervan op het hypotheekkantoor vereist.

33. Voor een antwoord op deze vraag vinden we allereerst een fiscaalrechtelijke aanwijzing. Krachtens art. 84, tweede lid, W.Reg. wordt de belastbare grondslag inzake registratierechten op huurcontracten van onbepaalde of levenslange duur vastgesteld op het tienvoudig bedrag van de jaarlijkse huurprijs en lasten. Deze fiscale fictie voor de bepaling van de belastbare grondslag kan echter niet naar het privaatrecht worden getransponeerd.

Bovendien vinden we in de Woninghuurwet zelf een aanwijzing, daar in art. 3, § 1, eerste lid van deze wet te lezen staat dat wanneer de levenslange huur niet bij geschrift is gesloten, deze huur wordt geacht te zijn aangegaan voor negen jaar. Een mondeling aangegane levenslange huur is dus aangegaan voor negen jaar, zodat art. 1 Hyp.W. hier niet kan spelen. Het is overigens niet mogelijk dergelijke huur over te schrijven, omdat hij mondeling is aangegaan.

Het is nogal evident dat er gevallen zijn waarbij een levenslange huur maar drie jaar zal duren en dat er gevallen zijn waarbij het tachtig jaar zal duren. Bij het aangaan van de huurovereenkomst zou men dit zelfs kunnen bepalen op grond van de tabellen inzake statistische levensverwachting van de huurder op dat ogenblik. Maar eigenlijk doet dit alles niet ter zake.

34. De vraag of een levenslange huur gelijk is aan een huur van langer dan negen jaar is tweeledig. Ten eerste, is er de vraag of de hypotheekbewaarder de overschrijving van een levenslange huur kan weigeren omdat niet vaststaat dat de huur is aangegaan voor langer dan negen jaar. Ten tweede, is er de vraag wat de positie is van een verkrijger van een onroerend goed dat levenslang is verhuurd, maar welke huurovereenkomst niet is overgeschreven.

Het antwoord op dit tweede element van de vraag lijkt duidelijk. Gelet op de filosofie van art. 1 Hyp.W. kan het toch niet anders dan dat een levenslange huur die niet is overgeschreven ten aanzien van de koper niet langer dan de nog resterende termijn van de lopende periode van negen jaar zal kunnen duren.⁴⁷ Deze bepaling wil immers de verkrijger beschermen tegen te zware huurlasten die niet publiek gemaakt zijn. Kan men ernstig beweren dat een levenslange huur, die niet opzegbaar is door de verhuurder (behoudens contractuele afwijkingen), geen extreem verre gaande be-

zwaring van het eigendomsrecht impliceert? Dergelijk zogenaamd persoonlijk vorderingsrecht komt aardig in de buurt van het zakelijk recht van bewoning. Wil men dat een levenslange huur voor een duur van langer dan negen jaar kan worden tegengeworpen aan derden, dan is het noodzakelijk dat men deze huur overschrijft.⁴⁸ Doet men dit niet, dan zal de duur ervan worden verminderd tot negen jaar. Dit sluit dan ook aan bij de oplossing van art. 3, § 1, Woninghuurwet die de duur van de mondelinge levenslange huur tot negen jaar beperkt.

Hieruit volgt dan ook het antwoord op het eerste element van de vraag. Aangezien een niet overgeschreven levenslange huur niet kan worden tegengeworpen aan derden voor een duur van langer dan negen jaar, zal de hypotheekbewaarder de overschrijving van een levenslange huur niet kunnen weigeren. Als al zou worden geargumenteed dat niet is aangetoond dat de huur is aangegaan voor langer dan negen jaar, dan kan van de andere kant toch ook niet worden aangetoond dat de huur *niet* is aangegaan voor langer dan negen jaar. Overigens lijken de hypotheekbewaarders in de praktijk terecht geen problemen te maken en worden levenslange huren in de regel overgeschreven.

35. *Overeenkomst om in onverdeeldheid te blijven* - In de praktijk blijkt dat in een niet onbelangrijk aantal regelingsakten inzake echtscheiding door onderlinge toestemming door partijen wordt geopteerd om inzake onroerende goederen in onverdeeldheid te blijven gedurende een maximale termijn van vijf jaar conform art. 815 B.W. en in sommige gevallen tot aan de verkoop van het onroerend goed. Hierbij wordt in heel wat gevallen niet overgegaan tot overschrijving op het hypotheekkantoor. Het valt te verhoppen dat de echtgenoten in dergelijke situatie op de hoogte worden gebracht van alle gevolgen. De notaris dient de partijen uitdrukkelijk in te lichten over het feit dat dit gebrek aan overschrijving tot gevolg heeft dat de verbintenis om in onverdeeldheid te blijven niet aan derden kan worden tegengeworpen, zodat een beslagleggende schuldeiser hiermee geen rekening hoeft te houden.

(iv) Onmogelijke overschrijving

36. *Feiten* - Op de eerste plaats dienen feiten niet te worden overgeschreven, omdat men ervan uitgaat dat derden de feiten maar zelf moeten vaststellen. Feiten kunnen daarenboven onmogelijk worden overgeschreven, daar niet is voldaan aan het vereiste van artikel 2 Hyp.W. Het betreft b.v. het bezit op grond waarvan men na dertig jaar verkrijgende verjaring, te kwader trouw en zonder titel, een onaantastbaar eigendomsrecht verkrijgt (zie verder in II). Andere feiten die leiden tot de verkrijging van onroerende zakelijke rechten zijn de natrekking, erfdienstbaarheden ontstaan uit de ligging van de plaatsen (artt. 640-647 B.W.) en ten gevolge van de bestemming door de huisvader (art. 693 B.W.).⁴⁹ Hetzelfde geldt voor de vervulling van een voorwaarde of het verstrijken van een termijn. De overeenkomst onder voor-

⁴⁶ Wet van 13 april 1997 tot wijziging van sommige bepalingen betreffende huurovereenkomsten, B.S., 21 mei 1997 (eerste editie).

⁴⁷ Art. 1, derde lid, Hyp.W. verwijst sinds de wet van 14 juli 1976 per vergissing naar art. 1429 B.W. Zie daarom art. 595 B.W.

⁴⁸ In die zin ook MERCHERS, Y., «Duur - opzegging - beëindiging - verlenging», in *Woninghuur na de Wet van 13 april 1997*, Brugge, Die Keure, 1997, 79, nr. 25 in fine.

⁴⁹ DE PAGE, H., *Traité*, VII, nr. 961.

waarde of termijn moet worden overgeschreven. De vervulling van de voorwaarde is een feit dat wezenlijke gevolgen heeft voor het zakenrechtelijk statuut van het goed, maar dat niet kan worden overgeschreven.

37. *Wettelijke grondslag* - Indien de verkrijging van een onroerend zakelijk recht rechtstreeks voortvloeit uit de wet zelf, dan dient dit niet te worden overgeschreven. Immers, derden moeten toch de wet kennen. Aldus moeten zij weten dat in een bepaald geval ten gevolge van een wettelijke regel een overgang van onroerende zakelijke rechten is opgetreden. Opnieuw zal de overschrijving ook niet mogelijk zijn. Het betreft b.v. de definitieve inbezitstelling van goederen van een afwezige (art. 129 B.W.), het verlies van huwelijksvoordelen ten gevolge van echtscheiding (art. 299 B.W.), het ouderlijk vruchtgenot (art. 384 B.W.), wettelijke erfdienstbaarheden, in het bijzonder muurgemeenschap (artt. 649-685 B.W.).⁵⁰ Als de voorwaarden en modaliteiten van dergelijke eigendomsovergang contractueel worden geregeld, zoals een contract van overdracht van muurgemeenschap, dan moet dit contract worden overgeschreven.

38. *Overlijden* - De belangrijkste toepassing van een eigendomsovergang volgens de wettelijke bepalingen, die derhalve niet moet noch kan worden overgeschreven, is de eigendomsovergang ten gevolge van overlijden. Art. 1 Hyp. W. viseert, zoals gezegd, enkel akten onder levenden.

v) *Facultatieve overschrijving - Voorstellen*

39. Vaak willen partijen zelf, met het oog op een zo groot mogelijke rechtszekerheid, alsook om over een titel te beschikken, dat hun eigendomsrecht verkregen ten gevolge van een feit of een akte die niet moet worden overgeschreven conform art. 1 Hyp. W., toch zou worden vastgesteld bij notariële akte en zou worden overgeschreven op het hypotheekkantoor.

Hierbij rijst de vraag of en in welke mate de hypotheekbewaarder een akte die niet is onderworpen aan verplichte overschrijving, toch kan aannemen ter overschrijving. Diverse hypotheekbewaarders nemen terzake een strikte houding aan, wellicht terecht, in de huidige stand van zaken. Bij gebreke aan een door de wet voorziene vorm van facultatieve publiciteit, zonder gevolgen op het vlak van de tegenwerpelijheid en zonder gevolgen voor de aansprakelijkheid van de hypotheekbewaarder, worden enkel de akten die vallen onder de definitie van art. 1 Hyp. W. ter overschrijving aanvaard. De discussie kan zich dan natuurlijk toespitsen op de vraag wat een akte is die onder toepassing van art. 1 Hyp. W. valt (zie reeds *supra*). Een vervelend gevolg van de onduidelijkheid is wel dat er tussen de verschillende hypotheekkantoren geen uniformiteit bestaat in hetgeen ter overschrijving wordt aanvaard.

Toch lijkt het dat bij de meeste hypotheekbewaarders een soepele houding bestaat ten aanzien van akten die niet moeten worden overgeschreven, voor zover deze worden gekenmerkt door een contractueel karakter onder de levenden en voor zover zij belangrijke informatie bevatten inzake het juridisch statuut van het onroerend goed.

40. *Twee aspecten moeten goed uit elkaar worden gehouden:*

Enerzijds de discussie omtrent de akten die *verplicht* moeten worden overgeschreven en waarvan het gevolg is dat zonder de overschrijving geen tegenwerpelijheid zal gelden ten aanzien van derden te goeder trouw. Hier lijkt een *restrictieve benadering* op zijn plaats, daar artikel 1 Hyp. W. een uitzonderingsbepaling vormt op de principes van gemeen recht;

Anderzijds de discussie of bepaalde akten die niet moeten worden overgeschreven, toch *facultatief* kunnen worden overgeschreven met het oog op een zo goed mogelijke informatie ten aanzien van derden, zonder daaraan gevolgen te koppelen op het vlak van de tegenwerpelijheid. Hier is een *soepele benadering* aan te bevelen, voor zoveel als nodig ondersteund door een wettelijk ingrijpen, zodat het mogelijk is voor partijen om te allen tijde van de hypotheekbewaarder te eisen dat hij een akte die nuttige informatie bevat omtrent het zakenrechtelijk statuut van een onroerend goed moet overschrijven, ook al betreft het een akte die niet is onderworpen aan de verplichte overschrijving met het oog op de tegenwerpelijheid. De hypotheekbewaarder moet, indien daartoe verzocht, de akte overschrijven en later vermelden op zijn hypothecaire staten. De overschrijving is echter louter facultatief en informatief, zodat die dus geen enkel gevolg heeft op het vlak van de tegenwerpelijheid aan derden (het gemene recht blijft van toepassing) en zodat deze de aansprakelijkheid van de hypotheekbewaarder nooit in het gedrang kan brengen, behoudens voor wat een onterechte weigering van de overschrijving van dergelijke facultatieve akte betreft.

- De verplichte overschrijving is derhalve steeds te situeren op beide in de inleiding aangegeven niveaus van de publiciteit, namelijk informatie en tegenwerpelijheid. De facultatieve overschrijving heeft daarentegen in de regel enkel effect op het eerste niveau van de informatie en blijft zonder direct gevolg op het tweede niveau van de tegenwerpelijheid van de rechtshandeling.

aa) *Overlijden*

Probleemstelling

41. Het gebrek aan publiciteit op het hypotheekkantoor van de eigendomsovergangen *mortis causa* wordt sinds jaar en dag door menig auteur beschouwd als één van de grootste gebreken van ons hypothecair systeem. De overgangen *ab intestato* en *a testato* worden niet opgenomen in de registers, zodat deze niet de actuele eigenaar aanduiden. Om de actuele eigenaar te kennen, evenals in sommige gevallen om een volledige oorsprong van eigendom te kunnen achterhalen, dient men zich in de praktijk te wenden tot het registratiekantoor, waar dergelijke overgangen bekend zijn door de deponering van de aangiften van nalatenschap. Deze informatie biedt echter geen juridische waarborgen, hetgeen voor derden toch wel wezenlijk, is gelet op de behoefte aan rechtszekerheid in het (onroerend) rechtsverkeer. Door het gebrek aan publiciteit in de hypotheekkantoor beschikken de erfgenamen zelf vaak niet over een titel waarmee zij hun beweerdre rechten kunnen staven.

⁵⁰ DE PAGE, H., *ibid.*

Toepassingen

42. *Nalatenschappen en legaten* - Ingevolge de actuele beperking van de overschrijvingen tot overgangen onder de levenden, kunnen zowel de aanvaarding als de verwerping van een nalatenschap waartoe onroerende goederen of onroerende zakelijke rechten behoren, niet worden overgeschreven op het hypotheekkantoor. De enige publiciteit is dus te situeren op het registratiekantoor. Men dient er bovendien rekening mee te houden dat ieder het recht heeft gedurende een maximale termijn van dertig jaar een nalatenschap al dan niet te aanvaarden.

Hetzelfde geldt voor een legaat dat door de aanvaarding overgaat *mortis causa*. Aldus dient een akte van legaatgift in zake onroerend goed niet te worden overgeschreven op het hypotheekkantoor, zodat ook hieromtrent de publiciteit op het hypotheekkantoor zal ontbreken.

Denken we ook aan de anomale nalatenschap, dit is de wettelijke terugkeer die optreedt wanneer onroerende goederen door een ouder aan zijn kind werden geschenken, maar ingevolge een vooroverlijden zonder nakomelingen terugkeren naar de schenker, voor zover de goederen nog in natura aanwezig zijn (art. 747 B.W.).

43. Wanneer de erfgenamen of legatarissen na het overlijden overgaan tot een verdeling, dan zal de notariële verdelingsakte die onroerende goederen omvat natuurlijk wel moeten worden overgeschreven op het hypotheekkantoor. Dit is immers een akte van aanwijzing van onroerende zakelijke rechten. Dit kan evenwel de leemte in de publiciteit op het hypotheekkantoor niet (geheel) opvangen, daar erfgenamen in de praktijk zeer vaak in onverdeeldheid blijven zolang er een langstlevende echtgenoot is. Ook al is dit niet het geval, dan duurt het toch dikwijls een hele tijd vooraleer een minnelijke verdeling is totstandgekomen, om niet te spreken van de vele jaren die kunnen verlopen vooraleer een gerechtelijke verdeling tot een einde is gebracht.

44. In een uitzonderlijk geval zal een eigendomsovergang ten gevolge van een testamentaire beschikking wel moeten worden overgeschreven. Het betreft het weinig voorkomende geval van geoorloofde beschikkingen ten voordele van de kleinkinderen van de schenker of erflater of ten voordele van de kinderen van zijn broers en zusters, uitvoerig geregeld in de art. 1048-1074 B.W. Bij schenking onder de levenden of bij testament kan een ouder goederen geven aan één van zijn kinderen onder de last deze goederen uit te keren aan diens kinderen. Dit is een wettelijke uitzondering op het verbod van erfstelling over de hand van art. 896 B.W. In art. 1069 B.W. wordt uitdrukkelijk bepaald dat dergelijke beschikking met last van uitkering, ook deze gemaakt bij testament, moet worden openbaar gemaakt op verzoek van de bezwaarde, betreffende de onroerende goederen, door overschrijving op het hypotheekkantoor.⁵¹

45. *Huwelijksvermogensrecht* - Eigendomsoverdrachten van onroerende goederen tussen echtgenoten, tijdens het hu-

welijk en bij ontbinding door overlijden van een echtgenoot, volgen vaak uit de bepalingen van een huwelijkscontract.

Alleen wanneer in een huwelijkscontract of in een wijzigingsakte een beding wordt opgenomen tot overdracht of aanwijzing van één of meer onroerende goederen of indien een beding wordt opgenomen om in onverdeeldheid te blijven, moet het huwelijkscontract worden overgeschreven in de registers van het hypotheekkantoor.⁵² Hieronder worden bijvoorbeeld begrepen de inbreng van een onroerend goed in het gemeenschappelijk vermogen door één van de aanstaande echtgenoten, het aannemen van het stelsel van algehele gemeenschap van goederen indien minstens één van de echtgenoten op dat ogenblik volle, blote of onverdeelde mede-eigenaar is van één of meer onroerende goederen.⁵³ Hetzelfde geldt voor een (zelden voorkomende) schenking in het huwelijkscontract van tegenwoordige goederen (art. 1081 en 1091 B.W.). De notaris zal bijgevolg de (aanstaande) echtgenoten hieromtrent grondig ondervragen.

Indien bij een algehele gemeenschap geen van beide echtgenoten aanvankelijk eigenaar is van een onroerend goed en hun contract bijgevolg niet werd overgeschreven op het hypotheekkantoor, dan dient, wanneer één van hen of beiden tijdens het huwelijk onroerende goederen verwerven om niet of onder bezwarende titel, dit huwelijkscontract op dat ogenblik niet te worden overgeschreven.⁵⁴ Gezien de verplichte registratie van het huwelijkscontract als notariële akte, is het op basis van de gegevens op het registratiekantoor mogelijk af te leiden dat deze goederen aan beide echtgenoten in gemeenschap toebehoren.

Bij overlijden zal vaak door de werking van een verblijfsbeding of een beding van vooruitmaking in het huwelijkscontract een eigendomsovergang in zake het gemeenschappelijk vermogen tussen de echtgenoten plaatshebben. Daaraan gekoppeld, kan het huwelijkscontract ook een contractuele erfstelling betreffende de nalatenschap van de eerststervende omvatten. Al deze oorzaken van eigendomsoverdracht *mortis causa* in het voordeel van de langstlevende echtgenoot worden niet bekendgemaakt op het hypotheekkantoor.

Facultatieve overschrijvingen

46. Hierna wordt voorgesteld dat in zake eigendomsovergang bij overlijden een facultatieve overschrijving van een notariële akte houdende verklaring van eigendom steeds moet kunnen worden overgeschreven. Dergelijke facultatieve overschrijving zou door geen enkele hypotheekbewaarder kunnen worden geweigerd, zonder dat deze overschrijving gevolgen sorteert noch op het vlak van de tegenwerpelijheid, noch op het vlak van de aansprakelijkheid van de hypotheekbewaarder.

47. Alhoewel de overschrijving van een akte van legaatgift niet verplicht is, kan dit alleen maar worden aanbe-

⁵² CASMAN, H., *Notarieel Familierecht*, Gent, Mys & Breesch, 1991, 122, nr. 367.

⁵³ *Rép. Not.*, X./1, 137, nr. 69.

⁵⁴ CASMAN, H., *o.c.*, 122, nr. 368; *Rép. Not.*, X./1, 185, nr. 236 (zie eveneens de aldaar aangehaalde, maar terecht bekritiseerde andersluidende rechtsleer).

⁵¹ Art. 1071 B.W. voorziet in een bijzondere regeling in zake tegenwerpelijheid van deze overschrijving, die afwijkt van het beginsel van art. 1 Hyp.W. Zie daarover *infra*, II.

volen. Ondanks het feit dat dergelijke akte niet onder de strikte toepassing van art. 1 Hyp.W. valt, blijken de meeste hypotheekbewaarders zich hieromtrent terecht soepel op te stellen en aanvaarden zij de overschrijving van dergelijke akte. De reden voor deze soepele houding is gebaseerd op de vaststellingen dat de akte een conventioneel aspect vertoont dat erin bestaat dat de erfgenaam die de afgifte toestaat, afziet van betwisting of inkorting en dat dergelijke akte het stelsel van de grondeigendom raakt en bijgevolg derden kan aanbelangen.⁵⁵ Het is aan te bevelen dat de facultatieve overschrijving van dergelijke akte nooit zou kunnen worden geweigerd.

48. In de praktijk worden soms ook akten van eigendomsverklaring of *certificat de propriété* verleden. Zo kan b.v. de verkrijging van een gemeenschappelijk onroerend goed ingevolge een verblijvingsbeding door de langstlevende echtgenoot, worden vastgesteld bij notariële akte. In de mate dat dit een attestering door de notaris betreft, op eenzijdige verklaring van de langstlevende echtgenoot, wordt de overschrijving door vele (niet alle) hypotheekbewaarders geweigerd. Dit euvel zou volgens sommigen kunnen worden verholpen door een akte te verlijden waarbij alle vermoedelijke erfgenamen en betrokkenen tussenkomen. Aldus zou de akte een conventioneel karakter onder de levenden verkrijgen, waardoor de hypotheekbewaarders, zoals bij een akte van legaatavgifte, zich soepeler zouden opstellen en in de regel de overschrijving zouden aanvaarden.⁵⁶

49. In tegenstelling tot het Belgische, systeem kent het Franse recht sinds jaren een verplichte overschrijving van eigendomsovergangen bij overlijden. De overschrijving van een «attestation notariée après décès» is verplicht indien binnen tien maanden na het overlijden geen verdelingsakte wordt overgeschreven. Verbeteringen of aanvullingen op dit eerste attest zijn toegestaan via een «attestation rectificative». Ook bij ons bepleiten sommigen een verplichte overschrijving bij overlijden en werden reeds sinds jaren diverse wetsvoorstellen in die zin ingediend.⁵⁷

50. Dit laatste is zeker een denkspoor dat grondig onderzoek verdient. *Wel mag men niet uit het oog verliezen dat een verplichte overschrijving niet alleen tot gevolg heeft dat er een verplichting bestaat ten gevolge waarvan de informatie in de registers meer volledig en correct zal zijn, maar dat daaraan ook een prijskaartje vasthangt inzake tegenwerpelijheid. Indien een overschrijving verplicht is in de zin van art. 1 Hyp.W., heeft dit tot gevolg dat bij gebrek aan overschrijving de eigendomsovergang in principe niet aan derden kan worden tegengeworpen* (zie reeds eerder en vooral in II). Is dit de bedoeling van de verplichte overschrijving van een eigendomsovergang bij overlijden, namelijk dat het gebrek aan overschrijving leidt tot de niet-tegenwerpelijheid van het eigendomsrecht van de

erfgenaam? Wellicht gaat dit te ver. Het overlijden blijft nog altijd een feit dat zich aan eenieder opdringt.⁵⁸

Uit een fundamenteel onderzoek terzake zou kunnen blijken dat er misschien mogelijkheden zijn om buiten de vigore van art. 1 Hyp.W. een verplichte overschrijving in te voeren die zonder gevolgen blijft op het vlak van de tegenwerpelijheid, zonder dat de verplichting ongesanctioneerd blijft. Toch lijkt het dat dergelijke overwegingen moeten kaderen binnen een grondig totaal onderzoek van de volledige problematiek van ons systeem van onroerende en hypothecaire publiciteit, waarbij dan in de eerste plaats aan de orde dient te zijn de vraag in welke mate de merites van een grondboekstelsel zo manifest zijn, dat een wijziging van het bestaande personele systeem en de invoering van een grondboekstelsel kan worden aanbevolen.

51. Op zijn minst is het, op dit ogenblik, geraadzaam dat een notariële akte van bekrachtiging van eigendom in alle mogelijke gevallen op facultatieve wijze kan worden overgeschreven, desnoods en voor zoveel als nodig ondersteund door een wetgevend ingrijpen dat hiertoe de vereiste wettelijke grondslag zou bieden. Zelfs overschrijving van een eenzijdige akte, zonder dat tussenkomst van alle betrokkenen vereist is (alhoewel de notaris daar wel naar zal streven), zou mogelijk moeten zijn. De notaris attesteert dan, op verzoek van een partij en na grondig onderzoek van alle stukken en elementen, het juridisch statuut betreffende een onroerend goed. Het voordeel van dergelijke facultatieve overschrijving bestaat hierin dat enerzijds de partijen zich zekerder voelen en over een titel beschikken en anderzijds derden beter worden geïnformeerd. Het toelaten van de facultatieve overschrijving impliceert, zoals gezegd, enerzijds dat de hypotheekbewaarder de overschrijving niet meer kan weigeren, maar anderzijds dat deze overschrijving geen gevolgen heeft qua tegenwerpelijheid noch qua aansprakelijkheid voor de hypotheekbewaarder.

bb) Voorwaarde

52. Feiten die de gevolgen van overgeschreven akten beïnvloeden, zoals de vervulling van de voorwaarde bij een verkoop onder opschortende voorwaarde, moeten, zoals gezegd, niet worden overgeschreven.⁵⁹ Derden dienen bijgevolg zelf het nodige te doen willen zij kennis hebben van het al dan niet in vervulling gaan van de voorwaarde.

Daar de overschrijving niet verplicht is, dient bij de vervulling van de voorwaarde geen akte houdende bevestiging of bekrachtiging of een akte houdende vaststelling van de vervulling van één of andere voorwaarde te worden verleden. Men kan volstaan met het neerleggen ter registratie van een verklaring waarbij wordt vastgesteld dat de voorwaarde in vervulling is gegaan. Ingevolge art. 16 W.Reg. geeft een rechtshandeling waarop het evenredig recht verschuldigd is, maar die aan een opschortende voorwaarde is onderworpen, aanleiding tot heffing van het algemeen vast recht zolang de voorwaarde niet is vervuld. Wanneer de voorwaarde in vervulling gaat, is het recht verschuldigd dat bij het tarief van de handeling is vastgesteld, behoudens toerekening van

⁵⁵ VAN ZURPELE, S., *Le certificat de propriété immobilière. Un nouvel acte notarié*, Cabay, 1979, 39 en 147.

⁵⁶ VAN ZURPELE, S., o.c., 40 en 171.

⁵⁷ Zie daarover JACOBS, H., MICHELS, D. en VAN DER MEERSCH, B., «Nieuwe bevoegdheden voor de notaris?», in *Dossier associatie van notarissen. Bijzonder nummer T. Not.*, 1997, 21, nr. 28.

⁵⁸ VAN ZURPELE, S., o.c., 173 in fine.

⁵⁹ *Rép.Not.*, X/1, 151, nr. 113.

het reeds geheven recht. Het tarief wordt berekend naar het tarief dat van kracht was op de datum waarop het recht aan de Staat zou verworven geweest zijn, indien de handeling onvoorwaardelijk was geweest. Op basis van de artt. 31, 2°, 33 en 32 W.Reg moeten de contracterende partijen de vereiste verklaring indienen binnen vier maanden na de vervulling van de voorwaarde.⁶⁰

53. Men denke hierbij onder meer aan de regelingsakte in het raam van een echtscheiding door onderlinge toestemming met toebedelung van een onroerend goed toebehorend aan het gemeenschappelijk vermogen of aan het eigen vermogen van de ene of de andere echtgenoot aan één van de beide partijen. Krachtens art. 1, eerste lid, Hyp.W. wordt een dergelijke akte houdende aanwijzing van onroerende zakelijke rechten onder de levenden, maar onder de opschortende voorwaarde van het definitief worden van de echtscheiding, binnen twee maanden na het verlijden van deze akte overgeschreven. De praktijk leert dat in bepaalde gevallen door de uit de echt scheidende ouders tegelijk een schenking wordt gedaan aan hun kinderen van een onroerend goed (soms met voorbehoud van een recht van bewoning/vruchtgebruik in het voordeel van één van de ouders). Deze schenking wordt afhankelijk gesteld van het definitief worden van de echtscheiding door onderlinge toestemming.⁶¹

Alhoewel bij de vervulling van de voorwaarde, namelijk de echtscheiding, geen akte van bekrachtiging moet worden verleden noch overgeschreven, opteren heel wat notarissen toch voor de techniek van een bekrachtigingsakte in plaats van de voormelde verklaring ter registratie, omtrent de vervulling van de opschortende voorwaarde. Deze akte moet binnen een termijn van vier maanden, te rekenen van de dag dat het vonnis of arrest dat de echtscheiding tussen partijen uitspreekt in kracht van gewijsde is gegaan, ter registratie worden aangeboden. Dergelijke akte wordt daarna meestal vrijwillig ter overschrijving aangeboden op het bevoegde hypotheekkantoor, die in de regel terecht wordt aanvaard.

54. Een andere toepassing is te vinden bij de wijziging van huwelijkscontracten. Zoals gezegd, worden de regelingsakte en/of de wijzigingsakte die een mutatie van onroerende zakelijke rechten meebrengen, overgeschreven. Maar ook hier geschiedt deze overgang van rechten onder de opschortende voorwaarde van de homologatie van de wijziging door de rechter. In tegenstelling tot hetgeen is bepaald voor echtscheiding door onderlinge toestemming, moet hier wel een akte van bekrachtiging worden verleden. Krachtens art. 1395, § 4, B.W. heeft de grote wijziging immers geen gevolg indien de vereffening of de overdracht van goederen van het ene vermogen naar het andere niet bij notariële akte is vastgesteld binnen één jaar na de bekendmaking van een uittreksel uit de homologatiebeslissing in het *Belgisch Staatsblad*. Het gaat hier ten dele om de bekrachtiging van de ver-

vulling van een voorwaarde (zijnde de homologatie), maar daarenboven ook om een bekrachtiging van het feit dat inderdaad is gebeurd wat partijen zijn overeengekomen. De overschrijving van een dergelijke akte is niet verplicht, maar kan worden aanbevolen met het oog op de informatie ten aanzien van derden.⁶² Ook hier kan men dus gewagen van een facultatieve overschrijving, die de hypotheekbewaarder niet zou mogen kunnen weigeren, maar die zonder gevolgen blijft qua tegenwerpelijheid of aansprakelijkheid van de hypotheekbewaarder.

55. Nog een andere illustratie zijn schenkingsakten waarin in de praktijk zeer vaak voorwaarden, opschortend en ontbindend, worden opgenomen. Klassiek is b.v. de contractueel bedongen terugkeer waardoor de geschonken goederen terugkeren naar de schenker in geval van vooroverlijden van de begiftigde alleen, of van de begiftigde en zijn afstammelingen (art. 951 B.W.). Dit is een schenking onder ontbindende voorwaarde. Bij vervulling van de voorwaarde is geen overschrijving nodig. Het is nuttig dat een notariële akte vaststellende dat ingevolge het vooroverlijden van de begiftigde de geschonken onroerende goederen zijn teruggekeerd naar de schenker, wordt overgeschreven. Dergelijke facultatieve overschrijving zou eveneens door de hypotheekbewaarder moeten worden aanvaard.

56. Het is duidelijk dat overeenkomsten die worden aangegaan onder voorwaarde in zich de mogelijkheid bevatten dat de overeenkomst nooit definitief zal worden omdat de voorwaarde niet in vervulling gaat. Zo kan de aangevatte echtscheidingsprocedure niet worden beëindigd ingevolge een overlijden van één van de partijen, een verzoening of een verandering van echtscheidingsprocedure. Voor wat de overeenkomsten onder opschortende voorwaarde in het algemeen betreft, dient daarenboven te worden opgemerkt dat zolang de opschortende voorwaarde niet in vervulling is gegaan, partijen in gemeen overleg de overeenkomst kunnen beëindigen zonder dat dit fiscale gevolgen heeft.⁶³

57. Voor derden kan het vervelend en soms zeer moeilijk zijn om zelf na te gaan in welke mate een voorwaarde in vervulling is gegaan, zonder daaromtrent in het publiciteitssysteem informatie te vinden. Het kan het nut en de efficiëntie van ons hypothecair publiciteitssysteem alleen maar ten goede komen indien dergelijke informatie zoveel mogelijk in de registers van het hypotheekkantoor zou worden bekendgemaakt. Daarom is het aan te bevelen dat:

- de notarissen, facultatief, maar zoveel als mogelijk, akten van bekrachtiging verlijden en laten overschrijven, bij overeenkomsten met betrekking tot onroerende goederen die werden gesloten onder een opschortende dan wel een ontbindende voorwaarde, zowel bij de vervulling van de voorwaarde, alsook bij de vaststelling dat de voorwaarde nooit in vervulling zal gaan;
- de hypotheekbewaarders dergelijke facultatieve overschrij-

⁶⁰ Zie o.m.: BYTTEBIER, J., «De opschortende voorwaarde in de notariële praktijk», *TNot.*, 1997, 162; GRILLER, J., «Verwezenlijking van de opschortende voorwaarde - Echtscheiding door onderlinge toestemming», *TNot.*, 1995, 531-532; WERDEFROY, F., *Registratierechten*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 493-550; WEYTS, L., *Notarieel Fiscaal Recht. De notariële akten*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 23-28.

⁶¹ BUYSENS, F., «Schenkingsaan minderjarigen bij echtscheiding door onderlinge toestemming», *E.J.*, 1995, 98-102.

⁶² CASMAN, H., o.c., 162, nr. 476 *in fine*; Comité voor Studie en Wetgeving, dossier nr. 1865 (1985).

⁶³ Beslissing van 13 augustus 1909, *Rec. Gén.*, nr. 14.674, besproken bij GENIN, E. en GENIN, A., *Commentaire du code des droits d'enregistrement*, Brussel, 1950, 136, nr. 331; WERDEFROY, F., o.c., 205, nr. 261.

ving nooit kunnen weigeren;

- dit alles onder het reeds toegelichte voorbehoud van tegenwerpelijheid en aansprakelijheid van de hypotheekbewaarder.

cc) Vennootschappen

58. *Vennootschap in oprichting* - Hierbij aansluitend kan worden verwezen naar de bekrachtiging door een vennootschap van de in haar naam en voor haar rekening vóór de oprichtingsakte aangegane verbintenissen in het raam van art. 13bis Venn.W. Hetzelfde artikel vereist dat de vennootschap totstandkomt binnen twee jaar na het ontstaan van de verbintenis en dat zij de verbintenis(sen) binnen twee maanden na haar oprichting heeft overgenomen. In de praktijk worden tal van onroerende goederen zowel uit de hand als openbaar aangekocht te name van een vennootschap in oprichting, waarbij soms reeds de rechtsvorm en een naam van deze vennootschap in oprichting worden opgegeven in de aankoopakte. Bij de overschrijving van deze aankoopakte op het hypotheekkantoor komt een vermelding in het repertorium aldaar op naam van de koper, alsook op naam van de vennootschap met vermelding «vennootschap in oprichting». Dit laatste kan uiteraard alleen gebeuren wanneer aan de vennootschap in oprichting reeds een naam werd gegeven. De rechtsleer en rechtspraak zijn thans van oordeel dat moet voldaan zijn aan de 'identiteitsvoorwaarde', hetgeen impliceert dat er identiteit moet bestaan tussen de toekomstige vennootschap in wier naam en voor wier rekening er werd gehandeld en de als rechtspersoon opgerichte vennootschap die de verbintenis overneemt.⁶⁴

59. Het probleem inzake onroerende publiciteit bij vennootschappen in oprichting bestaat erin dat in de aankoopakte de naam van de op te richten vennootschap niet noodzakelijk moet worden vermeld of dat, indien een naam wordt vermeld, deze nog kan worden gewijzigd en de uiteindelijke vennootschap een totaal andere naam kan dragen. Wanneer de op te richten vennootschap nog niet bij name wordt genoemd in de aankoopakte, dan zal deze akte worden overgeschreven op het hypotheekkantoor alleen op naam van de koper. Indien toch een naam werd vermeld in de aankoopakte, maar de uiteindelijke opgerichte vennootschap een andere naam heeft dan de voornoemde, ontstaat een discrepantie tussen de naam van de vennootschap in oprichting op wier naam het betreffend onroerend goed werd overgeschreven en de naam van de vennootschap die uiteindelijk werd opgericht en die de aangegane verbintenissen heeft overgenomen.

De onduidelijkheid wordt compleet wanneer men bedenkt dat partijen niet verplicht zijn de vennootschap in oprichting werkelijk op te richten en dat, ook al wordt de vennootschap opgericht, hieruit niet noodzakelijk een overname van deze verbintenissen volgt. Het staat de opgerichte vennootschap als afzonderlijke rechtspersoon volledig vrij dergelijke verbintenissen over te nemen of niet. De niet-oprichting en/of de niet overname heeft de persoonlijke en hoofdelijke gehoudenheid tot gevolg diegenen die hebben gecontracteerd voor de verbintenissen die zij hebben aangegaan in naam en voor rekening van de vennootschap in oprichting.

teerd voor de verbintenissen die zij hebben aangegaan in naam en voor rekening van de vennootschap in oprichting.

60. Met het oog op de publiciteit naar derden van het feit dat de vennootschap is opgericht en dat zij de verbintenissen heeft overgenomen, zodat deze vennootschap *ab initio* eigenares is geworden van het betreffend onroerend goed, wordt voorgesteld⁶⁵ dat de overname door de vennootschap zou gebeuren hetzij in de notariële oprichtingsakte, hetzij in een afzonderlijke notariële akte die ter overschrijving wordt aangeboden op het hypotheekkantoor. Indien de overname gebeurt in de oprichtingsakte, blijft evenwel een onvolledigheid bestaan, aangezien sinds de reparatiewet van 13 april 1995⁶⁶ een vennootschap slechts rechtspersoonlijheid verkrijgt bij de neerlegging van de oprichtingsakte ter griffie van de rechtbank van koophandel. De overname door de vennootschap in de oprichtingsakte van verbintenissen aangegaan voor de vennootschap in oprichting, geschiedt onder de opschortende voorwaarde van het verwerven van rechtspersoonlijheid van de vennootschap. De overschrijving van een dergelijke akte geeft derhalve slechts iets weer van (net) vóór het ultieme moment waarop de uiteindelijke overname plaatsheeft, namelijk de neerlegging ter griffie. Van dat moment is dan weer geen bekendheid op het hypotheekkantoor, zodat derden uiteindelijk in de onwetendheid blijven of de vennootschap ooit rechtspersoonlijheid heeft verkregen. Het verdient bijgevolg aanbeveling te wachten met het verlijden van een dergelijke akte tot na de neerlegging ter griffie, hierin melding te maken van de datum van neerlegging en deze akte ter overschrijving aan te bieden.

Een dergelijke akte houdende overname door de opgerichte vennootschap is een akte van bekrachtiging die niet verplicht moet worden overgeschreven, omdat een bekrachtiging stilzwijgend kan gebeuren (zie *supra*). Uiteraard is het ten zeerste aan te bevelen dat dergelijke akte zou worden verleden en overgeschreven.

61. *Inbreng van algemeenheid of bedrijfstak* - Door art. 72 van de genoemde reparatiewet wordt voorzien in een regeling inzake inbreng in een vennootschap van een algemeenheid of van een bedrijfstak (art. 174/53 tot 174/65 Venn.W.). Krachtens art. 174/59 Venn.W. is dergelijke inbreng tegenwerpelijk aan derden onder de voorwaarden van art. 10 § 4, Venn.W., zijnde publicatie van de akte van inbreng in de bijlagen tot het Belgisch Staatsblad.

⁶⁵ BOUCKAERT, F. en VERSTAPPEN, J., «Enkele voor de notariële praktijk belangrijke gevolgen van de uitgestelde verwerving van de rechtspersoonlijheid door vennootschappen», *T.Not.*, 1996, 450 e.v., nrs. 26 e.v.; BOUCKAERT, F., *Notarieel Vennootschapsrecht - N.V. en B.V.B.A.*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 125.

⁶⁶ Wet van 13 april 1995 tot wijziging van de wetten op de handelsvennootschappen, gecoördineerd op 30 november 1995, *B.S.*, 17 juni 1995. Zie BOUCKAERT, F. en VERSTAPPEN, J., *l.c.*, 439-456; BYTTEBIER, J., «Begrip 'vennootschap' - tegenstelbaarheid - kapitaal sinds de 'reparatiewet'», *Waarvan Akte*, 1997, 102-105; BYTTEBIER, K., «Opzet en algemeen begrippenkader van de Wet van 13 april 1995», in *De gewijzigde Vennootschapswet 1995*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 7-81; DE WULF, A., «De constitutieve neerlegging van de oprichtingsakte en de notariële praktijk», *Notariële Actualiteit*, (Ondernemingsrecht), 9, 1998, 11-45.

⁶⁴ Kh. Hasselt, 29 januari 1997, *T.R.V.*, 1997, 93; Tas R., «Een vennootschap is pas opgericht in de zin van artikel 13bis Venn.W. als zij rechtspersoonlijheid heeft verkregen», *T.R.V.*, 1996, 528.

In tegenstelling tot de bepaling van art. 174/38, Venn.W. inzake splitsing ontbreekt hier een verwijzing naar art. 174/10 § 2, Venn.W. (inzake fusie) en derhalve ook naar de uitzonderingen van het tweede lid van deze laatste bepaling, dat op zijn beurt voor de tegenwerpelijke van de overdracht van onroerende zakelijke rechten verwijst naar de verplichting van art. 1 Hyp.W., overschrijving op het hypotheekkantoor. Evenmin wordt rechtstreeks verwezen naar art. 1 Hyp.W., noch naar art. 5 Hyp.W. Uit de parlementaire voorbereiding kan worden afgeleid dat een verwijzing naar art. 174/10 Venn.W. initieel was voorzien, maar later is weggevallen in het raam van een ruimer amendement. Naast de buitenwerkingstelling van het art. 5 Hyp.W., zoals bij fusie of splitsing, lijkt hier ook te worden afgeweken van art. 1 Hyp.W..

Deze tegenstelling is wellicht het gevolg van een vergetelheid van de wetgever. Wanneer de wetgever inzake fusie en splitsing heeft gemeend dat voor onroerende zakelijke rechten een afzonderlijke publiciteit vereist blijft, is het onbegrijpelijk en onlogisch dat dit voor de inbreng van een gemeenschap, respectievelijk van een bedrijfstak, niet het geval zou zijn. Volgens sommigen heeft dit tot gevolg dat de tegenwerpelijke van overdracht of aanwijzing van onroerende zakelijke rechten in het raam van dergelijke inbreng niet de overschrijving van art. 1 Hyp.W. vereist.⁶⁷ Anderen zijn daarentegen van oordeel dat deze legistieke slordigheid niet belet dat de overschrijving conform artikel 1 Hyp.W. noodzakelijk blijft.⁶⁸ Het ware hoe dan ook wenselijk dat deze onzorgvuldigheid zo spoedig mogelijk zou worden rechtgezet.

dd) Voorkooprechten

62. Gezien het (overmatig en niet éénvormig) invoeren van een recht van voorkoop door vooral de Vlaamse Overheid in heel wat recente decreten, is ook hier de overschrijving nodig van een aantal overheidsbeslissingen teneinde derden, en vooral notarissen, te waarschuwen voor één of ander recht van voorkoop. Men denke hier onder meer aan het recht van voorkoop dat werd ingevoerd door de Vlaamse Wooncode.⁶⁹ De logica van ons publiciteitssysteem vereist dat dergelijk voorkooprecht slechts aan derden kan worden tegengeworpen indien en vanaf het ogenblik dat de beslissing die ten grondslag ligt aan het ontstaan van dergelijk voorkooprecht is overgeschreven in de registers van het hypotheekkantoor. De overschrijving is evenwel slechts uitzonderlijk vereist.⁷⁰

⁶⁷ VERBEKE, A., «Artikel 1690 B.W. en de financiële verrichtingen. Faillissementsrechtelijke vragen en conflicten bij samenloop», in *Financieel recht tussen oud en nieuw*, Antwerpen, Maklu, 1996, 76, nr. 8bis met verwijzing in voetnoot 19.

⁶⁸ BOUCKAERT, F., o.c., 951-952, nr. 20.30; Comité voor Studie en Wetgeving, Dossier nr. 6282 (1997) (nog te verschijnen).

⁶⁹ Vlaams Decreet van 15 juli 1997, B.S., 19 augustus 1997; VAN HOESTENBERGHE, P., «Het recht van voorkoop in de Vlaamse Wooncode», in *Syllabus recente wetswijzigingen Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen, Nederlandstalige Raad*, Antwerpen, UIA, 13 januari 1998.

⁷⁰ Zie preadvies van H. CASMAN elders in dit nummer.

ee) Wijziging van identiteit

63. Ten slotte kan worden geduid op het actuele gebrek aan publiciteit van veranderingen inzake de identiteit van de houder van een onroerend zakelijk recht. Hierbij kan worden gedacht aan wijzigingen van naam, voornamen, geslacht van een natuurlijk persoon, alsook naamsveranderingen en wijzigingen van rechtsvorm bij rechtspersonen. Thans bestaat hiervoor geen verplichte overschrijving. Bovendien hangt het volledig af van de bereidheid van de hypotheekbewaarder om de overschrijving van een akte waarin alleen sprake is van een identiteitswijziging te aanvaarden. Ook hier is het wenselijk dat een vorm van facultatieve publiciteit mogelijk wordt gemaakt, die niet door de hypotheekbewaarder kan worden geweigerd, maar die opnieuw zonder gevolgen blijft op het vlak van tegenwerpelijke en aansprakelijkheid.

b. Inschrijving

64. De hypothecaire inschrijving is de rechtshandeling waardoor bepaalde voorrechten of hypotheeken, hetzij conventionele, wettelijke of testamentaire, openbaar worden gemaakt door het afschrijven van een borderel in het register der inschrijving op het hypotheekkantoor.

65. *Hypotheek voor alle sommen* - Door de wet van 13 april 1995 werd een nieuw art. 51bis ingevoegd in de Wet op het Hypothecair Krediet. Hierdoor werd de geldigheid van de zogenaamde hypotheek voor alle sommen, aanvaard door diverse rechtspraak en rechtsleer, in de wet bevestigd. Vereist is dat de gewaarborgde toekomstige schuldvorderingen bepaald zijn of bepaalbaar zijn op het ogenblik van de hypotheekvestiging. De rang van dergelijke hypotheek wordt bepaald op datum van de inschrijving, ongeacht het tijdstip waarop de gewaarborgde schuldvordering zou ontstaan.⁷¹

Men kan betreuren dat deze regeling niet in de Hypotheekwet is ingevoerd. Dit getuigt van een gebrek aan bezorgdheid van de wetgever om een overzichtelijk en consistent wetten- en regelengeheel uit te bouwen. De betreffende bepalingen hadden kunnen worden ingevoerd ter aanvulling van art. 80 Hyp.W. dat de hypotheek tot zekerheid van een geopend krediet regelt, en ter aanvulling van art. 108 Hyp.W. betreffende de wijzen van tenietgaan van een hypotheek.

66. *Art. 97 Venn.W.* - De wijziging in 1992 van art. 90 Hyp.W. waarbij de geldigheidsduur van een hypothecaire inschrijving werd verdubbeld van vijftien tot dertig jaar, leidt tot een eigenaardige consequentie bij de toepassing van art. 97 Venn.W., dat immers niet werd aangepast. Volgens dit laatste ar-

⁷¹ BYTTEBIER, J., «Enkele beschouwingen omtrent de hypothecaire inschrijving», *TNot.*, 1996, 513-515. Zie meer uitvoerig de commentaren bij CUYPERS, A., «De hypotheek voor toekomstige vorderingen. De hypotheek voor «alle sommen». Het nieuwe artikel 51bis van de wet op het hypothecair krediet: revolutie of evolutie in het hypotheekrecht?», *TNot.*, 1995, 321; *Id.*, «De hypotheek «voor alle sommen»: een voorbijgestreefd probleem sinds de invoering van art. 51bis van de wet op het hypothecair krediet?» in *Praktijkids voor de vastgoedmakelaar*, Diegem, Kluwer, rubriek «Nieuwe wetgeving in kort bestek», Hypothecair Krediet; VERBEKE, A., «De Hypotheekwet. Kaas met gaten», *T.B.B.R.*, 1995, 453-464.

tikel moet de inschrijving van een door een vennootschap verleende hypotheek tot zekerheid van een lening in de vorm van obligaties door de bestuurders van de vennootschap worden vernieuwd vóór het einde van het veertiende jaar. Doet de vennootschap dit niet, dan heeft elke obligatiehouder het recht de inschrijving te vernieuwen. In het licht van het nieuwe art. 90 Hyp.W. kan op dit ogenblik niet zomaar worden geredeneerd dat de vernieuwing door de vennootschap moet gebeuren vóór het einde van het negenentwintigste jaar. De tekst van de wet vereist immers uitdrukkelijk een hernieuwing voor het einde van het veertiende jaar. Indien dit niet gebeurt, lijkt het dat de obligatiehouders gedurende de resterende zestien jaar, ervan uitgaande dat de inschrijving dertig jaar geldig is, het recht hebben de inschrijving te hernieuwen. Een wettelijke aanpassing is geraadzaam. Daarbij zou ook kunnen worden onderzocht of hypothecaire inschrijvingen met zo een lange looptijd wel opportuun zijn in de handelswereld.⁷²

67. *Occulte hypotheek inzake successierechten* - De occulte hypotheek in het raam van de successierechten vormt een regelrechte aanfluiting van het basisprincipe van ons systeem van onroerende en hypothecaire publiciteit, namelijk dat rechten in de regel slechts kunnen worden tegengeworpen aan derden vanaf het ogenblik dat deze rechten zijn bekendgemaakt in de registers van het hypotheekkantoor.⁷³ Krachtens art. 84 W.Succ. beschikt de Staat tot waarborg voor de betaling van de successierechten niet alleen over een algemeen voorrecht op alle roerende goederen die daadwerkelijk van de nalatenschap afhangen, maar ook over een wettelijke hypotheek op de voor hypotheek vatbare in België gelegen goederen zowel bij de nalatenschap van een rijksinwoner als van een niet-rijksinwoner. Terwijl deze hypotheek vroeger krachtens de Wet van 27 december 1817⁷⁴ hoe dan ook bestond zonder inschrijving op het hypotheekkantoor en een duurtijd had van twaalf maanden, kennen we nu sinds jaar en dag een occulte hypotheek die gedurende een periode van achttien maanden na het overlijden aan derden tegenwerpelijk is zonder inschrijving (art. 86, eerste lid, W.Succ.), en die tot op het einde van die termijn van achttien maanden kan worden ingeschreven op het hypotheekkantoor zonder rangverlies ten gevolge van haar retroactieve werking tot op de datum van het overlijden (art. 86, tweede lid, W.Succ.). Na het verstrijken van deze termijn kan de fiscus wel nog zijn wettelijke hypotheek nemen, maar deze zal slechts rang nemen vanaf de datum van de inschrijving (art. 86, derde lid, W.Succ.).⁷⁵

Indien een onroerend goed wordt verkocht, dat behoort tot een nalatenschap waaromtrent de verschuldigde successierechten nog niet zijn betaald, en het overlijden van de erflater dateert van minder dan achttien maanden terug, dan zal de notaris met het risico van deze occulte hypotheek re-

kening moeten houden. Men zal aandringen dat de partijen zo spoedig mogelijk de verschuldigde successierechten veriffenen en een bewijs van betaling voorleggen vóór het verlijden van de verkoopakte. Is een dergelijke betaling evenwel niet mogelijk vóór het verlijden van de verkoopakte, dan bestaat een mogelijke oplossing erin dat de notaris aan de ontvanger der successierechten schriftelijk zijn akkoord vraagt om geen wettelijke hypotheek te nemen, tegen de blokkering van de verkoopprijs op het kantoor van de notaris. Normaal geeft een dergelijke werkwijze het verhoopte resultaat, namelijk dat geen hypothecaire inschrijving wordt genomen.

68. Het bestaan van dergelijke hypotheek, waarvan de rang tot achttien maanden vóór de datum van de inschrijving kan teruggaan, is eigenlijk niet aanvaardbaar. Is de tijd niet gekomen voor de afschaffing van dit fossiel uit het verleden en de vervanging door een systeem van fiscale notificatie zoals deze ook bestaan inzake personenbelasting (artt. 434 e.v. WIB) en BTW (artt. 93ter e.v. Wb. BTW)? Hierbij is het nuttig in herinnering te brengen dat de problematiek inzake personenbelasting een identieke geschiedenis heeft gekend.⁷⁶ Bij de wet van 29 oktober 1919 werd een occulte hypotheek ingevoerd tot waarborg van de invordering van directe belastingen, twee jaar geldend, zonder dat hiervoor een inschrijving nodig was. Bij gebrek aan actie tegenover de goederen binnen deze termijn van twee jaar, ging het hypotheekrecht verloren.⁷⁷ Dit systeem werd door de wet van 24 december 1948 ten dele afgezwakt door de geldigheidsduur zonder inschrijving op achttien maanden te brengen, met mogelijkheid om vóór het einde van die termijn een inschrijving te nemen met retroactief behoud van rang en inschrijving na deze termijn met rang op datum van de inschrijving.⁷⁸ Dit was dus exact hetzelfde systeem als de nu nog bestaande occulte hypotheek inzake successierechten. In 1949 en 1950 werd in de besprekingen in Kamer en Senaat «bij herhaling de nadruk gelegd op het uitzonderlijk, ja overdreven, en in elk geval anti-economisch karakter van de occulte hypotheek».⁷⁹ De regering kon ermee akkoord gaan het terugwerkende karakter van de inschrijving van de occulte hypotheek af te schaffen, op voorwaarde dat de ontvanger tijdig zou worden verwittigd van elke akte of verrichting waardoor de belastingschuldenaar zich ontdoet van zijn goederen of deze bezwaart met hypotheek ten bate van derden.⁸⁰

69. Aldus was het bestaande systeem van de fiscale notificatie geboren.⁸¹ De notaris verwittigt (op straffe van per-

⁷² BYTTEBIER, J., «De hypothecaire inschrijving», *R.W.*, 1993-94, 41-42.

⁷³ Vergelijk in die zin ook T'KINT, F., *Sûretés*, Brussel, Larcier, 1997, 294, nr. 584.

⁷⁴ BASTINÉ, L., *Théorie du droit fiscal dans ses rapports avec le notariat*, II, Brussel, Bruylant, 1878, 336-341, nrs. 328-336.

⁷⁵ WEYTS, L., *Notarieel Fiscaal Recht. De aangifte van nalatenschap*, Antwerpen, Kluwer, 1997, 48-49, nr. 34.

⁷⁶ Cf. WEYTS, L., «De fiscale notificatie inzake directe belastingen (art. 324 W.I.B.) en het notariaat», *T.Not.*, 1977, 163-164, nr. 3.

⁷⁷ SCHREUDER, E., *Les impôts sur les revenus*, Brussel, Bruylant, 1957, 415, nr. 438, voetnoot 1.

⁷⁸ DESCHAMPS, C., «Le privilège et l'hypothèque du Trésor en matière d'impôts sur les revenus», *Ann. Not.*, 1951, 276-277, nrs. 74-75.

⁷⁹ Verslag van de commissie van Financiën, *Gedr. St., Senaat*, 1950-1951, zitting van 29 november 1950, p. 1 *in fine*.

⁸⁰ Ontwerp van wet, Memorie van toelichting, *Gedr. St., Senaat*, 1950-1951, zitting van 28 november 1950, p. 2 *medio*.

⁸¹ Zie de grondige en praktische commentaar bij WEYTS, L., *Notarieel fiscaal recht. De notariële akten*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 56-78.

soonlijke aansprakelijkheid; art. 433 WIB) de ontvanger van de geplande verkoop of hypotheekstelling, die dan binnen twaalf werkdagen kennis kan geven van de verschuldigde belastingen. Tegen voorlegging van bewijs van betaling of inhouwing op de prijs kan de akte worden verleden. Indien de belastingen niet worden betaald of niet kunnen worden ingehouden, en de akte toch wordt verleden, dan moet de notaris dit binnen vierentwintig uren na het verlijden van de akte meedelen aan de fiscus. Op basis van deze informatie kan de fiscus dan binnen acht dagen een inschrijving van haar wettelijke hypotheek nemen, rang innemend op het ogenblik van deze inschrijving, maar primerend op de overschrijving of inschrijving van de verleden akte, dus tegenwerpelijk aan de koper en aan de eventuele eersterangsinschrijving van diens kredietverlener.

70. De ontwikkeling van de bestaande fiscale notificaties vanuit een occulte hypotheek is een sterk argument om nu diezelfde redenering ook toe te passen inzake successierechten, temeer daar het systeem van fiscale notificaties intussen goed is ingeburgerd in het notariaat. Op deze wijze ontstaat een uniform systeem inzake bescherming van de belangen van de schatkist tegen onroerende transacties. Men zou b.v. een verplichte fiscale notificatie kunnen opleggen in die gevallen waarin het overlijden van een houder van een zakelijk onroerend recht dateert van maximaal achttien maanden vóór het verlijden van de geplande akte. Op dezelfde wijze als het geldende systeem van notificaties inzake directe belastingen, zou uiteraard de mogelijkheid behouden blijven voor de ontvanger van successierechten om desgevallend nog een inschrijving van wettelijke hypotheek te nemen, maar rang innemend op de datum van de inschrijving, met primauté op overschrijving en inschrijving van de akte, zoals hierboven uiteengezet.

Daarnaast lijkt het wel aanvaardbaar om de nu bestaande mogelijkheid om na de termijn van achttien maanden na het overlijden nog een inschrijving van wettelijke hypotheek te nemen met rang op datum van de inschrijving onverminderd te laten voortbestaan.

c) Kantmelding

71. Een derde soort van publiciteit die in de registers van de hypotheekbewaarder voorkomt, is de kantmelding of randmelding. Dit is letterlijk, zoals de term aangeeft, een melding in de kant (marge) of rand van een overschrijving of een inschrijving. Het betreft hier geen correctie van een vergissing met betrekking tot die overschrijving of inschrijving,⁸² maar wel een vorm van updating van de informatie betreffende een overgeschreven of ingeschreven akte. Aangezien de hypotheekregisters een vorm van publiciteit zijn die tot doel hebben derden te informeren en daardoor de informatie aan derden tegenwerpelijk te maken, moet de gepubliceerde informatie zo correct mogelijk zijn en moet zij dus worden aangepast aan de nieuwe omstandigheden, zodat een nieuwe situatie tegen derden kan worden ingeroepen. Aldus kan men stellen dat elk feit of elke rechtshandeling, van aard om een overgeschreven of ingeschreven recht te beïn-

vloeden of aan te tasten, aan derden zal moeten worden bekendgemaakt door middel van een kantmelding.

Zoals bij de vorige soorten van hypothecaire publiciteit, moet de kantmelding worden gevorderd op grond van een authentieke akte. De na te leven formaliteiten worden vermeld in art. 84 Hyp.W. Hierna aandacht voor enerzijds de melding op de kant van de overschrijving (artt. 3 en 4 Hyp.W.) en anderzijds de melding op de kant van de inschrijving (artt. 5 en 6 Hyp.W.).

(i) Kantmelding in de registers van overschrijving (artt. 3 en 4 Hyp.W.)

72. De overschrijving betreft slechts de tegenwerpelijkheid aan derden, zonder dat deze op enige wijze zou kunnen raken aan de geldigheid van de rechtshandeling zelf (zie ook II). Indien een betwisting bestaat omtrent de rechtsgeldigheid van b.v. de verkoop, die overgeschreven is in de registers van de hypotheekbewaarder, dan is het voor derden van belang om op de hoogte te zijn van deze betwisting, alsook van de uitkomst daarvan.

aa) Kantmelding van de eis (art. 3, eerste lid, Hyp.W.)

73. Aldus schrijft art. 3 Hyp.W. voor dat elke eis strekkende tot vernietiging of herroeping van rechten die voortvloeien uit overgeschreven akten, moet worden gemeld op de kant van de overschrijving van de titel van verkrijging waarvan vernietiging of herroeping wordt gevraagd. Aldus worden derden gewaarschuwd dat er met betrekking tot het zakelijk recht op dit goed iets aan de hand is. Voor de gevolgen inzake tegenwerpelijkheid van de eis ten aanzien van derden, zij verwezen naar II.

74. De kantmelding is vereist voor elke eis die het juridisch statuut van het onroerend goed waarop de overschrijving betrekking heeft, beïnvloedt. Het moet dus gaan om een vordering in rechte, zij het bij hoofd-, tegen-, tussenvordering of exceptie. Het begrip vernietiging of herroeping van rechten, zoals het in de wet voorkomt, moet ruim worden uitgelegd. Voorbeelden zijn: de vordering tot vernietiging van de verkoop of schenking wegens wilsgebreken; de vordering tot vernietiging van de verkoop wegens benadeling van meer dan 7/12 (zie art. 1674 B.W.); de vordering tot inbreng in natura van een geschonken goed (zie art. 843 e.v. B.W.); de vordering tot inkorting van de schenking (zie art. 920 e.v. B.W.); de Pauliaanse vordering; de vordering tot ontbinding (art. 1184 B.W.); de vordering tot vervallenverklaring van vruchtgebruik of erfpacht; de vordering tot ontbinding van een huurovereenkomst van meer dan negen jaar.

75. Een twistpunt is wat er dient te gebeuren indien de eis betrekking heeft op een rechtshandeling die normaliter wel aan overschrijving is onderworpen, maar die *in casu* niet werd overgeschreven. Stel b.v. dat er een notariële verkoopakte is die echter niet is overgeschreven. Hoe kan een eis betreffende dat verkochte onroerend goed worden gemeld op de kant van een onbestaande overschrijving? Of nog verdergaand, stel dat de verkoop slechts is geschied bij onderhandse akte (compromis) en er zelfs nog geen notariële akte is?

Het Hof van Cassatie heeft dit probleem opgelost door als regel voor te schrijven dat de kantmelding vereist is telkens

⁸² Daarvoor is een nieuwe overschrijving of inschrijving nodig. In geval de vergissing door de hypotheekbewaarder werd begaan, zal hij dit ambtshalve moeten rechtzetten (zie art. 134 Hyp.W.).

als de akte is overgeschreven of voor overschrijving vatbaar is.⁸³ In de eerste hypothese is dus de kantmelding vereist, omdat de notariële akte voor overschrijving vatbaar is. In de tweede hypothese is geen kantmelding vereist, omdat het compromis niet kan worden overgeschreven. De redenering is eigenlijk dat in het eerste geval de kans reëel is dat de akte tijdens de procedure nog wordt overgeschreven, terwijl dit in het tweede geval onwaarschijnlijker is, omdat dan nog eerst een notariële akte moet worden verleden. In het eerste geval zal de kantmelding dan moeten gebeuren door een 'overschrijving' in het register van de overschrijvingen.

*bb) Kantmelding van de uitspraak
(art. 3, tweede lid, 4 Hyp.W.)*

76. Teneinde de informatie volledig in overeenstemming te laten zijn met de realiteit, moet ook de rechterlijke uitspraak omtrent een dergelijke eis, ongeacht of deze werd ingewilligd of afgewezen, worden gekantmeld (art. 3, tweede lid, Hyp.W.). Elke gerechtelijke uitspraak die als beslissing geldt, moet worden gekantmeld, dus ook de beslissing in eerste aanleg, ongeacht het aanwenden van een rechtsmiddel daartegen. Een tussenvonnis of onderzoeksvonnis moet niet worden gekantmeld. Het vierde lid van art. 3 Hyp.W. stelt dat de griffier geen uitgifte van het vonnis mag afgeven voordat bewezen is dat de kantmelding is gebeurd. Voor de gevolgen ten aanzien van derden, wordt opnieuw verwezen naar het tweede gedeelte van deze bijdrage (zie *infra*, II).

77. Door art. 4 van de wet van 30 juni 1994 betreffende de mede-eigendom werd aan art. 3 Hyp.W. een nieuw derde lid toegevoegd.⁸⁴ Het betreft enerzijds de beslissing tot ontbinding van de vereniging van mede-eigenaars, genomen door de algemene vergadering, die ter kennis moet worden gebracht van derden door melding op de kant van de overschrijving van de basisakte en het reglement van mede-eigendom.⁸⁵ Anderzijds beoogt voormelde bepaling de door de rechter uitgesproken ontbinding van deze vereniging van mede-eigenaars. Zowel de eis tot ontbinding, de inleidende akte waarover sprake is in de wet, als de beslissing van de rechter daaromtrent, dienen te worden overgeschreven.

cc) Kantmelding in het raam van gerechtelijk akkoord

78. Ingevolge de recente wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord (Wet GA)⁸⁶ wordt de notaris voortaan geconfronteerd met een nieuwe onvolkomenheid op het vlak van de onroerende publiciteit.⁸⁷ Conform art. 14 van de Wet GA doet de rechtbank over een aanvraag tot gerechtelijk akkoord uitspraak binnen vijftien dagen na deze aanvraag. De rechtbank kan dan onder bepaalde voorwaarden

een voorlopige opschorting van betaling toestaan voor een periode van niet langer dan zes maanden (art. 15, § 1, eerste lid, Wet GA).

79. De wet regelt een opschorting van tenuitvoerlegging in twee fases. Voor de notaris die belast is met een verkoop ingevolge uitvoerend onroerend beslag is het uiteraard van groot belang te weten dat het beslag desgevallend is opgeschort.

Er is eerst de fase tussen de aanvraag van het gerechtelijk akkoord en de beslissing van de rechtbank. Vanaf de aanvraag tot gerechtelijk akkoord tot aan de beslissing van de rechtbank mag geen enkele tegeldemaking geschieden van roerende of onroerende goederen van de schuldenaar ingevolge de uitoefening van een middel van tenuitvoerlegging (art. 13, tweede lid, Wet GA). Dit betekent dus dat vanaf het verzoek of de dagvaarding tot gerechtelijk akkoord de notaris geen verkoop mag laten plaatshebben ingevolge een beslag gelegd op goederen van een handelaar ten aanzien van wie een gerechtelijk akkoord is aangevraagd.

Daarnaast is er de fase vanaf de beslissing van de rechtbank. Vanaf dit tijdstip kan de genoemde observatieperiode aanvangen. Tijdens deze observatieperiode kan geen enkel middel van tenuitvoerlegging op de roerende of onroerende goederen worden voortgezet of aangewend. Deze opschorting geldt ten aanzien van alle schuldeisers, ongeacht hun zekerheden, alsook voor de revindicatie ingesteld door de schuldeiser-eigenaar van een bepaald goed (art. 21, eerste en tweede lid, Wet GA). Tevens bepaalt artikel 22 Wet GA dat tijdens de observatieperiode geen enkel beslag kan worden gelegd en dat een beslag dat reeds vóór de opschorting werd gelegd, dit is vóór de beslissing van de rechtbank, zijn bewarende werking behoudt, alhoewel de rechtbank van koophandel naargelang de omstandigheden opheffing van dergelijk beslag kan verlenen.

80. De wet voorziet uitdrukkelijk in een vorm van publiciteit voor deze tweede fase: het vonnis dat de voorlopige opschorting toestaat, wordt door toedoen van de griffier van de rechtbank van koophandel binnen vijf dagen na de dagtekening bij uittreksel bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* en in twee dagbladen of periodieke uitgaven met regionale verspreiding (art. 17, § 1, Wet GA). Daarnaast bepaalt § 2 dat de commissaris inzake opschorting bij aangetekende brief de schuldeisers persoonlijk dient in kennis te stellen van de gegevens genoemd in § 1. De notaris kan dus door raadpleging van het Belgisch Staatsblad weten dat een voorlopige opschorting van betaling met de gevolgen inzake opschorting van tenuitvoerlegging conform artt. 21 en 22 van toepassing is.

Voor de eerste fase is echter niet voorzien in enige vorm van publiciteit. Nochtans wordt al vanaf de aanvraag de verkoop ingevolge een beslag verplicht geblokkeerd tot de uitspraak van de rechtbank (art. 13, tweede lid, Wet GA). De griffies van de rechtbanken van koophandel blijken niet bereid te zijn aan de notaris die bijvoorbeeld gelast is met een procedure van uitvoerend onroerend beslag, informatie te verlenen omtrent een eventuele aanvraag tot gerechtelijk akkoord. Als verantwoording hiervoor wordt gesteld dat de behandeling ervan geschiedt in raadkamer en dat derden (inclusief de notaris) om reden van discretie tot deze gegevens geen toegang hebben.

⁸³ Cass., 6 september 1991, *Arr. Cass.*, 1991-1992, 8, R.W., 1991-1992, 610, met conclusie van advocaat-generaal DE SWAEF, *Rev. Not. B.*, 1993, 45, met noot LEDOUX.

⁸⁴ Zie VERBEKE, A., o.c., *T.B.B.R.*, 1995, 447 e.v.

⁸⁵ Zie ook art. 84, tweede lid, 1°, Hyp.W.

⁸⁶ Wet van 17 juli 1997 betreffende het gerechtelijk akkoord (*B.S.*, 28 oktober 1997), in werking getreden op 1 januari 1998.

⁸⁷ BYTTEBIER, J., «Het gerechtelijk akkoord: een zwaard van Damocles voor de notaris», *Notarius-Actueel*, 1998, 26-27 en 33.

Hoe kan de notaris dan echter weten dat er een aanvraag tot gerechtelijk akkoord bestaat? Moet hij voor elke verkoop na beslag, vooraleer over te gaan tot de verkoop, uitdrukkelijk akteren dat de beslagene op zijn vraag heeft bevestigd dat er geen aanvraag tot gerechtelijk akkoord is ingediend noch een dagvaarding dienaangaande is betekend? Het lijkt absoluut noodzakelijk dat aan de notarissen minstens zou worden meegedeeld op hun eenvoudig verzoek of er al dan niet een aanvraag tot gerechtelijk akkoord bestaat.

Een wettelijke grondslag hiervoor kan eventueel worden gevonden in art. 18, eerste lid, Wet GA, krachtens welk ter griffie een dossier van opschorting wordt gehouden waarin alle elementen betreffende de grond van de zaak en betreffende de procedure voorkomen. Uit de wet blijkt niet of als element betreffende de procedure ook de *aanvraag* tot gerechtelijk akkoord in dit dossier wordt opgenomen. Het verdient aanbeveling dat dit zou gebeuren. In dat geval zou voornoemd informatierecht van de notaris kunnen worden gebaseerd op het tweede lid van dezelfde bepaling luidens welk van dit dossier van opschorting iedere schuldeiser kosteloos inzake kan nemen en kopie kan krijgen en daarenboven eenieder die een rechtmatig belang kan aantonen, met toestemming van de voorzitter van de rechtbank, ditzelfde inzage- en kopierecht geniet. Omdat de notaris geen schuldeiser is, geniet hij niet dit automatische inzage- en kopierecht. Hij is evenwel zonder enige twijfel iemand die een rechtmatig belang kan aantonen. Het valt niet in te zien waarom de voorzitter ten aanzien van de notaris de vereiste toestemming niet zou geven. Overigens zou men een ruime interpretatie kunnen bepleiten van het begrip «schuldeiser», zodat dit ook de notaris zou omvatten die toch optreedt als gerechtelijk mandataris, neutrale bewindvoerder over een partieel vereffeningsbewind (het beslag), en in die hoedanigheid moet waken over de belangen van alle betrokkenen, dus ook van de schuldeisers.

Aldus valt het aan te bevelen dat de voorzitters van de rechtbanken aan hun griffies zouden instrueren om, op welke grondslag ook, in elk geval aan een notaris mededeling te doen omtrent het bestaan van een aanvraag tot gerechtelijk akkoord, voor zover de notaris een beschikking van de beslagrechter ex art. 1580 Ger.W. voorlegt, waaruit zijn aanstelling blijkt als notaris belast met de verkoop na beslag en de rangregeling.

81. Maar zelfs al zou dergelijke informatie aan de notaris op zijn verzoek worden gegeven, dergelijke publiciteit betreffende de aanvraag, evenmin als de publiciteit in het Belgisch Staatsblad en de regionale pers inzake de beslissing van de rechtbank, blijken onvolkomen omdat de informatie niet blijkt uit de hypothecaire staat die door de notaris wordt gelicht. Het ware wenselijk dat de hypothecaire informatie die de notaris nog tot op de dag van de verkoop minstens officieus naziet, melding zou maken van dergelijke belangrijke procedures. Zowel de aanvraag tot gerechtelijk akkoord als de beslissing van de rechtbank terzake zouden moeten worden gekantmeld op de kant van de overschrijving van alle onroerende goederen van de schuldenaar, door de griffier van de rechtbank waar de aanvraag wordt gedaan en de beslissing wordt genomen.

(ii) *Kantmelding in de registers van inschrijving (artt. 5 en 6 Hyp.W.)*

82. *Effectisering* - Voor de tegenwerpelijheid van de overdracht, de indeplaatsstelling of inpandgeving van een ingeschreven bevoorrechte of hypothecaire schuldvordering ten aanzien van andere derden dan de schuldenaar, wordt in art. 5 Hyp.W. een bijzondere regeling uitgewerkt, die een aantal formaliteiten toevoegt aan de gemeenrechtelijke bepalingen van art. 1690 B.W. (inzake cessie) en art. 2075 B.W. (inzake pand).⁸⁸ Art. 5 Hyp.W. stelt voor deze tegenwerpelijheid een dubbele voorwaarde. Allereerst een akte die voldoet aan de voorwaarde van art. 2 Hyp.W., namelijk een vonnis, een authentieke akte of een in rechte of voor notaris erkende onderhandse akte. Ten tweede een kantmelding op de kant van de inschrijving.

In art. 51, § 1, Wet Hypothecair Krediet wordt bepaald dat de vereisten van art. 5 Hyp.W. niet gelden voor de cessie en inpandgeving van een schuldvordering als bedoeld in art. 50 van de Wet Hypothecair Krediet aan of door een instelling voor belegging in schuldvorderingen.⁸⁹ Deze bepaling moet worden begrepen in het raam van de creatie van een wettelijk en reglementair kader dat effectisering mogelijk moet maken.⁹⁰ Gelet op het gebrek aan publiciteit dat volgt uit deze afschaffing van het vereiste van randmelding, wordt aan de cedent *c.q.* pandgever van de schuldvordering de wettelijke verplichting opgelegd om op verzoek van derden de nodige informatie te verstrekken omtrent de identiteit van de cessionaris of pandhoudende schuldeiser.⁹¹

83. *Fusie en splitsing van vennootschappen* - Sinds de inwerkingtreding van de reeds hiervoor vermelde reparatiewet inzake vennootschappen is de uitholling van het art. 5 Hyp.W. compleet. Hiermee worden immers ook alle fusies, splitsingen, inbrengen van algemeenheden en bedrijfstakken vrijgesteld van randmelding. Voor fusie en splitsing werd in artt. 174/10, § 2, tweede lid, Venn.W. onder de uitzonderingen op de algemene regel van tegenwerpelijheid door publicatie in de bijlagen van het Belgisch Staatsblad (art. 10, § 4, Venn.W.), het overschrijvingsvereiste van art. 1 Hyp.W. gehandhaafd, maar wordt de verwijzing naar art. 5 Hyp.W. geschrapt. Ook voor de inbreng van een algemeenschap of van een bedrijfstak wordt art. 5 Hyp.W. buiten werking gesteld (zie hierboven voor de problematiek van art. 1 Hyp.W. in dit verband).

⁸⁸ Zie onder meer DIRIX, E., PEETERS, I., VAN HAEGENBORGH, G. en VERBEKE, A., *Overdracht en inpandgeving van schuldvorderingen*, Antwerpen, Kluwer, 1995; WERY, P., DUGARDIN, X., GILCART, St. en DE LHONEUX, P., *L'opposabilité de la cession de créance aux tiers*, Brugge, Die Keure, 1995; VAN OMMESLAGHE, P., «Le nouveau régime de la cession et de la dation en gage des créanciers», *J.T.*, 1995, 529-540; VERBEKE, A., «Vormvrije cessie en bezitloos pand op schuldvorderingen», *T.Not.*, 1995, 2-43.

⁸⁹ Zie VERBEKE, A., «De Hypotheekwet. Kaas met gaten», *T.B.B.R.*, 1995, 449-451.

⁹⁰ Zie PEETERS, I., «Effectisering van schuldvorderingen», in DIRIX, E., PEETERS, I., VAN HAEGENBORGH, G. en VERBEKE, A., *Overdracht en inpandgeving van schuldvorderingen*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 105-161.

⁹¹ VERBEKE, A., «Rechtsmiddelen van schuldeisers», in *Schuldeisers en ondernemingen in moeilijkheden*, Kalmthout, Biblio, 1994, 22-23, nr. 20.

B. Registratiekantoor

84. Luidens art. 1 W.Reg. is registratie een formaliteit bestaande in het afschrijven, ontleden of vermelden van een akte of van een geschrift, door de ontvanger der registratie in een hiertoe bestemd register. Deze formaliteit geeft aanleiding tot heffing van een belasting, genaamd registratierecht. De registratie is in hoofdzaak een belasting, niet op het geschrift, maar wel op de rechtshandeling zelf. Verplicht aan deze formaliteit zijn onder meer onderworpen: alle notariële akten, alle overdrachten of aanwijzingen van eigendom of vruchtgebruik van onroerende goederen, alle schriftelijke verhuuringen van onroerende goederen en alle inbrengen in vennootschappen met rechtspersoonlijkheid (artt. 19 en 31 W.Reg.). Daarnaast is van belang dat voor de nalatenschap van een rijksinwoner de aangifte van nalatenschap moet worden ingediend op het kantoor der registratie en successie dat bevoegd is voor het gebied waarin de overledene zijn laatste domicilie had (art. 38, 1°, W.Succ.).

85. Door de verzameling van al deze gegevens van zowel akten onder de levenden als overgangen van nalatenschappen, moet het registratiekantoor worden beschouwd als de aanvulling bij uitstek bij de gegevens die bekend zijn op het hypotheekkantoor. Op het registratiekantoor zijn alle overgangen *mortis causa* bekend, zodat men bij onvolledigheden in de oorsprong van eigendom van één of ander onroerend goed, zich dient te wenden tot het registratiekantoor. De voornaamste redenen voor het opmaken van een dertigjarige oorsprong van eigendom zijn enerzijds het feit dat elke hypotheekaire inschrijving een geldingsduur heeft van dertig jaar en dit op naam van alle houders van een onroerend zakelijk recht op het hypotheekkantoor moet kunnen worden opgezocht. Anderzijds is het opmaken van een dertigjarige oorsprong van eigendom nodig om te kunnen achterhalen of alle overdrachten zijn geschied door personen die hiertoe de vereiste hoedanigheid hadden. Dit is mede van belang gelet op de dertigjarige verkrijgende verjaring (zie II).

Evenwel dient erop te worden gewezen dat, in tegenstelling tot de registers van het hypotheekkantoor, de formaliteitsregisters en hun bijvoegsels op het registratiekantoor in beginsel niet publiek zijn. Zij zijn zelfs vertrouwelijk. Elke onbescheiden mededeling maakt een schending uit van het beroepsgeheim, hetgeen de ontvanger blootstelt aan strafrechtelijke vervolgingen, het betalen van een schadevergoeding en aan administratieve sancties.⁹²

86. Er moet een onderscheid worden gemaakt naargelang de persoon die om mededeling van gegevens verzoekt (zie art. 236 W.Reg.):

Enerzijds zijn er de partijen, hun rechthebbenden of lasthebbers. Zij kunnen zonder beperking afschriften of uittreksels verkrijgen uit de formaliteitsregisters, de akten of verklaringen, maar kunnen zelf niet rechtstreeks kennis nemen van de inhoud van de formaliteitsregisters en van de akten.⁹³ Ingevolge een brief van 20 juli 1944 hoeven Belgische notarissen en advocaten die namens de belanghebbende afschriften of uittreksels van of uit de formaliteitsregisters en

hun bijvoegsels wensen te verkrijgen, bij hun aanvraag geen schriftelijke volmacht te voegen. Het is voldoende dat zij schriftelijk aanvraag doen met vermelding van hun hoedanigheid van lasthebber van de met naam aangeduide persoon en de bestemming van de gevraagde gegevens.⁹⁴

Derden daarentegen kunnen slechts aflevering verkrijgen van deze gegevens tegen voorlegging van een bevelschrift van de vrederechter dat door de ontvanger wordt bewaard.

87. In de inleiding rees reeds de vraag hoe een schuldeiser die niet weet of en waar zijn debiteur onroerende goederen in eigendom heeft, zal moeten tewerkgaan. Het ziet er naar uit dat het registratiekantoor in dit verband de meest aangewezen informatiebron vormt. Onder bepaalde voorwaarden zal een schuldeiser talrijke gegevens verkrijgen op het registratiekantoor. Zo is het de ontvangers toegelaten te voldoen aan aanvragen tot aflevering van een lijst van de onroerende goederen die aan bepaalde natuurlijke of rechtspersonen toebehoren of toebehoord hebben: bij voorlegging van een bevelschrift van de vrederechter; bij aanvraag uitgaande van een gerechtsdeurwaarder die om aflevering verzoekt in de uitoefening van zijn ambt; bij aanvraag door de curator van een faillissement van de onroerende goederen toebehorende aan de gefailleerde of aan een derdeschuldenaar; bij aanvraag van de lijst van de onroerende goederen toebehorende aan een bepaalde schuldenaar, medeschuldenaar of borg, mits het bestaan, het bedrag en de opeisbaarheid van de schuldvordering op afdoende wijze wordt aangetoond; de schuldenaar, ondanks de regelmatige ingebrekestelling en de door de schuldeiser gedane benaarstigingen, in gebreke blijft zijn schuld te voldoen of enig aflossingsplan na te komen, de schuldeiser de bestaande zakelijke zekerheden of andere waarborgen te gelde heeft gemaakt, tenzij blijkt dat deze ruimschoots onvoldoende zijn om de schuldvordering integraal te voldoen.⁹⁵

Dergelijke aanvragen komen vrij frequent, zelfs dagelijks, voor. Naar verluidt, is de informatie in die mate geïnformatiseerd dat op elk kantoor gegevens beschikbaar zijn, voor geheel het land, inzake roerende goederen, alsook omtrent de vraag of de debiteur al dan niet houder is van zakelijke rechten op onroerende goederen ergens in het land. Voor een specificatie van de eventuele onroerende goederen en een lijst zoals hierboven vermeld, dient men zich te wenden tot de ontvanger van de geboorteplaats van de betrokkene (of bij aankoop door echtgenoten samen, die van de man). De gegevens inzake onroerende goederen dienen in principe binnen de maand te worden doorgezonden naar het registratiekantoor van de geboorteplaats.

C. Kadaster *

88. Bij de oprichting van het kadaster, in de periode van de Franse Keizer Napoleon I, werden twee doelstellingen nagestreefd. De voornaamste doelstelling bestond erin de Staat gegevens te verschaffen omtrent de inkomens van onro-

⁹⁴ WERDEFROY, F., *o.c.*, 66-67.

⁹⁵ WERDEFROY, F., *o.c.*, 70-71.

⁹⁶ Met dank aan de heer F. VANDERBIEST, kadaster-inspecteur Leuven.

⁹² WERDEFROY, F., *o.c.*, 66, nr. 97.

⁹³ WERDEFROY, F., *o.c.*, 69, nr. 99.

rende goederen en aldus een basis te bieden voor het heffen van een belasting op deze inkomens van onroerende goederen. De tweede doelstelling was het bewijzen van de eigendom van onroerende goederen. De grondleggers van het kadaster hoopten op die manier een ontegenzeglijke titel te kunnen bieden teneinde in rechte het eigendomsrecht te kunnen bewijzen (cf. grondboek).⁹⁷

Het huidig kadaster naar Belgisch recht is een autonome instelling los van de administratie der directe belastingen. Het is een dienst van het Ministerie van Financiën, die zorgt voor het bijhouden en de herziening van het kadaster, het verstrekken van inlichtingen alsook het afgeven van uittreksels uit de kadastrale legger of het kadastraal plan. De activiteiten van het kadaster zijn er voornamelijk op gericht een inventaris op te maken en bij te houden van alle in België gelegen onroerende goederen. Het kadaster stelt de basis vast waarop de onroerende voorheffing wordt geheven.

89. In tegenstelling tot één van de oorspronkelijke doelstellingen, aanvaardt een unanieme rechtsleer en rechtsspraak dat, ondanks het feit dat de kadastrale gegevens in belangrijke mate worden bijgehouden op basis van eigendomsoverdragende titels, deze gegevens niet kunnen gelden als eigendomstitel. Zij kunnen enkel gelden als indicatie, zij het dat deze gegevens een niet onbelangrijk vermoeden van eigendom vormen.⁹⁸ Terwijl het kadaster verantwoordelijk is voor de fiscale gegevens die worden verstrekt, worden de andere inlichtingen (ligging, oppervlakte, aard,...) derhalve gegeven zonder enige juridische verantwoordelijkheid.⁹⁹

Toch biedt het kadaster een goede aanvulling bij de gegevens die bekend zijn bij zowel het hypotheekkantoor als het registratiekantoor, en in de praktijk mogen deze gegevens als tamelijk betrouwbaar worden beschouwd. Wel is er een zekere achterstand qua bijwerking van de gegevens, alhoewel nu, in het verlengde van de informatisering, een duidelijke inhaalbeweging aan de gang is, waardoor de achterstand voor 1998 beperkt zou zijn tot ongeveer negen maanden en verhoopt wordt dat deze tegen 2000 zal kunnen worden teruggebracht tot circa zeven maanden.

90. Kadastrale plannen zijn in de praktijk eveneens van belang, aangezien men op die manier, bij gebrek aan een bezoek ter plaatse, het goed beter kan situeren, alsook de eventuele aanpalende percelen, hetgeen nuttig kan zijn inzake erfdiensbaarheden, rechten van overgang en doorgang. Vroegere kadastrale gegevens kunnen ook van belang zijn bij de wedersamenstelling van de oorsprong van eigendom van wat bijvoorbeeld vroeger een groter geheel vormde.

91. Een schuldeiser op zoek naar onroerende goederen van zijn debiteur zou ook bepaalde gegevens kunnen verkrijgen op het kadaster, alhoewel het registratiekantoor geschikter lijkt als informatiebron (zie *supra*). De kadastrale bestanden zijn georganiseerd per afdeling van gemeente of

per gemeente en per zakelijk recht. Indien gevraagd zullen alle onroerende goederen kunnen worden gegeven, gelegen in eenzelfde afdeling of gemeente, ten aanzien waarvan een persoon eenzelfde zakelijk recht houdt. Als de debiteur volle eigenaar is van drie onroerende goederen in b.v. Leuven 1, dan kunnen deze indien gevraagd alle vermeld worden op het uittreksel uit de legger. Heeft hij nog een recht van vruchtgebruik op een ander goed in Leuven 1, dan zal dit hier niet op voorkomen. Is hij volle eigenaar van nog een onroerend goed in Tervuren, dan zal dit evenmin vermeld worden. Alhoewel men in theorie bij de regionale directie van het kadaster zou kunnen vragen een opzoeking te doen voor het volledige gebied of voor een deel daarvan en voor diverse zakelijke rechten, op naam van de betrokken debiteur, in de diverse bestanden, blijkt dit in de praktijk moeilijk haalbaar te zijn.

II. TEGENWERPELIJKHEID

A. Relativiteit, tegenwerpelijheid en publiciteit

1° Relativiteit

92. Een overeenkomst is voor de partijen verbindend; meer nog, als partijen iets overeenkomen, dan geldt dat voor en tussen hen als was het de wet (art. 1134, eerste lid, B.W.). Wat de partijen overeenkomen, is evenwel hun zaak. Dit is de relativiteit van de overeenkomst. Een contract kan enkel gevolgen teweeg brengen tussen de contracterende partijen (art. 1165 B.W.).

De interne gevolgen van een contract *verbinden enkel de partijen*, niet een derde die in het geheel niet bij dat contract betrokken was. Art. 1165 B.W. vervolgt dan ook terecht dat een overeenkomst aan derden geen nadeel kan toebrengen. De derde heeft er niets mee te maken: het contract is voor hem een *res inter alios acta*. Overigens komen de gevolgen van een overeenkomst in principe ook *enkel ten goede aan de contractpartijen*, niet aan derden, behoudens toepassing van art. 1121 B.W. Het betreft het beding ten behoeve van een derde, waardoor het mogelijk wordt dat een derde toch rechten kan putten uit en voordeel halen uit de interne gevolgen van een contract waarbij hij geen partij is.

2° Tegenwerpelijheid

93. Ondanks deze relativiteit van de overeenkomst, is een overeenkomst tegenwerpelijk aan derden. In het 'Boswachtersarrest' stelde het Hof van Cassatie dat een contract effect heeft tegenover derden in deze zin dat derden het bestaan van een rechtsgeldige rechtshandeling als feit dienen te erkennen.¹⁰⁰

Dit betekent allereerst dat derden het bestaan van dergelijke rechtshandeling op passieve wijze moeten ondergaan. De schuldeiser zal als derde een contract dat zijn debiteur heeft aangegaan, b.v. verkoop van een vermogensbestanddeel, in principe moeten respecteren. Aldus moet een schuldeiser de bestuurshandelingen van zijn schuldenaar over diens vermogen tolereren: het vermogen is een dynamisch ge-

⁹⁷ *Rép. Not.*, II/4, 35, nrs. 8-9.

⁹⁸ *Id.*, 36, nr. 11.

⁹⁹ Cass., 15 mei 1902, *Pas.*, 1902, I, 247; Rb. Arlon, 11 januari 1977, *Jur.Liège*, 1976-77, 230; WEYTS, L., *Notarieel fiscaal recht. De notariële akten*, Antwerpen, Kluwer, 1995, 80, nr. 92.

¹⁰⁰ Cass., 27 mei 1909, *Pas.*, 1909, I, 272; DIRIX, E., *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Antwerpen, Maklu, 1984.

ven. Enkel in geval van bedrog zal de derde het bestaan van de rechtshandeling niet moeten ondergaan. Dit is precies de bedoeling van de Pauliaanse vordering van art. 1167 B.W. (bestuursbeperkend mechanisme),¹⁰¹ waarbij een derde die kan aantonen dat een rechtshandeling is gesteld met bedrieglijke benadeling van zijn rechten, het bestaan van deze rechtshandeling als feit niet moet ondergaan, zodat deze handeling aan hem niet tegenwerpelij is. De tegenwerpelijheid van een rechtshandeling impliceert tevens dat de derde zich actief op het bestaan van een rechtshandeling als feit kan beroepen.

94. Opdat de rechtshandeling tegenwerpelij is aan derden, dienen twee voorwaarden te zijn vervuld. Allereerst moet het gaan over een rechtsgeldige handeling. Als een contract niet rechtsgeldig is aangegaan, en dus niet zal gelden als wet tussen de partijen, dan kan moeilijk worden gewaagd van tegenwerpelijheid aan derden van dit contract. Iets wat niet geldig is tussen partijen, bestaat niet; en hetgeen niet bestaat, kan niet worden tegengeworpen aan derden. De tegenwerpelijheid betrof immers precies het *bestaan* van een rechtshandeling of overeenkomst.

De tweede voorwaarde is dat de derde kennis heeft of dient te hebben van de betrokken rechtshandeling.¹⁰² Volgens sommigen is dit kennisvereiste evenwel overbodig.¹⁰³ Hoe kan men evenwel verklaren dat bepaalde rechtshandelingen inzake onroerende goederen niet tegenwerpelij zijn aan derden te goeder trouw (zie verder over art. 1 Hyp.W.)? Deze goede trouw kan toch maar worden begrepen als een uitdrukking van het feit dat de derde geen kennis had en ook niet diende te hebben van de betrokken rechtshandeling? Het gaat niet alleen over feitelijke kennis van de derde, maar ook over normatieve kennis. Het weten en het behoren te weten. Hier wordt het verband tussen tegenwerpelijheid van rechtshandelingen en publiciteitssystemen zeer duidelijk. De kennis van derden omtrent het bestaan van een rechtshandeling wordt immers op fundamentele wijze beïnvloed door de aanwezigheid van een of andere vorm van publiciteit.

3° Publiciteit

95. De invloed van de publiciteit op de tegenwerpelijheid is natuurlijk afhankelijk van de gevolgen die door de wetgever aan de publiciteit worden toebedeeld. In het geval van de onroerende publiciteit zijn deze gevolgen precies belangwekkend, omdat de wetgever de publiciteit (grotendeels) noodzakelijk maakt voor de tegenwerpelijheid. Akten tot overdracht of aanwijzing van onroerende zakelijke rechten, die overgeschreven zijn in de registers van de hypotheekbewaarder, kunnen vanaf deze overschrijving aan elke derde worden tegengeworpen (*erga omnes*). Aldus wordt

het kennisvereiste gedetermineerd door de publiciteit (zie in B hierna).¹⁰⁴

96. Er zijn ook vormen van publiciteit met minder verstrekkende gevolgen. Zo kan de publiciteit enkel tot doel hebben om de bewijslast te vergemakkelijken (b.v. register van de burgerlijke stand, bevolkingsregister) of wordt hiermee louter het verstrekken van informatie aan derden beoogd (b.v. berichten van beslag, balanscentrale, lijsten v.z.w.). Nochtans heeft de publiciteit ook in deze gevallen een zekere invloed op de tegenwerpelijheid van de betrokken rechtshandelingen.¹⁰⁵ Deze invloed is zowel feitelijk als juridisch. Feitelijk is het onmiskenbaar zo, dat wanneer er een vorm van publiciteit betaamt, de kring van derden die feitelijke kennis (kunnen) hebben daardoor zal worden vergroot. Juridisch is het effect dat de grenzen van de plicht om de belangen van een ander te respecteren, worden verlegd. Immers, door de publiciteit is de mogelijkheid om de juiste toedracht te kennen groter, dan wanneer deze publiciteit er niet zou zijn. De plicht voor derden om zich te informeren wordt wat zwaarder. Dankzij de publiciteit zal men gemakkelijker kunnen aannemen dat een derde iets 'behoorde te weten'.

Deze redenering kan ook worden toegepast op de tegenwerpelijheid van rechtshandelingen die op facultatieve wijze zijn overgeschreven op het hypotheekkantoor (zie de voorstellen daaromtrent in I). Op die manier sorteert een facultatieve overschrijving wel enig gevolg op het vlak van de tegenwerpelijheid, maar dan niet ingevolge een bijzonder stelsel, maar louter met toepassing van het gemene recht.

B. Tegenwerpelijheid genuanceerd door overschrijving

1° Behoren te weten

97. Bekijken we eerst de tegenwerpelijheid van de verkoop van een huis naar gemeen recht, dit is zonder rekening te houden met de bijzondere tegenwerpelijheid beogende publiciteitsregeling van art. 1 Hyp.W. Ervan uitgaande dat de verkoop een rechtsgeldige overeenkomst is, zal deze verkoop tegenwerpelij zijn aan derden, b.v. schuldeisers van de verkoper, indien kan worden aangetoond dat zij kennis hadden van deze verkoop. De laatste zin van het eerste lid van art. 1 Hyp.W. dat men zich tot op het ogenblik van de publiciteit (dit is de overschrijving) niet kan beroepen op de verkoop tegen derden die zonder bedrog hebben gecontracteerd, is dus een toepassing van deze gemeenrechtelijke regel. De derde die kennis heeft of behoort te hebben van de verkoop, is niet te goeder maar te kwader trouw. Aan hem zal de verkoop tegenwerpelij zijn. Aan de derde die geen kennis heeft of behoort te hebben van de verkoop (derde te goeder trouw), zal de verkoop niet kunnen worden tegengeworpen.

98. De regel van art. 1 Hyp.W. voert een publiciteitsvoorschrift in, namelijk overschrijving van de notariële verkoopakte in de registers van het hypotheekkantoor, dat de tegen-

¹⁰¹ Over dit begrip, zie VERBEKE, A., «Rechtsmiddelen van schuldeisers», in *Schuldeisers en ondernemingen in moeilijkheden*, Kalmthout, Biblo, 1994, 28-37.

¹⁰² VAN GERVEN, W., *Algemeen Deel*, Brussel, Story-Scientia, 1987, 384.

¹⁰³ DIRIX, E. en DE CORTE, R., *o.c.*, 74, nr. 97.

¹⁰⁴ VERBEKE, A., *Zekerheden*, Antwerpen, Cursusdienst UIA, Sylabus 1997-1998, nrs. 288-361 en 400-420 (Antwerpen, Intersentia, 1998, te verschijnen).

¹⁰⁵ VAN GERVEN, W., *o.c.*, 383.

werpelijkheid wezenlijk beïnvloedt. Ook al is er geen weten (feitelijke kennis), door de publiciteit ontstaat een behoren te weten (normatieve kennis). Door de overschrijving van de verkoopakte wordt om het even welke derde, ook hij die geen feitelijke kennis heeft van de betrokken transactie en dus te goeder trouw is, geacht kennis te hebben, behoort hij op de hoogte te zijn van de rechtshandeling. De overschrijving of publiciteit creëert aldus een wettelijke fictie waarmee feitelijke kennis (*actual notice*) wordt vervangen door normatieve kennis (*constructive notice*). Door de overschrijving kan geen enkele derde nog beweren dat hij te goeder trouw is, namelijk dat hij niet op de hoogte was van de overdracht.

Het bijzondere systeem waarbij de overschrijving een behoren te weten invoert, biedt aldus een grotere vorm van bescherming aan bepaalde rechtverkrijgers. De koper van een huis die zijn titel heeft laten overschrijven, mag er op rekenen dat zijn eigendomsrecht volgend uit de verkoop aan alle mogelijke derden zal tegenwerpelijk zijn, ook derden die feitelijk geen kennis hebben van de verkoop, omdat elke derde dankzij de wettelijke publiciteitsregeling wordt verondersteld op de hoogte te zijn van de verkoop.

99. De tegenwerpelijkheid *erga omnes* die het gevolg is van de overschrijving wordt verkregen vanaf het ogenblik dat de akte ter overschrijving wordt aangeboden op het hypotheekkantoor. De akte wordt immers dadelijk bij aankomst met een volgnummer aangetekend in het register van de neergelegde titels. Onder de huidige regeling van art. 123 Hyp.W. wordt de voorrang van titels die op dezelfde dag worden aangeboden, bepaald volgens het volgnummer in het genoemde register. Met de inwerkingtreding van de wet van 9 februari 1995 zal dit systeem veranderen, daar de tekst van art. 123 Hyp.W. werd gewijzigd in die zin dat de voorrang tussen titels die op dezelfde dag op het hypotheekkantoor ter overschrijving worden aangeboden, nu eerst wordt bepaald naar de datum van de akte zelf en pas bij gelijke datum naar het volgnummer in het register van neergelegde titels. Deze regel van art. 123 Hyp.W. geldt niet voor de inschrijvingen (zie art. 81, tweede lid, Hyp.W.), noch voor de kantmeldingen.

2° Negatieve werking

100. De zogenaamde «negatieve werking» van onze onroerende publiciteit (zie ook I), leidt ertoe dat de overschrijving geen effect heeft op de intrinsieke geldigheid van de overeenkomst die wordt overgeschreven. De overeenkomst tussen partijen, ook die van verkoop van een onroerend goed, komt tot stand door de eenvoudige wilsovereenstemming.¹⁰⁶ Geldigheid tussen partijen en tegenwerpelijkheid aan derden moeten goed van elkaar worden onderscheiden. De overschrijving van de verkoopakte maakt deze wel tegenwerpelijk aan alle derden, maar zuivert haar niet van eventuele interne vorm- of grondgebreken.¹⁰⁷ Dit betekent dus dat een

koper van een huis geen onaantastbaar eigendomsrecht verkrijgt, ook al heeft hij geen enkele weet van bepaalde problemen en heeft hij dit huis gekocht bij notariële akte die onmiddellijk werd overgeschreven.

101. Een onaantastbaar eigendomsrecht verkrijgt men eigenlijk enkel en alleen door de verkrijgende verjaring door bezit.¹⁰⁸ Zelfs een bezitter te kwader trouw zonder enige wettige titel zal na dertig jaar onaantastbaar eigenaar worden van het huis, ook al komt de ware eigenaar dan nog op de proppen (zie art. 2262 B.W.; cf. de dertigjarige keten van eigenaars). Deze bescherming van zelfs een bezitter te kwader trouw moet worden begrepen vanuit de doelstelling van de rechtszekerheid. Na de langste verjaringstermijn moet de situatie eens en voor altijd vaststaan. Langere tijd onzekerheid is voor de rechtsorde niet aanvaardbaar. Daarenboven moet men toch ook voor ogen houden dat die bezitter te kwader trouw wel gedurende dertig jaar al het nodige heeft gedaan voor onderhoud en behoud van het goed, hetgeen toch niet kan worden gezegd van de ware eigenaar die na dertig jaar en vier dagen komt opdagen?

Naast deze lange verjaringstermijn heeft de wetgever in kortere verkrijgende verjaringstermijnen voorzien voor kopers die te goeder trouw zijn en krachtens een wettige titel (die overgeschreven is) het onroerend goed verkrijgen. Zo lezen we in art. 2265 B.W. dat deze verjaringstermijn slechts tien jaar bedraagt indien de ware eigenaar woont binnen het rechtsgebied van het hof van beroep waarin het betrokken onroerend goed is gelegen en twintig jaar zo dit niet het geval is.

3° Exceptie van niet-overschrijving

102. Dat de overschrijving de tegenwerpelijkheid meebrengt ten aanzien van alle derden, belet niet dat in een aantal gevallen een niet overgeschreven akte toch aan bepaalde derden zal kunnen worden tegengeworpen, conform het gemene recht. De vraag is dus ten aanzien van welke derden de overschrijving absoluut noodzakelijk is om hen het recht te kunnen tegenwerpen, of met andere woorden, welke derden kunnen zich beroepen op de exceptie van niet-overschrijving, of nog, welke derden kunnen opwerpen dat een verkoop hen niet tegenwerpelijk is, precies omdat die verkoop niet is openbaar gemaakt door een overschrijving? Bemerkt dat art. 1 Hyp.W. niet van openbare orde is, zodat de derde zelf deze exceptie zal moeten invoeren en deze niet ambtshalve door de rechter kan worden ter tafel gelegd.

a) Derden

103. Het moet in ieder geval gaan om derden als bedoeld in art. 1165 B.W. Partijen zullen nimmer deze exceptie kunnen invoeren. Dit is logisch, gelet op het onderscheid tussen interne geldigheid en tegenwerpelijkheid. Als partij moet ook worden beschouwd de rechtverkrijger onder algemene titel (erfgenaam of overnemende vennootschap bij fusie) of de lasthebber van de contractant, die immers ingevolge de regels van vertegenwoordiging handelt voor rekening (en soms ook in naam) van de lastgever.

¹⁰⁶ Cf. VERBEKE, A., «Verkoop van onroerend goed - Eigendomsoverdracht tussen partijen en tegenwerpelijkheid aan derden - Verschillende kopers in onderhandse koopovereenkomst en notariële akte», (noot onder Vred. Berchem, 21 maart 1995), *N.F.M.*, 1996, 99-106.

¹⁰⁷ DE PAGE, H., *Traité*, VII, nr. 1055.

¹⁰⁸ DE PAGE, H., *Traité*, VII, nr. 1053, A in fine.

Ondanks hetgeen door sommigen wordt betoogd, kan er geen twijfel over bestaan dat de curator en de massa van schuldeisers bij faillissement niet kunnen worden beschouwd als partij, maar moeten worden gekwalificeerd als derden. Een door de gefailleerde gesloten onderhandse verkoop die niet is overgeschreven, zal dus in de regel niet aan de massa tegenwerpelijk zijn.¹⁰⁹

104. Niet zomaar elke derde kan evenwel de exceptie van niet-overschrijving inroepen. Hiertoe dienen nog twee vereisten cumulatief te zijn vervuld. Deze voorwaarden kunnen worden afgeleid uit de laatste zin van het eerste lid van art. 1 Hyp.W., luidens welk men zich tot dan toe (dit is tot het ogenblik van de overschrijving van de akte) niet op die akten kan beroepen tegen derden die zonder bedrog hebben gecontracteerd. Dat de derde betreffende het kwestieuze goed moet hebben gecontracteerd, betekent dat de derde een zeker belang dient te hebben, namelijk moet beschikken over een concurrerend recht ten aanzien van het betrokken onroerend goed. Het vereiste van het zonder bedrog te hebben gecontracteerd, betekent dat de derde, op het ogenblik dat hij dit concurrerend recht verwerft, te goeder trouw dient te zijn.

b) Concurrerend recht

105. Het vereiste dat de derde enig belang moet hebben bij het inroepen van de exceptie van niet-overschrijving, betekent dat de akte die niet is overgeschreven van aard moet zijn om de rechten van die derde te schenden. De derde moet dus zelf een bepaald recht kunnen claimen ten aanzien van het betrokken onroerend goed (waarvan de akte niet is overgeschreven). Hij moet ten aanzien van dat goed beschikken over een recht dat daadwerkelijk in concurrentie of in conflict kan komen met het recht dat diegene die zijn akte niet heeft overgeschreven, zelf claimt op dit onroerend goed.

106. Derden met zo een concurrerend recht zijn allereerst derden die beweren zelf over een zakelijk recht of zakelijk zekerheidsrecht te beschikken op dat onroerend goed. Zo kan het gaan om diegene die beweert de ware eigenaar te zijn van het huis (bij een verkoop *a non domino*), of iemand die beweert dat hijzelf al eerder het huis heeft gekocht of verkregen (dubbele verkoop), of om een derde die beweert te beschikken over recht van vruchtgebruik of een erfdienstbaarheid of over een hypotheek of een onroerend voorrecht op het huis. Opdat deze rechten echt concurrerend zijn, is natuurlijk vereist dat ze tegenwerpelijk zijn aan derden, hetgeen betekent dat deze rechten zelf op de gepaste wijze en tijdig moeten openbaar gemaakt zijn door overschrijving of inschrijving.

Maar ook gewone chirografaire schuldeisers van de verkoper zouden derden kunnen zijn met een concurrerend recht. Alhoewel zij strikt genomen niet hebben gecontracteerd betreffende het goed, wordt reeds lange tijd aangenomen dat deze bepaling ruim moet worden uitgelegd, zodanig dat zij alle derden omvat die een verworven en tegen-

werpelijk recht ten aanzien van het onroerend goed kunnen laten gelden.¹¹⁰ Dit is het geval voor chirografaire schuldeisers die beslag legden op het onroerend goed. Immers, deze schuldeisers realiseren hun persoonlijk vorderingsrecht door beslag te leggen (of collectief door het ontstaan van een grote samenloop). Hierdoor verkrijgen zij een verworven recht. Hun persoonlijk recht krijgt een soort zakelijke werking en wordt tegenwerpelijk *erga omnes*. Ook hiervoor is natuurlijk vereist dat de geëigende publiciteitsregels worden nageleefd, namelijk overschrijving bij beslag (zie *supra*).

107. Derden die niet een over dergelijk concurrerend recht beschikken, zullen zich niet op de exceptie van niet-overschrijving kunnen beroepen. Dit is b.v. het geval voor de huurder van het verkochte goed (zie voor de Woninghuurwet art. 9 van deze wet). Hij beschikt immers slechts over een louter persoonlijk recht. Zijn huurcontract met vaste datum van vóór de verkoop zal wel tegenwerpelijk zijn aan de koper, maar deze koper zal alle rechten als eigenaar kunnen uitoefenen vóór de overschrijving van zijn eigendomstitel, voor zover zijn eigendomstitel vaste datum heeft. Met huurcontracten toegestaan door de verkoper na de overschrijving van de titel van de koper, dient deze laatste uiteraard geen rekening te houden. Quid evenwel met huurcontracten met vaste datum, die de verkoper nog sloot na de verkoop, maar vóór de overschrijving? Daar de exceptie van niet-overschrijving niet door de huurder kan worden ingeroepen, zal de huurovereenkomst niet tegenwerpelijk zijn aan de koper.¹¹¹

c) Te goeder trouw

108. De hoedanigheid van derde met een concurrerend recht is niet voldoende om de exceptie van niet-overschrijving te kunnen inroepen. Deze derde moet ook nog op het ogenblik van de verkrijging of realisatie van zijn recht¹¹² subiectief te goeder trouw zijn.¹¹³ Dit betekent eenvoudig dat de derde op dat ogenblik feitelijk geen kennis had van het feit dat het goed al verkocht was.

De goede trouw wordt natuurlijk wel vermoed (art. 2268 B.W.). Het zal aan de koper zijn, die zijn recht wil tegenwer-

¹¹⁰ Vergelijk met de tegenwerpelijkheid van cessie van schuldvorderingen op naam ten aanzien van een beslagleggende schuldeiser van de cedent (artt. 1690, eerste en derde lid, B.W.) (cf. VERBEKE, A., «Artikel 1690 B.W. en de financiële verrichtingen». Faillissementsrechtelijke vragen en conflicten bij samenloop», in *Financieel recht tussen oud en nieuw*, Antwerpen, Maklu, 1996, 86-91, nrs. 28-37).

¹¹¹ DIRIX, E. en DE CORTE, R., *o.c.*, 90, nr. 129.

¹¹² Cass., 21 februari 1991, *R.W.*, 1991-1992, 293. Vergelijk met het tijdstip waarop de goede trouw wordt beoordeeld van een derde die zich bij cessie van schuldvorderingen beroept op de uitzonderingsregel van artikel 1690, derde lid, B.W. (cf. VERBEKE, A., «Het gemene recht inzake overdracht van schuldvorderingen», in *Yearbook AEDB*, 1998, nr. 12 *in fine*).

¹¹³ Het goede trouw vereiste geldt niet in het speciale geval van overschrijving van een beschikking met last van uitkering conform art. 1048 e.v. B.W. In art. 1071 B.W. wordt uitdrukkelijk bepaald dat het ontbreken van de overschrijving niet kan worden goedge maakt of als gedekt kan worden beschouwd doordat de schuldeisers of derden-verkrijgers op een andere wijze dan door overschrijving van deze beschikking kennis hebben gekregen.

¹⁰⁹ VERBEKE, A. en PEETERS, I., *Vijf jaar voorrechten, hypotheken en andere zekerheden*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 201-202, nr. 157 en 258, nr. 342. Zie verder ook over het vereiste van goede trouw voor de massa van schuldeisers.

pen ondanks de niet-overschrijving, om te bewijzen dat deze derde te kwader trouw was op het tijdstip van verwerving van diens recht. Dit bewijs kan worden geleverd met alle middelen rechtens. Men dient niet te bewijzen dat de derde inzage zou hebben gehad in de niet overgeschreven overeenkomst,¹¹⁴ maar het bewijs wordt niet geleverd door louter aan te tonen dat de derde weet had van enige betwistingen omtrent het eigendomsrecht.¹¹⁵

109. Dit goede trouw-vereiste wordt terecht bekritiseerd. Volgens De Page gaat het om een anomalie die het gevolg is van een verkeerde interpretatie van art. 1141 B.W. inzake roerende goederen.¹¹⁶ In het licht van de rechtszekerheid en consistentie van de tegenwerpelijheid in het onroerend rechtsverkeer vormt dergelijk subjectief gegeven een stoorfactor. Men wijst erop dat een systeem van publiciteit mechanisch moet functioneren, zonder rekening te houden met subjectieve elementen.

Terecht wordt ook de opmerking gemaakt of een derde die met kennis van een anterieure verkoop snel zijn titel laat overschrijven wel kan worden beschouwd als iemand die bedrog pleegt (bedrog is de term die in art. 1 Hyp.W. wordt gehanteerd). Zou men immers niet kunnen stellen dat dit gewoon een zeer diligent persoon is die zich gedraagt naar de door de wet voorziene formaliteiten? Is het niet zo dat wanneer eenieder zou handelen zoals hij, het probleem eenvoudig niet zou rijzen? Geheel anders is het natuurlijk als er echt sprake is van bedrieglijk handelen en collusie tussen de verkoper en de tweede koper.¹¹⁷ Dergelijk bedrog is een *fraus* dat *omnia corruptit*. Eenzelfde nuancering wordt overigens ook aanvaard bij de tegenwerpelijheid van de hypothecaire inschrijving (zie *infra*).

110. De kwade trouw van de massa van schuldeisers bij een faillissement kan slechts worden aangenomen indien het bewijs wordt geleverd dat op het ogenblik van realisatie van het recht, namelijk het vonnis van faillietverklaring, alle schuldeisers in de massa te kwader trouw waren en dus allen feitelijke kennis hadden van de gesloten maar niet overgeschreven verkoopovereenkomst.

De kredietverlener die een lening toestaat, gewaarborgd door een hypotheek op een onroerend goed aangekocht door de kredietnemer bij onderhandse akte, kent de eigendoms-titel van de kredietnemer, aangezien deze slechts een goed waarvan hij eigenaar is, in hypotheek kan geven. Dergelijke kredietverlener is niet te goeder trouw en kan de exceptie van niet-overschrijving niet invoeren tegen een andere schuldeiser van de koper die nog vóór de overschrijving van de aankooptitel een bevel liet overschrijven.¹¹⁸ Hetzelfde geldt, bij niet-overschrijving van de aankoopakte, in het conflict tussen deze hypothecaire schuldeiser en het voorrecht van de

onbetaalde verkoper.¹¹⁹ Derden die zich voor hun rechten op het goed baseren op de titel van de koper, zullen per definitie niet te goeder trouw zijn in de zin van art. 1 Hyp.W.¹²⁰

111. De vraag rijst of het goede trouw-vereiste geldt in het raam van een beslag. Voor het uitvoerend beslag bepaalt art. 1577, tweede lid, Ger.W. dat aan de overschrijving van het bevel tot betalen of beslag voorafgaande beschikkingshandelingen van de schuldenaar die echter pas na de overschrijving van het bevel tot betalen of beslag worden bekendgemaakt (b.v. overschrijving van een eerdere verkoop of inschrijving van een hypotheek) als posterieure handelingen niet kunnen worden ingeroepen tegen de beslaglegger. Men stelt dat dit principe een toepassing vormt van de regel van art. 1 Hyp.W., dat een niet overgeschreven verkoop niet tegenwerpelijk is aan een schuldeiser die beslag heeft gelegd op het verkochte goed.¹²¹ Maar in art. 1577 Ger.W. is echter geen verwijzing te vinden naar de goede trouw van de beslaglegger, in tegenstelling tot in art. 1 Hyp.W.

Betekent dit dan niet dat de koper die een onderhandse verkoopovereenkomst heeft van vóór de datum van overschrijving van een beslag door een schuldeiser van de verkoper, maar wiens aankooptitel pas na de overschrijving van dit beslag wordt overgeschreven, tegen de beslaglegger nimmer zijn eigendomsrecht zal kunnen invoeren, ook al zou hij kunnen bewijzen dat de beslaglegger op het ogenblik van de overschrijving van het beslag te kwader trouw was?¹²² Met andere woorden, de beschikkingsonbevoegdheid van de beslagene en de gevolgen daarvan conform artt. 1444 en 1577 Ger.W. primeren de regel van art. 1 Hyp.W. Het principe luidt: geen overschrijving of inschrijving vóór de overschrijving van het beslag = geen tegenwerpelijheid ten aanzien van de beslaglegger, ongeacht diens kwade of goede trouw.

4° Gevolgen van het gebrek aan overschrijving

112. Buiten de uitzonderingssituaties waarbij aan bepaalde derden de niet-overgeschreven akte toch kan worden toegeworpen omdat de derde de exceptie van niet-overschrijving niet kan invoeren, is het gevolg van het gebrek aan overschrijving dat de verkoop niet tegenwerpelijk is aan derden. Dit betekent dus dat de verkoop weliswaar geldig is en blijft tussen partijen, en de koper dus eigenlijk wel eigenaar is geworden van het huis, maar dat dit niet zo zal blijken en zijn ten aanzien van de buitenwereld. Voor deze buitenwereld blijft de verkoper de eigenaar van het huis.

¹¹⁹ Zie hierover uitvoerig bij VERBEKE, A. en PEETERS, I., *Vijf jaar voorrechten, hypotheek en andere zekerheden*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 157-159, nrs. 48-48bis.

¹²⁰ Vergelijk met de opvatting dat bij een conflict tussen twee schuldeisers van de koper, de problematiek van de exceptie van niet-overschrijving niet ter zake doet, omdat beiden zich voor hun rechten beroepen op de eigendomstitel van de koper (STORME, M.E., «Bedenkingen over eigendomsoverdracht van en zakelijke rechten op onroerende goederen bij een conflict tussen de beslagleggende schuldeiser van de koper en zijn hypothecaire kredietgever», (noot onder Gent, 21 december 1993), *R.W.*, 1994-1995, 825-827).

¹²¹ *Rép.Not.*, X/1, nr. 631.

¹²² VERBEKE, A., «Vrijwillige zuivering niet absoluut risicoloos», in *Liber amicorum Henri Du FAUX en Jean DE VROE, Notarius*, 1996, 351-352, nr. 8.

¹¹⁴ Cass., 19 maart 1965, *Pas.*, 1965, I, 761.

¹¹⁵ Cass., 3 mei 1956, *Pas.*, 1956, I, 928.

¹¹⁶ DE PAGE, H., *Traité*, VII, nr. 1082, B.

¹¹⁷ DE PAGE, H., *Traité*, VII, nr. 1082, A, c en de opmerking in voetnoot.

¹¹⁸ Gent, 21 december 1993, *T.Not.*, 1994, 338, *R.W.*, 1994-1995, 824, met noot M.E. STORME.

De koper is de werkelijke eigenaar van het huis, de verkoper is evenwel de schijnbare eigenaar. Ten aanzien van derden die zich kunnen beroepen op de exceptie van niet-overschrijving (hetgeen in de regel het geval is), zal de koper, de werkelijke eigenaar, zich niet op zijn eigendomsrecht kunnen beroepen. Alhoewel de koper als werkelijke eigenaar alle aspecten van het eigendomsrecht (art. 544 B.W.) kan uitoefenen, zal hij er rekening mee moeten houden dat verschillende handelingen die hij stelt (b.v. hypotheekverlening) niet zullen kunnen worden ingeroepen tegen derden, dus ook niet door de rechtverkrijgers van de koper (b.v. de hypothecaire schuldeiser van de koper). Immers, ten aanzien van die derden geldt niet de koper, maar wel nog steeds de verkoper als (schijnbare) eigenaar. Met andere woorden, het werkelijke eigendomsrecht van de koper dat occult blijft, brengt mee dat een schijnbaar eigendomsrecht van de verkoper blijft bestaan, dat zal blijken uit het publiciteitsstelsel, zodat derden te goeder trouw daarop kunnen voortgaan.¹²³

113. Het feit dat de verkoper voor de buitenwereld blijft gelden als schijnbare eigenaar, betekent natuurlijk niet dat de verkoper het recht heeft om nog daden van beschikking te stellen betreffende het onroerend goed. Immers, de werkelijke eigenaar is de koper. Maar het feit dat de verkoper dit eigenlijk niet mag doen, belet niet dat hij het zou kunnen doen, zonder dat zijn wederpartij van iets weet. In zo'n geval is het van belang te bepalen welke de rechten zijn van die derde-contractant die een overeenkomst sloot met de verkoper, schijnbare eigenaar (b.v. dubbele verkoop of hypotheek of ook een beslag door een schuldeiser van de verkoper).¹²⁴ De regel is hier dat die derde zal voorgaan op de koper, werkelijke eigenaar, voor zover hij een derde is die de exceptie van niet-overschrijving kan invoeren. Laat ons dit even illustreren aan de hand van een dubbele verkoop.

114. Eerst de basishypothese. Verkoper A verkoopt zijn huis op dag 1 aan koper B en op dag 2 aan koper C.

- Geen van beide koopakten is overgeschreven. Koper B zal voorgaan als hij de eerdere datum van zijn contract kan bewijzen, want dan is hij de eerste verkrijger en koper C kan zich niet beroepen op de exceptie van niet-overschrijving.
- De koopakte van B wordt eerst overgeschreven. B gaat voor.
- De koopakte van C wordt eerst overgeschreven. C gaat voor (in het normale geval waarin hij zich kan beroepen op de exceptie van niet-overschrijving, hetgeen impliceert dat B de kwade trouw van C niet kan bewijzen).

115. Nu enige complicaties. B heeft zijn titel niet laten overschrijven, maar C wel. C weet niet van de verkoop aan B en verkoopt het huis verder aan D, die wel weet heeft van de verkoop aan B. De kwade trouw van D doet niet terzake. D verkrijgt zijn eigendomsrecht van een eigenaar met rech-

ten die tegenwerpelijk zijn *erga omnes*. B zal zijn eigendomsrecht tegen D niet kunnen invoeren.¹²⁵

Zelfde geval, maar C, die zijn titel liet overschrijven, is nu echter wel te kwader trouw; hij is op de hoogte van de eerdere verkoop aan B. Tegenover C zou B dus zijn eigendomsrecht kunnen invoeren. Echter, C verkoopt het goed aan D, die niet op de hoogte is van de verkoop aan B en D laat ook zijn titel overschrijven. Kan B nu ook zijn eigendomsrecht invoeren tegen D? Indien men de klassieke regel *nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet* toepast, dan zal D het eigendomsrecht van B moeten respecteren, omdat C niet kon verkopen en D toch zijn rechten verkreeg van diezelfde C. Nochtans wordt aangenomen dat D meer beschermenswaard is dan B, omdat hij zijn rechten verkreeg van iemand die volgens het hypothecair publiciteitsstelsel eigenaar was *erga omnes*, terwijl B niet de moeite deed om zijn eigendomsrecht bekend te maken. B was misschien de werkelijke eigenaar, tegenover derden was C echter de schijnbare eigenaar. B zou dan dus het eigendomsrecht van D niet meer kunnen verontrusten.¹²⁶

116. Nemen we nog een andere hypothese.¹²⁷ De eerste koper B, wiens titel niet is overgeschreven, verkoopt aan koper B1 die onmiddellijk zijn titel overschrijft. Verkoper A heeft ook nog eens verkocht aan koper C. Deze laat zijn titel overschrijven, maar na de overschrijving van koper B1. Koper B1 heeft dus eerder dan koper C zijn titel overgeschreven. Toch zal hij niet voorgaan. Immers, koper C heeft gekocht van verkoper A, die in het publiciteitsstelsel nog altijd als eigenaar staat geboektstaafd. Tegenover derden geldt A als (schijnbare) eigenaar. Koper B1 heeft echter gekocht van koper B, die wel de werkelijke eigenaar is, maar niet als eigenaar geldt ten aanzien van derden. Het feit dat B1 zijn titel liet overschrijven, nog vóór koper C, belet niet dat de titel van zijn rechtsvoorganger niet was overgeschreven. De overschrijving van de titel van B1 maakt hem niet tot eigenaar tegenover de buitenwereld. Tegenover derden was koper B immers geen eigenaar, zodat hij dus ook geen tegenwerpelijke rechten aan B1 kon overdragen. Koper C verkreeg zijn recht van een tegenover de buitenwereld geldende eigenaar en gaat voor. De oplossing voor B1 bestaat er in dat hij op het ogenblik van de overschrijving van zijn eigen titel ook de titel tussen A en B had moeten laten overschrijven. In dergelijk geval zou zijn eigendomsrecht wel voorgaan op de latere overschrijving van C. Dit betekent dat de notaris bij een verkoop niet alleen de titel van de koper zal moeten laten overschrijven, maar dat hij ook zal moeten nagaan dat alle vorige eigenaars van de laatste dertig jaar hun titel hebben overgeschreven. In principe dient men niet verder te gaan dan dertig jaar, voor zover de verkrijgende verjaring het eigendomsrecht dan onaantastbaar maakt.

¹²⁵ DE PAGE, H., *Traité*, VII, nr. 1079 *in fine*.

¹²⁶ DE PAGE, H., *Traité*, VII, nr. 1079/2.

¹²⁷ Overgenomen uit DE PAGE, H., *Traité*, VII, nr. 1061 die in randnummer 1062 ook aantoont dat de voorgestelde oplossing niet in strijd is met het adagium *Nemo plus iuris*, omdat dit enkel speelt in de verhouding tussen partijen, en in de verhouding ten aanzien van derden aan de kant wordt geschoven door de derdenbescherming van de onroerende publiciteit.

¹²³ DE PAGE, H., *Traité*, VII, nr. 1060.

¹²⁴ Zie voor een uitgewerkt praktijkvoorbeeld en illustratie van mogelijke problemen en conflicten: VERBEKE, A., o.c., in *Liber amicorum Henri Du FAUX en Jean DE VROE, Notarius*, 1996, 350-355.

C. Tegenwerpelijkheid genuanceerd door inschrijving

117. Zoals bij de overdracht van onroerende zakelijke rechten, moet ook bij de vestiging van onroerende zakelijke zekerheden een onderscheid worden gemaakt tussen het bestaan van het recht zelf tussen partijen en de tegenwerpelijkheid van dit recht ten aanzien van derden. Het bestaan van een voorrecht volgt uit de wet (zie b.v. artt. 27 e.v. Hyp.W.), het bestaan van een hypotheek volgt uit de wet, uit een overeenkomst of uit een testament. De inschrijving betreft dus enkel en alleen de tegenwerpelijkheid van de zekerheid. Zoals bij de overschrijving moet ook hier de geldigheid van de publiciteit onafhankelijk worden beschouwd van de geldigheid van de zekerheid.

118. Het effect van de hypothecaire publiciteit van inschrijving voor de tegenwerpelijkheid van overeenkomsten van hypotheekvestiging is evenwel krachtiger dan het effect van een overschrijving voor de tegenwerpelijkheid van een verkoop. De zekerheid zal immers slechts aan derden kunnen worden tegengeworpen indien zij is ingeschreven in de registers van het hypotheekkantoor. De bijzonder wettelijke publiciteitsregel, de hypothecaire inschrijving van art. 81 Hyp.W., is hier zo determinerend voor de tegenwerpelijkheid van het contract, dat er zonder deze publiciteit eenvoudig geen tegenwerpelijkheid kan zijn. De wettelijke fictie stelt hier dus niet alleen dat de publiciteit meebrengt dat derden geacht worden te weten, maar stelt daarenboven ook dat wanneer er geen publiciteit is, de derden *geacht worden niet te weten*. Ook al zou worden bewezen dat een derde feitelijke kennis had van de hypotheek, als er geen inschrijving is, dan kan deze hypotheek toch niet worden tegengeworpen aan deze derde te kwader trouw.¹²⁸ Dit is een afwijking van het gemene recht volgens welk een geldige rechtshandeling tegenwerpelijk is aan derden die weten of behoren te weten. De derde weet het hier, en toch is de handeling hem niet tegenwerpelijk.

119. Zoals blijkt uit het voorgaande, verschilt dit stelsel van tegenwerpelijkheid danig van de regels die gelden bij de overschrijving, omdat daar de goede trouw van de derde wel relevant is. Deze verschillende benadering kan wellicht worden verklaard door het feit dat de hypothecaire inschrijving op een goed talloze personen kan aanbelangen die allen rechten claimen ten aanzien van hetzelfde goed. Er kunnen immers diverse inschrijvingen worden genomen in eerste, tweede, derde rang op één en hetzelfde goed. Indien men zou aanvaarden dat een eersterangshypotheek, die niet is ingeschreven, toch tegenwerpelijk is aan de tweederangsschuldeiser omdat deze kennis had van de hypotheek, dan zou dit tot gevolg hebben dat de occulte eerste rang, waar de derderangsschuldeiser niets over afweet, toch aan deze laatste tegenwerpelijk zou zijn, omdat hij wordt geprimeerd door de tweede, die door de eerste zou worden geprimeerd.¹²⁹ Om alle verwarring en gecompliceerde toestanden te vermijden, is gekozen voor een rigoureuze systeem waarbij tegenwerpelijkheid publiciteit vereist. De derdenbescherming weegt zwaarder door dan de eventuele kwade trouw. Wel-

licht kan eenzelfde redenering ook verklaren waarom ook bij de overschrijving van een beslag een anterieure niet overgeschreven of ingeschreven handeling niet tegenwerpelijk zal zijn, ook al wist de beslaglegger daarvan (zie *supra*).

120. Voornoemd strikt principe werkt overigens niet volledig absoluut. In drie uitzonderingsgevallen zal een niet-ingeschreven hypotheek toch tegenwerpelijk zijn ten aanzien van een bepaalde derde, zonder dat dit er evenwel toe kan leiden dat de rechten van regelmatig ingeschreven latere schuldeisers hierdoor in het gedrang zouden komen.¹³⁰

Allereerst is er het geval van werkelijk bedrog van de derde, hetgeen verder gaat dan de loutere kennis (zoals deze klassiek geldt in het raam van de overschrijving). Van bedrog is sprake in geval van een frauduleus en collusief gedrag van de derde ten nadele van de rechten van een anterieure hypotheekverkrijger die zijn recht niet liet inschrijven. Dergelijk bedrog zou ertoe kunnen leiden dat de eerdere niet-ingeschreven hypotheek toch aan deze derde kan worden tegengeworpen.¹³¹ Dit is een normaal gevolg van het fundamentele principe *Fraus omnia corrumpit*.

Ook indien de derde zich persoonlijk tot de door de niet-ingeschreven hypotheek gewaarborgde schuld heeft verbonden en in geval van afstand van het recht om zich te beroepen op het gebrek aan publiciteit, zal de niet-ingeschreven hypotheek aan deze derde tegenwerpelijk zijn.¹³² Dit is normaal. In het eerste geval is de zgn. derde geen derde maar een partij. In het tweede geval heeft hij gewoon expliciet afstand gedaan van het betrokken recht.

D. Tegenwerpelijkheid genuanceerd door kantmelding

121. Indien in het raam van art. 3 Hyp.W. een eis niet is gekantmeld, is de vordering eenvoudigweg niet ontvankelijk. Deze exceptie werkt dilatoir, dit wil zeggen opschortend, zodat het geding kan worden voortgezet na kantmelding. De exceptie raakt de openbare orde en kan in elke stand van het geding worden opgeworpen, ook voor de eerste maal in Cassatie. De rechter dient de exceptie ambtshalve in te roepen.

De bescherming die derden genieten door de kantmelding van de eis bestaat erin dat zij door deze informatie met kennis van zaken kunnen handelen. Er rijst evenwel een probleem inzake de bescherming van derden die hebben gecontracteerd tussen de overschrijving van de akte en de kantmelding van de eis. Deze derden zijn immers totaal onwetend van de betwisting. Hoe worden zij beschermd?

122. Art. 4, eerste lid, Hyp.W. bepaalt dat alle vervreemdingen gedaan en alle hypotheeken en andere zakelijke lasten die zijn gevestigd voor de vereiste kantmelding, geldig blijven. Het venijn zit echter in de staart van deze bepaling, want er wordt aan toegevoegd: «ingeval noch de herroeping

¹²⁸ DE PAGE, H., *Traité*, VII, nr. 543, B.

¹²⁹ DE PAGE, H., *Traité*, VII, nr. 543, C.

¹³⁰ Hetgeen precies de verantwoording is van het strikte principe van «geen tegenwerpelijkheid zonder inschrijving» (zie *supra*) (DE PAGE, H., *Traité*, VII, nr. 543, E *in fine*).

¹³¹ DE PAGE, H., *Traité*, VII, nr. 543, E, a.

¹³² Zie hierover de uitvoerige analyse bij VERBEKE, A., «Hernieuwing van inschrijving, nieuwe inschrijving en de derde-verkrijger van een met voorrecht of hypotheek bezwaard onroerend goed», *T.Not.*, 1994, 366-374, nrs. 16-30.

noch de vernietiging nadeel kunnen toebrengen aan zodanige rechten, vóór de rechtsvordering toegestaan».

De beslissing van herroeping of vernietiging kan nadeel toebrengen aan derden indien zij met terugwerkende kracht uitwerking heeft: *ex tunc*. Dit is normaliter het geval bij een vernietiging of ontbinding, zodat de rechten van derden te goeder trouw die handelden vóór de kantmelding en van niets wisten, toch zullen worden miskend, ten gevolge van de retroactiviteit van de rechterlijke uitspraak. De bescherming van deze derden, die op het eerste gezicht volgt uit art. 4, eerste lid, Hyp.W., is dus slechts effectief indien de rechterlijke uitspraak *ex nunc* werkt. Dit is eerder uitzonderlijk zo, b.v. voor de herroeping van een schenking wegens on dankbaarheid (zie art. 958 B.W.). Aldus is ook de bescherming die lijkt te volgen uit art. 4, tweede lid, Hyp.W., dat bepaalt dat de rechterlijke beslissing tegenover derden maar gevolgen kan hebben vanaf de dag van de kantmelding van de beslissing, zeer relatief, namelijk enkel effectief in de mate dat de rechterlijke beslissing geen terugwerkende kracht heeft.

Besluit

123. Uit het voorgaande moge blijken dat ons systeem van onroerende en hypothecaire publiciteit op diverse punten voor verbetering vatbaar is, zowel op het vlak van de organisatie als op het vlak van de tegenwerpelijheid. In dit preadvies werden enige suggesties tot aanpassing geformuleerd.

124. Ondanks de wetgevende maatregelen ter realisatie van de lang verwachte *informatisering* van de hypotheekkantoren, laat deze modernisering nog steeds op zich wachten. Registratiekantoren en kadaster lijken dienaangaande al een stap verder te staan. Het uitblijven van de uitvoeringsbesluiten van de wet van 9 februari 1995 toont aan dat het praktisch tot stand brengen van de geplande modernisering en informatisering veel minder eenvoudig is dan aanvankelijk gedacht. Het valt te verhoppen dat dit project met bekwaame spoed wordt voltooid, waarbij vooral in voldoende mate rekening moet worden gehouden met de bedenkingen van de hypotheekbewaarders, die meer dan wie ook een realistische en praktische inschatting kunnen maken van de voorgestelde aanpassingen en wijzigingen.

125. Voor wat de termijn van de bekendmaking van de akten betreft, kan niet voldoende worden aangedrongen op een zo snel mogelijke overschrijving of inschrijving, ter voorkoming van de problematiek van de *dode hoek*. Een verkorting van de wettelijke termijnen voor overschrijving kan worden overwogen, maar lijkt niet noodzakelijk, omdat een verantwoordelijk notariaat zelf wel kan waken over een zo snel mogelijke publiciteit. Dat er moet worden vastgehouden aan een *integrale overschrijving* van de akten, lijdt geen twijfel. Eens dat de geplande informatisering een feit zal zijn, zou dit overigens in een wereld van scanners geen probleem meer mogen vormen.

126. Betreffende de vraag omtrent een uitbreiding van de *akten die ter overschrijving kunnen of moeten worden aangeboden*, moge ik een genuanceerd standpunt formuleren, dat moet worden gekoppeld aan de gevolgen op het vlak van de

tegenwerpelijheid die een verplichte overschrijving meebrengt.

1. Inzake *verplichte overschrijving* van akten uitgaande van partijen, stel ik een restrictieve benadering voor. Art. 1 Hyp.W. vormt immers een uitzonderingsbepaling op de principes van het gemene recht. Enkel de akten bedoeld art. 1 Hyp.W., op strikte wijze te interpreteren, zouden aan verplichte overschrijving mogen onderworpen zijn. Enkel voor deze akten geldt dan de tegenwerpelijheidsregel, namelijk dat dergelijke akte bij niet-overschrijving niet kan worden ingeroepen tegen derden te goeder trouw (zie over dit laatste op het einde van dit besluit).

Deze restrictieve benadering kan niet gelden voor overheidsbeslissingen en administratieve of gerechtelijke procedures met verregaande gevolgen voor het juridisch statuut van een onroerend goed. Daar zou veel meer dan nu het geval is, moeten worden geëist dat dergelijke beslissingen moeten worden overgeschreven. Bij gebrek aan overschrijving zouden dan de betreffende beslissing en de gevolgen (b.v. voorkooprecht) daarvan niet aan derden kunnen worden toegeworpen. Een voorbeeld in het verlengde hiervan is de voorgestelde randmelding inzake gerechtelijk akkoord.

2. Inzake *facultatieve overschrijving* van akten uitgaande van partijen, stel ik een soepele benadering voor, voor zoveel als nodig ondersteund door of gebaseerd op een wetgevende tussenkomst. Het moet mogelijk zijn om te allen tijde van de hypotheekbewaarder te eisen dat hij een akte die nuttige informatie bevat omtrent het zakenrechtelijk statuut van een onroerend goed, moet overschrijven, ook al betreft het een akte die niet is onderworpen aan de verplichte overschrijving. De hypotheekbewaarder moet, indien daartoe verzocht, de akte overschrijven en later vermelden op zijn hypothecaire staten.

De overschrijving is facultatief, omdat ze niet is opgelegd met het oog op de tegenwerpelijheid aan derden. Of deze akte nu is overgeschreven of niet, ten aanzien van derden kan de eigendomsovergang worden ingeroepen conform het gemene recht. Dit belet niet dat dergelijke overschrijving bijzonder nuttig kan zijn en de praktische betekenis van de hypotheekregisters kan verhogen, gewoon doordat daar meer en meer correcte informatie in kan worden gevonden. Voor de rol van de publiciteit als informatiebron of databank (het eerste niveau) is de facultatieve overschrijving zeer aanbevelenswaardig. Hier dient het belang van de *zgn. certificat de propriété*, verleden naar aanleiding van een overlijden, of de bekrachtigingsakte of vaststellingsakte bij vervulling van een voorwaarde, te worden gesitueerd. Voor de rol van de publiciteit in het raam van tegenwerpelijheid (het tweede niveau), is dergelijke overschrijving in principe van geen betekenis en valt het te betwijfelen of het opportuun zou kunnen zijn om daaraan gevolgen te koppelen qua tegenwerpelijheid, buiten de toepassing van het gemene recht.

Omwille van haar nut voor de informatie, dient te worden gesteld dat de hypotheekbewaarder de facultatieve overschrijving niet kan weigeren, op voorwaarde natuurlijk dat tevens wordt vastgelegd dat dergelijke overschrijving de aansprakelijkheid van de hypotheekbewaarder niet in het gedrang kan brengen, behoudens voor wat een onterechte weigering van de overschrijving betreft.

3. Uit een fundamenteel onderzoek terzake zou eventueel kunnen blijken dat er mogelijkheden zijn om buiten de vigier van art. 1 Hyp.W. een verplichte overschrijving in te voe-

ren, die zonder gevolgen blijft op het vlak van de tegenwerpelijheid, zonder dat de verplichting niet van sancties wordt voorzien. Toch lijkt het dat dergelijke overwegingen moeten kaderen binnen een grondig totaalonderzoek van de volledige problematiek van ons systeem van onroerende en hypothecaire publiciteit, waarbij dan in de eerste plaats aan de orde dient te zijn, de vraag in welke mate de merites van een grondboekstelsel zo manifest zijn, dat een wijziging van het bestaande personele systeem en de invoering van een grondboekstelsel kunnen worden aanbevolen.

127. Deze laatste bedenking brengt ons bij de verwijten ten aanzien van het personele en negatieve karakter van het bij ons bestaande systeem van onroerende en hypothecaire publiciteit. Op het eerste zicht lijkt een *positief werkend grondboekstelsel* alleen maar voordelen te bieden. Omdat de geplande informatisering van de hypotheekkantoren nu toch nog altijd niet van de grond is gekomen, zou men zich de vraag kunnen stellen of het niet het ideale moment is om volledig het roer om te gooien en tegelijk met de informatisering meteen ook een positief grondboek in te voeren. Hiervoor zij verwezen naar enkele andere preadviezen die op dit congres naar voren worden gebracht.

Het is te vrezen dat in een land als België een voorzichtige hervorming van het bestaande systeem eerder haalbaar is, dan de invoering van een compleet nieuw systeem. Vandaar enige suggesties dienaangaande in dit preadvies. Overigens dient men ook te erkennen dat ons bestaande hypothecair systeem, ondanks alle kritiek, eigenlijk in zijn geheel genomen vrij goed werkt. Wellicht is dit te danken aan de verantwoordelijkheidszin en de kwaliteit van in de eerste plaats de hypotheekbewaarders, alsook van de notarissen.

128. Buiten de optiek van de invoering van een positief grondboek, en vertrekkende vanuit de beschikbare middelen, instanties en systemen, zou, vanuit de bekommernis voor een zo volledig mogelijke informatie en los van de problematiek van de tegenwerpelijheid, kunnen worden overwogen om de *informatie van hypotheekkantoor en registratiekantoor samen te voegen*. De beide diensten zouden naast elkaar kunnen blijven bestaan, maar men zou kunnen onderzoeken in welke mate het mogelijk is om de beschikbare gegevens samen te bundelen. Net zoals bij gegevens ten gevolge van de voorgestelde facultatieve overschrijvingen, zouden hypothecaire staten dan bepaalde gegevens kunnen bevatten, voortkomende uit het registratiekantoor, die uiteraard zonder gevolgen zouden blijven, zowel op het vlak van de tegenwerpelijheid als van de aansprakelijkheid van de hypotheekbewaarder en/of ontvanger. In het licht van de geplande informatisering moet een dergelijke combinatie van gegevens toch haalbaar zijn?

129. Dat de wetgever de hypothecaire publiciteit omwille van de belangen van bepaalde groepen in de maatschappij heeft uitgehold (b.v. de randmelding van art. 5 Hyp.W.),

valt te betreuren. De kracht en efficiëntie van een systeem van onroerende en hypothecaire publiciteit staan recht evenredig in verhouding tot zijn volledigheid. Het is ten zeerste aan te raden dat deze *tendens van uitholling* wordt stopgezet en zelfs teruggedraaid. De wetgever zou voldoende consequent moeten kunnen zijn om alle elementen die relevant zijn voor het juridisch statuut van onroerende goederen, bekend te maken, verplicht of facultatief, in het hypotheekkantoor, en niet op honderd her en der verspreide plaatsen. Voorbeelden hiervan zijn de genoemde voorkoopplichten of de voorgestelde randmelding inzake gerechtelijk akkoord.

130. Dit brengt ons tot slot andermaal op het probleem van de tegenwerpelijheid. Zoals gezegd, zouden diverse overheidsbelissingen, administratieve en gerechtelijke procedures, die het juridisch statuut van een onroerend goed beïnvloeden, moeten worden bekendgemaakt door overschrijving of randmelding, wil men ze invoeren tegen derden. In dit verband zou, inzake onroerende transacties, de (verplichte) publiciteit nog meer dan nu het geval is, de tegenwerpelijheid van de betrokken rechtshandeling moeten determineren. Met andere woorden, het principe «*Geen publiciteit, geen tegenwerpelijheid*» zou algemeen toepassing moeten vinden, in die gevallen waarin de publiciteit verplicht is opgelegd met het oog op tegenwerpelijheid.

Aldus zou de onroerende en hypothecaire publiciteit op een eenduidige wijze mechanisch werken, zodat geen tegenwerpelijheid kan bestaan ten gevolge van andere elementen dan de voorgeschreven publiciteit, b.v. de feitelijke kennis. Dit komt zowel de eenvoud en uniformiteit van het systeem, als de rechtszekerheid ten goede. Buiten de context van het werkelijke bedrog, zou derhalve voor de tegenwerpelijheid van overdracht, aanwijzing en afstand van onroerende zakelijke rechten de *overschrijving een absoluut vereiste moeten zijn, dat niet meer kan worden gemitigeerd door de zgn. kwade trouw in de zin van feitelijke kennis*. Dergelijke regel geldt, zoals gezegd reeds ten aanzien van inschrijvingen, maar ook bij overschrijving van beslag en in het speciale geval van art. 1071 B.W. Ik durf er dan ook voor pleiten dat dit principe zou worden veralgemeend tot alle gevallen van verplichte onroerende en hypothecaire publiciteit.

Op grond van het beginsel «geen tegenwerpelijheid zonder publiciteit», moge dan meteen ook de *occulte wettelijke hypotheek van de fiscus inzake successierechten* worden afgeschaft en vervangen door een systeem analoog aan dit van de bestaande fiscale notificaties.

Alain VERBEKE

Hoogleraar Instituut voor Notarieel

Recht K.U.Leuven en Hoofddocent U.I.Antwerpen
m.m.v.

Jan BYTTEBIER

Juridisch adviseur Koninklijke Federatie
van Belgische Notarissen en assistent K.U.Leuven

VASTGOEDBEMIDDELING: EEN STAND VAN ZAKEN

I. Het professioneel statuut van de vastgoedmakelaar

A. INLEIDING

Nadat een eerder verzoekschrift tot reglementering van de bescherming van de beroepstitel en van de uitoefening van het beroep van vastgoedconsulent was afgewezen,¹ werd op 11 juli 1991 door de Confederatie van Immobiliënberoepen van België (C.I.B.) en de Unie van Immobiliënberoepen van België (U.I.B.) een nieuw verzoekschrift tot reglementering gericht aan de Minister van Middenstand.² Beide betrokken beroepsverbanden CIB en UIB streefden hiermede de bescherming na van de beroepstitel van vastgoedmakelaar en de vaststelling van de uitoefeningsvoorwaarden van dit beroep, met toepassing van de Kaderwet van 1 maart 1976 tot reglementering van de bescherming van de beroepstitel en van de uitoefening van de dienstverlenende intellectuele beroepen, ook wel de «Wet Verhaegen» genoemd.³

Bij Koninklijk Besluit van 6 september 1993 - samen met het Verslag aan de Koning en het Advies van de Raad van State bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 13 oktober 1993, op welke datum het Koninklijk Besluit ook in werking is getreden - werd de beroepstitel van vastgoedmakelaar beschermd en werden de voorwaarden tot uitoefening van het beroep vastgelegd.⁴ Bij Koninklijk Besluit van

17 februari 1995 werd ten slotte het Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars (B.I.V.) opgericht.⁵

B. ERKEND VASTGOEDMAKELAAR B.I.V.: EEN BESCHERMDE BEROEPSTITEL

«Niemand mag als zelfstandige, in hoofd- of bijberoep, het beroep van vastgoedmakelaar uitoefenen of de beroepstitel voeren van «erkend vastgoedmakelaar B.I.V.» of «stagiair-vastgoedmakelaar» tenzij hij is ingeschreven op het tableau van de beoefenaars van het beroep, of op de lijst van de stagiairs die door het Instituut bijgehouden worden of, indien hij in het buitenland gevestigd is, (...)»⁶ toestemming heeft verkregen om het beroep occasioneel uit te oefenen» (art. 2 K.B. 6 september 1993). Enkel de beoefenaars van het gereguleerde beroep van vastgoedmakelaar, de ingeschreven stagiairs en de in het buitenland gevestigde gemachtigde occasionele beroepsbeoefenaars mogen dus de beschermde titel van «erkend vastgoedmakelaar B.I.V.» c.q. «stagiair-vastgoedmakelaar» voeren.

Merk evenwel op dat er nog andere personen zijn die, hoewel niet gemachtigd tot het voeren van de beschermde titel, toch als zelfstandige en voor rekening van derden rechtmatig bepaalde gereguleerde activiteiten van de vastgoedmakelaar mogen uitoefenen. Wij denken hierbij aan:

1°) de personen die een van die activiteiten uitoefenen op grond van wettelijke of reglementaire bepalingen of van vaste beroepsgebruiken, voor zover zij onderworpen zijn aan de tucht van een erkende beroepsinstantie, met andere woorden de notarissen (art. 4, 1° K.B. 6 september 1993)

2°) de personen die, bij de uitoefening van een van deze activiteiten, slechts het familiepatrimonium beheren of het patrimonium waarvan zij mede-eigenaar zijn, of het patrimonium van een vennootschap waarvan zij aandeelhouder of vennoot zijn (art. 4, 2° K.B. 6 september 1993).

Deze twee categorieën personen zijn uitdrukkelijk uitgesloten uit het toepassingsveld van het reglementeringsbesluit (zie verder).⁷

⁵ K.B. van 17 februari 1995 (B.S., 11 maart 1995) houdende oprichting van het Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars, in werking getreden op 1 maart 1995.

⁶ In de Nederlandstalige tekst van artikel 2 van het reglementerings-K.B. van 6 september 1993 staat ten onrechte vermeld: «... of, indien hij in het buitenland gevestigd is, geen toestemming heeft verkregen om het beroep occasioneel uit te oefenen», hetgeen wellicht een ongelukkige vertaling is van de Franstalige tekst «... ou si, étant établi à l'étranger, il n'a obtenu l'autorisation d'exercer occasionnellement cette profession», en verwijst naar de enigzins anders geformuleerde tekst van artikel 3 van de Kaderwet van 1 maart 1976.

⁷ Deze twee categorieën personen, die dus wél activiteiten van de vastgoedmakelaar kunnen uitoefenen zonder evenwel onderworpen te zijn aan de bepalingen van het K.B. van 6 september 1993 vinden we reeds terug in het verzoekschrift van de twee beroepsverbanden C.I.B. en U.I.B. dat de aanzet vormde tot de uitvaardiging van dit reglementerings-K.B. (Zie dit verzoekschrift, ingediend op 11 juli 1991, B.S., 9 augustus 1991, onder punt I.B en onder punt IV).

¹ K.B. 18 februari 1988, B.S. 10 maart 1988.

² Het verzoekschrift, ingediend door C.I.B. en U.I.B. op 11 juli 1991, werd, in uitvoering van artikel 2, § 2, van de Kaderwet van 1 maart 1976 tot reglementering van de bescherming van de beroepstitel en van de uitoefening van de dienstverlenende intellectuele beroepen, bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* op 9 augustus 1991.

³ Kaderwet van 1 maart 1976, B.S., 27 maart 1976, als gewijzigd bij de wet van 15 juli 1985 (B.S., 26 juli 1985) en bij (de artikelen 126 tot 131 van) de wet van 30 december 1992 (B.S., 9 januari 1993) en haar uitvoeringsbesluiten:

- het K.B. van 2 augustus 1985 (B.S., 24 augustus 1985) houdende uitvoering van de artikelen 1 en 2 van de Kaderwet van 1 maart 1976;
- het K.B. van 27 november 1985 (B.S., 30 januari 1986) tot bepaling van de regels inzake de organisatie en de werking van de beroepsinstanties die voor de dienstverlenende intellectuele beroepen zijn opgericht, nadien nog gewijzigd bij K.B. van 9 mei 1994 (B.S., 25 mei 1994) en van 26 oktober 1995 (B.S., 30 november 1995);
- het K.B. van 24 juni 1987 (B.S., 17 juli 1987) houdende organisatie van de overgangsregeling, bedoeld in art. 17 van de Kaderwet van 1 maart 1976, en
- het K.B. van 5 maart 1990 (B.S., 18 mei 1990) houdende aanwijzing van de ambtenaren belast met het toezicht op de naleving van de Kaderwet van 1 maart 1976.

⁴ K.B. van 6 september 1993 (B.S., 13 oktober 1993) tot bescherming van de beroepstitel en van de uitoefening van het beroep van vastgoedmakelaar, gewijzigd bij K.B. van 2 mei 1996 (B.S., 8 juni 1996).

Verder is het zo dat de beoefenaar (of stagiair) van het gereglementeerde beroep van vastgoedmakelaar tevens de *verplichting* heeft, tijdens de uitoefening van zijn beroepsactiviteiten, zijn beroepstitel te voeren (art. 4 Kaderwet 1 maart 1976).⁸ Wordt het gereglementeerd beroep uitgeoefend in het kader van een vennootschap, dan moeten de verplichtingen die uit het reglementeringsbesluit voortspuiten - met name de inschrijving op het tableau van de erkende vastgoedmakelaars B.I.V. of op de lijst van de stagiairs of het als buitenlander verkregen hebben van de toestemming om het beroep occasioneel uit te oefenen - worden nagekomen door de natuurlijke personen die, als bestuurder, zaakvoerder of werkend vennoot, persoonlijk de gereglementeerde activiteit uitoefenen of die de werkelijke leiding hebben van de diensten waarin het beroep wordt uitgeoefend. Bij ontstentenis van deze personen moeten deze verplichtingen worden nagekomen door de bestuurder, zaakvoerder of werkend vennoot die daartoe wordt aangeduid (art. 3 Kaderwet 1 maart 1976). Voor de toepassing van de Kaderwet wordt op onweerlegbare wijze vermoed dat die personen die werkzaamheden uitoefenen als zelfstandige. Het erkenningsnummer van het B.I.V. wordt dus enkel aan natuurlijke personen toegekend. Personen die in het kader van een arbeidsovereenkomst het beroep van vastgoedmakelaar uitoefenen, moeten niet voldoen aan de verplichtingen die uit het beschermingsbesluit van 6 september 1993 voortspuiten, maar zijn dan ook niet gerechtigd de beschermde beroepstitel te voeren (art. 3, *in fine*, Kaderwet van 1 maart 1976).

Hij die, zonder daartoe gerechtigd te zijn, zich openbaar de beroepstitel van «erkend vastgoedmakelaar B.I.V.» (of «stagiair-vastgoedmakelaar») toe-eigent, evenals hij die een titel voert die tot verwarring kan leiden met de beschermde beroepstitel van erkend vastgoedmakelaar, riskeert een gevangenisstraf van acht dagen tot drie maanden en/of een geldboete van 200 frank tot 2000 frank (art. 10 Kaderwet 1 maart 1976). Onverminderd de bevoegdheden van de officieren van gerechtelijke politie, van de rijkswacht en van de plaatselijke politie, berust de bevoegdheid tot het opsporen van inbreuken op de bepalingen van de Kaderwet van 1 maart 1976 en het opstellen van de processen-verbaal tot vaststelling van deze inbreuken, bij de rijksambtenaren van niveau 1 en bij de controleurs van de dienst «Inspectie, derde administratieve directie» van de administratie voor de reglementering van het Ministerie van Middenstand.⁹

⁸ Volgens de (laatste) ontwerp-tekst van het reglement inzake de deontologie van de vastgoedmakelaar (goedgekeurd door de Nationale Raad op 8 en 29 juli 1997) moet de vastgoedmakelaar zijn hoedanigheid van erkend B.I.V.-makelaar duidelijk en op duurzame wijze kenbaar maken aan het lokaal waarin hij zijn beroep uitoefent, derwijze dat het op ieder tijdstip van buitenaf zichtbaar is. Daartoe werd, door het Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars (B.I.V.) aan alle titularissen die hun bijdrage betaald hebben een koperkleurig naambord toegestuurd met het B.I.V.-logo, de vermelding «erkend lid», gevolgd door het erkenningsnummer, de voornaam en de naam van de titularis (die steeds een natuurlijke persoon is).

⁹ Art. 12 van de Kaderwet van 1 maart 1976 en het K.B. van 5 maart 1990 houdende aanwijzing van de ambtenaren, belast met het toezicht op de naleving van de Kaderwet van 1 maart 1976 tot reglementering van de bescherming van de beroepstitel en van de uitoefening van de dienstverlenende intellectuele beroepen (B.S., 18 mei 1990).

Daarnaast heeft ook het Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars zelf een dienst «Opsporing» in het leven geroepen, belast o.m. met het verzamelen van bewijsmateriaal inzake de onwettige uitoefening van het beroep van vastgoedmakelaar. De dienst werkt voornamelijk op basis van klachten en inlichtingen, verstrekt door erkende vastgoedmakelaars en consumenten. Indien er aanleiding toe bestaat, wordt vervolgens een beroep gedaan op de Inspectie van het Ministerie van Middenstand of wordt klacht neergelegd bij de Procureur des Konings van het betrokken parket of stelt het Beroepsinstituut zich burgerlijke partij teneinde aldus de strafprocedure in werking te stellen.

C. VASTGOEDMAKELAAR: EEN BESCHERMD BEROEP

1° De vastgoedmakelaar

Blijkens artikel 3 van het beschermingsbesluit van 6 september 1993 behelst de *beroepswerkzaamheid van erkend vastgoedmakelaar*:

- 1) de activiteiten van *bemiddelaar* met het oog op de verkoop, aankoop, ruil, verhuring of afstand van *onroerende goederen en onroerende rechten* (a) of *handelsfondsen* (b), met andere woorden de beroepsactiviteit van **makelaardij in onroerende goederen en rechten of inzake handelsfondsen**;
- 2) de activiteiten van *beheerder van goederen* die instaat voor:
 - a) ofwel het *beheer van onroerende goederen of van onroerende rechten*, zijnde de beroepsactiviteit van **rentmeester**
 - b) ofwel de beroepsactiviteiten van de **syndicus voor onroerende goederen in mede-eigendom**.

Hij die zich *gewoonlijk, als zelfstandige en voor rekening van derden met deze activiteiten bezighoudt*, oefent de beroepswerkzaamheid van vastgoedmakelaar uit, en dient dan ook ingeschreven te zijn op het tableau van de beoefenaars van het beroep of op de lijst van de stagiairs die door het Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars (BIV) worden bijgehouden (art. 2 K.B. 6 september 1993), tenzij:

- hij, in buitenland gevestigd zijnde, toestemming heeft verkregen om het beroep occasioneel uit te oefenen (art. 2 K.B. 6 september 1993);
- hij een van deze activiteiten uitoefent op grond van wettelijke of reglementaire bepalingen of van vaste beroepsgebruiken, voor zover hij onderworpen is aan de tucht van een erkende beroepsinstantie (art. 4, 1°, K.B. 6 september 1993);
- hij, bij de uitoefening van een van deze activiteiten slechts zijn familiepatrimonium beheert of het patrimonium waarvan hij mede-eigenaar is, of het patrimonium van een vennootschap waarvan hij aandeelhouder of vennoot is (art. 4, 2°, K.B. 6 september 1993).

De *erkende vastgoedmakelaars* moeten, zoals elke beoefenaar van een gereglementeerd, dienstverlenend intellectueel beroep (cf. art. 2, § 5, Kaderwet van 1 maart 1976):

- 1° houder zijn van een van de, voor de toegang tot dat beroep voorgeschreven diploma's (zie art. 5, § 1, 1°, K.B. 6 september 1993);
- 2° persoonlijk de verantwoordelijkheid dragen voor elke, bij de uitoefening van het beroep gestelde daad (art. 5, § 1,

- 2°, K.B. 6 september 1993);
 3° de deontologische regels, vastgesteld door het Beroepsinstituut der Vastgoedmakelaars, naleven (art. 5, § 1, 3°, K.B. 6 september 1993), en
 4° zich houden aan het beroepsgeheim (art. 5, § 1, 4°, K.B. 6 september 1993).

De inschrijving op het tableau van de beoefenaars van het beroep is verder afhankelijk van het op voldoende wijze doorlopen hebben van *een stage* van één jaar.

Bij wijze van *overgangsmaatregel* bevat het Koninklijk Besluit van 6 september 1993 tot reglementering van het beroep van vastgoedmakelaar een zeer ruime overgangsregeling in voordeel van de personen die, vóór de inwerkingtreding ervan - dus vóór 13 oktober 1993 - reeds werkzaam waren als vastgoedmakelaar. De personen die immers op 13 oktober 1993 sedert ten minste drie maanden de activiteiten van vastgoedmakelaar¹⁰ uitoefenden voor eigen rekening of als gevolmachtigden of organen voor rekening van een rechtspersoon, werden, indien zij op de voorgeschreven wijze het bewijs daarvan leverden en een verzoek indienden bij hun gemeente vóór 14 november 1993, ingeschreven in een speciaal daartoe in het leven geroepen gemeentelijk register,¹¹ welke registers, na definitief te zijn vastgesteld door een daartoe aangestelde raad van erkenning,¹² werden doorgezonden aan de Minister van Middenstand. Zo'n 12.500 personen maakten gebruik van deze overgangsregeling en verkregen dus, zonder enig diploma te moeten voorleggen en zonder het bewijs te moeten leveren van enige betekenisvolle beroepservaring, automatisch de titel van erkend vastgoedmakelaar B.I.V. Zij werden ingeschreven op het tableau van het Instituut der Vastgoedmakelaars en konden deelnemen aan de eerste verkiezingen¹³ voor de Nationale Raad, de Uitvoerende Kamers en de Kamers van Beroep (zie hierna).

Voorts kon een tweede, minder belangrijke overgangsmaatregel worden ingeroepen door de personen die, weliswaar na de inwerkingtreding van het beschermingsbesluit van 6 september 1993, maar vóór 1 maart 1995¹⁴ het beroep van vastgoedmakelaar uitoefenden: zij hadden tot 31 augustus 1995 de mogelijkheid om hun inschrijving op het tableau van de beroepsbeoefenaars te verkrijgen, weliswaar op voorlegging van één van de voorgeschreven diploma's, maar zonder verplichting de wettelijk voorziene stage van één jaar te doorlopen (art. 17, § 6, Kaderwet van 1 maart 1976). Een

tweehonderdtal personen zou nog van deze mogelijkheid gebruik hebben gemaakt.

Heel wat personen die via de overgangsmaatregelen hun inschrijving op het tableau hadden verkregen, maar het beroep in werkelijkheid niet uitoefenden, verzochten inmiddels, geconfronteerd met de verplichting tot het betalen van een jaarlijkse bijdrage aan het Instituut, om hun schrapping van het tableau, zodat eind 1997, nog een 8.000 personen hun lidgeld aan het B.I.V. betaalden en de titel van «Erkend Vastgoedmakelaar B.I.V.» dragen.¹⁵

Blijkens het jaarverslag 1996 van het B.I.V. waren er, op het einde van het jaar 1996, 414 personen ingeschreven op de lijst der *stagiairs*.

Zoals hierboven reeds vermeld, veronderstelt de inschrijving op het tableau der vastgoedmakelaars het vooraf doorlopen, met gunstig gevolg, van een stage van één jaar.

De verplichting tot het doorlopen van de stage geldt evenwel niet:

- voor de personen die gebruik hebben gemaakt van één van de twee hierbovenvermelde overgangsmaatregelen, en
- voor personen, houder van een aanvaard buitenlands diploma, uitgereikt of erkend door de daartoe bevoegde instantie van een andere lidstaat van de Europese Unie of van de overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte (art. 5, § 1, 1°, e) K.B. 6 september 1993), dat toegang verleent tot het beroep van vastgoedmakelaar op het grondgebied van die staat of tot de uitoefening ervan aldaar, en voor zover blijkt dat de houder van het diploma de vereiste beroepskwalificaties bezit om tot het reglementeerd beroep van vastgoedmakelaar in die staat te worden toegelaten of om dat beroep daar uit te oefenen. Werd het beroep van vastgoedmakelaar uitgeoefend in een andere lidstaat, waarin het beroep niet gereglementeerd is, dan blijkt uit het reglementeringsbesluit van 6 september 1993¹⁶ dat dit beroep tijdens de laatste tien jaren gedurende minstens twee jaren voltijds in die staat moet zijn uitgeoefend. Niettemin kan de Uitvoerende Kamer van het B.I.V. in bepaalde gevallen¹⁷ eisen dat deze personen hetzelfde een aanpassingsstage van één jaar, hetzij een bekwaamheidsproef afleggen, steeds naar vrije keuze van de betrokkene.

¹⁵ E. HENS («Makelaardij Professioneler»), in *TRENDS*, 2 oktober 1997. Het jaarverslag 1996 van het B.I.V. vermeldt nog 9.993 beoefenaren. Het jaarverslag 1997 zou pas in de loop van de maanden mei-juni 1998 beschikbaar zijn.

¹⁶ ... zoals gewijzigd bij K.B. van 2 mei 1996...

¹⁷ Dit is met name zo:

- indien de door de aanvrager in het buitenland genoten opleiding betrekking heeft op vakgebieden die wezenlijk verschillen van die welke worden bestreken door de in België vereiste diploma's of getuigschriften;
- of indien minstens één van de in België gereglementeerde beroepsactiviteiten - zijnde vastgoedbemiddeling, bemiddeling inzake overdracht van handelsfondsen, rentmeester en syndicus - geen deel uitmaakt van de beroepsactiviteiten van het beroep dat gereglementeerd is in het land van oorsprong van de aanvrager, en wanneer het verschil gekenmerkt wordt door een specifieke opleiding die in België vereist is en betrekking heeft op vakgebieden die wezenlijk verschillen van die welke worden bestreken door het diploma waarnaar de aanvrager verwijst (art. 6, tweede lid, K.B. 6 september 1993, als ingevoegd door het K.B. van 2 mei 1996).

¹⁰ Deze activiteiten zijn dus (art. 3 K.B. van 6 september 1993):
 - de makelaardij, het bemiddelen inzake de verkoop, aankoop, ruil, verhuring en afstand van onroerende goederen en rechten;
 - de makelaardij, het bemiddelen inzake de verkoop, aankoop, ruil, verhuring en afstand van handelsfondsen;
 - het beheer van onroerende goederen en rechten (rentmeester);
 - de beroepsactiviteit van de syndicus voor onroerende goederen in mede-eigendom.

¹¹ Overeenkomstig art. 7 K.B. van 6 september 1993, en art. 17 Kaderwet 1 maart 1976 en het uitvoerings-K.B. van 24 juni 1987.

¹² Art. 17 K.B. van 24 juni 1987; zie, voor de Vastgoedmakelaars, het K.B. van 18 januari 1994 en het M.B. van 6 december 1993.

¹³ Art. 70 K.B. van 27 november 1985 tot bepaling van de regels inzake de organisatie en de werking van de beroepsinstellingen

¹⁴ ... zijnde de datum waarop het K.B. houdende oprichting van het Beroepsinstituut der Vastgoedmakelaars in werking is getreden: art. 2 K.B. van 17 februari 1995...

Eén van de bevoegdheden van de Nationale Raad van het B.I.V. is het vaststellen van het stagereglement. Dit reglement verkrijgt slechts verbindende kracht nadat het bij in Ministerraad overlegd Koninklijk Besluit is goedgekeurd (art. 7, § 1, Kaderwet van 1 maart 1976). In afwachting van deze goedkeuring heeft de Nationale Raad beslist het reeds door de Raad uitgewerkte voorontwerp van stagereglement goed te keuren als een huishoudelijk reglement, werd een brochure uitgegeven over de stage ten behoeve van de belanghebbenden en werden de erkende vastgoedmakelaars uitgenodigd zich kandidaat te stellen als stagemeester.

Artikel 6 van het beschermingsbesluit van 6 september 1993 bepaalt dat de inschrijving op het tableau van de beroepsbeoefenaars afhankelijk is van het «op voldoende wijze» doorlopen hebben van een stage van één jaar. Dienvolgens is de mogelijkheid voorzien dat de uitvoerende kamers - die onder meer tot taak hebben het tableau van de beroepsbeoefenaars bij te houden en zich dus moeten uitspreken over het al dan niet op voldoende wijze doorlopen hebben van die stage - bij het einde van de stageperiode een bewaamheidstest organiseren volgens de regels en modaliteiten, vastgesteld door de Nationale Raad (art. 16 voorontwerp K.B. Stage B.I.V.).

De Nationale Raad dient ook de voorwaarden vast te stellen waaraan de leden moeten voldoen om de titel van hun beroep *eershalve* te mogen voeren (art. 7, § 1, Kaderwet van 1 maart 1976). Het opmaken en bijhouden van het tableau van de personen die de titel van erkend vastgoedmakelaar B.I.V. eershalve mogen voeren is een taak van de Uitvoerende Kamers (art. 8, § 1, 1°, Kaderwet van 1 maart 1976). Blijkens het jaarverslag 1996 van het B.I.V. was er alvast tot eind 1996 nog geen verzoek tot opname op dit tableau ingediend bij de (Nederlandstalige) Uitvoerende Kamer.

2° Het Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars (B.I.V.) en zijn organisatie

Krachtens artikel 1 van het beschermingsbesluit van 6 september 1993 en artikel 1 van het Koninklijk Besluit van 17 februari 1995 werd, met ingang van 1 maart 1995, het *Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars (B.I.V.)* opgericht. Het Instituut¹⁸ is thans gevestigd te 1050 BRUSSEL, Emile Clausstraat 49, bus 8, maar binnen het B.I.V. werd een werkgroep gelast met het zoeken naar een definitieve vestigingsplaats voor het B.I.V.

De werkingskosten van het Instituut worden gedekt door de bijdragen van de leden en de stagiairs en door eventuele schenkingen ten bate van het Instituut (art. 6, § 4, Kaderwet van 1 maart 1976).

De structuur en de werking van het beroepsinstituut, opgericht in uitvoering van de Kaderwet van 1 maart 1976, worden geregeld door het uitvoeringsbesluit van 27 november 1985. Het Instituut omvat één Nationale Raad, samengesteld uit een gelijk aantal Nederlandstalige en Franstalige leden, alsook twee Uitvoerende Kamers en twee Kamers van Beroep die respectievelijk het Nederlands en het Frans als voertaal hebben (art. 6, § 3, Kaderwet 1 maart 1976).

¹⁸ Krachtens artikel 6, § 1, van de kaderwet van 1 maart 1976 moet de zetel van het beroepsinstituut binnen de Brusselse agglomeratie gevestigd zijn.

De *Nationale Raad* is samengesteld uit negen werkende en negen plaatsvervangende leden die Nederlandstalig zijn (Nederlandse taalgroep) en uit negen werkende en negen plaatsvervangende leden die Franstalig zijn (Franse taalgroep) (art. 1 K.B. 27 november 1985). De werkende en plaatsvervangende leden worden, bij geheime stemming, telkens voor een termijn van zes jaar verkozen¹⁹ door alle personen die op het tableau van de erkende vastgoedmakelaars zijn ingeschreven door een kamer behorend tot dezelfde taalgroep als zij en die niet gestraft zijn met schorsing (art. 6, § 3, Kaderwet 1 maart 1976 en art. 2 K.B. 27 november 1985). De leden worden verkozen onder de kandidaten die sedert ten minste drie jaar zijn ingeschreven op het tableau van de beroepsbeoefenaars en die geen tuchtstraf hebben opgelopen tenzij zij in ere werden hersteld (art. 3 K.B. 27 november 1985); zij behoren tot dezelfde taalgroep als de kamer die hen op het tableau heeft ingeschreven. Niemand mag meer dan tweemaal een mandaat van werkend of plaatsvervangend lid van de Nationale Raad uitoefenen en er bestaat onverenigbaarheid tussen het mandaat van lid van de Nationale Raad en het mandaat van lid van de Uitvoerende Kamer of van de Kamer van Beroep (art. 6 K.B. 27 november 1985).

Het toezicht op de handelingen van de Nationale Raad wordt uitgeoefend door een *regeringscommissaris*, bijgestaan door een plaatsvervanger, die beiden benoemd worden door de Koning, op voordracht van de Minister van Middenstand.²⁰ De regeringscommissaris, die op elke vergadering van de Nationale Raad moet worden uitgenodigd (art. 38 K.B. 27 november 1985), mededeling krijgt van de notulen van de vergaderingen en kennis mag nemen van alle stukken die hem in staat moeten stellen zijn opdrachten te vervullen (art. 42 K.B. 27 november 1985), beschikt over een termijn van vijftien vrije dagen om bij de Minister van Middenstand beroep in te stellen tegen de uitvoering van elke beslissing die strijdig is met de wetten en verordeningen of die de solvabiliteit van het Instituut in gevaar kan brengen. Indien de Minister de nietigverklaring niet heeft uitgesproken binnen een termijn van vijftien vrije dagen te rekenen van de ontvangst van het beroep, wordt de beslissing definitief (art. 7, § 2, Kaderwet 1 maart 1976).

De Nationale Raad, die minstens viermaal per jaar moet vergaderen (art. 38 K.B. 27 november 1985), heeft volgende *opdrachten* (art. 7, § 1, Kaderwet van 1 maart 1976):

- het vaststellen van de voorschriften van de plichtenleer²¹ en van het stagereglement (zie hierboven). Deze voorschriften en dit reglement hebben slechts verbindende kracht nadat zij bij een in Ministerraad overlegd Koninklijk Besluit zijn goedgekeurd;
- het toezien op de naleving van de bepalingen inzake de

¹⁹ De eerste verkiezingen hebben plaatsgehad op 15 december 1994.

²⁰ Bij K.B. van 1 februari 1995 werd de heer A. Wauthier benoemd tot regeringscommissaris bij de Nationale Raad van het B.I.V., en werd mevrouw K. Guns benoemd tot plaatsvervangend regeringscommissaris bij dezelfde Nationale Raad.

²¹ De Nationale Raad heeft, op de zittingen van 8 en 29 juli 1997, de (definitieve) tekst goedgekeurd van het voorontwerp van de voorschriften van de plichtenleer ('deontologie vastgoedmakelaars'), welke tekst was uitgewerkt door de werkgroep «deontologie» die de Raad daartoe in het leven had geroepen.

toegang tot het beroep en het aanklagen bij de gerechtelijke overheden van inbreuken op de wetten en verordeningen tot bescherming van de beroepstitel en tot organisatie van het beroep;²²

- het vaststellen van de voorwaarden waaraan de leden moeten voldoen om de titel van het beroep eershalve te mogen voeren;
- het vaststellen van het huishoudelijk reglement van het Instituut;²³
- het goedkeuren van de jaarlijkse begroting en jaarrekening van ontvangsten en uitgaven (art. 41 bis K.B. 27 november 1985);
- het opstellen, uiterlijk tegen 30 juni van elk jaar, van het jaarverslag over de activiteiten van het Instituut tijdens het afgelopen jaar (art. 41ter K.B. 27 november 1985);
- het nemen van alle maatregelen, vereist om zijn doel te verwezenlijken.²⁴

De vergaderingen van de Nationale Raad zijn niet openbaar (art. 41 K.B. 27 november 1985). De beslissingen worden genomen met volstrekte meerderheid van de aanwezige leden, en bij staking van stemmen is de stem van de voorzitter beslissend (art. 40 K.B. 27 november 1985).

Het Instituut handelt door toedoen van de Nationale Raad, die zich kan laten vertegenwoordigen door de voorzitter of de plaatsvervangende voorzitter (art. 7, § 2, Kaderwet 1 maart 1976). De Nationale Raad kiest onder zijn leden een voorzitter, een ondervoorzitter en een penningmeester;²⁵ zij vormen samen het *Bureau van de Raad* (art. 34 K.B. 27 november 1985).²⁶ Het Bureau is belast met het dagelijks beheer van het Instituut en neemt de maatregelen ter voorbereiding en uitvoering van de beslissingen van de Nationale Raad (art. 35 K.B. 27 november 1985). Het Bureau stelt de agen-

da vast van de vergaderingen van de Nationale Raad (art. 35 K.B. 27 november 1985) en legt jaarlijks het begrotingsontwerp voor het volgende werkjaar, evenals de jaarrekening van de ontvangsten en uitgaven van het afgelopen werkjaar ter goedkeuring voor aan de raad (art. 41bis K.B. 27 november 1985). Het Bureau kan een Uitvoerende Kamer of een Kamer van Beroep, op verzoek van diens voorzitter, toestaan buiten het Instituut van Vastgoedmakelaars zitting te houden, eventueel zelfs buiten de Brusselse agglomeratie (art. 63 K.B. 27 november 1985).

De Nederlandstalige en de Franstalige *Uitvoerende Kamer* bestaan telkens uit zes werkende en zes plaatsvervangende leden, voor een termijn van zes jaar (art. 6, § 3, Kaderwet 1 maart 1976) door de erkende, niet geschorste vastgoedmakelaars gekozen onder de kandidaten die sedert ten minste drie jaar zijn ingeschreven op het tableau van de beoefenaars en die geen tuchtstraf hebben opgelopen tenzij zij in ere werden hersteld (art. 8 K.B. 27 november 1985). Voor een aantal taken vormen de leden van de Nederlandstalige en Franstalige Uitvoerende Kamer een *Verenigde Uitvoerende Kamer*. De Uitvoerende Kamers worden bijgestaan door een rechtskundig assessor of een plaatsvervangend rechtskundig assessor, die door de Minister van Middenstand voor zes jaar wordt benoemd onder de advocaten die ingeschreven zijn op een tableau van de Orde van Advocaten (art. 8, § 4, Kaderwet 1 maart 1976). De Uitvoerende Kamers kiezen zelf hun voorzitter en ondervoorzitter. Zij beraadslagen slechts op geldige wijze indien de voorzitter of ondervoorzitter, twee werkende of plaatsvervangende leden en de rechtskundige assessor (of diens plaatsvervanger) aanwezig zijn.²⁷ Hun beslissingen, die met redenen omkleed dienen te zijn, worden genomen bij meerderheid van stemmen, met dien verstande evenwel dat bij staking van stemmen de stem van de voorzitter beslissend is (artt. 43-45 K.B. 27 november 1985).

De bevoegdheid van de Uitvoerende Kamers wordt bepaald door de plaats waar de aanvrager zich voorneemt zijn beroep voor het eerst uit te oefenen of nadien door de plaats waar hij zijn hoofdvestiging heeft (art. 8, § 2, Kaderwet 1 maart 1976).²⁸ Betwistingen tussen personen die zijn ingeschreven op tableaux die werden opgemaakt door verschillende Uitvoerende Kamers behoren tot de bevoegdheid van de Verenigde Uitvoerende Kamer. Deze kamer is tevens bevoegd voor het Duitse taalgebied.²⁹

De Uitvoerende Kamers hebben volgende *opdrachten* (art. 8, § 1, Kaderwet 1 maart 1976):

- het opmaken en bijhouden van: het tableau van de beroepsbeoefenaars; de lijst van de stagiaires, en het tableau van de personen die de titel van het beroep eershalve mogen voeren;

²⁷ De Verenigde Uitvoerende Kamer beraadslaagt slechts geldig indien drie leden van elke kamer en een voorzitter aanwezig zijn (art. 62, § 1, K.B. van 27 november 1985).

²⁸ Indien deze plaats gelegen is in het tweetalig gebied Brussel Hoofdstad, zal deze bevoegdheid afhangen van de taal die werd gebruikt in de aanvraag of van de taal die werd gekozen door de verweerder (art. 8, § 2, Kaderwet 1 maart 1976).

²⁹ Als de Verenigde Uitvoerende Kamer uitspraak moet doen over aangelegenheden die het Duitse taalgebied betreffen, moet de vertegenwoordiging van dit taalgebied in de kamer verzekerd zijn (art. 8, § 3, Kaderwet 1 maart 1976).

²² Binnen de Nationale Raad werd daartoe een «Dienst Toezicht - Opsporing» opgericht die een beroep kan doen op provinciale opsporingscommissies teneinde het dossier voor te bereiden. Nadat het dossier volledig is, beslist de «Dienst Toezicht - Opsporing» ofwel dit dossier door te spelen aan de Inspectie van het Ministerie van Middenstand, ofwel onmiddellijk klacht neer te leggen bij de Procureur des Konings van het betrokken parket en eventueel voor te stellen dat het B.I.V. zich burgerlijke partij zou stellen in de strafprocedure.

²³ Het Instituut wijst tevens een secretaris aan, personeelslid van het Instituut, voor de Nationale Raad en voor elke Kamer (art. 64 K.B. van 27 november 1985).

²⁴ Vertrekkend van deze algemene taakomschrijving heeft de Nationale Raad onder meer een werkgroep «Beroepsvorming» in het leven geroepen, belast met de redactie van een «Huishoudelijk reglement inzake opleiding, bijscholing en vervolmaking van de vastgoedmakelaar» (goedgekeurd door de Nationale Raad op 18 juni 1996) en van een rapport over het profiel van de vastgoedmakelaar in verhouding tot aanverwante beroepen (o.m. notarissen, handelaars in onroerende goederen, vastgoed-experten, gezworen landmeter-experten) en nevenberoepen (o.m. architecten, project-ontwikkelaars, hypothecaire kredietverstrekkers).

²⁵ Tijdens de vergadering van de Nationale Raad van 9 februari 1995 werd de heer Jean-Marie Ledoux verkozen tot voorzitter en de heer Arsène Beirens tot ondervoorzitter. Tijdens de vergadering van 12 december 1995 werd de heer Jacques Gobert verkozen tot penningmeester.

²⁶ Om redenen van efficiëntie bestaat er eveneens een «Uitgebreid Bureau», waarin nog drie andere leden van de Nationale Raad zetelen (*Jaarverslag B.I.V. 1996*, p. 5).

- het verlenen van de toelating om het beroep occasioneel in België uit te oefenen aan personen die in het buitenland gevestigd zijn;
- het waken over de toepassing van de voorschriften van de plichtenleer en uitspraak doen in tuchtzaken ten opzichte van erkende en occasionele beroepsbeoefenaars en ten opzichte van stagiairs;
- op gezamenlijk verzoek van de betrokkenen als arbiter, in laatste aanleg, uitspraak doen over betwistingen inzake honoraria, en advies uitbrengen over de berekening van de honoraria op verzoek van hoven en rechtbanken of in geval van geschil tussen op het tableau of op de lijst van de stagiairs ingeschreven personen.

In het Koninklijk Besluit van 27 november 1985 wordt de procedure uiteengezet die de Uitvoerende Kamers moeten volgen voor aanvragen tot inschrijving op het tableau van de beroepsbeoefenaars, of op de lijst van de stagiairs (artt. 46-48 K.B. 27 november 1985). Dit Koninklijk Besluit bevat eveneens de voorschriften omtrent de tuchtprocedure en de procedure omtrent erelonen.

De vier *tuchtstraffen* die de Kaderwet vermeldt en die door de Uitvoerende Kamer kunnen worden uitgesproken zijn (art. 9 Kaderwet 1 maart 1976): a) de waarschuwing; b) de berisping; c) de schorsing;³⁰ d) de schrapping.³¹ De beroepsbeoefenaars die een tuchtstraf hebben opgelopen en niet in ere hersteld zijn, kunnen niet verkozen worden tot lid van de Nationale Raad of van een kamer (art. 3 K.B. 27 november 1985). Het lid van de Nationale Raad of van een kamer dat een tuchtstraf oploopt (in laatste aanleg), is van rechtswege vervallen van zijn mandaat (artt. 5 en 8, § 3, K.B. 27 november 1985). De definitieve uitspraken van schorsing of van schrapping worden door de secretaris van de betrokken kamer(s) aangegeven bij de procureurs-generaal bij het bevoegde hof van beroep.

De Nederlandstalige en Franstalige *Kamer van Beroep* bestaan telkens uit een voorzitter en twee werkende leden, een ondervoorzitter en vier plaatsvervangende leden (art. 7, § 2, K.B. 27 november 1985, zoals gewijzigd door het K.B. van 26 okt. 1995, *B.S.* 30 nov. 1995). De voorzitter en ondervoorzitter, die door de Koning worden benoemd voor een termijn van zes jaar, zijn (werkend of ere-)magistraat of advocaat met ten minste tien jaar anciënniteit op het tableau (art. 8, § 5, Kaderwet 1 maart 1976).³² De leden en plaatsvervangende leden van de Kamers van Beroep worden door de

(niet-geschorste) erkende vastgoedmakelaars gekozen onder de kandidaten³³ (art. 8 K.B. 27 november 1985) voor een termijn van zes jaar (art. 6, § 3, Kaderwet 1 maart 1985). Men kan slechts tweemaal een mandaat van lid of plaatsvervangend lid van éénzelfde kamer uitoefenen (art. 9 eerste lid K.B. 27 november 1985), en er bestaat onverenigbaarheid tussen het mandaat van lid van een Kamer van Beroep en lid van een Uitvoerende Kamer of van de Nationale Raad (artt. 8, § 4, 9, derde lid en 6, derde lid, K.B. 27 november 1985).

De Kamer van Beroep doet uitspraak over het beroep dat kan worden ingesteld tegen een beslissing die genomen werd door de Uitvoerende Kamer van dezelfde voertaal (art. 8, § 5, Kaderwet 1 maart 1976). Beroep ingesteld tegen een beslissing van de Verenigde Uitvoerende Kamer behoort tot de bevoegdheid van de *Verenigde Kamer van Beroep* die bestaat uit twee voorzitters of ondervoorzitters en twee leden van elke taalgroep van de beide Kamers van Beroep (art. 62, § 2, K.B. 27 november 1985). Beroep tegen een beslissing van de Uitvoerende Kamer kan worden ingesteld door de persoon op wie de beslissing betrekking heeft of door de rechtskundige assessoren van de Uitvoerende Kamers (art. 8, § 5, Kaderwet 1 maart 1976). Beroep wordt ingesteld bij aangetekende brief, binnen de dertig dagen na de betekening van de beslissing (art. 53 K.B. 27 november 1985). In tuchtzaken kan het door de betrokkene ingesteld beroep niet tot gevolg hebben dat de uitgesproken straf wordt verzwaard (art. 61 K.B. 27 november 1985).

De in laatste aanleg gewezen beslissingen van de Uitvoerende Kamers en de eindbeslissingen van de Kamers van Beroep kunnen, binnen de maand na de betekening, door de betrokkenen of door de voorzitter van de Nationale Raad samen met een rechtskundig assessor (van de Uitvoerende Kamer) worden bestreden voor *het Hof van Cassatie* wegens schending van de wet of schending van substantiële of op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen. Bovendien kan de Procureur-Generaal bij het Hof van Cassatie steeds, in het belang van de wet, een voorziening tot cassatie instellen (art. 8, § 6, Kaderwet 1 maart 1976). In geval van cassatie wordt de zaak verwezen naar de anders samengestelde Kamer die zich, wat het door het Hof van Cassatie beoordeelde rechtspunt betreft, dient te schikken naar de beslissing van het Hof van Cassatie (art. 8, § 6, laatste lid, Kaderwet 1 maart 1976).

3° Het B.I.V. in werking

Nadat op 15 december 1994 de eerste verkiezingen hadden plaats had voor de Nationale Raad (18 werkende en 18 plaatsvervangende leden), en voor de Nederlandstalige en Franstalige Uitvoerende Kamers (telkens zes werkende en zes plaatsvervangende leden) en Kamers van Beroep (telkens twee werkende en vier plaatsvervangende leden), en na-

lijk ondervoorzitter van de Franstalige Kamer van Beroep van het B.I.V.

³³ Kunnen zich kandidaat stellen voor een mandaat hetzij in de Nationale Raad, hetzij in de Uitvoerende Kamer, hetzij in de Kamer van Beroep, de personen die sedert minstens drie jaar ingeschreven zijn op het tableau van de erkende vastgoedmakelaars en die geen tuchtstraf hebben opgelopen tenzij zij in ere werden hersteld (artt. 3 en 8, § 2, K.B. van 27 november 1985).

³⁰ De schorsing bestaat in het verbod om gedurende een bepaald termijn (maximum twee jaar) het gereguleerd beroep van vastgoedmakelaar in België uit te oefenen. De geschorste vastgoedmakelaar mag ook niet deelnemen aan de verkiezingen voor de Nationale Raad en voor de Kamers (art. 9 Kaderwet 1 maart 1976; artt. 2 en 8 K.B. van 27 november 1985).

³¹ De schrapping brengt het verbod mee om het gereguleerde beroep in België uit te oefenen en er de beroepstitel van te voeren (art. 9, laatste lid, Kaderwet 1 maart 1976).

³² Bij K.B. van 7 april 1995 werden, met ingang van 1 maart 1995, de heer Stefaan Desmet (substituut-procureur des Konings te Veurne) en de heer Guido Palmenaer (vrederechter te Oostende) benoemd tot voorzitter, respectievelijk ondervoorzitter van de Nederlandstalige Kamer van Beroep van het B.I.V. Bij hetzelfde K.B. werden de heren Philippe de Callatay (advocaat te Brussel) en Christian Voisin (advocaat te Luik) benoemd tot voorzitter, respectieve-

dat, bij Koninklijk Besluit van 17 februari 1995, het Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars met ingang van 1 maart 1995 werd opgericht, kon het B.I.V. daadwerkelijk van start gaan. Binnen het Instituut werden verschillende werkgroepen opgericht die telkens met een specifieke taak werden belast en waarvan de verslagen en de ontwerpen van teksten vervolgens ter goedkeuring aan de Nationale Raad zouden worden voorgelegd. Zo zagen onder meer volgende werkgroepen of commissies het licht:

- *commissie 'stage'*, belast met het opstellen van het ontwerp van stagereglement, dat in afwachting van de bekrachtiging bij in Ministerraad overgelegd Koninklijk Besluit, door de Nationale Raad inmiddels werd goedgekeurd als huishoudelijk reglement;
- *werkgroep 'deontologie'*, belast met het opstellen van het ontwerp van reglement inhoudende de deontologie van de vastgoedmakelaars;³⁴
- *werkgroep 'beroepsvorming'*, belast met de redactie van een rapport over het profiel van de vastgoedmakelaar in verhouding tot de aanverwante en nevenberoepen, en van een rapport over de opleiding, de permanente vorming en de beroepsvervolmaking van de vastgoedmakelaar. Uit dit laatste rapport is een huishoudelijk reglement gegroeid inzake opleiding, bijscholing en vervolmaking van de vastgoedmakelaar dat door de Nationale Raad werd goedgekeurd;
- *werkgroep 'tarieven'*, die een werkdocument heeft opge maakt dat werd goedgekeurd door de Nationale Raad en bezorgd werd aan alle erkende vastgoedmakelaars, waarin bij wijze van algemene richtlijn, maar zonder verbindend te zijn, tarief-barema's worden verstrekt voor de onderscheiden activiteiten van de vastgoedmakelaar;³⁵
- *commissie 'toezicht en opsporing'*;³⁶
- *werkgroep 'mede-eigendom'*;
- *werkgroep 'imago van het B.I.V.'*;
- *werkgroep 'documentatie en informatica'*;
- *werkgroep 'betrekkingen met het notariaat'*;
- *werkgroep 'opsporen en studie van de definitieve vestigingsplaats van het B.I.V.'*;
- *werkgroep 'internationale betrekkingen'*.

Blijkens het jaarverslag 1996 van het B.I.V. leveren deze commissies en werkgroepen mooi werk en draait het Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars reeds geruime tijd op kruissnelheid.

Daarnaast is er uiteraard de werking van de Uitvoerende Kamers en de Kamers van Beroep, maar wellicht mede ingevolge het tot op heden ontbreken van een bij Koninklijk Besluit vastgesteld verbindend reglement van plichtenleer, werden er tot einde 1996 alvast geen tuchtstraffen uitgesproken.³⁷ Inmiddels werd, door de Nationale Raad, op 8 en 29 juli 1997 wel de definitieve tekst goedgekeurd van het ont-

werp-reglement inhoudende de deontologie van de vastgoedmakelaar. Zonder in detail op deze tekst in te gaan, kunnen we stellen dat het een grondig werkstuk is, en dat de naleving ervan ongetwijfeld enerzijds een belangrijke kwaliteits-garantie zal betekenen voor de consument ingevolge bijvoorbeeld de verplichting tot bijscholing, en anderzijds tevens voor die consument een onontbeerlijke supplementaire waarborg in het leven zal roepen ingevolge de erin voorziene verplichte beroepsaansprakelijkheidsverzekering en de verplichte bankwaarborg als zekerheid voor de door de makelaar beheerde fondsen. De tekst vertoont mijns inziens nog wel enkele 'schoonheids-foutjes',³⁸ en is, inzonderheid bij de behandeling van de specifieke verplichtingen van de vastgoedmakelaar-bemiddelaar in onroerend goed, naar mijn gevoelen niet geheel evenwichtig en coherent in vergelijking met de bepalingen die van toepassing zijn op de andere deelberoepen van de vastgoedmakelaar (bemiddelaar inzake overdracht van handelsfondsen, rentmeester en syndicus).³⁹

³⁸ Zo vermeldt artikel 1 dat het reglement ook van toepassing zou zijn op de beroepspersonen, andere dan vastgoedmakelaars, die gerechtigd zijn de activiteiten van vastgoedmakelaar uit te oefenen - ik neem aan dat hier o.m. de notarissen worden bedoeld - en dat, wat die personen betreft, hun Kamers belast met het tucht-toezicht zich *zullen* (en dus niet 'kunnen') laten adviseren door de bevoegde B.I.V.-Kamer. Aangezien krachtens artikel 15 van de Kaderwet van 1 maart 1976 en artikel 4 van het reglementerings-KB van 6 september 1993 de notarissen uitdrukkelijk uitgesloten worden van het toepassingsgebied van het B.I.V., komt het mij voor dat de wettelijke basis ontbreekt om de verplichting vervat in artikel 1 van het ontwerp-reglement te schragen.

Artikel 48 bepaalt verder dat de vastgoedbemiddelaar slechts 'op vraag van de opdrachtgever' hem op de hoogte zal houden van de gedane stappen en de bereikte resultaten, terwijl recente rechtspraak (Gent, 19 april 1994, *T.B.B.R.* 1995, 289 (met noot MERCHERS, Y.), *R.W.* 1996-97, 391 (met noot)) oordeelt dat het spontaan op de hoogte houden van de cliënt juist een deontologische plaats en een op de goede trouw gebaseerde verplichting is van de makelaar.

Verder is er in het tweede lid van de Nederlandstalige tekst van artikel 28 van het ontwerp-reglement sprake van 'nevenberoepen' terwijl dit 'aanverwante beroepen' dient te zijn, is in de Nederlandstalige tekst van artikel 49 sprake van 'afstand van optie', terwijl 'overdracht van optie' wordt bedoeld, en is in artikel 88, onder punt 1.2, sprake van 'minuten', terwijl dit 'afschriften' moet zijn.

³⁹ Zo wordt voor de andere deel-beroepen steeds vermeld dat de vastgoedmakelaar zich eventueel zal laten bijstaan door een «terzake meer bevoegd persoon» (art. 51, art. 54 en art. 72), terwijl dit niet nodig geacht wordt voor de vastgoedmakelaar-bemiddelaar in onroerende goederen.

Verder wordt uitdrukkelijk bepaald dat de verantwoordelijkheid of het onroerend goed, waarvoor de makelaar een verkoopopdracht krijgt, al dan niet met hypotheek, beslagen of zakelijke lasten bezwaard is, berust bij de opdrachtgever en dus niet bij de makelaar (art. 46), terwijl, bij overdracht van handelsfondsen, de makelaar wél een zelfstandige onderzoeksplicht heeft om na te gaan of de handelszaak niet belast is (inpandgeving, neergelegde facturen, inbeslagname)(art. 52). Hier staat tegenover dat, blijkens de tekst van zelfde ontwerp-reglement van deontologie, de makelaar-bemiddelaar in onroerende goederen wél zijn aansprakelijkheidsrisico moet verzekeren voor het ten onrechte doorstorten van een voorschot aan een verkoper, zonder rekening te houden met bevoorrechte schuldeisers (art. 88, 5.1).

³⁴ Zie hierover ook TACKOEN, J., «Naar een deontologie voor de syndicus?», *T.App.* 1996, afl. 1, p. 22-23.

³⁵ Zie ook TIMMERMANS, R., «Vastgoedmakelaars-tarieven», *T.App.* 1996, aflevering 4, p. 1-10.

³⁶ Zie hierover onder meer TIMMERMANS, R., «De opsporingsdienst van het Beroepsinstituut van Vastgoedmakelaars», *T.App.* 1996, aflevering 3, 23-24.

³⁷ Dit geldt voor de Nederlandstalige Uitvoerende Kamer: *Jaarverslag 1996*, p. 13

II. Vastgoedbemiddeling en het notariaat⁴⁰

Vastgoedmakelaars zijn niet de enige personen die als bemiddelaars op de vastgoedmarkt actief zijn. Vele particulieren trachten ofwel zelf hun eigendom te verkopen of doen hiervoor beroep op hun notaris.⁴¹ Vandaar dat de vraag gesteld wordt in hoeverre de activiteiten van vastgoedmakelaars en notarissen terzake overlappend, dan wel complementair zijn of zouden kunnen zijn. Dat dit onderwerp zowel de notarissen als de vastgoedmakelaars ter harte gaat, moge blijken uit de specifieke commissies die beide beroepsgroepen daartoe in het leven geroepen hebben⁴² en uit de contacten die zij sinds vele jaren met elkaar onderhouden, maar die tot op heden blijkbaar niet tot een voor beide beroepsgroepen aanvaardbaar *'modus vivendi'* hebben geleid.⁴³

Artikel 1, tweede lid, van de Organieke Wet op het Notarisambt (wet van 25 ventôse jaar XI of 16 maart 1803) luidt als volgt: «*Onder voorbehoud van de rechten der openbare overheid zijn alleen zij (= de notarissen) bevoegd om onroerende goederen, renten en hypotheaire schuldvorderingen openbaar te verkopen. De toewijzing mag niet dan aan de hoogsten laatstbiedende geschieden.*» En artikel 4, 1°, van het Koninklijk Besluit van 6 september 1993 tot bescherming van de beroepstitel en van de uitoefening van het beroep van vastgoedmakelaar bepaalt uitdrukkelijk dat «*de persoon die één van de in artikel 3 bedoelde activiteiten (= de beroepsactiviteiten van de vastgoedmakelaar) uitoefent op grond van wettelijke of reglementaire bepalingen of van vaste beroepsgebruiken*», niet valt onder de toepassing van het reglementerings-K.B. «*voor zover hij onderworpen is aan de tucht van een er-*

Ten slotte maakt het ontwerp ook geen melding van de verplichting van de makelaar-bemiddelaar in onroerend goed om na te gaan of de persoon die hem de bemiddelingsopdracht geeft, wel degelijk alleen kan beschikken over het onroerend goed (cf. bijv. Gent 19 april 1994, *T.B.B.R.*, 1995, 289; *R.W.*, 1996-97, 391), een verplichting die bijvoorbeeld wél voorzien is voor de makelaar-bemiddelaar in overdrachten van handelsfondsen (art. 52).

⁴⁰ De standpunten die in dit preadvies worden naar vorgebracht zijn *louter persoonlijke standpunten* van de auteur, die in generlei mate een spreekbuis wil of kan zijn voor het notariaat in zijn geheel. Deze taak is immers weggelegd voor de Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen en voor de organisatoren van het Notarieel Congres 1998, dat in het najaar 1998 te Luik zal worden gehouden met als centrale thema «*La négociation immobilière - Onderhandelen in vastgoed*».

⁴¹ Dit geldt dan voornamelijk voor de sector van het residentieel en agrarisch vastgoed. De sector van het professioneel vastgoed (kantoren, handelspanden, industrieel vastgoed, vastgoed voor institutionele beleggers,...) behoort *'de facto'* tot het haast exclusieve werkterrein van veelal grote, internationale (voornamelijk Engelse) vastgoedmakelaarskantoren.

⁴² De commissie «Onderhandelen in vastgoed», opgericht binnen de schoot van de Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen en de commissie «Betrekkingen met het Notariaat», opgericht door het B.I.V.

⁴³ Men leze daartoe bijvoorbeeld het Jaarverslag 1996 van het B.I.V. (p. 27): «De werkgroep is van mening dat, indien de notarissen geen positieve houding aannemen zoals die hierboven als *postulaat werd beschreven*, het praktisch geen nut heeft om het debat verder te voeren. Inderdaad, als de concurrentie tussen beide beroepen blijft voortduren, zouden maatregelen getroffen moeten worden, want de belangen van de twee beroepen zouden lijnrecht tegenovergesteld zijn.»

kende beroepsinstantie». Deze tekst gaat terug op een identieke paragraaf, opgenomen in het verzoekschrift zelf, neergelegd door de beroepsverbonden van de vastgoedmakelaars C.I.B. en U.I.B. tot reglementering van de bescherming van de beroepstitel en de uitoefening van het beroep van vastgoedmakelaar.⁴⁴ Deze teksten bevestigen mijns inziens, voor zoveel als nodig, de legitimiteit van het optreden van de notaris inzake vastgoedbemiddeling.

Hier staat tegenover dat artikel 6, 6°, van de organieke wet op het notarisambt de notaris verbiedt om zelf of door een tussenpersoon handel te drijven. Dit heeft mijns inziens tot gevolg dat de bemiddelingsactiviteiten van de notaris inzake vastgoed geen op zichzelf staande notariële activiteit kunnen of mogen zijn, maar slechts kunnen worden uitgeoefend als accessorium van de kernactiviteit van de notaris inzake vastgoed, zijnde het verlijden van de authentieke akte, vaststellende de verkoop van het te koop gesteld goed.⁴⁵ Zodra de notaris evenwel zijn deontologische regels terzijde zou schuiven en zich zou afwenden van zijn uiteindelijke opdracht, die erin bestaat authenticiteit te verlenen aan de verkoopakte, na partijen hierover te hebben ingelicht, zal zijn optreden een commerciële weerklank krijgen en vallen onder het verbod van artikel 6, 6° van de Ventôse-wet.

Het kan niet worden ontkend dat er op dit ogenblik, alvast in België,⁴⁶ nog steeds een vraag is van de cliënten van een notaris om hun eigendom via hun notaris te koop aan te bieden.⁴⁷ De dienstverlening van de notaris is ongetwijfeld minder omvangrijk dan die welke de professionele vastgoedmakelaar kan verlenen, maar legt andere accenten. De notaris zal evenzeer als de vastgoedmakelaar, na bezichtiging van het eigendom, de objectieve waarde ervan trachten te bepalen, alsook publiciteit maken met het oog op de verkoop ervan en informatie verstrekken aan de geïnteresseerden. Eventueel zal hij instaan voor de bezichtiging van het te koop gestelde eigendom, en biedingen in ontvangst nemen en bezorgen aan zijn opdrachtgever, de verkoper. Het komt mij voor dat zijn opdracht tot deze activiteiten dient te worden beperkt, met andere woorden een contract van aanneming van werk dient te zijn,⁴⁸ dat een accessorium vormt van de eigenlijke specifieke notariële taak die bestaat in het verlijden van de latere verkoopakte. Anders dan de vastgoedmakelaar, blijft de notaris de onpartijdige raadgever van alle partijen, wat o.m. moet blijken uit de gevoerde

⁴⁴ *B.S.*, 9 augustus 1991, paragraaf IV van het verzoekschrift.

⁴⁵ In zelfde zin: DEMBLON, J., in *Rep.Not.*, Tome XI, *Droit Notarial - Livre V/1, Organisation et déontologie du notariat*, «La fonction notariale», nr. 217, p. 158.

⁴⁶ In landen als Nederland, Italië, Duitsland en Spanje doet het notariaat niet aan vastgoedbemiddeling; in Frankrijk wél, maar de intensiteit van deze notariële dienstverlening verschilt vrij sterk van streek tot streek.

⁴⁷ Welke motieven heeft de cliëntèle hiervoor? Het vertrouwen in hun notaris, een beperktere kostprijs van de bemiddeling (in acht genomen de beperktere dienstverlening), de hoop dat de minder commerciële, objectieve aanpak van de notaris de kandidaat-kopers meer zal aanspreken....

⁴⁸ Zie over het verschil tussen 'aanneming van werk' en 'lastgeving' in het kader van vastgoedbemiddeling o.m. Cass., 23 september 1969, *R.C.J.B.*, 1971, 216 (met noot MERCHERS, Y.) en Gent, 19 april 1994, *T.B.B.R.*, 1995, 289 (met noot MERCHERS, Y.), *R.W.*, 1996-97, 391 (met noot).

publiciteit en eventueel uit de wijze waarop de informatie betreffende het te koop gestelde eigendom wordt verstrekt aan de kandidaat-kopers. Gezien zijn opleiding en gezien zijn betrokkenheid bij het uiteindelijk verlijden van de notariële akte, zal de vastgoedbemiddeling door de notaris veelal sterker geaccentueerd zijn op het juridisch-technische van de transactie - hypotheaire toestand, bekwaamheid van partijen, erfdienstbaarheden,... - en minder op aspecten zoals bouwkundige kwaliteiten van het te koop gestelde eigendom, technische mogelijkheden tot verbouwing, ligging, enzovoort, voor welke aspecten de professionele vastgoedmakelaar ongetwijfeld meer oog zal hebben.

En zo verlaat de notaris mijns inziens zijn rol van onpartijdig raadgever van *alle* partijen, indien hij zelf een *mandaat* heeft gekregen om namens de verkoper met potentiële kopers over de verkoopprijs en -modaliteiten te onderhandelen en de verkoopovereenkomst te sluiten, welk probleem zich niet zal stellen voor de vastgoedmakelaar. Om zelfde redenen lijkt het mij geraadzaam dat de notaris voor zijn bemiddelingsopdracht, naast de terugbetaling van de door hem gedane uitgaven (zoals publiciteitskosten, briefwisseling,...), een vergoeding krijgt die rechtstreeks in verhouding staat tot het effectief door hem gepresteerde werk voor deze bemiddeling⁴⁹ en dus niet afhankelijk is van de prijs die uiteindelijk werd voor het verkochte eigendom. Zo blijft deze vergoeding ook verschuldigd, zelfs al leidt de bemiddelingsopdracht van de notaris niet tot de uiteindelijke verkoop van het eigendom. Het principe van een vergoeding in verhouding van het effectief gepresteerde werk is immers kenmerkend voor een contract van aanneming van werk, terwijl een ereloon volgens de verkregen prijs veeleer aansluit bij de idee van het mandaat, en terecht de vraag kan doen rijzen naar de onpartijdigheid van de notaris.⁵⁰ Het is trouwens dit principe van onpartijdigheid dat, in Duitsland en Spanje, de reden zou geweest zijn om vastgoedbemiddeling door notarissen te verbieden.⁵¹

Vanzelfsprekend zal, gezien het absoluut principe van de vrije notaris-keuze, de opdrachtgever ten slotte te allen tijde, en dus zonder enige opzegtermijn te moeten in acht nemen, een einde kunnen maken aan de bemiddelingsopdracht van de notaris, tegen vergoeding van het reeds gepresteerde werk en terugbetaling van de gedane uitgaven.⁵²

III. BESLUIT

Door het Koninklijk Besluit van 6 september 1993 tot bescherming van de beroepstitel en van de uitoefening van het beroep van vastgoedmakelaar werden de voorwaarden geschapen tot verdere professionalisering van het beroep van vastgoedmakelaar. Het diploma vereiste als drempel voor de toegang tot het beroep, de opgelegde stage van één jaar en

het onderwerpen van de vastgoedmakelaar aan dezelfde wettelijke verplichtingen als die welke gelden voor alle gereguleerde intellectuele beroepen - de persoonlijke verantwoordelijkheid voor de gestelde beroepsdaden en de naleving van de eigen deontologische regels en van het beroepsgeheim - zullen ongetwijfeld de kwaliteit van de dienstverlening en het aanzien van het beroep naar de toekomst toe versterken. Betreurenswaardig is dan ook dat de al te ruime overgangsmaatregelen van het reglementeringsbesluit van 6 september 1993 deze doelstellingen ten dele hebben ondergraven. De dynamiek van het B.I.V. en een strikte toepassing van de eigen deontologie zullen het vertrouwen van de consument in de vastgoedmakelaar moeten verstevigen en initiatieven als die van Volksvertegenwoordiger Luc Willems⁵³ voortaan overbodig maken.

Het komt mij voor dat de vastgoedmakelaars in het notariaat niet noodzakelijk een concurrent moeten zien. Vastgoedbemiddeling door het notariaat heeft andere accenten, mag niet wervend zijn naar cliëntèle toe, maar beantwoordt enkel aan een specifieke vraag van de consument. Bovendien zouden beide beroepen, meer nog dan nu het geval is, er beter aan doen elkaars activiteiten verder aan te vullen, zodat eventuele juridische problemen nog vóór de ondertekening van de verkoopovereenkomst worden onderkend en voorkomen of opgelost. Een zelfde gedachtegang bracht collega Eric Deckers, ere-voorzitter van de Koninklijke Federatie van Belgische Notarissen, ertoe de idee te lanceren van de verplichte tussenkomst van de notaris bij het sluiten van elke verkoopovereenkomst die betrekking heeft op onroerende goederen, gekoppeld aan een opzegmogelijkheid van de overeenkomst door elk van beide partijen gedurende een termijn van acht dagen na de ondertekening ervan. Dit denkspoor, hoe verdienstelijk ook, lijkt mij, in acht genomen ons huidig publiciteitssysteem inzake overdracht van onroerende zakelijke rechten, slechts een gedeeltelijke oplossing aan te reiken voor het uiteindelijk beoogde doel: een meer rechtszekere overdracht van onroerende goederen waarborgen. Aangezien tot aan de overschrijving van de akte op het hypotheekkantoor⁵⁴ op het overgedragen onroerend goed nog zakelijke rechten kunnen worden gevestigd en het door derden te goeder trouw nog in beslag kan worden genomen lastens de vorige eigenaar, draagt elk systeem dat de eigendomsvergang situeert op een vroeger ogenblik dan die overschrijving, reeds in zich de kiemen van rechtsonzekerheid, problematiek die in andere pre adviezen ongetwijfeld uitgebreid aan bod zal komen.

Hans DE DECKER

⁴⁹ ... bijvoorbeeld door toepassing van een (uur-)loon in verhouding tot van de daadwerkelijke tijd die hij of zijn kantoor aan de bemiddelingsopdracht heeft besteed (= facturatie per tijdseenheid), of door toepassing van een forfaitaire vergoeding per daadwerkelijk beantwoord informatie verzoek betreffende het te koop gestelde eigendom...

⁵⁰ HUYSE, L. en SABBE, H., *De mensen van het recht*, Leuven, Van Halewyck, 1997, 131.

⁵¹ DEMBLON, J., o.c., p. 159, nr. 217.

⁵² Zie bijv. Rb. Brugge, 27 juni 1983, *TNot.*, 1985, 103.

⁵³ Wetsvoorstel, ingediend door de heer LUC WILLEMS «betreffende de bescherming van particulieren bij vastgoedtransacties», *Gedr.St., Kamer*, 1996-97, nr. 1163/1.

⁵⁴ ... en soms zelfs nadien: zie bijv. art. 435, derde lid, W.I.B. 1992, art. 93quinquies, derde lid, W. B.T.W., art. 86 W.Succ.R.

PUBLICITEITSSTELSELS BETREFFENDE PUBLIEKRECHTELIJKE EN FISCALE BEPERKINGEN VAN HET ONROEREND EIGENDOMSRECHT

EEN POGING TOT INVENTARISERING

INLEIDING

In het hiernavolgend overzicht wordt nagegaan welke publiciteit wordt gegeven aan publiekrechtelijke en fiscale beperkingen van het onroerend eigendomsrecht. De elementen van deze omschrijving dienen nader te worden toegelicht.

Het onderzoek slaat op beperkingen aan het eigendomsrecht van onroerende goederen, met uitsluiting dus van roerende goederen. Het eigendomsrecht wordt publiekrechtelijk en fiscaal gesproken beperkt wanneer bepalingen gelden die de eigenaar in de aanwendingsmogelijkheden van zijn zaak beknotten. Deze beperkingen kunnen slaan, enerzijds, op het gebruik van de zaak, anderzijds op de beschikkingsmogelijkheden.

Beperken het gebruik van de zaak, de voorschriften waaruit blijkt dat bepaalde activiteiten (verbouwingen of grondwerken bijvoorbeeld) of exploitaties op het onroerend goed verboden zijn, dan wel vergunnings- of meldingsplichtig zijn, dan wel slechts met naleving van andere voorafgaande maatregelen (voorlegging van een milieueffectenrapport of van een conformiteitsattest met het oog op de verhuring als woning of studentenkamer bijvoorbeeld) toegelaten zijn, of nog binnen zekere bij of krachtens een wet, decreet of ordonnantie aangegeven normen (bepalingen inzake afval of mest, waterwinning, mijnen en groeven, enz.). In het kader van dit verslag was het inderdaad onmogelijk al deze gebruiks- en aanwendingsbeperkingen op te sommen: daarvoor zijn ze veel te talrijk en veel te uiteenlopend. In dit verslag, gericht op de kenbaarheid van bepalingen die beperkingen invoeren aan de uitoefening van het *eigendomsrecht*, horen ze overigens niet thuis, want ze zijn niet inherent aan het eigendomsrecht. Niet de eigenaar, maar de gebruiker of de exploitant moet er rekening mee houden.

Alleen die beperkingen die bij of krachtens een wet, decreet of ordonnantie, aan de *beschikkingmogelijkheid* van de eigenaar van een onroerend goed zijn gesteld, m.a.w. die bepalingen die de eigenaar die zijn eigendomsrecht wil overdragen, moet in acht nemen, en met name die welke de notaris moet weten te achterhalen vooraleer de akte van eigendomsoverdracht kan worden verleden, worden dus nader vermeld.

Verder moest worden overwogen hoe al deze bepalingen te ordenen. De bedoeling is om een overzicht te geven van de *publiciteit* waaraan deze beperkende maatregelen zijn onderworpen. In het licht daarvan wordt in een eerste deel aandacht geschonken aan de werking van het kadaster en de hypotheekbewaring, om aan te geven welke gegevens via deze twee instellingen kenbaar worden gemaakt met betrekking tot maatregelen die de beschikkingsmogelijkheden beperken. Voor het tweede deel leek de ordening met verwijzing

naar de publiciteitsmiddelen niet werkzaam te zijn, daar het overzicht dan iedere duidelijkheid dreigde te verliezen. Daarom werd voor volgende rangschikking gekozen. Allereerst worden vernoemd, de beperkende maatregelen waaromtrent een koper wel behoefte aan informatie kan hebben, maar waarvoor die informatieverstreking niet georganiseerd is; vervolgens de bepalingen waaromtrent de koper moet worden ingelicht, krachtens een wettelijk geregelde verplichting tot informatieverstreking; ten slotte de bepalingen die de verkoper tot *voorafgaande maatregelen* nopen: vergunningen, onderzoeken, werken die moeten worden verkregen resp. uitgevoerd vooraleer tot verkoop kan worden overgegaan, en eveneens rechten van voorkoop waarvan wettelijk is bepaald dat ze vooraf aan de daartoe aangeduide overheid moeten zijn aangeboden.

Ter duidelijke afbakening van het onderzoek moet ook worden vermeld dat in dit overzicht niet worden besproken, de bepalingen die de eigenaar van een onroerend goed het recht verlenen om een overheidsinstantie ertoe te dwingen dit goed aan te kopen, omdat de eigenaar de opgelegde beperkingen niet langer wenst te ondergaan. Dergelijke bepalingen vindt men onder meer in de wetgeving inzake erfdienstbaarheden voor het vervoer van gas en inzake natuurbescherming. Het eigendomsrecht van de eigenaar wordt hierdoor niet beknót, integendeel: er wordt hem een bijzondere mogelijkheid aangereikt om het goed af te slaan, een recht verleend waarvan de uitoefening louter aan het initiatief van de eigenaar is overgelaten.

Ten slotte nog twee terminologische toelichtingen. Beperkingen die worden aangebracht aan de beschikkingsmogelijkheden gelden meestal niet enkel bij verkoop, maar ook bij vestiging van zakelijke rechten zoals vruchtgebruik, erfpacht en opstal, soms ook voor verhuring van meer dan 9 jaar, soms zelfs voor hypotheekvestiging. Toch zal, om de al zware tekst niet te overladden, in het overzicht meestal enkel worden gesproken van «vervreemding» of «verkoop» en van «verkrijger» en «koper», zelfs als de regeling ook geldt bij andere overdrachten dan verkopen, en ook ten aanzien van een andere dan een koper moet worden in acht genomen.

In de hierna volgende tekst worden specifieke verplichtingen besproken die aan de instrumenterende ambtenaar zijn opgelegd, dus zowel aan de notaris die de akte van vervreemding verlijdt, als aan de ambtenaar die gemachtigd is daaraan authenticiteit te verlijden (commissaris bij het comité tot aankoop, burgemeester of provinciegouverneur met name). Met enige vereenvoudiging wordt de uitdrukking: «de instrumenterende ambtenaar», hierna evenwel vervangen door «de notaris», dit weerom om de leesbaarheid van de tekst te verhogen.

I. TRADITIONELE PUBLICITEITSSTELSELS

Iedere voorbereiding van een dossier ter vervreemding van een onroerend goed start met een opzoeking op het kadaster en op het hypotheekkantoor. Deze opzoeking heeft in de eerste plaats tot doel het eigendomsrecht van de vervreemder na te trekken: dat specifiek onderzoek wordt in dit verslag evenwel niet besproken, het komt elders aan bod.

De instellingen van kadaster en hypotheek verlenen ook informatie met betrekking tot publiekrechtelijke en fiscale beperkingen aan het eigendomsrecht; deze informatie blijft echter beperkt, zoals hierna wordt toegelicht.

A. Kadaster

Het kadaster is een instelling die binnen het Ministerie van Financiën fungeert en tot opdracht heeft om, door middel van kaarten en registers, de in België gelegen onroerende goederen te inventariseren, met name daarvan het kadastraal inkomen te bepalen, dat tot grondslag van de heffing van belastingen op onroerende goederen dient. Deze instelling werd ingevoerd in 1807, krachtens een keizerlijk decreet dat door een «Recueil» van 1811 werd aangevuld, nadien nog door verscheidene Koninklijke Besluiten waarvan de belangrijkste van 26 juli 1877 en 8 september 1930 dateren. De informatie die oorspronkelijk uiteraard uitsluitend op papier werd bijgehouden, is later op mechanografische documenten overgenomen en thans op microfiches opgeslagen.¹

De vermelding van onroerende goederen in de bestanden die op het kadaster worden bijgehouden, gebeurt met aanduiding van de «aard» van het onroerend goed, met als belangrijkste onderscheid, de onderverdeling in bebouwde en onbebouwde onroerende goederen; ook voor materieel en outillage die onroerend zijn van nature of door hun bestemming wordt een kadastraal inkomen vastgesteld. De bepalingen krachtens welke dit kadastraal inkomen wordt vastgesteld zijn opgenomen in de artikelen 471 e.v. WIB (1992).

Voor onbebouwde percelen wordt dan verder gedifferentieerd, met gebruik van categorieën als bouwlanden, hooilanden, weilanden, moestuinen, bosgronden, openluchtparkeerplaatsen, enz. Deze onderverdeling gebeurt op basis van de informatie die het kadaster verkrijgt van de Administratie der Registratie en Domeinen en verwijst dus naar een niet geverifieerd gebruik.

Voor bebouwde percelen wordt ook een onderscheid gemaakt naargelang van het gebruik waarvoor het gebouw wordt aangewend: huis, appartementsgebouw, nijverheidsgebouw, handelspand, hotel, feestzaal, klooster, enz. Dit gebruik is bij het kadaster in principe bekend op grond van gegevens die door de eigenaar zelf moeten worden vermeld, met name, overeenkomstig de bepaling van art. 473 WIB (1992), de ingebruikname van nieuw opgerichte of herbouwde onroerende goederen, de voltooiing van werken aan gewijzigde gebouwen, de verandering in de wijze van exploitatie, omvorming of verbetering van het gebouw, ingebruikstelling van nieuw of toegevoegd materieel of outillage, enz. Deze vermeldingen worden aangevuld door de informatie die de con-

troleurs van het kadaster verkrijgen, hetzij van de Administratie der Registratie en Domeinen, hetzij van de gemeenten (met name betreffende verstrekte bouwvergunningen), en door eventuele controle ter plaatse. Er bestaat echter voor het kadaster geen praktische noch structurele mogelijkheid om hiervoor kennis te nemen van enig stedenbouwkundig of ordeningsplan, noch van enig ander plan, lijst, register of inventaris die zou zijn opgemaakt krachtens een van de hierna in het tweede deel van dit verslag besproken wet, decreet of ordonnantie en waarin het gebruik of de bestemming van onroerende goederen zou zijn vastgelegd.

Hoewel uit de aard van het onroerend goed het bestaan van publiekrechtelijke beperkingen aan het eigendomsrecht moet kunnen worden afgeleid (zie verder in het tweede deel), is het wel duidelijk dat de informatie over de aard van het onroerend goed niet kan noch mag afgeleid worden uit de informatie die uit de kadastrale bescheiden blijkt; daarop is deze informatie niet gericht en daarvoor is ze volstrekt ontoereikend.

B. Hypotheek

De hypotheekbewaring is, zo blijkt uit de term zelf waarmee deze instelling is aangeduid, oorspronkelijk enkel ingericht ter verzekering van de bewaring (en dus tegenwerpelijheid aan derden) van hypotheeken. Met het oog op deze tegenwerpelijheid werd ook, via de meldingen in de registers van de diensten van hypotheekbewaring, gezorgd voor opname van titels tot overdrachten en vestiging van zakelijke rechten (art. 1 Hyp. Wet). Dit aspect van de hypotheekbewaring wordt ook in een ander verslag voor dit Congres nader onderzocht. Hierna wordt uiteraard enkel onderzocht in welke mate op het hypotheekkantoor gegevens worden verzameld waaruit informatie blijkt met betrekking tot publiekrechtelijke of fiscale beperkingen aan het eigendomsrecht.

Overschrijving van erfdienstbaarheden? – Onder de zakelijke rechten die ter hypotheekbewaring worden gemeld via de overschrijving van de titel ter vestiging ervan, zijn ook erfdienstbaarheden begrepen. Erfdienstbaarheden kunnen onder het privaatrecht ressorteren, met name wanneer ze op een erf rusten ten voordele van een ander erf in de zin van het Burgerlijk Wetboek (art. 637 B.W.). Er zijn evenwel ook erfdienstbaarheden van openbaar nut, d.w.z. erfdienstbaarheden die op een erf rusten met het oog op de voldoening van een algemeen belang. Ook zij houden gebruiksbeperkingen in aan het eigendomsrecht van de eigenaar, die omwille van de erfdienstbaarheid zich van bepaalde handelingen moet onthouden (een bouwvrije strook respecteren bijvoorbeeld) of bepaalde handelingen moet dulden (het aanbrengen van bovengrondse elektrische leidingen boven zijn eigendom gedogen bijvoorbeeld).

Hoewel dergelijke lasten geen beperking meebrengen voor de vervreemding van het onroerend goed dat als lijdend erf met een dergelijke erfdienstbaarheid is bezwaard, is het uiteraard belangrijk voor de verkrijger dat hij kan weten dat dergelijke beperkingen bestaan. Erfdienstbaarheden die door de wet zijn gevestigd, worden evenwel, gelet op de bewoordingen waarin art. 1 Hypotheekwet is geformuleerd, niet op het hypotheekkantoor gemeld (ze zijn immers niet bij «akte onder levenden» gevestigd). Wettelijke erfdienstbaarheden, zoals die welke uit de artikelen 640 en 652 B.W. ontstaan,

¹ Informatie verkregen van de Gewestelijke Directie Antwerpen, met dank aan de heer DE CLERCQ, directeur.

worden dus niet kenbaar gemaakt door overschrijving op het hypotheekkantoor; dat ze uit de wet ontstaan, heet voldoende te zijn om ze ter kennis van derden te brengen. Deze regel geldt echter ook voor meer ingrijpende erfdiensbaarden, zoals de erfdiensbaardheid van openbaar nut die ontstaat ten voordele van degene die gemachtigd is ondergrondse leidingen voor gasvervoer te plaatsen (zie nader over deze wet in de hiernavolgende uiteenzetting): nergens wordt bepaald dat de vestiging van een dergelijke erfdiensbaardheid door overschrijving op het hypotheekkantoor zou worden bekendgemaakt. Hoe dan wel informatie hierover kan worden verkregen wordt hierna toegelicht.

Overschrijving van decreten en besluiten? – Vermelden we ook de overschrijving op het hypotheekkantoor van sommige besluiten, zoals inzake Vlaamse bodemsanering (besluiten inzake gebruiksbeperkingen of voorzorgsmaatregelen m.b.t. verontreinigde gronden, art. 5, § 5, Bodemsaneringsdecreet), Vlaamse besluiten inzake bescherming van het archeologisch patrimonium en inzake landschappen; Waals besluit tot bescherming van het erfgoed, enz. Ook hier gaat het om bekendmaking van maatregelen die niet eigendomsbeperkend zijn in de zin van een beperking aan de beschikingsmogelijkheden. Bovendien is de efficiëntie van de maatregel onderworpen aan een aantal formele eisen, waaraan de over te schrijven decreten of besluiten niet altijd voldoen; ze moeten immers verwijzen naar de volledige identiteit van de eigenaars, met bevestiging dat deze identiteit werd vastgesteld op zicht van stukken zoals door de Hypotheekwet opgelegd, en naar de titel krachtens welke de eigenaars hun eigendomsrecht hebben verkregen (zie hierover nader het verslag over de werking van de hypotheekbewaring). Gebeurt dit niet, dan wordt het besluit of decreet niet opgenomen in de gegevens die voorkomen op het hypothecair getuigenschrift dat wordt aangevraagd met betrekking tot een opgegeven eigenaar: zoals besproken in het reeds vernoemde verslag waarin de hypotheekbewaring nader wordt toegelicht, worden de bestanden op het hypotheekkantoor nominatief bijgehouden, dus volgens de naam en identiteit van de eigenaar, niet volgens de ligging of de kadastrale nummering van de percelen. Zo blijkt dat de uittreksels van het register van monumenten, stads- en dorpsgezichten door de Dienst voor Monumenten- en Landschapszorg aan de hypotheekbewaarders toegestuurd, door hen enkel worden geordend en bewaard, maar niet in het register overgeschreven, terwijl de decreten ter bescherming van landschappen, wel (na de nodige opzoekingen) met verwijzing naar de eigenaars in het register worden opgenomen (M.B. van 7 december 1976).²

Overschrijving bouw misdrijven – De dagvaardingen en ex ploten die krachtens de wetgeving op de ruimtelijke ordening worden uitgevaardigd tegen hen die de bepalingen van deze wetgeving overtreden wegens uitvoering of instandhouding van niet vergunde werken of uitvoering van niet vergunde verkavelingen, worden overgeschreven op het hypotheekkantoor van het gebied waar de goederen gelegen zijn (art. 72 van het Vlaamse decreet 22 oktober 1996, art. 139 van de Ordonnantie van Brussel Hoofdstad van 29 augustus 1991 en art. 71 van het Waals decreet van 14 mei 1984 tot coördinatie van de bepalingen inzake ruimtelijke ordening

en stedenbouw in Wallonië) en moeten daarom de omschrijving bevatten van het goed, voorwerp van het misdrijf, en de identificatie van de eigenaar. Beslissingen in de zaak genomen worden in de rand van deze overschrijvingen gemeld (zelfde bep.).

Wettelijke hypotheeken tot zekerheid van belastingen en diverse heffingen – Op het hypotheekkantoor kan uiteraard ook worden achterhaald of het onroerend goed dat de vervreemder overweegt af te staan, met voorrechten op onroerende goederen of met hypotheeken is bezwaard. Hoewel een dergelijk voorrecht of hypotheek formeel geen beletsel is om tot verkoop over te gaan, is het evident dat in nagenoeg alle gevallen de verkrijger zekerheid zal wensen omtrent de omstandigheid dat het goed dat hij verwerft niet met dergelijke lasten is bezwaard. Bijgevolg moet het bestaan van dergelijke voorrechten en hypotheeken kunnen worden achterhaald. Hoe dit moet gebeuren, wordt ook elders onderzocht. Wel moge hier worden vermeld dat de regel naar Belgisch recht wel degelijk is dat alle hypotheeken en voorrechten op onroerende goederen het voorwerp moeten hebben uitmaken van een inschrijving op het hypotheekkantoor om aan derden (en dus met name aan de verkrijger te goeder trouw) tegenwerpelijk te zijn, maar dat er nog steeds uitzonderingen op deze regel bestaan.

Er zijn inderdaad wettelijke hypotheeken die uitwerking kunnen hebben ook voor de periode die hun formele inschrijving voorafgaat en het goed nog bezwaren, ook al is het al aan een derde overgedragen en al is die overdracht al op het hypotheekkantoor overgeschreven. Het gaat met name om de inschrijving die ten gunste van de Belgische Staat kan worden genomen tot zekerheid van de inning van inkomstenbelastingen, van B.T.W. en van successierechten of rechten van overgang bij overlijden (deze laatste kan gedurende achttien maanden occult blijven), volgens de modaliteiten en binnen de termijnen bepaald in de artikelen 435 WIB (1992), 93quinquies W.B.T.W. 86 e.v. W. Succ. Dezelfde regels als inzake inkomstenbelastingen gelden overigens ook voor provincie- en gemeentebelastingen (art. 12 van de wet van 24 december 1996, B.S., 31 december 1996) en voor waterheffingen, voor wat Vlaanderen betreft, krachtens art. 35septies decies, § 1, van de wet van 26 maart 1971 op de bescherming van de oppervlaktewateren tegen verontreiniging (B.S., 1 mei 1971), ingevoerd door het Vlaamse decreet van 25 juni 1992 (B.S., 11 juli 1992); voor wat Wallonië betreft, zie het decreet van 7 oktober 1985 en het decreet van 30 april 1990 ter invoering van een heffing op afvoer van gebruikt huishoudelijk of industrieel water (B.S., 23 februari 1994); heffingen op winning van grondwater in Vlaanderen, Decreet van 24 januari 1984 (B.S., 11 februari 1997), art. 28terdecies, enz.

In elk van deze gevallen behoort het tot de (ongeschreven) opdracht en dus tot de verantwoordelijkheid van de notaris de nodige opzoekingen of meldingen te doen opdat de dergelijke betalingen enkel lastens de belastings- of heffingsplichtige plaatshebben en hiervoor geen verhaal tegen de verkrijger open blijft.

Bovendien bepaalt art. 270 WIB (1992) dat de notaris die de akte van overdracht onder bezwarende titel van een in België gelegen onroerend goed of zakelijk recht heeft verleden, persoonlijk belastingplichtige is voor de belasting die door een niet rijksinwoner of een buitenlandse vennootschap verschuldigd is, krachtens artikel 228, § 2, 9°, g of i (meer-

² Informatie verkregen van het eerste hypotheekkantoor van Turnhout, met dank aan de heer BRIS, bureauchef.

waarde belastbaar als divers inkomen) of krachtens artikel 228, § 2, 3°, a en 4° (meerwaarde onderworpen aan bedrijfsvoorheffing). Ook deze bepaling houdt geen rechtstreekse belemmering in van de mogelijkheid voor de eigenaar om zijn eigendomsrecht af te staan, maar praktisch zal de notaris erover waken dat dit enkel gebeurt indien alle gegevens voorhanden zijn om vast te stellen of die belasting verschuldigd is, hoeveel die bedraagt en of er voldoende middelen zijn om ze te voldoen.

Ook tot zekerheid van andere heffingen die hoofdens een activiteit die op een onroerend goed wordt uitgeoefend, kan een wettelijke hypotheek worden ingeschreven. Dit is bijvoorbeeld het geval voor heffingen ten voordele van Polders en Wateringen en ten voordele van het Vlaams Gewest inzake afval, mest, grind, leegstand. In dergelijke gevallen gaat het evenwel om hypotheeken waarvan de wijze van inschrijving en de uitwerking geen afwijking inhouden ten opzichte van het gemene recht. Bovendien moet erop worden gewezen dat dergelijke hypotheeken geen informatie verschaffen over de publiekrechtelijke of fiscale beperkingen aan het eigendomsrecht: er kan immers uit de inschrijving van dergelijke hypotheeken enkel worden afgeleid dat er heffingen verschuldigd zijn *die niet werden betaald* en waarvoor dus de heffingsgerechtigde overheid zekerheid heeft willen vestigen. De informatie die een verkrijger wil bekomen en die in het kader van dit verslag moet worden besproken gaat evenwel – uiteraard – veel verder: hij wil weten of de activiteit die op dit onroerend goed wordt uitgeoefend of de inrichting die erop is gevestigd, aanleiding geeft tot een *heffingsplicht*. Die algemene informatie kan dus, zoals gemeld, niet worden achterhaald door enige opzoeking op het hypotheekkantoor.

Randmelding inzake ruilverkaveling – Wanneer tot vrijwillige ruilverkaveling wordt besloten, geldt krachtens de wet van 10 januari 1978 houdende bijzondere maatregelen inzake ruilverkaveling van landeigendommen in der minne (B.S., 9 maart 1978, *err.*, 5 april 1978), een verplichting tot melding via het hypotheekkantoor van het Koninklijk Besluit waarin die beslissing is vervat.

Ruilverkaveling in der minne beoogt de vervanging van het aantal vroegere kavels door een kleiner aantal nieuwe kavels; deze laatste moeten zoveel mogelijk aaneensluitend en regelmatig zijn en een eigen uitweg hebben (art. 2 Wet ruilverkaveling in der minne). Oordeelt de Minister dat een voorgestelde ruilverkaveling nuttig is, dan legt hij het kavelplan van het blok vast. Er volgt een Koninklijk Besluit waarin wordt beslist dat tot vrijwillige ruilverkaveling van de aangeduide goederen zal worden overgegaan. Dit K.B. verbindt onherroepelijk de ondertekenaars van het verzoekschrift, hun rechtverkrijgenden en rechthebbenden die sedert het indienen van het verzoekschrift de vorige eigenaars hebben opgevolgd of nog zullen opvolgen, tot de overschrijving van de vrijwillige ruilverkavelingsakte op het hypotheekkantoor. Van dit K.B. wordt melding gemaakt op de rand van de overschrijving van de laatste titel van eigendomsverkrijging van de bij de vrijwillige ruilverkaveling betrokken goederen (art. 15 wet ruilverkaveling in der minne).

In beide gevallen wordt het comité tot aankoop van onroerende goederen belast met het verlijden van de ruilverkavelingsakte die eveneens op het hypotheekkantoor wordt overgeschreven (art. 22 en 43 wet ruilverkaveling in der minne). Wanneer vóór de datum van de overschrijving van de

ruilverkavelingsakte overdrachten hebben plaatsgehad met betrekking tot kavels in de ruilverkaveling begrepen, bepaalt de rechter op verzoek van de belanghebbenden, op welke nieuwe kavels of gedeelten hiervan hun rechten zijn overgegaan (art. 56 tot 60 wet ruilverkaveling in der minne). Deze beslissing wordt, zo hiertoe verplichting bestaat, op verzoek van de meest gereede partij, op de hypotheekbewaring overgeschreven of ingeschreven (zelfde bepaling).

II. PUBLIEKRECHTELIJKE BEPERKINGEN WEGENS DE TOESTAND OF DE LIGGING DOCH WAAROMTRENT GEEN INFORMATIEPLICHT TEN BEHOEVE VAN DE VERKRIJGER BESTAAT

Hierna volgt een poging om een overzicht te geven van publiekrechtelijke en fiscale beperkingen aan het onroerend eigendomsrecht, in de betekenis zoals nader in de inleiding omschreven, d.w.z. beperkingen die door de eigenaar, die zijn goed wil vervreemden, moeten in acht worden genomen. Met betrekking tot de in dit deel van het verslag besproken bepalingen, geldt echter *geen wettelijke verplichting tot informatieverlening* aan de koper, die dus vooraf niet moet worden ingelicht over de juiste toestand van het onroerend goed waarvan hij de aanschaf overweegt. Er wordt dus enkel nagekeken hoe de publiciteit daaromtrent is geregeld.

A. Leegstand van bedrijfsruimten

Wettelijke bepaling – Krachtens het Vlaams decreet van 19 april 1995 (B.S., 13 september 1995), gewijzigd bij decreet van 20 december 1996 (B.S., 31 december 1996) houdende maatregelen ter bestrijding en voorkoming van leegstand en verwaarlozing van bedrijfsruimten, wordt een inventaris opgesteld, per gemeente, van leegstaande of verwaarloosde bedrijfsruimten, d.w.z. van iedere verzameling van percelen waarop zich minstens één bedrijfsgebouw bevindt, waar een economische activiteit heeft plaatsgehad of plaatsheeft en met een minimale oppervlakte van 5 aren (art. 2).

Op de in de inventaris opgenomen onroerende goederen wordt een jaarlijkse heffing ingevoerd ten voordele van het Vernieuwingsfonds (art. 15).

Nieuwe eigenaars die het volle eigendomsrecht genieten van een aan de heffing onderworpen onroerend goed, krijgen een opschorting van de heffing gedurende twee jaar, te rekenen vanaf de datum van het verlijden van de authentieke akte van overdracht (art. 36, § 1). Niet als nieuwe eigenaar worden echter beschouwd, de vennootschappen waarin de vroegere eigenaars van het onroerend goed participeren, rechtstreeks of onrechtstreeks voor meer dan 10% van het aandeelhouderschap, en bloed- of aanverwanten tot en met de derde graad.

Informatieplicht van de notaris – Bij overdracht van een onroerend goed dat in de inventaris is geregistreerd, is de instrumenterende ambtenaar ertoe gehouden om binnen dertig kalenderdagen na het verlijden van de akte, via een aangekondigde brief, *aan de Administratie* volgende gegevens te bezorgen: afschrift van het registratieattest; identiteit van de nieuwe eigenaar; indien de overdrager of de overnemer een vennootschap is, de statuten van deze vennootschap; datum van akte; een verklaring onder ede dat de vroegere eigenaar van het onroerend goed wel of niet voor meer dan 10% van het aandeelhouderschap rechtstreeks of onrechtstreeks

participeert in de verwervende vennootschap, dan wel dat de vroegere eigenaar wel of niet bloed- en aanverwantschapsbanden tot en met de derde graad met de verwervende eigenaar heeft (art. 9 Besl. VI. Reg. 1 juli 1997, *B.S.*, 1 oktober 1997, tot uitvoering van het decreet van 19 april 1995).

De informatieverplichting van de notaris is er enkel op gericht de nakoming van de heffingsplicht te vergemakkelijken; het gaat niet om informatie die ten behoeve van de verwerver moet worden ingewonnen. Wel is in het reeds aangehaalde artikel 9 van het Besluit vermeld dat na ontvangst van het bericht van de notaris, de administratie de nieuwe eigenaar bevestiging bezorgt van de opschorting van de heffing.

Publiciteit – De registratie van een onroerend goed in de inventaris wordt door middel van een registratieattest ter kennis gebracht van de eigenaar per aangetekende brief (art. 8 Besluit) en jaarlijks uiterlijk op 31 augustus stuurt de administratie aan iedere gemeente een uittreksel van de in de inventaris geregistreerde onroerende goederen gelegen op haar grondgebied. De gemeente legt deze uittreksels ter inzage van het publiek vóór 1 oktober. Per provincie wordt ook een uittreksel aan de gewestelijke ontwikkelingsmaatschappijen bezorgd (art. 10 Besluit). Alleen daar is de vereiste informatie dus beschikbaar.

B. Leegstand van andere gebouwen in Vlaanderen

Wettelijke bepaling – Krachtens het Vlaams decreet van 22 december 1995 houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 1996 (*B.S.*, 30 december 1995), en met name krachtens de bepalingen van hoofdstuk VIII, «Stedelijk Beleid», afdeling 2, «Heffing ter bestrijding van leegstand en verkrotting van gebouwen en/of woningen» wordt een inventaris opgemaakt van leegstaande gebouwen en/of woningen, van ongeschikte en/of onbewoonbare woningen en van verwaarloosde gebouwen (art. 28, § 1). Het gaat om die gebouwen of woningen die niet vallen onder het decreet over de leegstand van bedrijfsruimten (art. 24, 2°). De begrippen «verwaarloosd», «leegstaand», «ongeschikt» of «onbewoonbaar» worden nader gedefinieerd in de artikelen 29, 30 en 31 van het decreet. Krachtens het decreet van 4 februari 1997 houdende de kwaliteits- en veiligheidsnormen voor kamers en studentenkamers (*B.S.*, 7 maart 1997) zijn de bepalingen van het decreet op de heffing ter bestrijding van leegstand en verkrotting van toepassing op kamers en studentenkamers die niet aan de door het Studentenkamerdecreet vastgestelde normen voldoen (art. 16). Deze bepalingen worden aangevuld door deze van de Wooncode (zie verder).

De eigenaar van het gebouw of van de woning, wordt bij aangetekende brief ingelicht over het voornemen van de administratie om in de inventaris te worden opgenomen (zodat hij zich hiertegen kan verzetten zoals in artikel 32 bepaald).

Wordt het gebouw of de woning in de inventaris opgenomen, dan is voor het lopende jaar en voor elke nieuwe periode van twaalf maanden vanaf de eerste inschrijving, een heffing verschuldigd op dit gebouw of deze woning, totdat het gebouw of de woning uit de inventaris wordt geschrapt.

Informatieplicht van de eigenaar – De eigenaar die het gebouw of de woning overdraagt, is verplicht uiterlijk op het ogenblik van de overdracht van het zakelijk recht de verkrijger ervan schriftelijk in kennis te stellen van de opname van

het gebouw of de woning in de inventaris. Bij ontstentenis van deze kennisgeving wordt hij, de vervreemder, als belastingplichtige beschouwd voor de eerstvolgende heffing na de overdracht. Degene die het eigendomsrecht overdraagt, is tevens verplicht om binnen de maand na het verlijden van de akte, per aangetekende brief, aan de administratie mee te delen: naam en adres van de verkrijger, datum van de akte, naam en standplaats van de notaris, nauwkeurige aanduiding van het verkochte pand; bij ontstentenis is hij aansprakelijk voor de interesten die ingevolge dit verzuim niet tijdig zouden worden geïnd.

De informatieplicht strekt hier dus evenmin tot voordeel van de verwerver; het gaat enkel om een informatieplicht die de heffing van de aan het Vlaamse Gewest verschuldigde bedragen moet vergemakkelijken.

Publiciteit – De enige publiciteit ter kennisgeving van de opname in de inventaris, naast de individuele bekendmaking ten behoeve van de betrokken eigenaar, is een lijst, die elke gemeente ontvangt, waarop de in de inventaris geregistreerde gebouwen en/of woningen die zich op haar grondgebied bevinden zijn opgenomen, en waarvan de gemeente aan elkeen die erom verzoekt inzage moet verlenen (art. 28, § 2). Er is ook voorzien in de opname van de inventaris in een geautomatiseerd bestand (art. 8, § 2, van het Besluit van de Vlaamse regering van 2 april 1996, *B.S.*, 1 mei 1996), en in een samenbundeling door de afdeling «Financiering Huisvestingsbeleid» (art. 9 van dit besluit, gewijzigd bij besluit van 15 juli 1997, *B.S.*, 10 januari 1998).

C. Leegstand in Brussel

Wettelijke bepalingen – Voor het Brussels Hoofdstedelijk gebied voorzien verscheidene bepalingen in heffingen op leegstand van gebouwen, doch ook in een belasting op ongezonde, gevaarlijke én hinderlijke inrichtingen. Het gaat met name om de gewestbelasting ten laste van bezetters van bebouwde eigendommen en houders van zakelijk recht op sommige onroerende goederen (Ord. Br. 23 juli 1992, *B.S.*, 1 augustus 1992) en om belastingen die ingevoerd zijn onder de hoofding «belastingen die in Brussel de provinciale fiscaliteit vervangen», zoals bepaald door de Ordonnanties van 22 december 1994 (*B.S.*, 11 februari 1995) en van 17 juli 1997 (*B.S.*, 10 september 1997). Ook zijn er belastingen op niet uitgebate of verlaten bedrijfsruimten (Ord. Br., 13 april 1995 betreffende de inrichting van de niet-uitgebate of verlaten bedrijfsruimten, *B.S.*, 13 juni 1995).

Publiciteit – Krachtens artikel 3 van de Ordonnantie van 13 april 1995 wordt een inventaris opgemaakt van ruimten die *niet meer uitgebaat worden, verlaten zijn of vervallen*, en in aanmerking komen voor herinrichting. De beslissing tot herinrichting brengt vestiging mee van erfdienstbaarheden die bepaalde werken voortaan verbieden (art. 28 van de Ordonnantie). De inventaris wordt met name aan de gemeenten gemeld, maar ook aan het bestuur voor stedenbouw, aan het Brussels Instituut voor Milieubeheer, en wordt in het *Belgisch Staatsblad* bekendgemaakt (art. 7 van de Ordonnantie). Bovendien werd bij besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke regering van 4 april 1996 (*B.S.*, 23 mei 1996) bepaald op welke wijze de gemeenten overgaan tot het opmaken van een lijst van alle niet-bebouwde onroerende goederen waarop kan gebouwd worden, en van alle bebouwde onroerende goederen, die *bewoond noch uitgebaat* worden, en dit in uit-

voering van artikel 179 van de ordonnantie van 29 augustus 1991 houdende organisatie van de planning en de stedenbouw.

D. Verhuring van gemeubelde woningen in Brussel

Wettelijke bepaling – De Ordonnantie van 15 juli 1993 betreffende de kwaliteits- en veiligheidsnormen voor gemeubelde woningen (B.S., 2 september 1993) legt de elementaire normen van gezondheid en hygiëne van woningen vast, die moeten worden nageleefd in het Brussels Hoofdstedelijk Gebied. Bijgevolg moet degene die een gemeubelde woning wil te huur stellen of verhuren, vooraf van de gemeente een vergunning verkrijgen waaruit blijkt dat aan die normen is voldaan (art. 4 en 15 Ord.). De vergunning geldt voor een termijn van zes jaar.

Informatieplicht van de eigenaar en van de notaris – Bij overdracht van een gebouw waarin zich een gemeubelde woning bevindt, melden de notaris en de nieuwe verhuurder dit onmiddellijk aan de gemeente en laten zij de bestaande vergunningen aanpassen (art. 17 Ord.).

E. Onteigening

Wettelijke bepalingen – Onteigeningen hebben in de regel plaats overeenkomstig de wet van 27 mei 1870 houdende vereenvoudiging van de administratieve formaliteiten inzake onteigening ten algemenen nutte (B.S., 29 mei 1870). Artikel 3 van deze wet vermeldt dat het ontwerp van onteigening ter kennis wordt gebracht van de eigenaars van de te oteigenen gronden, die hiervan schriftelijk, persoonlijk, thuis kennis moeten krijgen. Bovendien wordt het ontwerp op het gemeentehuis van de gemeenten waar de werken zullen worden uitgevoerd neergelegd, en van deze neerlegging wordt kennis gegeven door aanplakking en publicatie «in voor officiële bekendmakingen gebruikelijke vorm».

Indien de onteigening niet bij minnelijke overeenkomst plaatsheeft, en voor zover de onteigening gebeurt bij toepassing van de wet van 26 juli 1962 betreffende de rechtspleging bij hoogdringende omstandigheden inzake de oteigeningen te algemenen nutte (B.S., 31 juli 1962), dient de oteigenaar ter griffie van het vrederecht van de ligging van de goederen, behalve het koninklijk besluit dat machtiging tot de oteigening verleent en het plan van de te oteigenen percelen, een verzoekschrift in voor het verdere verloop van de procedure. Het K.B. en het plan blijven berusten ter griffie, waar de belanghebbenden kosteloos kennis ervan kunnen nemen totdat de voorlopige vergoeding is geregeld (art. 3). Vervolgens worden de eigenaars en vruchtgebruikers gedagvaard om met de vrederechter ter plaatse aanwezig te zijn en om het opmaken van de plaatsbeschrijving bij te wonen (art. 5).

Deze bepalingen zijn ook van toepassing bij oteigening die wordt gemachtigd door de Vlaamse regering met toepassing van het Decreet van 13 april 1988 (B.S., 12 mei 1988 en B. VI. Ex. van 19 december 1991, B.S., 22 februari 1992), en op die welke plaatshebben in het kader van de wetgeving inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw.

Informatieplicht van de eigenaar – De gedaagde in de oteigeningsprocedure is ertoe gehouden de derden, die bij de oteigening belang hebben op grond van huur, gebruikspand, gebruik of bewoning, op de hoogte te brengen van de

voorgenomen oteigening en van het tijdstip vastgesteld voor de plaatsbeschrijving (art. 6 wet van 26 juli 1962).

Publiciteit – Er bestaat echter geen enkele wettelijke verplichting tot informatie van de verwerper over een voorgenomen oteigening. De informatie daaromtrent kan dus enkel worden verkregen resp. door raadpleging van het Belgisch Staatsblad, navraag ter griffie van het vrederecht of bij de gemeente waar het ontwerp is neergelegd. Wel bepaalt de wetgeving inzake ruimtelijke ordening dat een stedenbouwkundig attest ook moet vermelden of het onroerend goed is opgenomen in een oteigeningsplan en zo ja wie de oteigende instantie is (zie verder).

F. Opeising

Wettelijke bepaling – Krachtens artikel 134bis van Gemeentewet (ingevoerd bij wet van 12 januari 1993, B.S., 4 februari 1993) beschikt de burgemeester over het recht om elk gebouw, dat sedert meer dan zes maanden verlaten is, op te eisen ten einde het ter beschikking te stellen van dakloze personen. Het opeisingsrecht kan slechts uitgeoefend worden binnen zes maanden te rekenen vanaf de dag waarop de burgemeester de eigenaar op de hoogte heeft gesteld, en tegen een billijke vergoeding. Het K.B. van 6 december 1993 (B.S., 30 december 1993, *err.* 26 november 1994) regelt de uitvoering van deze wettelijke bepaling. Desgevallend kan de burgemeester een besluit nemen tot opeising voor de duur die hij vastlegt, zonder overeenkomst met de eigenaar (art. 7 K.B.).

Publiciteit – Om van dit recht gebruik te kunnen maken, moet de burgemeester eerst een inventaris van verlaten gebouwen hebben laten opmaken (art. 2 K.B.). Hij moet de eigenaar ook bij aangetekende brief of deurwaardersexploot in kennis stellen van zijn bedoeling (art. 5, § 1, K.B.).

G. Ruilverkaveling

Wettelijke bepaling – Naast de (in verband met de randmelding ten hypotheekkantore reeds besproken) ruilverkaveling in der minne is er ook de wet van 22 juli 1970 inzake ruilverkaveling van landeigendommen uit kracht van de wet (B.S., 4 september 1970, *err.*, B.S., 24 september 1970, B.S., 11 december 1970 en B.S., 13 mei 1971). Deze wet beoogt het vormen van aaneensluitende en regelmatige kavels dienstig voor de exploitatie van landeigendommen, die zo dicht mogelijk bij de bedrijfszetel zijn gelegen en een eigen uitweg hebben (art. 1 Ruilverkavelingswet).

Informatie van de eigenaar – Deze wet voorziet in geen andere mededeling van de voorgenomen ruilverkaveling dan de bekendmaking van het ruilverkavelingsbesluit en de oprichting van het ruilverkavelingscomité via het *Belgisch Staatsblad*, behoudens de neerlegging van het kavelplan in het gemeentehuis van elke betrokken gemeente. De rechtstreeks betrokken eigenaars, vruchtgebruikers en gebruikers worden wel in kennis gesteld door middel van een ter post aangetekende brief. Er bestaat geen verplichting tot mededeling van de voorgenomen ruilverkaveling aan verkrijgers van gronden in het kavelplan begrepen.

Ten gevolge van de *ruilverkaveling uit kracht van de wet* treedt het geheel van de nieuwe kavels, die aan een eigenaar worden toegewezen, in de plaats van het geheel van de vroegere kavels van die eigenaar. De voorrechten en hypo-

theken, de bevelen en beslagen, en de onroerende vorderingen betreffende het geheel van de vroegere kavels van een eigenaar gaan over op het geheel van de nieuwe kavels en op het aan die eigenaar verschuldigd saldo (art. 49 Ruilverkavelingswet). Hetzelfde geldt voor vruchtgebruik, en bovendien voor gebruiks-, bewonings-, opstal- en erfpachtrecht (art. 51 Ruilverkavelingswet).

Artikel 52 van de Ruilverkavelingswet bevat bepalingen die overeenstemmen met die welke voor de ruilverkaveling in der minne gelden inzake overgang van zakelijke rechten, vruchtgebruik, rechten van personen met wie geen rekening is gehouden bij de ruilverkaveling, en overschrijving op het hypotheekkantoor: het probleem moet door de rechter worden beslecht.

H. Ondergrondse gasleidingen

Wettelijke bepalingen – Krachtens de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen (*B.S.*, 7 mei 1965), kunnen onder, op of boven private gronden die niet bebouwd zijn en die niet omsloten zijn met een muur of met een omheining die overeenkomt met de bouw- of stedenbouwwetgevingen, gasvervoerinstallaties worden opgericht, na verklaring van openbaar nut bij koninklijk besluit (art. 10). Hieruit volgt een erfdiensbaarheid van openbaar nut op of onder die grond, en op een beschermde zone van vijftien meter aan weerszijden van de inplanting van dergelijke leidingen (K.B. 21 september 1988 betreffende de voorschriften en de verplichtingen van raadpleging en informatie bij het uitvoeren van werken in de nabijheid van installaties van vervoer van gasachtige en andere producten door middel van leidingen, *B.S.*, 8 oktober 1988).

Informatie van de eigenaar – De belanghebbende eigenaar moet uiteraard worden ingelicht van de vestiging van deze erfdiensbaarheid, maar dit geschiedt enkel bij ter post aangekende brief (art. 10). De eigenaar heeft dan het recht om te laten weten dat hij aan de gerechtigde op de erfdiensbaarheid vraagt het bezette terrein aan te kopen, en deze gerechtigde kan indien dit bij koninklijk besluit van openbaar nut is vastgesteld, op eigen kosten ook tot onteigening overgaan (art. 14).

Publiciteit – Er bestaat geen bekendmaking van deze erfdiensbaarheid in de registers van de hypotheekbewaarder. Wel moet degene die de werken uitvoert voor aanleg van dergelijke leidingen de gemeenten inlichten en daarbij navraag doen over de aanwezigheid van andere vervoerinstallaties, zodat de ene leiding niet in de beschermzone van de andere zal worden aangelegd (art. 2 van het K.B.). Er is ook geen verplichting tot informatie van de verkrijger van gronden in de beschermzone.

I. Polders en Wateringen

Wettelijke bepalingen – *Wateringen* zijn openbare besturen, buiten de polderzones ingesteld met het oog op het totstandbrengen en handhaven, binnen de grenzen van hun territoriaal gebied, van een voor landbouw en hygiëne gunstige bewatering, en met het oog op de beveiliging van de grond tegen watersnood. De afbakening van deze zones wordt door de Koning bepaald. Door het bestuur van de watering wordt

een legger opgemaakt van al de in de watering gelegen erven (wet van 5 juli 1956, *B.S.*, 5 augustus 1956, artt. 1 en 14).

Polders zijn openbare besturen ingesteld met het oog op de instandhouding, drooglegging en bevoeiing van ingedijkte gronden die op de zee en op aan het getij onderhevige waterlopen zijn veroverd. De uitgestrektheid ervan wordt door de Koning bepaald. Ook het polderbestuur moet een legger opmaken van al de in de polder gelegen erven (wet van 3 juni 1957, *B.S.*, 21 juni 1957, artt. 1 en 13).

Informatie van de eigenaar – Het opmaken van de legger moet ter kennis worden gebracht van de ingelanden die de legger mogen inzien en opmerkingen maken (zelfde bepalingen). Alle ingelanden maken deel uit van de algemene vergadering van de watering resp. polder, die verder door een bestuur wordt geleid, dat bevoegd is om de beslissingen over uit te voeren werken te nemen en te laten uitvoeren en daarvoor een belasting kan innen.

Publiciteit – Er is geen andere dan de reeds vermelde publiciteit omtrent de opname van gronden in watering en polderzones.

J. Waterwinning in Vlaanderen

Wettelijke bepalingen – Krachtens het Vlaamse decreet van 24 januari 1984 houdende maatregelen inzake het grondwaterbeheer (*B.S.*, 5 juni 1984) kunnen waterwingebieden en beschermingszones worden vastgesteld en afgebakend, na openbaar onderzoek (art. 7). Binnen de beschermingszone, zijnde een geografisch gebied dat afgebakend is om het grondwater in het waterwingebied tegen verontreiniging te vrijwaren, kunnen eigenaars of exploitanten ertoe gehouden worden gebouwen, inrichtingen of kunstwerken te wijzigen of te slopen, wijzigingen in of op de bodem of de ondergrond aan te brengen. Er is daarvoor een vergoedingsregeling bepaald (art. 8).

Informatieplicht van de eigenaar – De eigenaars worden bij aangetekende brief in kennis gesteld van de begin- en einddatum van het openbaar onderzoek. Eens dat de beslissing tot afbakening is genomen, wordt aan de betrokken gemeentebesturen een exemplaar van het bundel toegestuurd, dat altijd ter inzage is op het gemeentehuis.

Er is geen informatieplichting ten behoeve van de verkrijger van een perceel in een dergelijke beschermingszone. Evenmin is er een regeling voor het geval de overdracht van eigendom plaatsheeft nadat de zone is afgebakend, maar vooraleer de vergoeding is gevorderd; hiervoor bestaat immers een termijn van drie jaar (art. 8, § 4).

K. Landschappen en Natuurbehoud

Wettelijke regeling – Er bestaat een uitgebreide wettelijke regeling inzake landschappen en natuurbehoud. We vermelden de wet van 12 juli 1973 op het natuurbehoud (*B.S.*, 11 september 1973), evenwel gedeeltelijk opgeheven. In Brussel geldt nu hoofdzakelijk de Ordonnantie van 27 april 1995 betreffende het behoud en de bescherming van de natuur (*B.S.*, 7 juli 1995). In Vlaanderen werd deze wet eerst gedeeltelijk opgeheven door het decreet van 14 juli 1993 (*B.S.*, 31 augustus 1993, *err.* 12 oktober 1993) houdende bepalingen voor de maritieme duinstreek, Duinendecreet genaamd, gewijzigd bij decreet van 2 december 1994 en aan te vullen met het decreet van 29 november 1995 (*B.S.*, 30 november

1995) en met het besluit van de Vlaamse regering van 8 oktober 1996 (*B.S.*, 15 november 1996). Bovendien is op 21 oktober 1997 een Vlaams decreet betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu genomen (*B.S.*, 10 januari 1998), slechts gedeeltelijk werkzaam bij ontstentenis van uitvoeringsbesluiten.

Informatie en publiciteit – Deze bepalingen voorzien in geen enkele specifieke informatieplicht of publiciteit; de informatie van de beslissingen die particulieren aanbelangen wordt verstrekt via bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad*. Wel bevat het decreet van 21 oktober 1997 een bijzondere beperking aan het eigendomsrecht van de eigenaar van een perceel dat onder het toepassingsgebied van dit decreet valt, namelijk een recht van voorkoop (zie hierna deel IV).

III. PUBLIEKRECHTELIJKE BEPERKINGEN WAAROMTRENT EEN INFORMATIEPLICHT TEN BEHOEVE VAN DE VERKRIJGER BESTAAT

A. Bos

Wettelijke bepaling – Het Boswetboek (wet van 19 december 1854, *B.S.*, 22 december 1854) geldt nog in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en in Wallonië, maar Waalse decreten (onder meer van 16 september 1985, 6 april 1995 en 18 juli 1996) hebben het hier en daar wel gewijzigd. Het Boswetboek is evenwel enkel toepasselijk op openbare bossen.

In Wallonië wordt een permanente inventaris van het houtbestand opgemaakt krachtens het decreet van de Waalse Raad van 16 februari 1995.

In Vlaanderen werd bij decreet van de Vlaamse Raad van 13 juni 1990 (*B.S.*, 28 september 1990) het Bosdecreet ingevoerd, dat toepasselijk is op alle bossen, wie er ook eigenaar van is. Alleen het Bosdecreet wordt hierna nader besproken.

Definitie van een bos – Een bos is een grondoppervlakte waarvan de bomen en de houtachtige struikvegetaties het belangrijkste bestanddeel uitmaken, waartoe een eigen fauna en flora behoren en die één of meer functies (economische, sociale, educatieve, schermfunctie, ecologische of wetenschappelijke functie) vervullen (artt. 3 e.v. Bosbeheer).

Onder de voorschriften van het decreet vallen overigens niet alleen bossen, maar ook onder meer kaalvlakten (voorheen met bos bezette oppervlakten, die tot het bos zijn blijven behoren), niet beboste oppervlakten die nodig zijn voor het behoud van het bos, bestendig bosvrije oppervlakten of stroken en recreatieve uitrustingen binnen het bos, en aanplantingen hoofdzakelijk bestemd voor houtvoortbrengst (populier en wilg); maar niet fruitboomgaarden, tuinen en parken, lijnbeplanting (bijvoorbeeld langs rivieren en kanalen), boomkwekerijen, sierbeplantingen, aanplantingen van kerstbomen (art. 3, §§ 2 en 3 Bosdecreet).

Het decreet legt niet op dat er een minimale oppervlakte noch een minimum aantal of grootte van bomen nodig zou zijn alvorens van een bos te kunnen spreken. Het gaat bijgevolg om een feitenkwestie. Het Bosbeheer oefent toezicht uit op de inventarisatie van privé-bossen en gaat daar desgevallend ambtshalve toe over (art. 80 Bosbeheer).

Voor privé-bossen met een oppervlakte van vijf hectaren moet een beheersplan worden opgemaakt (art. 43, § 3, Bosdecreet).

Bossen kunnen wegens hun wetenschappelijke functie als bosreservaten worden erkend. Dit brengt bijzondere beperkingen mee betreffende de activiteiten en werkzaamheden die er mogen worden uitgevoerd (art. 30 Bosdecreet). Ook een privé-bos kan tot bosreservaat worden uitgeroepen. Dit vereist de toestemming van de eigenaar (art. 22 Bosdecreet). Een aantal bepalingen van het bosdecreet is echter gewijzigd door het recente Natuurdecreet van 21 oktober 1997 (reeds vermeld).

Informatieplicht van de notaris – Bij overdracht van zake-lijke rechten en bij verdeling van een bos in de zin van dit decreet, moet de notaris zowel het college van burgemeester en schepenen van de betrokken gemeente als het Bosbeheer informeren, twintig dagen vóór de datum die voor de openbare verkoping of voor de ondertekening van de akte is vastgesteld, met toevoeging van een eventueel plan van de verdeling alsmede een attest waarin de aard van de akte en de in de akte te vermelden bestemming van het goed nader worden aangegeven.

Vóór de openbare verkoping of vóór de ondertekening van de akte deelt het Bosbeheer aan de notaris mee of een beheersplan voor dit bos bestaat, en of dit al of niet zal kunnen worden gewijzigd, gelet op de eigendomsoverdracht of de verdeling. Deze informatie moet conform artikel 91 ter kennis van de verkrijger worden gebracht, bij openbare verkoping in de verkoopsvoorwaarden, bij verkoop uit de hand of andere overdracht, door opname van dit bericht in de akte.

Publiciteit – Er bestaat geen register waarin het privé-bosbestand is opgenomen; er bestaat geen openbaar register van bosreservaten. Er bestaat geen openbaar toegankelijke repertoriëring van overeenkomsten ter regeling van de toegankelijkheid van privé-bossen.

Noch het kadaster, noch vermeldingen in Gewestplannen of bijzondere plannen van aanleg maken het mogelijk vast te stellen waar een bos gelegen is. Dit gebeurt in feite door waarnemingen ter plaatse of op basis van informatie die dankzij luchtfotografie kan worden verzameld en geactualiseerd, maar dit is enkel mogelijk voor zover de technische en financiële middelen daartoe bestaan, wat blijkbaar thans niet het geval is.³

Het beheersplan van een privé-bos kan geheel of gedeeltelijk openbaar worden gemaakt; dit wordt in het beheersplan zelf vastgesteld (art. 43, § 5, Bosdecreet). Hiertoe moeten men zich wenden tot de administratieve dienst van het Bosbeheer.

B. Bodemtoestand

Wettelijke bepaling – Het decreet van de Vlaamse Raad van 22 februari 1995 betreffende de bodemsanering (*B.S.*, 29 april 1995, *err.* 3 oktober 1995, afgekort BSD) is in Vlaanderen thans volledig in werking getreden; het onderging reeds wijzigingen, met name door het decreet van 22 december 1995 (*B.S.*, 30 december 1995).

Informatieplicht van de eigenaar – Met toepassing van artikel 36 BSD dient de overdrager, vóór iedere overdracht van grond, ongeacht de wijze van aanwending ervan, ongeacht

³ Informatie verkregen van de buitendienst Antwerpen van de afdeling Bos en Groen van de administratie Milieu-, Natuur-, Land- en Waterbeheer, met dank aan ir. G. KNOCKAERT, woudmeester a.i.

het soort inrichting dat daarop gevestigd is of was, of welke soort activiteit daarop wordt of werd uitgevoerd, voorafgaand aan de overdracht bij de Openbare Afvalstoffenmaatschappij voor het Vlaams Gewest (OVAM) een bodemattest aan te vragen en de inhoud ervan aan de verwerver mede te delen. De onderhandse akte waarin de overdracht van gronden wordt vastgelegd, moet reeds de inhoud van het bodemattest bevatten.

In de authentieke akte tot vaststelling van de overdracht neemt de notaris de verklaring van de overdrager op dat de verwerver vóór het sluiten van de overeenkomst op de hoogte is gebracht van de inhoud van het bodemattest. De notaris neemt de inhoud van het bodemattest ook in de akte op.

Bij niet-naleving van deze bepalingen kunnen zowel de verwerver als OVAM de nietigheid van de overdracht vorderen.

Toelichting – De verplichte voorlegging van een bodemattest is slechts het kleinste onderdeel van de maatregelen door het BSD genomen ter bescherming van de verwerver van gronden en ter verwezenlijking van bodemsanering. De andere maatregelen betreffen het bodemonderzoek en de eventuele saneringsplicht, waarop verder nader wordt ingegaan. De hier vermelde bepaling is echter van toepassing op *alle gronden*, ongeacht of ze bebouwd zijn of niet, verontreinigd zijn of niet, ongeacht of er ooit een activiteit werd uitgevoerd die een risico voor verontreiniging inhield of niet. Deze bepaling is verder ook van toepassing op andere overeenkomsten dan die welke strekken tot overdracht van eigendomsrecht; het toepassingsgebied is nader aangegeven in artikel 2, 18°, BSD en vermeldt onder meer de vestiging van zakelijke gebruiksrechten en de vestiging van langdurige al of niet zakelijke gebruiksrechten, evenals de beëindiging daarvan.

C. Ruimtelijke ordening in Vlaanderen

Wettelijke bepaling – De wet van 29 maart 1962 (*B.S.*, 12 april 1962) houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en van de stedenbouw is een federale wet die, voor wat Vlaanderen betreft, verscheidene malen werd gewijzigd, tot dat een besluit van de Vlaamse regering van 22 oktober 1996 tot coördinatie daarvan overging, wat bij decreet van het Vlaamse Parlement van 4 maart 1997 werd bekrachtigd (*B.S.*, 15 maart 1997).

Publiciteit – Artikel 63 schrijft de mededeling voor aan personen die erom verzoeken, van afdrukken of uittreksels van plannen van aanleg, van bouw- en verkavelingsvergunningen, van inlichtingen over de bestemming van een goed, en ten slotte van stedenbouwkundige attesten waarin de bestemming wordt vermeld die voor één jaar van kracht blijft. Alleen op basis van deze informatie kan worden bepaald of een perceel grond kan worden bebouwd. Voor het geval een dergelijk attest niet wordt voorgelegd, gelden uitvoerige informatieverplichtingen die ertoe strekken te vermijden dat de verkrijger van gronden zou misleid worden over de aanwendingsmogelijkheden van hetgeen hij overweegt aan te kopen.

Informatieplicht tegenover de verkrijger – Ten behoeve van de verkrijger is een aantal voorzorgsmaatregelen opgelegd teneinde hem slechts correcte informatie te verschaffen over de stedenbouwkundige bestemming van *gronden* die hij zou aankopen.

Indien *reclame* wordt gevoerd om gronden te verkopen die in een verkaveling zijn gelegen, dan mag dit enkel gebeuren met vermelding van de gemeente waar de verkaveling is gelegen, alsmede van de datum en het nummer van de vergunning (art. 55, § 7). Deze bepaling geldt voor om het even wie die tot reclame overgaat.

In het bijzonder ten aanzien van de *notaris* geldt nog dat, als hij *reclame* voert voor de verkoop van *onroerende goederen* (dus bebouwd of onbebouwd), hij daartoe de meest recente stedenbouwkundige bestemming van die goederen onduidelijkzinnig moet aanduiden met gebruik van de benamingen zoals voorgeschreven in de reglementaire bepalingen betreffende ontwerpgeroestplannen en gewestplannen. De notaris dient tevens omstandig melding te maken van de vigerende vergunningen of de stedenbouwkundige attesten die op de te verkopen goederen betrekking hebben (art. 63, § 2). Hetzelfde geldt overigens bij verhuring voor meer dan negen jaar, vestiging van erfpacht en opstalrecht.

Voorts wordt wat de *informatie* betreft, in art. 42, § 5, bepaald dat de notaris in alle akten van verkoop van *onbebouwde gronden*, de verklaring van de verkoper moet opnemen, hetzij dat voor het goed een bouwvergunning is uitgereikt of een stedenbouwkundig attest dat laat voorzien dat een dergelijke vergunning zou kunnen worden verkregen, hetzij, bij gebreke van die vergunning of dat attest, dat geen verzekering kan worden gegeven omtrent de mogelijkheid om op het goed te bouwen of daarop enige vaste of verplaatsbare inrichting op te stellen die voor bewoning kan worden gebruikt. Hij vermeldt bovendien dat geen bouwwerk noch enige vaste of verplaatsbare inrichting die voor bewoning kan worden gebruikt, mag worden opgericht op het goed waarop de akte betrekking heeft, zolang de bouwvergunning niet is verkregen.

Indien een *perceel* wordt verkocht dat begrepen is in een groter geheel en *waarvoor geen verkavelingsvergunning* werd verkregen, moet de notaris, twintig dagen vóór de datum waarop het verlijden van de akte is vastgesteld, het plan van de verdeling alsmede een attest waarin de aard van de akte en de in de akte te vermelden bestemming van de kavels nader wordt aangegeven, ter inzage aan het college van burgemeester en schepenen en aan de gemachtigde ambtenaar voorleggen. Het college en de ambtenaar kunnen dan hun opmerkingen melden, die in de akte moeten worden opgenomen, samen met een verklaring dat voor de verdeling geen verkavelings- of bouwvergunning werd afgegeven, zodat geen verzekering kan worden gegeven om de grond enige bestemming te geven als bouwgrond (art. 54, § 2). De vermelding over het ontbreken van zekerheid omtrent de mogelijkheid om te bouwen, moet ook hier worden opgenomen.

Indien evenwel de bestemming die in de akte zal worden vermeld een bestemming van *woningbouw* is, dan kan niet tot verkoop worden overgegaan vooraleer een verkavelingsvergunning is verkregen (zie verder).

Al deze bepalingen gelden evenzeer bij verhuring voor meer dan negen jaar, vestiging van erfpacht en opstal.

Toelichting – Het is evident dat hiermee moet worden vermeden dat de koper in de waan wordt gelaten dat hij bouwgrond koopt, terwijl het hem helemaal niet kan worden verzekerd dat hij zal kunnen bouwen. De verplichting tot duidelijke informatie geldt evenwel ongeacht de bestemming die de koper aan het door hem verkregen perceel wil geven. Het is van toepassing telkens wanneer onbebouwde gron-

den worden vervreemd, verhuurd, in erfpacht of opstal gegeven, zoals vermeld.

D. Ruimtelijke ordening in Brussel

Wettelijke bepaling – In het Brussels Hoofdstedelijk gebied wordt de stedenbouw beheerst door de Ordonnantie van 29 augustus 1991 (*B.S.*, 7 oktober 1991).

Informatieplicht van de verkoper – Overeenkomstig art. 181 van deze Ordonnantie moet iedereen die voor eigen rekening of als tussenpersoon een goed verkoopt, verhuurt, een erfpacht of een opstalrecht overdraagt, in de hieraan verbonden reclame de meest recente en de meest nauwkeurige stedenbouwkundige bestemming van dit goed ondubbelzinnig aangeven met gebruik van de benamingen vermeld in de verschillende plannen opgemaakt in uitvoering van deze Ordonnantie.

Informatieplicht van de notaris – In de reclame voor de verkoop of opstal, moet de notaris de meest recente en de meest nauwkeurig stedenbouwkundige bestemming van die goederen ondubbelzinnig aangeven met gebruik van de benamingen vermeld in de verschillende plannen opgemaakt in uitvoering van de Ordonnantie. De notaris dient tevens omstandig melding te maken van de afgegeven stedenbouwkundige vergunningen, verkavelingsvergunningen en stedenbouwkundige attesten, die op de te verkopen goederen betrekking hebben evenals het eventuele verval ervan.

Een soortgelijke informatieplicht als in het Vlaams gewest geldt krachtens artikel 180 van de Ordonnantie in het Hoofdstedelijk Gebied: de notaris moet de, op het ogenblik dat de akte wordt verleden, bestemming bepaald als in gewestelijke en gemeentelijke plannen vermelden, maar in het Hoofdstedelijk Gebied is deze verplichting uitgebreid en geldt ze bij verkoop van zowel bebouwde als van onbebouwde goederen. Ook moet in de akten de verklaring van de verkoper worden opgenomen, hetzij dat voor het goed een stedenbouwkundige vergunning is verleend of een stedenbouwkundig attest dat laat voorzien dat een dergelijke vergunning zou kunnen worden verkregen, hetzij, bij ontstentenis van die vergunning of dat attest, dat geen verzekering kan worden gegeven omtrent de mogelijkheid om op het goed een van de werken en handelingen bedoeld in artikel 84, § 1, te verrichten.

De notaris vermeldt bovendien dat geen van de werken en handelingen bedoeld in artikel 84, § 1, mogen worden verricht op het goed waarop de akte betrekking heeft, zolang de stedenbouwkundige vergunning niet is verkregen. Artikel 84, § 1, vermeldt dat een vergunning nodig is voor het bouwen, verbouwen, doch ook voor afbraak, verbouwen, en vooral voor iedere wijziging van bestemming.

Ook deze bepalingen gelden op dezelfde wijze bij verhuring voor meer dan negen jaar, vestiging van erfpacht of opstal.

Informatieplicht van de gemeente – De gemeenten zijn gehouden aan degenen die erom verzoeken binnen dertig dagen de stedenbouwkundige inlichtingen te verstrekken over de gewestelijke of gemeentelijke verordenende bepalingen betreffende een goed (art. 174).

Deze inlichtingen vermelden onder meer de door deze verordenende bepalingen voorziene bestemming; in voorkomend geval, de voorwaarden waaraan een bouwproject moet voldoen; of, volgens de gemeente, het onroerend goed

opgenomen is in een onteigeningsplan en, zo ja, de onteigende instantie en de datum van het besluit tot goedkeuring van deze onteigening.

E. Ruimtelijke ordening in Wallonië

Wettelijke bepaling – Bij besluit van de Waalse Executieve van 14 mei 1984 (*B.S.*, 25 mei 1984) werd overgegaan tot codificatie ten behoeve van het Waals Gewest van de bepalingen van de federale wet op de ruimtelijke ordening en de stedenbouw, zonder inhoudelijke wijziging. Aldus werd de «Code Wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine» (C.W.A.T.U.P.) ingevoerd. Daarna volgden nog decreten die nieuwe bepalingen daaraan hebben toegevoegd. Wat de hier besproken materie betreft zijn de bepalingen van de C.W.A.T.U.P. niet anders dan die welke werden toegelicht voor Vlaanderen: informatieplicht bij de reclame, vermeldingen in de akten, voorafgaande verkavelingsvergunning. Een afzonderlijke bespreking lijkt dan ook niet nuttig.

F. Bescherming van monumenten en stads- en dorpsgezichten in Vlaanderen

Wettelijke bepalingen – Het Vlaamse decreet van 3 maart 1976 (*B.S.*, 22 april 1976) regelt de bescherming, de instandhouding, het onderhoud en het herstel van in het Nederlandstalig taalgebied gelegen monumenten en stads- en dorpsgezichten (art. 1). Onder «monument» wordt verstaan een onroerend goed, werk van de mens of van de natuur of van beide samen, dat van algemeen belang is wegens zijn artistieke, wetenschappelijke, historische, volkskundige, industrieel-archeologische of andere sociaal-culturele waarde; onder «stads- of dorpsgezichten», een groepering van één of meer monumenten of onroerende goederen met omgevende bestanddelen, zoals beplantingen, omheiningen, waterlopen, bruggen, wegen, straten en pleinen, die wegens haar waarde van algemeen belang is; evenals de beeldbepalende directe, er onmiddellijk mee verbonden visuele omgeving van een monument (art. 2, gewijzigd bij decreet van 22 februari 1995, *B.S.*, 5 april 1995).

Het decreet onderscheidt verder voor bescherming vatbare monumenten, stads- en dorpsgezichten en beschermde monumenten, stads- en dorpsgezichten.

Informatieplicht van de notaris – Bij overdracht van een zakelijk recht van een op een ontwerp van lijst opgenomen monument of van een in een stads- of dorpsgezicht gelegen onroerend goed, moet de notaris vooraf een stedenbouwkundig attest aanvragen en in de overdrachtakte vermelden dat bedoeld onroerend goed is opgenomen op een ontwerp van lijst en deze overdracht meedelen aan de dienst van het Bestuur Monumenten en Landschappen (art. 5, § 6).

Bij overdracht van een beschermd monument of van een in een beschermd stads- of dorpsgezicht gelegen onroerend goed, moet de notaris vooraf een stedenbouwkundig attest aanvragen en in de overdrachtakte vermelden dat bedoeld monument of onroerend goed beschermd is (art. 11, § 6);

Publiciteit – De ontwerpen van lijst worden bij de betrokken gemeentebesturen neergelegd, bij ter post aangetekende brief betekend aan de eigenaars, erfpachthouders, opstalhouders en vruchtgebruikers, en bij uittreksel gepubliceerd in het *Belgisch Staatsblad*. Van beschermde monumenten en stads- en dorpsgezichten wordt voor elke gemeente

een register bijgehouden door de Dienst voor Monumenten- en Landschapszorg. Afschriften van het register berusten voor kosteloze inzage bij de Dienst, het bestuur voor de stedenbouw, het provinciebestuur, het gemeentebestuur, de hypotheekbewaring, elk voor hun ambtsgebied. Eenieder kan zich op zijn kosten uittreksels uit het register doen verstrekken. We hebben met name voor wat betreft de bewaring der hypotheeken, gewezen op het ondoeltreffend karakter van de maatregel indien enkel ordening en bewaring wordt opgelegd, zoals voor de monumenten, stads- en dorpsgezichten.

G. Bescherming van archeologisch patrimonium in Vlaanderen

Wettelijke bepaling – Het Vlaamse decreet van 30 juni 1993 (B.S., 15 september 1993) regelt de bescherming, het behoud, de instandhouding, het herstel en het beheer van het archeologisch patrimonium, alsmede de organisatie van archeologische opgravingen. Onder «archeologisch patrimonium» wordt verstaan, alle vormen van archeologische monumenten en zones; onder «archeologische monumenten», alle overblijfselen en voorwerpen of enig ander spoor van menselijk bestaan die getuigenis afleggen van tijdperken en beschavingen waarvoor opgravingen of vondsten de belangrijkste of één van de belangrijkste bronnen van informatie zijn (art. 3).

Informatieplicht van de notaris – Bij overdracht van een beschermd onroerend archeologisch goed, moet de notaris in de overdrachtakte vermelden dat bedoeld goed beschermd is en welke de algemene en bijzondere beschermingsvoorschriften zijn en deze overdracht meedelen aan het Instituut voor het Archeologisch Patrimonium (art. 28).

Publiciteit – Het Instituut houdt een register van beschermde archeologische goederen. Afschriften van het register berusten bij de provincies, de gemeenten, het kadaster en de bewaarder der hypotheeken, elk voor hun ambtsgebied (art. 29).

H. Bescherming van landschappen in Vlaanderen

Wettelijke bepaling – Het Vlaamse decreet van 16 april 1996 houdende bescherming van landschappen regelt de bescherming van landschappen en de instandhouding, het herstel en beheer van in Vlaanderen gelegen beschermde landschappen (art. 2). Het decreet verstaat onder «landschap», een begrensde grondoppervlakte met een geringe dichtheid van bebouwing en een onderlinge samenhang waarvan de verschijningsvorm en de samenhang het resultaat zijn van natuurlijke processen en van maatschappelijke ontwikkeling; voor de definitie van «historisch permanent grasland» en van «akkerland», zie artikel 3 van dit decreet.

Een landschap, dat van algemeen belang is wegens zijn natuurwetenschappelijke, historische, esthetische of sociaal-culturele waarde, kan worden beschermd met inbegrip van een overgangszone die deze waarde van het landschap ondersteunt (art. 5).

Publiciteit – Het besluit tot bescherming als landschap wordt in het *Belgisch Staatsblad* bij uittreksel gepubliceerd en ter kennis gebracht aan de openbare besturen, waaronder de betrokken gemeentebesturen en provincies en de bestuurlijke entiteiten bevoegd inzake ruimtelijke ordening,

landinrichting, economie, natuurbehoud, landbouw, waterbeheer en infrastructuur, en bij aangetekende brief aan de eigenaars, erfpachthouders, opstalhouders en vruchtgebruikers zoals bekend bij de Administratie van de B.T.W., Registratie en Domeinen op de datum van dit besluit. Het besluit wordt overgeschreven op het kantoor van de hypotheekbewaarder (art. 11, § 1).

Informatieplicht van de notaris – Bij overdracht of toewijzing van een onroerend goed, gelegen in een beschermd landschap, moet de notaris in de akte vermelden dat bedoeld onroerend goed binnen een beschermd landschap ligt en de eventuele overdracht meedelen aan de diensten van de administratie.

De overdrachtakte vermeldt alle maatregelen en richtlijnen die door of krachtens dit decreet worden opgelegd met het oog op de instandhouding en het onderhoud van landschappen, met inbegrip van de erfdienstbaarheden van openbaar nut en van de beperkingen op de uitoefening van de eigendoms- en gebruiksrechten die van toepassing zijn op het onroerend goed (art. 11, § 4).

Dezelfde regels moeten worden inachtgenomen bij toekenning van een zakelijk of persoonlijk recht op dergelijk goed.

I. Behoud van onroerend erfgoed in Brussel

Wettelijke bepaling – De Ordonnantie van het Brussels Hoofdstedelijk Gebied van 4 maart 1993 (B.S., 7 april 1993) houdt maatregelen in tot behoud van het onroerend erfgoed, d.w.z. tot behoud van het geheel van de onroerende goederen met een historische, archeologische, artistieke, esthetische, wetenschappelijke, sociale, technische of volkskundige waarde. Hiervoor wordt beschouwd als «monument», elk merkwaardig werk, met inbegrip van de uitrusting of decoratieve elementen die er integrerend deel van uitmaken; wordt als «geheel» beschouwd, iedere groep van onroerende goederen die een stedelijk geheel of een dorpsgeheel vormt dat voldoende samenhangend is om topografisch te worden afgebakend en merkwaardig is door zijn homogeniteit of doordat het in zijn omgeving is geïntegreerd; als «landschap», elk werk van de natuur of van de mens of van beide samen, met geen of gedeeltelijke bebouwing en dat een ruimtelijke samenhang vertoont; als «archeologische vindplaats», elk terrein, geologische formatie, gebouw, geheel of landschap dat archeologische goederen bevat of kan bevatten (art. 2).

Hiervan wordt een inventaris opgemaakt op advies van de Koninklijke Commissie voor Monumenten en Landschappen van het Brussels Hoofdstedelijk Gebied (art. 3 en 4).

Informatieplicht bij aankondiging van de verkoop – Bij de publiciteit die met een verkoop van een op de bewaarlijst ingeschreven goed gepaard gaat, is de notaris en eenieder die, voor rekening of als tussenpersoon, verkoopt, verplicht te vermelden dat dit onroerend erfgoed op de bewaarlijst is ingeschreven (art. 13, § 2, derde lid).

Informatieplicht van de notaris – In geval van overdracht van een goed dat tot het onroerend erfgoed behoort, moet de notaris bij de gemeentebesturen alle informatie verzamelen met betrekking tot de eventuele inschrijving van dit goed op de bewaarlijst. Hij maakt melding van die inschrijving in de akte die de overdracht vaststelt (art. 13, § 2).

Publiciteit – Wanneer een goed dat tot het onroerend erfgoed behoort, ingeschreven wordt op de bewaarlĳst, moeten de gemeentebesturen dit vermelden bij afgifte van het stedenbouwkundig attest of bij het verstrekken van de stedenbouwkundige inlichtingen bedoeld in artikel 74 van de ordonnantie van 29 augustus 1991 houdende organisatie van de planning en de stedenbouw (art. 13, § 3).

J. Bescherming van erfgoed in Wallonië

Wettelijke bepaling – De bescherming van monumenten, landschappen en opgravingen wordt voor het Waals Gewest geregeld door de bepalingen van de artikelen 345 tot 371 van het reeds vermelde Waals decreet C.W.A.T.U.P. van 18 juli 1981 (B.S., 1 januari 1992). De beschermingsprocedure verloopt ook hier in fasen (inventaris, bewaarlĳst, voorlopige en definitieve rangschikking).

Publiciteit – De opname in de bewaarlĳst, de voorlopige en definitieve rangschikking worden bij uittreksel in het *Belgisch Staatsblad* bekendgemaakt; dit uittreksel wordt ook betekend aan de bestendige deputatie van de betrokken provincie, aan de gemeente, aan de eigenaars, enz. Er wordt enkel voor het besluit tot definitieve rangschikking een overschrijving op het hypotheekkantoor voorgeschreven (art. 359, eerste lid, C.W.A.T.U.P.).

Informatieplicht van de eigenaar – Er bestaat een informatieplicht voor eigenaars die huurders, bewoners en personen belast met het uitvoeren van werken, op de hoogte moeten brengen van het bestaan van de rangschikking (artt. 353 en 359 C.W.A.T.U.P.).

Informatieplicht bij verkoop – Voorafgaand aan de overdracht van een op de bewaarlĳst ingeschreven of gerangschikt onroerend goed, moet in de reclame die hiervoor wordt gemaakt, melding worden gemaakt van deze inschrijving of rangschikking; deze verplichting geldt met name ook voor de notaris (art. 361, § 4, C.W.A.T.U.P.).

Informatieplicht van de notaris – In geval van overdracht van een op de bewaarlĳst ingeschreven of gerangschikt onroerend goed, moet de notaris bij het gemeentebestuur (dat ertoe gehouden is deze informatie te verschaffen), de nodige inlichtingen inwinnen over de inschrijving of de rangschikking en deze informatie in de authentieke akte opnemen.

K. Bescherming van onroerend erfgoed in de Duitstalige Gemeenschap

Wettelijke bepaling – Bij decreet van het Waals Gewest van 23 december 1993 (B.S., 12 februari 1994) en van de Duitstalige Gemeenschap van 17 januari 1994 (B.S., 16 maart 1994) werd de bevoegdheid voor de bescherming van monumenten, gehelen en landschappen, met uitzondering van opgravingen, aan de Duitstalige Gemeenschap overgedragen.

Voor zover kon worden achterhaald heeft de Duitstalige Gemeenschap deze bevoegdheid nog niet aangewend om decreten uit te vaardigen die zouden leiden tot publiekrechtelijke beperkingen aan de beschikkingsbevoegdheid van eigenaars van monumenten, gehelen of landschappen.

IV. VOORAFGAANDE MAATREGELEN

A. Verkavelingsvergunningen

Zowel in Vlaanderen als in Brussel gelden specifieke regels in verband met verkavelingen, d.w.z. voor de verrichting die erin bestaat een geheel van gronden op te splitsen in kleinere percelen die bestemd zijn om te worden verkocht aan verkrijgers die er een woonfunctie aan willen verlenen. Dergelijke verkoop kan slechts plaatshebben nadat een verkavelingsvergunning is verkregen en een verkavelingsakte is opgemaakt; bovendien moeten de kopers worden ingelicht over het daadwerkelijk bestaan van deze vergunning en over de inhoud van de verkavelingsakte.

B. Verkavelingsvergunning in Vlaanderen

Verkavelingsvergunning – Niemand mag een kavel, begrepen in een verkaveling die bestemd is voor woningbouw of voor het opstellen van vaste of verplaatsbare inrichtingen die voor bewoning kunnen worden gebruikt, te koop zetten of vrijwillig verkopen, voor meer dan negen jaar te huur zetten of verhuren, tenzij het college van burgemeester en schepenen voor die verkaveling vooraf schriftelijk en uitdrukkelijk vergunning heeft verleend. Deze bepaling geldt mede voor de vestiging van een erfpacht of opstalrecht (art. 54, § 1, Vlaams Ruimtelijke Ordeningsdecreet).

De verkaveling moet binnen een termijn van vijf jaar zijn verwezenlijkt door verkoop (verhuring voor meer dan negen jaar, erfpacht of opstal) van ten minste een derde van de kavels, volgens de modaliteiten nader bepaald door art. 55, §§ 4 en 5, dat ook een regeling inhoudt voor verdeling van nalatenschappen en schenkingen binnen die periode van vijf jaar.

Indien een verkavelingsaanvraag de aanleg van nieuwe verkeerswegen vereist, mag de eigenaar niet tot verkoop overgaan vooraleer hij de voorgeschreven werken en lasten heeft uitgevoerd of de nodige financiële waarborgen voor de uitvoering ervan heeft verschaft. De vervulling van deze formaliteiten wordt geconstateerd door een bewijs dat door het college van burgemeester en schepenen afgegeven wordt. De vergunning betreffende dergelijke verkavelingen vervalt indien de vergunninghouder de voorgeschreven werken en lasten binnen vijf jaar na de afgifte van de vergunning niet heeft uitgevoerd of de vereiste financiële waarborgen niet heeft verschaft (art. 56, §§ 1, 3 en 5).

Verkavelingsakte – Artikel 55, § 6, bepaalt bovendien dat voor de vervreemding van een kavel begrepen in een verkaveling waarvoor een verkavelingsvergunning is verkregen, op verzoek van de eigenaar of eigenaars, voor een notaris akte van de verdeling van die stukken grond en van de aan de verkaveling verbonden lasten moet worden gemaakt. De verkavelingsvergunning en het verkavelingsplan worden als bijlage bij die akte gevoegd om, samen met de akte en ten verzoeken van de notaris die de akte heeft verleden, binnen twee maanden na het verlijden ervan, te worden overgeschreven op het hypotheekkantoor.

Informatieplicht van de notaris – Indien het goed begrepen is een goedgekeurde verkaveling, geeft de notaris aan partijen bij de akte van vervreemding, kennis van de akte van verdeling en van het bestek der verkaveling, en van de bepalingen der verkavelingsvergunning. Hij maakt in de akte

van verkoop melding van die kennisgeving, alsook van de datum der vergunning. Ook hier moet hij vermelden dat geen bouwwerk noch enige vaste of verplaatsbare inrichting die voor bewoning kan worden gebruikt, mag worden opgericht op het goed waarop de akte betrekking heeft, zolang de bouwvergunning niet is verkregen (art. 55, §§ 6 en 8).

C. Verkavelingsvergunning in Brussel

Verkavelingsvergunning – Niemand mag een kavel, begrepen in een verkavelingsvergunning of in een fase ervan, die de aanleg van nieuwe verkeerswegen, de tracéwijziging, de verbreding of de opheffing van bestaande gemeentelijke verkeerswegen bevat, vrijwillig te koop stellen of verkopen, alvorens de houder van de vergunning de voorgeschreven werken en lasten heeft uitgevoerd of de nodige financiële waarborgen voor de uitvoering ervan heeft verstrekt. De vervulling van deze formaliteit wordt geconstateerd door een bewijs dat door het college van burgemeester en schepenen wordt afgegeven en bij ter post aangetekende brief aan de verkavelaar wordt medegedeeld. Het college van burgemeester en schepenen deelt aan de gemachtigde ambtenaar een afschrift van het bewijs mede (art. 94 Ord. B. H.G.).

Verkavelingsakte – Vóór de vervreemding van een in een verkavelingsvergunning vermelde kavel, moet op verzoek van de eigenaar van de grond, door een notaris akte van verdeling van die stukken grond en van de aan de verkaveling verbonden lasten worden verleden. De akte moet de kadastrale omschrijving van de goederen vermelden, de eigenaars identificeren in de vorm bepaald in de wetgeving inzake hypotheek, en de titel van eigendom ervan aangeven.

De verkavelingsvergunning en het verkavelingsplan worden als bijlagen bij die akte gevoegd om, samen met de akte en ten verzoeken van de notaris die de akte heeft verleden, binnen twee maanden na het verlijden ervan, te worden overgeschreven op het hypotheekkantoor van het arrondissement Brussel. De overschrijving van het verkavelingsplan mag worden vervangen door de neerlegging op het hypotheekkantoor van een door de notaris gewaarmerkte afdruk van dat plan (art. 92).

Informatieplicht van de notaris – De notaris geeft aan de partijen kennis van de akte van verdeling en van het bestek der verkaveling, van de bepalingen der verkavelingsvergunning, alsook in voorkomend geval van de wijzigingsbepalingen. Hij maakt in de akte van verkoop melding van die kennisgeving, alsook van de datum der vergunning. Hij vermeldt ook in de akte dat geen van de handelingen en werken bedoeld in artikel 84, § 1, mogen verricht worden op het goed waarop de akte betrekking heeft, zolang de stedenbouwkundige vergunning niet is verkregen. De onderhandse akten waarin die verrichtingen worden vastgelegd, bevatten dezelfde vermeldingen (art. 93).

D. Verkavelingsvergunning in Wallonië

De bepalingen van de C.W.A.T.U.P. stemmen overeen met de bepalingen die in de oorspronkelijke organieke (federale) wet inzake ruimtelijke ordening waren opgenomen en verschillen dus niet wezenlijk van die welke voor Vlaanderen en Brussel werden besproken.

E. Bodemonderzoek en bodemsanering

Risicogronen: verplicht voorafgaand bodemonderzoek – In Vlaanderen kunnen gronden waarop een inrichting is of was gevestigd of een activiteit wordt of werd uitgevoerd die bodemverontreiniging kan veroorzaken (art. 37, § 1 en art. 3 Bodemsaneringsdecreet) slechts worden overgedragen als er vooraf een oriënterend bodemonderzoek heeft plaatsgehad (uitzondering geldt echter voor het geval dit onderzoek binnen de twee jaar voorafgaand aan de overdracht werd uitgevoerd en er sindsdien geen activiteit werd uitgevoerd die verontreinigend kan zijn). De overdrager meldt aan de Openbare Afvalstoffenmaatschappij voor het Vlaamse Gewest (OVAM) zijn bedoeling om tot de overdracht over te gaan. Hij voegt bij de melding een verslag van het oriënterend bodemonderzoek.

Verontreinigde gronden – Indien OVAM van oordeel is dat er ernstige aanwijzingen zijn dat de grond is aangetast door bodemverontreiniging, totstandgekomen na de inwerkingtreding van het decreet en die de bodemsaneringsnormen overschrijft of dreigt te overschrijden, maant OVAM binnen zestig dagen na de melding van de overdracht de overdrager aan om een beschrijvend bodemonderzoek uit te voeren.

Indien uit het beschrijvend bodemonderzoek of uit het register van de verontreinigde gronden blijkt dat de bodemsaneringsnormen overschreden zijn, kan de overdracht niet plaatshebben vóór de overdrager een bodemsaneringsproject heeft opgesteld, tegenover OVAM de verbintenissen heeft aangegaan om de bodemsaneringswerken uit te voeren en daarvoor financiële zekerheid heeft gesteld (artt. 38 en 39 Bodemsaneringsdecreet).

Indien de bodemsanering evenwel historisch is, d.w.z. ontstaan vóór de inwerkingtreding van het decreet, wegens activiteiten van anderen dan de actuele eigenaar, zoals nader omschreven in artikel 31 van het Bodemsaneringsdecreet, is de overdrager niet verplicht om op de aanmaning tot het uitvoeren van een beschrijvend bodemonderzoek in te gaan; in dat geval moet de overdrager enkel een zekerheid stellen tot dekking van zijn aansprakelijkheid, zoals bepaald in artikel 25 (aansprakelijkheid voor door emissie veroorzaakte bodemverontreiniging) of in artikel 32 (aansprakelijkheid voor historische bodemverontreiniging). De zekerheid kan met het akkoord van OVAM worden verleend krachtens een hypotheek (art. 39 en 42 van het Vlarebo, dit is het Besluit van de Vlaamse Regering van 5 maart 1996 houdende vaststelling van het Vlaams reglement betreffende de bodemsanering).

Informatieplicht van de notaris – In alle besproken gevallen dient de instrumenterende notaris in de akte een vermelding op te nemen waaruit blijkt dat aan deze voorschriften werd voldaan (artt. 36, 37 en 38 Bodemsaneringsdecreet).

Niet-naleving van de bepalingen van de artikelen 36 tot en met 39 kan in de in artikel 40 bepaalde gevallen leiden tot nietigheid van de overdracht die zowel door de verwerfer van de gronden als door OVAM kan worden ingeroepen.

Publiciteit – De lijst van inrichtingen en activiteiten die bodemverontreiniging kunnen veroorzaken vindt men als bijlage I bij Vlarebo. Overeenkomstig artikel 4 van het Bodemsaneringsdecreet moet OVAM binnen één jaar een register

van de verontreinigde gronden aanleggen. De gegevens worden daartoe verstrekt door erkende bodemsaneringsdeskundigen, besturen en diensten, inbegrepen politiediensten, en van instrumenterende ambtenaren; op eerste verzoek bezorgen alle besturen en alle lagere openbare diensten alle nuttige gegevens aan OVAM of aan erkende bodemsaneringsdeskundigen die in opdracht van OVAM handelen (art. 22 Vlarebo).

Er bestaat evenwel geen register van risicogronden, d.w.z. van gronden waarop een inrichting is of was gevestigd of een activiteit wordt of werd uitgevoerd die bodemverontreiniging kan veroorzaken: die informatie moet worden verstrekt door de overdrager en kan worden aangevraagd bij de gemeente of bij de overheid die een eventueel vereiste vergunning zou hebben afgeleverd. Deze gegevens worden nergens verzameld en er bestaat voor geen enkele instantie enige verplichting om op de vraag die hieromtrent door een particulier of door een notaris wordt gesteld, te antwoorden.

V. RECHT VAN VOORKOOP

A. Inzake ruilverkaveling

Wettelijke bepaling – Krachtens de bepalingen van de reeds aangehaalde ruilverkavelingswet (art. 56) heeft de Landmaatschappij, in de door de Minister van Landbouw uitdrukkelijk als vatbaar voor ruilverkaveling aangeduide gebieden, teneinde bij te dragen tot de verbetering van de agrarische structuur, een recht van voorkoop op landeigendommen in die zones gelegen.

De wet spreekt van de Nationale Landmaatschappij; de bevoegdheden van deze maatschappij zijn, wat het Vlaamse Gewest betreft, overgenomen door de Vlaamse Landmaatschappij (Vlaams decreet van 21 december 1988, *B.S.*, 29 december 1988), en voor wat het Waalse Gewest betreft, door «l'Office wallon de développement rural» (Waals decreet van 28 februari 1991, *B.S.*, 5 april 1991).

Het Vlaamse decreet van 11 augustus 1978 (*B.S.*, 22 september 1978) heeft de ruilverkavelingswet voor Vlaanderen gewijzigd en met name artikel 56, § 1, vervangen door een nieuw artikel 74. Het Waals decreet van 22 december 1995 (*B.S.*, 27 januari 1996) heeft de uitoefening van het recht van voorkoop voor het Waalse Gewest nader geregeld voor het geval van een openbare verkoping, zodat artikel 56, § 2.3 ook aldaar door een eigen bepaling werd vervangen.

Publiciteit – Het recht van voorkoop bestaat in daarvoor aangeduide gebieden; de aanduiding wordt bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad*.

Uitwerking – Het recht van voorkoop is in een aantal gevallen uitgesloten, zoals wanneer de pachter zijn recht van voorkoop overeenkomstig de Pachtwet uitoefent, in geval van verkoop aan een echtgenoot of afstammelingen en bij afstand van onverdeelde rechten. Er is evenmin een recht van voorkoop indien er een verkoopbelofte met vaste dagtekening was vóór de bekendmaking van het besluit tot aanduiding van de grond in het gebied waarvoor het recht van voorkoop geldt. De tekst van de wet is niet aangepast aan de wijziging van de Pachtwet van 7 november 1988, maar moet wellicht in samenhang daarmee worden uitgelegd. Bijgevolg moet de verplichting tot aanbod van het recht van voorkoop ook bij verkoop uit de hand door de notaris worden nagekomen, zowel aan de pachter als aan de Landmaat-

schappij. Voor de uitoefening bij openbare verkoop wordt verwezen naar de desbetreffende bepalingen van de aangehaalde decreten.

B. Inzake huisvesting in Vlaanderen

Wettelijke bepaling – In Vlaanderen heeft het Vlaamse decreet van 15 juli 1997 (*B.S.*, 19 augustus 1997) de Vlaamse Wooncode ingevoerd. Alle bepalingen ervan zijn nog niet in werking getreden. Onder deze bepalingen bespreken we hier enkel die welke betrekking hebben op het recht van voorkoop dat voor bepaalde woningen is toegekend.

Woningen waarvoor een recht van voorkoop geldt – Krachtens artikel 85 van de Wooncode genieten de Vlaamse Huisvestingsmaatschappijen (hierna: V.H.M.), de sociale huisvestingsmaatschappijen, de gemeenten en de openbare centra voor maatschappelijk welzijn over een recht van voorkoop voor de woningen waaraan ze renovatie-, verbeterings- of aanpassingswerkzaamheden hebben uitgevoerd met toepassing van de bepalingen van de Wooncode. Bovendien krijgen de V.H.M., de sociale huisvestingsmaatschappijen binnen hun werkgebied en de gemeenten op hun grondgebied, een recht van voorkoop voor woningen opgenomen in de inventaris waarvan sprake in het decreet op de heffing ter bestrijding van leegstand en verkrotting; voor woningen die ongeschikt of onbewoonbaar werden verklaard of waarvoor geen conformiteitsattest werd verleend (d.w.z. het attest waarvan sprake in artikel 7 van de Wooncode waaruit blijkt dat de woning die zou worden verhuurd, voldoet aan de door de Vlaamse Regering nader gestelde eisen inzake veiligheid, gezondheid en woonkwaliteit); voor bouwgronden gelegen in een door de Vlaamse Regering bepaald bijzonder gebied voor woningbouw.

Artikel 85, § 2, sluit het recht van voorkoop uit voor het geval er verkocht wordt aan een afstammeling of aan de echtgenoot van de eigenaar, aan een van de mede-eigenaars of aan een afstammeling van een mede-eigenaar.

De modaliteiten voor aanbieding van het recht van voorkoop bij openbare verkoop en bij verkoop uit de hand worden nader bepaald in de artikelen 86 en 87 van de Wooncode; de verplichting tot aanbieding rust op de notaris.

Publiciteit – Woningen waarvoor het recht van voorkoop geldt ten behoeve van degene die werkzaamheden daaraan hebben uitgevoerd, zijn woningen die ongeschikt of onbewoonbaar werden verklaard of waarvoor geen conformiteitsattest werd afgegeven, en waarop de gemeenten, het O.C.M.W. of een sociale woonorganisatie rechten heeft verkregen (zakelijk recht of huurrecht voor minstens negen jaar) om die werkzaamheden uit te voeren. Deze informatie kan worden ingewonnen behoudens bij de betrokken rechtspersoon, door een opzoeking op het hypotheekkantoor waar de akte houdende toekenning van dergelijke rechten moet zijn overgeschreven (art. 1 Hyp. Wet).

Het recht van voorkoop geldt ook als de woning onder het sociaal beheersrecht valt van de gemeente, het O.C.M.W. of een sociale woonorganisatie, onder de voorwaarden van artikel 90 van de Wooncode; in dat geval moet de eigenaar dulden dat de woning wordt verhuurd door degene die het sociaal beheersrecht heeft verkregen. De verkrijging van dit sociaal beheersrecht wordt schriftelijk ter kennis van de betrokken eigenaar gebracht, maar verder wordt in geen informatie ten behoeve van derden voorzien, hoewel uitdruk-

kelijk is vermeld dat de verkrijger van het eigendomsrecht eveneens gehouden is de door de houder van het sociaal beheersrecht gesloten huurovereenkomsten te respecteren.

Over de wijze waarop informatie wordt verkregen om te weten of een woning opgenomen is in de inventaris van woningen die in de zin van het decreet als verwaarloosd, leegstaand, ongeschikt of onbewoonbaar werden verklaard, verwijs ik naar de hierboven opgenomen bespreking van dit decreet (leegstand van andere dan bedrijfsgebouwen).

C. Huisvestingsbeleid in Brussel en Wallonië

In Brussel en Wallonië zijn geen bepalingen teruggevonden die gelijkenis vertonen met die welke zijn opgenomen in de Vlaamse Wooncode. Wel blijkt dat bij verkoop van sociale woningen de standaardvoorwaarden een contractueel recht van voorkoop bevatten en dat die voorwaarden systematisch door alle kopers worden aanvaard door de onderschrijving van het toetredingscontract waarin deze standaardvoorwaarden zijn opgenomen. Het gaat dus niet om een wettelijke, decretale of ordonnantie-bepaling die het recht van voorkoop invoert. Dit is nu nog in Vlaanderen het geval voor verkopen die nog niet vallen onder de bepalingen van de Wooncode en door het actuele huisvestingsbeleid worden beheerst.

D. Inzake natuurbehoud in Vlaanderen

Wettelijke bepaling – Het zeer recente Vlaamse decreet betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu van 21 oktober 1997 (*B.S.*, 10 januari 1998) voert een nieuwe regeling inzake natuurbeleid in. Dit decreet houdt onder meer de oprichting in van het Vlaams Ecologisch Netwerk (V.E.N.), waarin Grote Eenheden Natuur (G.E.N.) en Grote Eenheden Natuur in Ontwikkeling (G.E.N.O.) kunnen worden ondergebracht, van een Integraal Verwervings- en Ondersteunend Netwerk (I.V.O.N.) en van natuurrezervaten.

Met het oog op de verwezenlijking van deze doelstellingen wordt aan het Vlaamse Gewest een recht van voorkoop toegekend op onroerende goederen begrepen in het V.E.N., in natuurrezervaten en hun uitbreidingsperimeter, in een af te bakenen perimeter binnen het I.V.O.N. en in de afbakening van een natuurinrichtingsproject (art. 37, § 1). De uitoefening van dit recht van voorkoop kan worden gedelegeerd aan de Vlaamse Landmaatschappij (V.L.M.). De modaliteiten voor de aanbidding en uitoefening van het recht van voorkoop zijn nader bepaald, zowel voor openbare verkoop als voor verkoop uit de hand, in de artikelen 37, § 2 en 38. De verplichting tot aanbidding van het recht van voorkoop rust ook hier op de notaris (artt. 37, § 2 en 38, § 2).

Publiciteit – Het recht van voorkoop gaat in vanaf de bekendmaking van de afbakening van het V.E.N. of van het perimeter in het *Belgisch Staatsblad* (art. 37, § 1, tweede lid). Voor zover kon worden nagegaan, is er in geen andere bekendmaking van de afbakening voorzien.

KORT BESLUIT

Uit de voorgaande inventaris, waarbij slechts een poging tot benadering van enige volledigheid kon worden gewaagd, moge overduidelijk blijken dat er inzake informatie betreffende de publiekrechtelijke of fiscale maatregelen die leiden tot een beperking van de beschikkingsbevoegdheid over onroerende goederen die aan particulieren toebehoren, een volkomen gebrek aan coördinatie bestaat. De informatie kan worden verkregen bij verscheidene en uiteenlopende instanties, en kennelijk is de grootste concentratie van gegevens aanwezig bij de gemeente waar het onroerend goed gelegen is, maar gemeenten zijn niet altijd verplicht om deze informatie door te geven. Evenmin zijn ze daar altijd behoorlijk voor uitgerust.

Misschien moet hier evenwel worden gewezen op de bepalingen inzake openbaarheid van bestuur, die zowel in Vlaanderen, in Brussel als in Wallonië de toegang tot dergelijke informatie verzekeren. Zie respectievelijk het Vlaams decreet van 23 oktober 1991 betreffende de openbaarheid van bestuursdocumenten (gewijzigd bij decreet van 13 juni 1996 (*B.S.*, 19 juni 1996)), de Brusselse Ordonnantie van 30 maart 1995 betreffende de openbaarheid van bestuur (*B.S.*, 23 juni 1995) en het decreet van de Franse Gemeenschap van 22 december 1994 (*B.S.*, 31 december 1994, *err. B.S.*, 21 maart 1995). Het gaat in deze bepalingen wel steeds om de mogelijkheid tot inzage van de informatie en soms om de mogelijkheid om afschriften te verkrijgen. Maar dat is wellicht niet wat de eigenaar of de verkrijger van een onroerend goed wenst: er is behoefte aan samengebundelde, geordende en overzichtelijke informatie, die op één plaats na het stellen van één vraag kan worden verkregen.

Vele gemeenten antwoorden weliswaar, ook wanneer ze daartoe niet verplicht zijn, bijvoorbeeld op de vragen om informatie die ze van notarissen krijgen. Maar het gaat dan toch ook – behalve in Brussel waar de Ordonnantie dit uitdrukkelijk anders regelt – om punctuele antwoorden op de gestelde vragen, en als de vragen dan onvolledig zijn, zal het antwoord het ook zijn. Bovendien zal er beslist behoefte zijn aan systematische ordening van de informatie, zowel via de gegevens betreffende het onroerend goed (kadastrale referentie) als via de gegevens betreffende de eigenaar (of de uitbater).

Het is duidelijk dat waar in informatievergaring is voorzien, bij de gemeente en bij verscheidene andere diensten, en ook bij de hypotheekbewaring, nergens bezorgdheid is gebleken voor de toegankelijkheid van deze informatie voor de «gewone burger», die zonder deskundige begeleiding absoluut niet in de mogelijkheid verkeert om te weten waar hij naar moet informeren en waar hij die informatie moet verkrijgen. Er is nog veel werk te verrichten om hier tot een behoorlijke openbare-dienstverlening te komen en om de efficiëntie van de thans ingevoerde publiciteitsregels te verhogen.

Hélène CASMAN
Notaris en hoogleraar

ENKELE ACTUELE FISCALE PROBLEMEN INZAKE ONROEREND GOED DOORGELICHT

I. INLEIDING

1. Het opzet van dit rapport bestaat erin na te gaan welke de oorzaken zijn van een aantal recente fiscale problemen. Het was geenzins de bedoeling een exhaustieve studie te maken van de zeer talrijke problemen die zich 'in fiscalibus' inzake vastgoed voordoen. De voorkeur werd gegeven aan een selectie van problemen waarmee de praktijk daadwerkelijk geconfronteerd wordt. Bij de selectie werd mede, hoewel niet uitsluitend, als invalshoek het tweede deelthema van het congres, nl. *de publiciteit in verband met onroerend goed*, gehanteerd. Het rapport wordt afgerond met enkele illustraties van de creativiteit waarvan de federale overheid en de rechtspraak laten blijken, en die, door oordeelkundig gebruik, tot interessante en fiscaalvriendelijke toepassingen en oplossingen kunnen worden aangewend.

II. DE INGEWIKKELDE BELGISCHE STAATSTRUCTUUR

2. Een aantal recente fiscale problemen vindt zijn oorsprong in de ingewikkelde staatsstructuur van ons land, en meer bepaald in de pluraliteit van wetgevers.

A) Bevoegdheidsverdeling tussen de federale en de gewestelijke wetgevers

3. In de eerste plaats geeft de bevoegdheidsverdeling tussen de federale wetgever en de gewestelijke wetgevers aanleiding tot moeilijkheden. Een recent, overgemediatiseerd voorbeeld daarvan is de Vlaamse hervorming van de successierechten.

4. Onze Grondwet heeft in haar art. 170, § 2, de autonome of algemene bevoegdheid om belastingen te heffen rechtstreeks toegewezen aan de Gemeenschappen en de Gewesten.¹ Het gaat in dat verband om de eigen fiscale ontvangsten van de deelgebieden.² Wel bepaalt art. 170, § 2, G.W. in zijn tweede lid dat een (gewone) wet ten aanzien van de gemeenschaps- en gewestbelastingen de uitzonderingen kan bepalen waarvan de noodzakelijkheid blijkt. Dit betekent dat de wetgever zowel vooraf kan aanduiden welke belastingen door de deelgebieden in geen geval geheven kunnen worden, als achteraf een belasting kan beperken of afschaffen, voor zover de noodzakelijkheid daarvan is aangetoond.

In aanvulling op deze algemene belastingbevoegdheid is voorzien in een bijkomende of overgedragen belastingbevoegdheid. Zo heeft de Bijzondere Wet van 16 januari 1989 betreffende de financiering van de Gemeenschappen en de

Gewesten, de zg. *bijzondere financieringswet*,³ de opbrengst alsmede - in principe - de regelgeving inzake bepaalde nader genoemde belastingen exclusief toegewezen aan de deelgebieden.⁴ Op het lijstje van deze belastingen komen o.m. het successierecht en het recht van overgang bij overlijden voor.

Ten onrechte worden deze fiscale ontvangsten in de *bijzondere financieringswet* «gewestelijke belastingen» genoemd. In feite gaat het hier niet om eigen fiscale ontvangsten van de gewesten, maar eerder om 'oneigenlijke' gewestbelastingen.⁵ Bedoelde belastingen zijn in feite immers federale belastingen, waarvan de opbrengst door de *bijzondere financieringswet* geheel of gedeeltelijk aan de gewesten werd toebedeeld en waaromtrent hen soms nog één of meer bijkomende bevoegdheden werden verleend.

5. Inzake het successierecht en het recht van overgang bij overlijden zijn de gewestelijke wetgevers evenwel niet onbeperkt bevoegd. De *bijzondere financieringswet* heeft in haar art. 4, §§ 2 en 4, een bevoegdheidsverdeling tussen de gewestelijke wetgevers en de federale wetgever bepaald. Terwijl de eerste wetgevers bevoegd zijn inzake de aanslagvoet (d.w.z. de tarieven) en de vrijstellingen, blijft de federale wetgever bevoegd op het vlak van de heffingsgrondslag, het toepassingsgebied en de procedure.⁶ De deelgebieden beginnen thans meer en meer van deze bevoegdheden gebruik te maken, zo ook het Vlaamse Gewest.

6. Op iets meer dan een half jaar tijd heeft het Vlaams Parlement in vijf decreten de materie van het successierecht en het recht van overgang bij overlijden hervormd. Meer bepaald gaat het om het op 1 januari 1997 in werking getreden decreet van 20 december 1996 «houdende bepalingen tot begeleiding van de begroting 1997»,⁷ dat een hervorming van de successierechten verschuldigd in rechte lijn en tussen echtgenoten inhoudt, alsook een gunststelsel invoert voor de verervingen van zg. familiale ondernemingen en vennootschappen. Inmiddels werd dit decreet reeds gewijzigd door het decreet van 8 juli 1997 «houdende bepalingen tot begeleiding van de aanpassing van de begroting 1997.»⁸ Vervolgens is er het Decreet van 15 april 1997 «houdende wijziging van arti-

³ B.S., 17 januari 1989, gewijzigd door de Bijzondere Wet van 16 juli 1993 tot vervollediging van de federale staatsstructuur, B.S., 20 juli 1993, 2e uitgave.

⁴ ALEN, A., *op. cit.*, nr. 816, p. 799.

⁵ PEETERS, B., *op. cit.*, nr. 7, p. 200; VAN ORSHOVEN, P., 'Gemeenschaps- en gewestbelastingen', A.F.T., 1990, nr. 1, p. 123.

⁶ Zie ook: ALEN, A., *op. cit.*, nr. 816, p. 800.

⁷ B.S., 31 december 1996, 3e uitgave; *erratum*: B.S., 11 februari 1997.

⁸ B.S., 22 oktober 1997.

¹ ALEN, A., *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1995, nr. 814, p. 796.

² PEETERS, B., 'De fiscale bevoegdheidsverdeling na de vierde staatshervorming', A.F.T., 1994, nr. 4, p. 198.

kelen 48 en 56 van het Wetboek der successierechten»,⁹ dat op zijn beurt reeds gewijzigd werd door het decreet van 17 juni 1997 «houdende wijziging van artikel 56 van het Wetboek der successierechten»,¹⁰ dat een hervorming van de successierechten verschuldigd in de zijlijn en tussen anderen inhoudt. Dit decreet is op 1 mei 1997 in werking getreden. Ten slotte is er het decreet van 15 juli 1997 «houdende regeling van de successierechten tussen samenwonenden»,¹¹ dat met ingang van 1 januari 1998 een bijzonder tarief voor ongehuwde samenwonenden heeft ingevoerd.

7. Inzake onroerende fiscaliteit is voornamelijk het eerste decreet van 20 december 1996 van belang. Dit decreet heeft voor de verervingen in rechte lijn en tussen echtgenoten het aantal tariefschijven beperkt tot de volgende drie schijven: op de schijf van 1 F tot 2 miljoen F bedraagt het tarief 3 %, op de schijf van 2 miljoen F tot 10 miljoen F 9 % en op de schijf boven de 10 miljoen F 27 %.

In vergelijking met het vroegere regime (dat negen tariefschijven telde), kan dit moeilijk als een verbetering beschouwd worden. Vandaar dat het Decreet een tweede belangrijke innovatie doorvoert, nl. een splitsing tussen de roerende en de onroerende goederen die door de erflater nagelaten werden. Zodoende worden de verlaagde percentages, telkens beginnend aan de laagste schijf, een eerste maal toegepast op de onroerende goederen, een tweede maal op de roerende goederen.

8. Vandaar dat men er zich in rechte lijn en tussen echtgenoten voor moet hoeden om geen onroerende goederen om te zetten in roerende goederen, althans voor zover het netto-erfdeel per erfgeëchtigde meer dan twee miljoen F bedraagt. Vanuit dat oogpunt bekeken zijn formules om, in navolging van het Nederlandse recht, te kiezen voor het zg. *verblijvingsbeding onder last*, waarbij het gemeenschappelijk vermogen toebedeeld wordt aan de langstlevende van de echtgenoten, onder verplichting om de tegenwaarde van hetgeen aan de eerststervende zou zijn toegekomen bij een gelijke verdeling van deze gemeenschap, aan zijn nalatenschap uit te betalen, uit den boze. In die formules is de verplichting om de tegenwaarde te betalen, verschuldigd aan de nalatenschap: in de nalatenschap van de eerststervende komt bijgevolg, ingevolge deze wijze van verdeling van de gemeenschap, een vordering terecht op de langstlevende echtgenoot.¹²

Welnu, de schuldvordering die aldus lastens de langstlevende echtgenoot in het leven wordt geroepen in het voordeel van de nalatenschap van de eerststervende, maakt een roerend goed uit,¹³ en dit ongeacht uit welke goederen de door het overlijden ontbonden gemeenschap zelf was sa-

mengesteld (roerende of onroerende). Dit betekent dat het erfdeel van deze erfgenamen in voorkomend geval slechts uit één soort goederen (nl. roerende goederen) samengesteld zal zijn, zodat voormelde splitting geen toepassing zal kunnen vinden.

9. Verder bepaalt het decreet van 20 december 1996 een regel van prioritaire aanrekening van de schulden van de nalatenschap (alsook van de begrafenis-kosten) op de door de erflater nagelaten roerende goederen. Deze schulden zullen dus slechts in tweede instantie, en voor zover er dan nog schulden bestaan, aangerekend worden op de door de erflater nagelaten onroerende goederen. Er bestaat een uitzondering op de prioritaire aanrekening van de schulden op de nagelaten roerende goederen. Indien de erfgenamen bewijzen dat de (of bepaalde) schulden *specifiek* aangegaan werden om onroerende goederen te verwerven of te behouden, kunnen deze schulden daarop aangerekend worden.

10. Daarnaast heeft het decreet van 20 december 1996 in het nieuwe art. 60 bis W. Succ. een bijzonder gunsttarief van 3 % ingevoerd voor de successierechten verschuldigd op de netto-waarde van de activa die door de erflater (of zijn echtgenoot) beroepsmatig geïnvesteerd zijn in een familiale onderneming, en de aandelen in een familiale vennootschap of vorderingen op een dergelijke vennootschap. Het uitvoeringsbesluit van de Vlaamse Regering terzake verscheen net één jaar te laat, nl. op 1 januari 1998.¹⁴

In dit verband interesseren ons de activa die beroepsmatig geïnvesteerd zijn in een familiale onderneming (aangezien de aandelen van een familiale vennootschap per definitie roerende goederen uitmaken).¹⁵

Het decreet van 20 december 1996 geeft een definitie van het begrip *'beroepsmatig geïnvesteerde activa'*.

Allicht kan voor een definitie ter zake gerefereerd worden aan de definitie die aan dezelfde termen gegeven werd in het kader van het stelsel van art. 48,2 W. Succ. door het K.B. van 26 november 1980. In dat verband worden de beroepsmatig geïnvesteerde activa gedefinieerd als zijnde alle van de nalatenschap afhangende onroerende en roerende bestanddelen van het bedrijf, met inbegrip van de cliënteel, de bedrijfsschulden of vorderingen, de bedrijfsgeldmiddelen onder aftrek van het aandeel van de erflater in de bij zijn overlijden bestaande schulden van het bedrijf, mits het bedrijf zuiver voor beroepsdoeleinden gevoerd wordt. Bijgevolg komen ook beroepsmatig geïnvesteerde onroerende goederen in aanmerking voor het gunststelsel van art. 60 bis W. Succ.

11. Er blijven nog vele vragen open inzake de Vlaamse hervorming van de successierechten. Eén ervan betreft de neerslag van het sedert 1 januari 1998 in Nederland bestaande geregistreerd partnerschap¹⁶ tussen twee Nederlanders, maar eventueel ook tussen twee Belgen, die beschikken over een geldige verblijfstitel in Nederland, op de in Vlaanderen

⁹ B.S., 25 april 1997.

¹⁰ B.S., 24 juni 1997.

¹¹ B.S., 1 oktober 1997.

¹² CASMAN, H., «Enkele suggesties voor het opstellen van huwelijkscontracten met keuze voor een gemeenschapsstelsel», in K.F.B.N. (ed.), *De evolutie in de huwelijkscontracten*, Recyclagedagen 1995 van de Nederlandstalige Raad, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1995, 74.

¹³ VERSTAPPEN, J., *Vlaamse successierechten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1997, nr. 114, p. 61.

¹⁴ Besluit van de Vlaamse Regering van 18 november 1997 betreffende het verlaagd tarief der successierechten voor familiale ondernemingen en familiale vennootschappen, B.S., 1 januari 1998.

¹⁵ Zie: VERSTAPPEN, J., *op. cit.*, nrs. 113 en 114, pp. 60 - 61.

¹⁶ Art. 1:80 a, eerste lid, Nederlands B.W.

toepasselijke tarieven inzake het recht van overgang bij overlijden, indien de in Nederland wonende partners een in Vlaanderen gelegen onroerend goed hebben, of zelfs inzake het eigenlijke successierecht, indien de Nederlanders of Belgen na de registratie in Nederland naar Vlaanderen komen wonen. In dat verband rijzen, los van de vraag naar de erkenning van en de burgerrechtelijke gevolgen verbonden aan het Nederlands geregistreerd partnerschap in ons land, *in fiscalibus* de volgende twee vragen: komen de naar Nederlands recht geregistreerde partners, die in Nederland - behalve wat de kinderen betreft - volledig gelijkgesteld worden met gehuwden, voor de successierechten in Vlaanderen in aanmerking voor het tarief tussen gehuwden (met de daaraan verbonden splitting van de nalatenschap in een roerende en onroerende massa én de regel van de prioritaire aanrekening van de schulden op de roerende goederen); in ontkennend geval, komen deze personen dan in Vlaanderen in aanmerking voor het tarief voor samenwonenden, zelfs indien zij niet in België (in Vlaanderen) in het bevolkingsregister zijn ingeschreven?

12. De eerste vraag dient m.i. ontkennend beantwoord te worden. Immers, de indeling en samenstelling van de verschillende categorieën erfopvolgers gebeurt op soevereine wijze door elke staat (of deelstaat), zonder dat de wetgeving van andere staten daarop enige invloed kan uitoefenen. Naar de klassieke leer van ons Hof van Cassatie, die door de rechtspraak¹⁷ nog steeds aangehouden wordt, beheersen de principes van het gemene recht (het burgerlijk recht) het fiscaal recht, zolang dit laatste er niet van afwijkt.¹⁸ Ook besliste ons Hof van Cassatie dat wanneer een begrip door de fiscale wet niet omschreven wordt, het de gemeenrechtelijke betekenis heeft, en dat bij gebrek van omschrijving in het gemene recht, het de gebruikelijke betekenis heeft.¹⁹

Op te merken valt dat noch in het Vlaamse decreet van 20 december 1996, waarin de tarieven van de successierechten voor de verervingen in rechte lijn en tussen echtgenoten hervormd werden, noch in de overige bepalingen van het W. Succ. een definitie gegeven wordt van de begrippen 'huwelijk' of 'gehuwden'. Daarvoor dient bijgevolg verwezen te worden naar de betekenis die deze begrippen in het burgerlijk recht hebben. Welnu, naar Belgisch positief burgerlijk recht is het huwelijk een geïnstitutionaliseerde vorm van menselijke samenleving, die een op seksualiteit gesteunde bestendige levensgemeenschap tussen twee personen van verschillend geslacht inhoudt, waartoe wordt toegetreden op basis van een vormelijk contract.²⁰ De gehuwden moeten van verschillend geslacht zijn. Dit vereiste wordt in onze rechtsopvatting zo vanzelfsprekend geacht, dat geen enkele wet-

telijke regel dat uitdrukkelijk vooropstelt.²¹ Bijgevolg zullen de in Nederland geregistreerde partners naar mijn oordeel voor de successierechten in Vlaanderen niet in aanmerking komen voor het tarief gehuwden.

13. M.i. komen deze personen eventueel wel in aanmerking voor het Vlaamse tarief tussen samenwonenden. De voorwaarde, die voorkwam in het uiteindelijk door het Vlaams Parlement verworpen eerste voorstel van decreet van de heer G. Swennen, dat de samenwonende partners sedert ten minste drie jaar ononderbroken ingeschreven moesten zijn in een partneriaatsregister van een gemeente van het Vlaamse Gewest én gedurende dezelfde periode een ononderbroken samenwoning moesten hebben in een gemeente van het Vlaamse Gewest, is immers niet terug te vinden in het decreet van 15 juli 1997. Deze voorwaarde speelt bijgevolg niet. Het volstaat dat de in Nederland geregistreerde partners voldoen aan de voorwaarden van het Vlaamse decreet, nl. een ononderbroken samenwoning van ten minste drie jaar (waar dan ook) en het voeren van een gemeenschappelijke huishouding, opdat zij in Vlaanderen in aanmerking komen voor het tarief tussen samenwonenden.

14. Onder nr. 5 hiervoor werd reeds gezegd dat er ter zake van de successierechten een bevoegdheidsverdeling geldt tussen de gewestelijke wetgevers en de federale wetgever. Een dergelijke verdeling van bevoegdheden maakt een delicaat evenwicht uit, waaromtrent met de nodige voorzichtigheid moet worden gehandeld. Immers, bij bevoegdheidsoverschrijding door één van de wetgevers is er de mogelijke vernietiging van de door deze wetgever uitgevaardigde normen door het Arbitragehof.

En inderdaad werden tegen het decreet van 20 december 1996 door de federale regering, de Koning Boudewijnstichting, het Nationaal Fonds voor Wetenschappelijk Onderzoek/Fonds voor Wetenschappelijk Onderzoek Vlaanderen en enkele particulieren verzoekschriften ingediend bij het Arbitragehof strekkende tot nietigverklaring van, respectievelijk, de gehele regeling zoals ingevoerd door dit decreet, behalve voor wat betreft de loutere tariefwijzigingen zoals bepaald in de artt. 14, 15, 16 en 18 van het decreet (exclusief de nieuwe Vlaamse splitting in een netto-roerend en netto-onroerend erfdeel in de rechte lijn en tussen echtgenoten), de beperking van het verlaagd tarief van 6,60 pct. tot legaten aan overheden en instellingen gelegen in het Vlaamse Gewest en de wijzigingen aan de artt. 48, 50 en 56 W. Succ.

15. Het vernietigingsberoep van de federale regering wekt - op zijn zachtst uitgedrukt - verbazing.

Ook de Vlaamse ministers in deze regering, waarvan er een aantal jurist zijn, hebben zich bij het indienen van dit vernietigingsberoep aangesloten. Bovendien heeft de federale minister van Financiën, Ph. Maystadt, al laten doorschemeren dat de door het decreet van 20 december 1996 doorgevoerde hervormingen behouden zullen blijven, zelfs indien het Arbitragehof de bestreden decreetbepalingen zou vernietigen. De minister verklaarde zich bereid om in dat geval onmiddellijk een wetsontwerp in te dienen om de doel-

¹⁷ Voor een recente toepassing, zie: Antwerpen, 12 juni 1995, *De Fiscale Koerier*, 1995, 437, met noot DE BROECK, L.; *J.D.F.*, 1995, 292, met noot COLHANT, B.; *E.J.F.*, 1995, 407.

¹⁸ Cass., 9 juli 1931, *Pas.*, 1931, I, 218; Cass., 7 juni 1934, *Pas.*, 1934, I, 310; Cass., 21 september 1978, *Pas.*, 1979, I, 104; zie ook: VAN CROMBRUGGE, ST., «De evolutie van het inkomstenbelastingrecht», *R.W.*, 1986-1987, 1525.

¹⁹ Cass., 14 januari 1935, *Pas.*, 1935, I, 105.

²⁰ SENAËVE, P., *Compendium van het Personen- en familierecht*, Leuven, Acco, 1996, nrs. 1490 e.v., pp. 480 e.v.

²¹ SENAËVE, P., *op. cit.*, nr. 1522, p. 490.

stellingen van het Vlaamse decreet mogelijk te maken.²² Deze verklaringen van de minister doen vragen rijzen omtrent de werkelijke motieven van het door de federale regering ingediende vernietigingsberoep. In dat verband is overigens over afzienbare tijd het uur van de waarheid voor de federale regering aangebroken, nu ook het Waalse Gewest met ingang van 1 januari 1998 een eigen regeling inzake de vererving van familiale ondernemingen en vennootschappen heeft ingevoerd.²³ Als de federale regering haar geloofwaardigheid wil behouden, dient zij logischerwijze ook tegen dit Waalse decreet een vernietigingsberoep in te stellen.

16. Afrondend kan gesteld worden dat de thans bestaan- de bevoegdheidsverdeling inzake successierechten geen bevredigende en werkzame constructie uitmaakt, met name niet voor Vlaanderen, dat goed is voor nagenoeg de helft van de opbrengst van de successierechten. Bij de hervorming van de successierechten werd in het Vlaams Parlement dan ook gepleit voor meer fiscale autonomie voor Vlaanderen.²⁴ De Vlaamse minister van Financiën, Begroting en Gezondheidsbeleid, W. Demeester, heeft zich daarbij aangesloten, en met verwijzing naar de *Proeve van Grondwet voor Vlaanderen* bepleit zij o.m. de overdracht naar de Gewesten van de totaliteit van de registratierechten (dus niet enkel de registratierechten op onroerende goederen).²⁵

Met zijn hervorming van de successierechten heeft het Vlaams Parlement een dynamiek in beweging gezet, die zeer moeilijk zal kunnen terugschroefd worden, en die nu al repercussies naar de andere Gewesten van het land heeft. Elke burger, ook de federale minister van Financiën, zal zich er rekenschap van moeten geven dat de tijd van een unitaire en voor het hele Rijk eenvormige regeling inzake successierechten definitief tot het verleden behoort. Dat dit tot gevolg heeft dat er meer nalatenschappen in Vlaanderen zullen openvallen (zoals gesignaleerd werd door een commissielid tijdens de bespreking van het ontwerp van decreet, dat geleid heeft tot het decreet van 20 december 1996, in de Commissie voor Financiën en Begroting van het Vlaams Parlement)²⁶ of, minder eerbiedig geformuleerd, dat er aan zg.

'palliatief toerisme' gedaan zal worden,²⁷ is daarvan niet meer dan een logisch uitvloeisel.

B) Op federaal niveau

17. Op federaal wetgevend niveau is het sedert de vierde staatshervorming van 1993 niet langer meer zo dat dezelfde tekst moet aangenomen worden door de Kamer van Volksvertegenwoordigers en de Senaat, vooraleer een wetsontwerp door de Koning kan worden bekrachtigd. De grondwetgever heeft in 1993 immers gevolg gegeven aan de roep om specialisatie van de Wetgevende Kamers en om rationalisering van de wetgevende procedure.²⁸ Het verdere verloop van de behandeling van een wetsontwerp of -voorstel, dat in één van beide Kamers is goedgekeurd, hangt voortaan af van de aangelegenheid die het regelt. Er wordt thans een onderscheid gemaakt tussen de *monocamerale aangelegenheden* (art. 74 G.W.), waarvoor uitsluitend de Kamer van Volksvertegenwoordigers en de Koning de federale wetgevende macht vormen, de *volledig bicamerale aangelegenheden* (art. 77 G.W.), waarvoor beide Wetgevende Kamers op voet van gelijkheid bevoegd zijn, en ten slotte de *gedeeltelijk bicamerale aangelegenheden* (art. 78 - 81 G.W.).²⁹

De fiscale wetten behoren tot de laatste categorie van de zg. *gedeeltelijk bicamerale aangelegenheden*. In die gevallen worden de wetsontwerpen die door de Kamer aangenomen werden, aan de Senaat overgezonden. De Senaat is evenwel niet verplicht om de overgezonden ontwerpen te onderzoeken. Enkel wanneer vijftien leden van de Senaat daarom verzoeken binnen - in beginsel - vijftien dagen na de ontvangst van deze ontwerpen, oefent de Senaat zijn evocatierecht uit, hetgeen impliceert dat de Senaat deze wetsontwerpen ook effectief zal onderzoeken.³⁰

18. Dat het evocatierecht van de Senaat tot zware moeilijkheden voor de praktijk kan leiden, is recent nog gebleken, toen de Senaat zijn evocatierecht heeft uitgeoefend i.v.m. de verlenging van het verlaagd B.T.W.-tarief van 12 % voor de zg. sociale woningbouw.

19. Door het K.B. van 1 december 1995³¹ werd het B.T.W.-tarief tijdelijk (nl. van 1 januari 1996 tot en met 31 december 1997) verlaagd van 21 % tot 12 % op een totaal gecumuleerde maatstaf van heffing van 2 miljoen F (exclusief B.T.W.) voor de zg. sociale woningen in de privé-sector, meer bepaald voor het werk in onroerende staat en andere handelingen die de oprichting tot voorwerp hebben van een woning, alsook voor de leveringen van gebouwen en de vestigingen, overdrachten en wederoverdrachten van zakelijke rechten op gebouwen.

De toepassing van het verlaagd B.T.W.-tarief van 12 % was onderworpen aan twee specifieke toepassingsvoorwaarden,

²² X., «Arbitragehof scheidsrechter in oorlog successierechten», De Standaard, 1 juli 1997; X., «Verlaging successierechten blijft ondanks Arbitragehof», A.F.T. - *Fiscale Actualiteit*, nr. 25, 5 augustus 1997, 11.

²³ Nieuw art. 60 bis, ingevoerd door het Waalse *Décret-programme* van 17 december 1997 «portant diverses mesures en matière d'impôts, taxes et redevances, de logement, de recherche, d'environnement, de pouvoirs locaux et de transports» - B.S., 27 januari 1998.

²⁴ *Gedr. St., Vl. Parl.*, 1996-1997, *Beknopt Verslag*, nr. 26, 5; *Gedr. St., Vl. Parl.*, 1996-1997, *Handelingen*, nr. 26, 5.

²⁵ DEMEESTER, W., «Naar een nieuw financieringsmechanisme voor gemeenschappen en gewesten», in DEKETELEAERE, K. (ed.), *Vlaamse Fiscaliteit - Status questionis 1997*, Brugge, Die Keure, 1997, 292; X., «Vlaamse belastingen innen we zelf beter», De Standaard, 11 juli 1997.

²⁶ *Gedr. St., Vl. Parl.*, 1996-1997, nr. 428/17, 14.

²⁷ Zoals genoemd door H. MORIAU, voorzitter van het Eigenaars-syndicaat (AES); zie: X., «Kijk uit waar u sterft», *Het Laatste Nieuws*, 28 januari 1998.

²⁸ ALEN, A., *op. cit.*, nr. 144, p. 129.

²⁹ ALEN, A., *op. cit.*, nrs. 199 e.v., pp. 180 e.v.

³⁰ ALEN, A., *op. cit.*, nr. 203, p. 183.

³¹ B.S., 16 december 1995.

die verband hielden met de maximale oppervlakte en het gebruik van de woning.

Zo was er bepaald dat de maximale oppervlakte 190 m² voor huizen en 100 m² voor appartementen niet mocht overschrijden. En verder gold de voorwaarde dat de woning hetzij uitsluitend, hetzij hoofdzakelijk als vaste privé-woning gebruikt moest worden. Deze voorwaarde diende uitsluitend beoordeeld te worden ten aanzien van de persoon die de woning betrok. Deze persoon was dus niet noodzakelijk de eigenaar (d.w.z. de bouwheer of de koper). Het K.B. van 1 december 1995 onderwierp het voordeel van het verlaagde B.T.W.-tarief van 12 % immers niet aan de voorwaarde van persoonlijke bewoning van de woning door de eigenaar ervan.

Meteen kan men zich vragen stellen bij het beweerde sociale karakter van de woningbouw in kwestie. Uiteindelijk was het uitsluitend de maximale oppervlakte die het sociale karakter van de woningen bepaalde.

Naast de door het K.B. van 1 december 1995 opgelegde verplichtingen inzake facturatie, diende de bouwheer (in geval van oprichting van een woning) of degene die het gebouw levert (d.w.z. de verkoper in geval van verkoop van een woning) voor het opeisbaar worden van de B.T.W. bij het bevoegde B.T.W.-controlekantoor een dossiertje in te dienen, houdende een eensluidend verklaard afschrift van zijn bouwvergunning, het plan of de plans die voorgelegd werden om de bouwvergunning te verkrijgen, in voorkomend geval de basisakte en, in geval van oprichting, de aannemingsovereenkomst(en), of, in geval van verkoop, de verkoopovereenkomst (d.w.z. de onderhandse verkoopovereenkomst of com-promis).

20. In de loop van de maand november 1997 keurde de Kamer van Volksvertegenwoordigers een wetsvoorstel goed waarbij de verlaging van de B.T.W. tot 12 % onder strikte bijkomende voorwaarden verlengd werd tot 30 juni 1998. Deze bijkomende voorwaarden waren dat het moet gaan om de eerste en enige woning van de bouwheer of verkrijger (waaruit blijkt dat de maatregel nu meer dan vroeger de sociale woningbouw bevordert) en dat het dossiertje waarvan hiervoor sprake op het bevoegde B.T.W.-controlekantoor werd ingediend vóór 1 januari 1998 (waaruit blijkt dat het in feite niet om een echte verlenging van de maatregel gaat). De facturen konden dan nog nadien, en uiterlijk op 30 juni 1998, afgeleverd worden. Het aldus in plenaire vergadering van de Kamer van Volksvertegenwoordigers goedgekeurde wetsontwerp werd overgezonden aan de Senaat.³²

21. Op 15 december 1997 heeft de Senaat zijn evocatierecht uitgeoefend, en aangezien de Commissie voor Financiën van de Senaat niet meer vergaderde in 1997, was er van een goedkeuring van de tijdelijke verlenging vóór de fatale datum van 1 januari 1998 uiteraard geen sprake, zodat een juridisch vacuüm ontstond. Deze toestand stelde uiteraard grote problemen voor de practici. Eind 1997 verscheen in de pers een verklaring van de minister van Financiën, waarin hij de belanghebbende belastingplichtigen de raad gaf het

dossiertje in kwestie toch in te dienen vóór 1 januari 1998, teneinde hun rechten te vrijwaren.

Op 8 januari heeft de meerderheid in de Commissie voor Financiën van de Senaat alle amendementen, die ingediend werden om het toepassingsgebied van de door de Kamer van Volksvertegenwoordigers goedgekeurde tijdelijke verlenging uit te breiden, verworpen. Hetzelfde gebeurde door de Senaat in de plenaire zitting van 15 januari 1998.³³ Dit betekent dat de door de Kamer van Volksvertegenwoordigers goedgekeurde tekst wet zal worden. Indien immers de Senaat beslist dat er geen reden is om het wetsontwerp te amenderen,³⁴ verzendt de Kamer het wetsontwerp naar de Koning, om te worden bekrachtigd.³⁵

Zoals gezegd, bevat het goedgekeurde wetsontwerp de voorwaarde dat het dossiertje vóór 1 januari 1998 ingediend werd bij het bevoegde B.T.W.-controlekantoor. Gelet op de onzekerheid die geschapen werd door het uitgeoefende evocatierecht van de Senaat, heeft de minister van Financiën zijn diensten opdracht gegeven om zich soepel op te stellen. Zo zou - *contra legem* - aanvaard worden dat documenten, die vóór 1 januari 1998 volgens de regels opgesteld werden, tot 15 januari 1998 neergelegd konden worden op het bevoegde B.T.W.-controlekantoor.³⁶

22. Deze affaire heeft opnieuw vragen doen oprijzen over de doeltreffendheid van de rol van reflectiekamer, die aan de Senaat werd toebedeeld bij de laatste staatshervorming.³⁷

III. HET FISCAAL RECHT WIJKT MEER EN MEER AF VAN HET GEMENE RECHT

23. Andere problemen vinden hun oorsprong in het feit dat er meer en meer afgeweken wordt van één van de basisregels van het fiscaal recht, nl. dat de beginselen van het gemene recht in beginsel het fiscaal recht beheersen (tenzij uiteraard het fiscaal recht zelf daarvan afwijkt) (zie nr. 12 hiervoor). Inzake registratierechten volgen daarvan hierna twee voorbeelden, waaruit blijkt dat het toepassingsgebied inzake registratierechten niet altijd samenvalt met dat van de hypothecaire publiciteit. Helemaal problematisch wordt het als het fiscaal recht afwijkt van het burgerlijk recht en indien binnen het fiscaal recht zelf geen uniforme houding wordt aangenomen. Ook daarvan volgt hierna een voorbeeld.

A) Uiteenlopend toepassingsgebied van de registratierechten en de hypothecaire formaliteit

24. In bepaalde gevallen is het toepassingsgebied van de hypothecaire formaliteit ruimer dan dat van de registratie-

³² *Parl. St., Kamer*, 1996-1997, nr. 1219/10.

³³ X., «Verlenging verlaagd B.T.W.-tarief sociale woningbouw», *A.F.T. Fiscale Actualiteit*, nr. 3, 20 januari 1998, 7.

³⁴ Zie art. 60.2 en 60.4 van het reglement van de Senaat.

³⁵ ALLEN, A., *op. cit.*, nr. 203, p. 183.

³⁶ Antwoord van de minister van Financiën op een mondelinge vraag van 8 januari 1998 van Volksvertegenwoordiger R. MEUREAU, *Handelingen, Kamer*, 1997-1998, 211, 7501; *A.F.T. - Fiscale Actualiteit*, nr. 2, 13 januari 1998, 2.

³⁷ ALLEN, A., *op. cit.*, nr. 199, p. 181 en nr. 202, p. 182.

rechten. Een voorbeeld daarvan is de afstand van vruchtgebruik.

Tot voor kort was de fiscale administratie van oordeel dat dergelijke afstanden niet overdragend, maar uitdovend of abdicatief van aard waren. Daaruit vloeide voort dat zij deze afstanden beschouwde als loutere overgangen uit kracht van de wet, die slechts aanleiding gaven tot heffing van het algemeen vast recht. Enkel indien de administratie bij machte was om aan te tonen dat deze afstanden fictief waren, kon zij overgaan tot heffing van een evenredig registratierecht.³⁸

25. Recent heeft de administratie haar standpunt gewijzigd, ingevolge een administratieve beslissing, die nagenoeg niet gekend is, hetgeen de zaken op fiscaal vlak nog gevaarlijker maakt.

Een administratieve beslissing van 9 november 1993³⁹ bepaalt immers dat de administratie altijd kan aantonen, eventueel aan de hand van extrinsieke, buiten de akte gelegen elementen, dat er *animus donandi* voorhanden was bij de personen die afstand doen van hun vruchtgebruik. Deze *animus donandi* verandert de akte van afstand in een schenking, d.w.z. in een overdragende akte, die niet langer een loutere overgang uit kracht van de wet uitmaakt, maar wel een overdracht ingevolge overeenkomst, die de heffing van het registratierecht van schenking verantwoordt.

In de praktijk dient wel vastgesteld te worden dat bepaalde ontvangers van registratierechten voormelde administratieve beslissing van 9 november 1993 te pas en te onpas invoeren, en nagenoeg elke afstand van vruchtgebruik herkwalficeren in een schenking. Daarmee gaan ze onmiskensbaar te ver. Zoals H. De Page⁴⁰ terecht opmerkt, zullen terzake de inhoud en de bewoordingen van de akte, alsook de omstandigheden eigen aan de zaak in acht genomen moeten worden, waarbij er echter van uitgegaan moet worden dat een afstand van recht niet noodzakelijk overdragend is, noch, a fortiori, een schenking uitmaakt.

Het valt niet te loochenen dat in bepaalde gevallen een afstand van vruchtgebruik gebeurt, omdat de vruchtgebruiker de blote eigenaar wenst te bevoordelen. Maar minstens even vaak heeft zo'n afstand plaats doordat de lasten van het vruchtgebruik (met name de gewone lasten (art. 608 B.W.), de bijdrage in de exceptionele lasten (art. 609 B.W.) en de proceskosten (art. 613 B.W.)) te zwaar blijken te zijn.⁴¹ Het spreekt voor zich dat in deze laatste gevallen de afstand van vruchtgebruik enkel louter uitdovend of abdicatief is, en dat er bijgevolg in die gevallen geen sprake kan zijn van een schenking.⁴² Partijen hebben er dus alle belang bij om in de akte van afstand van vruchtgebruik de concrete motieven,

op grond waarvan zij afstand wensen te doen van hun vruchtgebruik, op te geven. Het komt er immers op aan de fiscale administratie ervan te overtuigen dat deze afstand van vruchtgebruik om een andere reden gebeurt dan met de bedoeling de blote eigenaar te begunstigen.

26. Maar zelfs indien bij de vruchtgebruiker dergelijke andere motieven voorhanden zijn en de akte van verzaking aan vruchtgebruik daarvan melding maakt, zullen partijen toch geen absolute zekerheid hebben dat de administratie het registratierecht van schenking niet zal heffen. Er vloeit immers uit een beslissing van 1 juli 1997⁴³ voort dat de administratie er niet voor terugdeinst om de door partijen ingeroepen motieven te betwisten en te verwerpen. Zo kan de administratie overgaan tot een schatting van de waarde van het vruchtgebruik waarvan afstand wordt gedaan, en indien deze waarde belangrijk blijkt te zijn, kan de administratie oordelen dat deze afstand moeilijk verklaard kan worden door de enkele wens om te ontsnappen aan te zware onroerende lasten.

Verder volstaat het loutere feit dat de onroerende goederen in slechte staat verkeren evenmin om het uitdovend of abdicatief karakter van de afstand van vruchtgebruik aan te tonen. In dat verband merkt voormelde administratieve beslissing van 1 juli 1997 op dat men de verdeling van de lasten zoals voorgeschreven door art. 605 B.W. indachtig moet zijn, d.w.z. de herstellingen tot onderhoud lastens de vruchtgebruiker, de grove herstellingen lastens de blote eigenaar. Wanneer bijgevolg werken noodzakelijk blijken te zijn, vallen de meest belangrijke daarvan allicht ten laste van de blote eigenaar.

27. Ter vergelijking: in een zeer recent arrest van 2 december 1997 heeft het Franse Hof van Cassatie beslist dat de afstand van een vruchtgebruik zonder dat daarvoor een plausible reden wordt aangevoerd, een schenking uitmaakt.⁴⁴

28. Teneinde aan deze heffing inzake registratierechten in België te ontsnappen, zou gedacht kunnen worden aan het verkrijgen van de akte van afstand van vruchtgebruik door een buitenlandse notaris. Art. 19, 2° W. Reg. legt in België de registratie op van de akten waarbij de eigendom of het vruchtgebruik van in België gelegen onroerende goederen overgedragen of aangewezen wordt. In deze bepaling is er daarentegen geen sprake van uitdovende akten. Bepaalde akten zijn inderdaad louter uitdovend wat betreft een onroerend zakelijk recht, en niet overdragend of aanwijzend wat een dergelijk recht betreft. Dat is met name het geval voor een akte houdende zuivere en eenvoudige afstand door een vruchtgebruiker van zijn recht van vruchtgebruik. Dergelijke akten worden dus niet beoogd door art. 19, 2° W. Reg.⁴⁵

³⁸ WEYTS, L., «De eenzijdige afstand van vruchtgebruik civiel en fiscaal», T. Not., 1989, 64.

³⁹ Repertorium R.J./Reg., art. 131, nr. 13.01.

⁴⁰ *Traité élémentaire de droit civil belge*, VIII, 1, Brussel, Bruylant, 1944, nr. 52, p. 92.

⁴¹ Zie: VERSTAPPEN, J. en VAN MUYLDER, A., *Actuele fiscale aspecten van onroerend goed*, in Fiscale Wenken, Diegem, CED-Samsom, 1995, 240.

⁴² DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, VI, Brussel, Bruylant, 1942, nr. 442, B, p. 357, nr. 443, p. 358 en nr. 448, p. 363.

⁴³ Met refentie E.E./96087/MD, nog niet gepubliceerd.

⁴⁴ Cass. fr. (comm.), 2 december 1997 (arrest nr. 2441 P), *La semaine juridique notariale et immobilière*, J.C.P., 1998, nrs. 1 - 2, p. 1.

⁴⁵ DECUYPER, J., *Notariaat Fiscaal, Fiscale Documentatie Vandewinckele, XIII, Registratie-, Hypotheek-, Griffie- en Zegelrechten*, Diegem, CED-Samsom, s.d., losbl., nr. 19/33, p. XIII-3/19; GENIN, E. en A., *Commentaire du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe*, Brussel, VAN BUGGENHOUDT, 1950, nr. 475, p. 188.

29. Op te merken valt dat dezelfde temen 'overdragende en aanwijzende akten' voorkomen in art. 1 van de Hypotheekwet van 1851. In dat verband dient wel opgemerkt dat de verplichting van overschrijving op het hypotheekkantoor toepassing vindt op elke afstand van recht die een onroerend zakelijk recht doet verdwijnen uit het vermogen van de afstanddoener. Terzake dient geen onderscheid gemaakt te worden al naargelang deze afstand een werkelijke eigendomsoverdracht tot gevolg heeft, waardoor de begunstigde van de afstand de rechthebbende van de afstanddoener is, dan wel of deze afstand, zoals die gedaan door een vruchtgebruiker, louter uitdovend is, waarbij het recht, dat een bepaald goed bezwaarde, voor de toekomst ophoudt te bestaan en zodoende van rechtswege ten goede komt aan de eigenaar van het goed. In dat verband is het evenmin van belang of de afstand in kwestie bij eenzijdige akte gebeurt, dan wel het voorwerp uitmaakt van een wederkerige overeenkomst.⁴⁶

30. Welnu, art. 29 W. Reg. bepaalt dat, behoudens het bij art. 173, 1°, W. Reg. voorziene geval, geen overschrijving in de registers van de hypotheekbewaarders mag plaatshebben krachtens niet vooraf geregistreerde akten. Deze bepaling strekt er met name toe de heffing van registratierechten op in het buitenland verleden authentieke akten te verzekeren.⁴⁷ De aard van de akten in kwestie heeft terzake geen enkel belang.⁴⁸ Bijgevolg heeft het ruimere toepassingsgebied van de hypothecaire publiciteit tot gevolg dat de buitenslands verleden akte van afstand van vruchtgebruik toch in België geregistreerd moet worden, en bij die gelegenheid riskeert het evenredig registratierecht van schenking verschuldigd te zijn.

31. In andere gevallen is het toepassingsgebied van de registratierechten ruimer dan dat van de hypothecaire formaliteit. Een voorbeeld daarvan betreft de verwerving van een onroerend bezit bij onderhandse akten. Het is inderdaad een courante praktijk, voornamelijk in Wallonië en dan met name in de provincie Luxemburg, dat hele onroerende patrimonien opgebouwd worden via aankopen bij onderhandse akten. Met toepassing van art. 1 Hyp.W. worden dergelijke verwervingen niet overgeschreven op het hypotheekkantoor, met alle gevaren vanden. Anderzijds dienen de onderhandse akten, met toepassing van het reeds geciteerde art. 19, 2° W. Reg., binnen vier maanden ter registratie aangeboden te worden.⁴⁹

⁴⁶ DU FAUX, H., «La renonciation à accession - Analyse et implications», *Rev. Not. B.*, 1980, nr. 11, p. 17; GENIN, E., *Traité des hypothèques et de la transcription*, in *Rép. Not., Privilèges et hypothèques*, T. X. L. Ier. Brussel, Larcier, 1988, nr. 186, p. 169; VAN OMMESELAGHE, P., «Rechtsverwerking en afstand van recht», *T.P.R.*, 1980, 735 e.v.; WERDEFROY, F., «Verlof tot bouwen met afstand van het recht van natrekking», *T. Not.*, 1981, nr. 7, p. 74.

⁴⁷ WERDEFROY, F., *Registratierechten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1991, nr. 175, p. 123.

⁴⁸ WERDEFROY, F., *Registratierechten*, op. cit., nr. 177, p. 124; DONNAY, M., *Droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe - Principes généraux*, in *Rép. Not.*, Brussel, Larcier, 1990, nrs. 289 - 290, p. 238.

⁴⁹ WERDEFROY, F., *Registratierechten*, op. cit., nr. 217, p. 164.

32. Idealiter zouden het toepassingsgebied van de registratierechten en dat van de hypothecaire formaliteit beter op elkaar afgestemd worden. Het particuliere karakter van de kantoren van de hypotheekbewaring, waarvan de hypotheekbewaarder nog wel een rijksambtenaar is, weliswaar met een grote dosis autonomie, maar waarvan het personeel tot de privé-sector behoort, zal allicht tot gevolg hebben dat dit ideaal niet gemakkelijk zal worden bereikt.

B) Gebrek aan eenvormigheid binnen het fiscaal recht

33. Een recent voorbeeld van het feit dat het fiscaal recht zelf geen uniforme houding aanneemt wanneer het afwijkt van het gemene recht, vormt de fiscale behandeling van de huurovereenkomsten met betrekking tot de hoofdverblijfplaats van de huurder.

Op burgerrechtelijk vlak is de desbetreffende regeling terug te vinden in de zg. Woninghuurwet, die opgenomen werd in Afdeling 2 van Hoofdstuk II (Huur van goederen) van Titel VIII (Huur) van Boek III (Op welke wijze eigendom verkregen wordt) van het Burgerlijk Wetboek. Het gaat in dat verband om de regeling die ingevoerd werd door de Wet van 20 februari 1991,⁵⁰ zoals nadien gewijzigd, met name door de Wet van 13 april 1997.⁵¹

Overeenkomstig art. 1, § 1, van deze Wet vindt zij toepassing op huurovereenkomsten betreffende een woning die de huurder, met uitdrukkelijke of stilzwijgende toestemming van de verhuurder, vanaf de ingenottreding tot zijn hoofdverblijfplaats bestemt. Opdat de Woninghuurwet op de huurovereenkomst toegepast kan worden, is in beginsel vereist dat de huurder in het gehuurde goed woont en er zijn hoofdverblijfplaats heeft. De nieuwe Wet van 13 april 1997 maakt hierop één uitzondering. Inderdaad, is de Woninghuurwet eventueel van toepassing op een onderverhuuringsovereenkomst die gesloten wordt tussen minder gegoede personen en bepaalde verenigingen of rechtspersonen bedoeld door art. 1717, derde lid, B.W. (geen vennootschappen). In dat geval zal niet alleen de onderhuur maar ook de hoofdhuurovereenkomst tussen de eigenaar en de sociaalvoelende rechtspersonen beheerst worden door de bepalingen van de Woninghuurwet.

Onder «hoofdverblijfplaats» dient te worden verstaan de plaats waar de huurder daadwerkelijk woont. Bijgevolg is de Woninghuurwet noodzakelijk beperkt tot één onroerend goed. Deze wet vindt dus geen toepassing op overeenkomsten van secundaire verblijfplaatsen, evenmin op studentenkamers als de student op het adres zijn hoofdverblijfplaats niet heeft. De wet is evenmin van toepassing op de verhuring van kantoorruimten voor bedrijven of voor vrije beroepen.⁵²

34. Inzake registratierechten bepaalt art. 159, 13° W. Reg., zoals ingevoegd bij de Wet van 10 april 1991, een uitzondering op de principiële verschuldigdheid van het evenredig registratierecht van 0,20 % op huurovereenkomsten, zoals bepaald in art. 83 W. Reg. Overeenkomstig deze bepaling wor-

⁵⁰ B.S., 22 februari 1991.

⁵¹ B.S., 21 mei 1997, 1e editie.

⁵² HERBOTS, J., en MERCHERS, Y., *Woninghuur na de Wet van 13 april 1997*, Brugge, Die Keure, 1997, nr. 6, p. 16.

den de overeenkomsten van huur, onderhuur of overdracht van huur van onroerende goederen die uitsluitend bestemd zijn tot huisvesting van een gezin of van één persoon van het evenredig registratierecht van 0,20 % vrijgesteld en onderworpen aan het algemeen vast recht van 1.000 F. Spijtig genoeg valt deze regeling niet volledig samen met de regeling inzake de Woninghuurwet. De draagwijdte van de regeling van art. 159, 13°, W. Reg. is tegelijkertijd beperkter en ruimer dan die inzake de Woninghuurwet.

35. Enerzijds is de regeling van art. 159, 13°, W. Reg. beperkter van draagwijdte. Zo zullen sommige woninghuurovereenkomsten niet het gunststelsel van art. 159, 13° W. Reg. kunnen genieten, zelfs indien de Woninghuurwet op deze huurovereenkomsten van toepassing is. Art. 159, 13°, W. Reg. stelt immers als voorwaarde dat de huurovereenkomst moet slaan op onroerende goederen die uitsluitend bestemd zijn tot huisvesting van een gezin of van één persoon. Indien nu de onroerende goederen voor een gemengde bestemming verhuurd worden (d.w.z. hoofdzakelijk om er in te wonen, maar bijkomstig ook voor de uitoefening van een beroepsactiviteit), zal de registratie niet aan het gunststelsel kunnen gebeuren, ook al is de Woninghuurwet op deze huurovereenkomsten van toepassing.⁵³

Om in geval van gemengd gebruik toch in zekere mate het algemeen vast recht te kunnen genieten, dienen er voor de afzonderlijke gedeelten van het onroerend goed (nl. het privé- en het beroepsgedeelte) afzonderlijke contracten opge maakt te worden. In dat geval zal het algemeen vast recht van toepassing zijn op het contract dat slaat op het gedeelte van het goed dat wordt aangewend voor huisvesting. Worden er daarentegen geen afzonderlijke contracten gemaakt, dan is de volledige huurovereenkomst onderworpen aan het evenredig registratierecht van 0,20 %.⁵⁴

36. Anderzijds is de regeling van art. 159, 13°, W. Reg. ruimer van draagwijdte dan de regeling inzake de Woninghuurwet. In art. 159, 13°, W. Reg. is er immers geen sprake van 'hoofdverblijfplaats van de huurder', zoals dat wel het geval is in de Woninghuurwet. In de bepaling van het W. Reg. is er sprake van 'huisvesting'.

Bijgevolg volstaat het dat het onroerend goed (uitsluitend) tot huisvesting bestemd is. Er wordt niet vereist dat de huurder er zijn hoofdverblijfplaats vestigt. De huurovereenkomsten met betrekking tot onroerende goederen die de huurder niet tot permanente bewoning bestemt (tweede, enz... verblijven), vallen bijgevolg ook onder het algemeen vast recht.⁵⁵ Ook studentenkamers kunnen beschouwd wor-

den als vallend onder de toepassing van art. 159, 13°, W. Reg..⁵⁶

37. In een recente beslissing⁵⁷ heeft de administratie het toepassingsgebied van het gunststelsel nog verder uitgebreid. Zo heeft de administratie aangenomen dat een huur, die werd toegestaan in voordeel van een financiële instelling (vennootschap), die verklaart dat het gehuurde onroerend goed ter beschikking zal worden gesteld van een lid van haar personeel, als huisvesting van diens gezin de bij art. 159, 13°, W. Reg. bepaalde vrijstelling geniet. Volgens de administratie is het ter zake immers de uitsluitende aanwending van het goed als huisvesting die telt, en niet de hoedanigheid van de huurder.

Bepaalde auteurs⁵⁸ menen dat deze regeling ook naar de directe belastingen moet worden doorgetrokken. De verhuurder-natuurlijke persoon zou bijgevolg ook slechts op het (geïndexeerd) K.I., verhoogd met 40 % (zie nr. 39, hierna) belast mogen worden indien de vennootschap, die de huurovereenkomst heeft gesloten, het goed als woning ter beschikking stelt. Volgens deze auteurs is er geen verlies aan belastbare materie: voor de huurder-vennootschap is de betaalde huur aftrekbaar en de van de werknemer ontvangen huur belastbaar. Indien deze woning gratis ter beschikking van de werknemer wordt gesteld, zal een belastbaar voordeel in natura worden vastgesteld. M.i. kan deze zienswijze, hoe verantwoord en verdedigbaar ze ook is, niet worden onderschreven, gelet op de duidelijke wettekst terzake. Daartoe is een uitdrukkelijke wetswijziging vereist.

IV. DE NIET-TEGENWERPELIJKHEID VAN BEPAALDE BEDINGEN AAN DE FISCUS

38. Andere problemen vinden hun oorsprong in het feit dat niet alle bedingen van overeenkomsten die partijen onder elkaar sluiten, tegenwerpe lijk zijn aan de fiscale administratie, zelfs niet in geval van registratie of zelfs overschrijving van de akten die deze overeenkomsten bevatten.

39. Een eerste voorbeeld daarvan is de huur. De inkomsten die voortvloeien uit de verhuring van in België gelegen onroerende goederen worden in de personenbelasting verschillend getaxeerd in de persoon van de verhuurder voor wie de verhuring een zuiver beheer van een privé-patrimonium uitmaakt, en dus geen bedrijfskarakter heeft, naargelang de hoedanigheid van de huurder.

Is de huurder een particulier die het gehuurde goed uitsluitend voor privé-doeleinden gebruikt, dan wordt de verhuurder belast op het (geïndexeerd) K.I., verhoogd met 40 % (art. 7, § 1, 2°, a, W.I.B. 1992, als gewijzigd door het K.B. van 20 december 1996,⁵⁹ in werking vanaf het aanslagjaar 1998).

⁵³ MEULEMANS, D., en NEEFS, L., «Verschuldigde belastingen bij het sluiten van de huur», in MEULEMANS, D. (red.), *Een onroerend goed huren en verhuren*, Leuven, Acco, 1996, nr. 651, p. 226.

⁵⁴ Aanschrijving nr. 10, 23 mei 1991, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1991, nr. 23.991, nr. 4, p. 261; DECUYPER, J., *op. cit.*, nr. 159, 13°/4, p. XIII.A.4/538.

⁵⁵ Aanschrijving nr. 10, 23 mei 1991, *Rep. R.J./R.*, 159, 13°/01-02; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1991, nr. 23.991, nr. 2, p. 260; DECUYPER, J., *op. cit.*, nr. 159, 13°/2, p. XIII.A.4/538.

⁵⁶ Admin. beslissing, 11 juni 1991, *Rep. R.J./R.*, 53, 2°/11-01; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1992, nr. 24.107, p. 234; DECUYPER, J., *op. cit.*, nr. 159, 13°/6, p. XIII.A.4/539.

⁵⁷ Admin. beslissing, 25 september 1992, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1992, nr. 24.134, p. 309; *Rev. Not. B.*, 1993, 159.

⁵⁸ VAN STEENKISTE, S., «Huur van een woning, bestemd voor privé-gebruik en toch fiscaal bedrijfsmatig», *A.F.T.*, 1994, 91.

⁵⁹ B.S., 31 december 1996, 4e editie.

Is de huurder daarentegen een natuurlijke persoon, die het goed geheel of gedeeltelijk voor beroepsdoeleinden aanwendt, dan wel een entiteit met of zonder rechtspersoonlijkheid, dan wordt de verhuurder in beginsel (en zonder uitzondering, indien het gaat om een vennootschap) belast op de werkelijke huurinkomsten, met als minimum het (geïndexeerd) K.I., verhoogd met 40 % indien het gaat om een gebouwd onroerend goed (art. 7, § 1, 2°, c. W.I.B. 1992, als gewijzigd door het K.B. van 20 december 1996).

40. Onroerende goederen, die worden verhuurd aan een natuurlijke persoon, die ze deels voor privé-, deels voor beroepsdoeleinden gebruikt, geven in beginsel voor het geheel aanleiding tot taxatie in de persoon van de verhuurder op basis van de werkelijke huurinkomsten, zonder onderscheid al naargelang het gebruik. In art. 8 W.I.B. 1992 wordt evenwel voor deze gevallen een oplossing geboden. Het volstaat om in een geregistreerde huurovereenkomst een opdeling te maken tussen de huurprijs m.b.t. het privé-gedeelte en de huurprijs m.b.t. het beroepsgedeelte. In dat geval geeft enkel de huur betreffende het beroepsgedeelte aanleiding tot een taxatie op basis van de werkelijke huurinkomsten. Indien geen geregistreerde huurovereenkomst voorhanden is of indien in de geregistreerde huurovereenkomst geen uitsplitsing werd gemaakt tussen het beroeps- en het privé-gedeelte van de huurprijs, is de algemene regel van toepassing en is de volledige netto-huur belastbaar.⁶⁰

41. Geen oplossing voor deze gevallen is het bedingen in de huurovereenkomst dat het verhuurde goed enkel voor privé-doeleinden mag worden aangewend. Reden daarvoor is dat de fiscale administratie voor de vaststelling van de belastbare grondslag inzake onroerend goed enkel het feitelijk gebruik daarvan in aanmerking neemt, en dat zij ervan uitgaat dat dergelijke contractuele bedingen enkel de contracterende partijen binden, maar aan haar niet tegenwerpelijk zijn, wanneer zij vaststelt dat de huurder het goed toch, in weerwil van het contractueel beding, geheel of gedeeltelijk voor beroepsdoeleinden aanwendt. In dat geval zet de administratie de belastbare grondslag recht. Zij wordt daarin gevolgd door de rechtspraak,⁶¹ enkele uitspraken niet te na gesproken.⁶²

42. Een tweede voorbeeld van de niet-tegenwerpelijke aan bepaalde bedingen aan de fiscale administratie houdt verband met de onroerende voorheffing in geval van vreemding van het onroerend goed.

Overeenkomstig art. 251 W.I.B. 1992 dienen als schuldenaars van de onroerende voorheffing aangemerkt te worden, de personen die op 1 januari van het belastbaar tijdperk houder zijn van een recht van eigendom, bezit, erfpacht, opstal of vruchtgebruik. Wanneer in de loop van het jaar het recht op een andere persoon overgaat, mag de administratie voor het jaar van de overdracht geen omkering

maken van de belasting tussen de twee partijen, zelfs indien beide partijen hun wederzijds aandeel in de betaling van de belasting onderling bij overeenkomst hebben geregeld.⁶³ De administratie vestigt in dat geval de onroerende voorheffing op naam van de houder van het recht op 1 januari van het aanslagjaar.

43. Anderzijds heeft de administratie wel gepoogd om voordeel te halen uit dergelijke overeenkomsten, die zij, als haar dat beter uitkomt, als haar niet-tegenwerpelijke beschouwt. Zo heeft zij meerdere malen beweerd dat het beding in een verkoopakte van een onroerend goed, waarin voor het jaar van de verkoop de betaling van de onroerende voorheffing tussen de verkoper en de koper in onderling overleg werd verdeeld, als een beding ten behoeve van een derde in haar voordeel moet worden beschouwd. Zodoende beweert zij dat zij de mogelijkheid heeft om ook de nieuwe eigenaar van het onroerend goed voor de betaling van de onroerende voorheffing (O.V.) aan te spreken, met name in geval van insolventie van de verkoper. Telkens opnieuw werd de administratie in dat verband door de rechtbanken in het ongelijk gesteld. De rechtspraak oordeelt dat het beding in kwestie geen beding ten behoeve van een derde uitmaakt. Met het beding in kwestie wilden de bij de verkoopovereenkomst betrokken partijen enkel onder elkaar een regeling uitwerken met betrekking tot de betaling van deze O.V. Het was geenszins hun bedoeling om de fiscus het recht te verlenen om zonder meer, lastens ieder van hen, een gedeelte van de O.V. in te vorderen. Overigens regelt de fiscale wet zelf op imperatieve wijze de verschuldigdheid van de O.V..⁶⁴

V. EEN BETWISTBARE ADMINISTRatieve BESLISSING INZAKE ONROERENDE LEASING

44. Een recente administratieve beslissing van de centrale administratie van de B.T.W., registratie en domeinen inzake onroerende leasing⁶⁵ heeft de betrokken sector in rep en roer gezet. Deze beslissing betreft de gevallen waarin de onderneming, die de leasingovereenkomst wil aangaan, eigenares is van een perceel grond en op dit perceel grond een recht van opstal verleent aan de leasingmaatschappij, teneinde haar toe te laten op deze grond een gebouw op te richten. In de meeste gevallen wordt dit opstalrecht gratis verleend, d.w.z. zonder specifieke vergoeding. Tot voor kort werd de notariële akte waarbij dit opstalrecht werd gevestigd, geregistreerd aan het algemeen vast recht en niet aan het registratierecht van 0,20 %, zoals dat gebruikelijk is voor huur- en opstalovereenkomsten met toepassing van de art. 83 en 84 W. Reg.

Aan deze praktijk werd recent een einde gemaakt door de administratie, die dus niet langer aanvaardt dat dit gratis opstalrecht kan worden geregistreerd aan het algemeen vast recht. In een beslissing van 16 januari 1996 stelt zij dat het

⁶⁰ Gent, 26 mei 1992, *Bull. Bel.*, 1994, 1989.

⁶¹ Zie o.m. Antwerpen, 1 maart 1993, *Bull. Bel.*, 1994, 3349; Brussel, 24 september 1993, *J.T.*, 1995, 153; Antwerpen, 4 november 1993, *De Fiscale Koerier*, 1994, 191.

⁶² Zie o.m. Brussel, 23 mei 1996, *A.F.T.*, 1996, 370, met noot DE TROYER, I.

⁶³ *Comm.I.B.*, nr. 251/14.

⁶⁴ Rb. Luik, 26 november 1981, *F.J.F.*, 1982, nr. 82/79, p. 133; Belagrar. Luik, 8 juni 1995, *Bull. Bel.*, 1996, 641; Rb. Turnhout, 31 oktober 1997, *De Fiscale Koerier*, 1997, 651.

⁶⁵ Admin. beslissing, 16 januari 1996, *Rép. R.J./R.*, nr. 84.09.01; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1996, nr. 24.591, p. 148.

gratis opstalrecht slechts op het eerste gezicht te kostelozen titel gevestigd wordt. Bij nader onderzoek blijkt, nog steeds volgens de administratie, dat dergelijk opstalrecht in werkelijkheid onder bezwarende titel gevestigd werd. De vergoeding zou immers bestaan in het feit dat de grondeigenaar bij het einde van de leasingovereenkomst zonder betaling van een prijs de eigendom verwerft van het door de leasingmaatschappij opgericht gebouw.

45. Aangezien ik mij mede verantwoordelijk voel voor deze beslissing, omdat deze, zoals treffend werd opgemerkt door L. De Broe,⁶⁶ haast letterlijk een passage kopieert uit het artikel 'Actuele problemen inzake het recht van natrekking, de verzaking daaraan en het recht van opstal',⁶⁷ dat ik met mijn echtgenote A. Van Muylder schreef, wil ik hierbij de stelling van L. De Broe ten volle onderschrijven dat deze passage uit haar verband werd gerukt en werd toegepast op een hypothese die niet bedoeld was.

Terecht wordt in de administratieve beslissing gesteld dat er bij opstal in het kader van onroerende leasing geen sprake kan zijn van *animus donandi*. Maar de zienswijze van de administratie dat in geval van onroerende leasing de ware vergoeding, die door de grondeigenaar voor het opstalrecht van de leasingmaatschappij bedongen wordt, bestaat uit het feit dat eerstgenoemde gratis het geleaste gebouw verwerft bij het einde van de leasingovereenkomst, en er bijgevolg op de dag van het verlijden van de opstalovereenkomst een registratierecht van 0,20 % verschuldigd is over de waarde van de gebouwen bij het einde van de leasingovereenkomst, kan niet onderschreven worden.⁶⁸

Allereerst is er bij onroerende leasing wel degelijk sprake van een verkrijging van het gebouw door de grondeigenaar onder bezwarende titel bij het einde van de leasingovereenkomst. Het behoort immers tot het wezen van de onroerende leasing dat de grondeigenaar voor de duur van de leasingovereenkomst aan de leasingmaatschappij de investeringskost terugbetaalt via periodieke leasingvergoedingen en de prijs verschuldigd bij het lichten van de aankoopoptie.

En verder kan men moeilijk beweren dat de gratis eigendomsoverdracht van het gebouw bij het einde van de leasingovereenkomst moet worden beschouwd als een last opgelegd door de grondeigenaar aan de leasingmaatschappij, last die samen met de opstalvergoeding de belastbare grondslag van het registratierecht van 0,20 % zou uitmaken. De reden daarvoor is dat de contractuele verplichting, die de leasingmaatschappij op zich neemt om een gebouw op te richten op specifieke aanwijzingen van de leasingnemer en te financieren, niet voortvloeit uit de overeenkomst waarbij het opstalrecht wordt gevestigd. Deze verplichting wordt immers opgenomen in de zg. kaderovereenkomst, zijnde de onderhandelde overeenkomst, waarbij partijen de krachtlijnen van de leasingovereenkomst vastleggen en die gesloten wordt vóór de opstalovereenkomst. Bijgevolg is de verplichting het

gebouw op te richten geen tegenprestatie voor het verwerven van het opstalrecht. De verplichting het gebouw op te richten is bijgevolg geen last voor de houder van het recht van opstal.

VI. DE NUMERUS CLAUSUS VAN DE ZAKELIJKE RECHTEN

46. In de praktijk kan vastgesteld worden dat de *numerus clausus* van de zakelijke rechten⁶⁹ eveneens voor moeilijkheden zorgt.

A) Uittrekken van zakelijke rechten

47. Al te vaak gaan partijen bij een overeenkomst over tot het tot het uiterste uittrekken van zakelijke rechten met als enig doel maximale fiscale voordelen te genieten. Het spreekt voor zich dat de fiscus in dat verband geen passieve houding aanneemt.

48. Eén van de rechtsfiguren die de laatste jaren een werkelijk réveil heeft gekend, is het recht van vruchtgebruik. Nauwelijks vijftien jaar geleden schreef prof. H. Vandenberghe⁷⁰ dat de vestiging van een recht van vruchtgebruik onder bezwarende titel eerder zeldzaam was. Dat is absoluut niet langer het geval. Eén van de terzake aangewende procédés maakte enkele jaren geleden het voorwerp uit van een parlementaire vraag aan de minister van Financiën, nl. de afstand door natuurlijke personen aan hun vennootschap (bij wijze van inbreng of verkoop) van een recht van vruchtgebruik op een onroerend goed dat hen toebehoort. De minister antwoordde dat deze problematiek onderzocht wordt door zijn diensten in het kader van de te nemen maatregelen om bepaalde oneigenlijke gebruiken te bestrijden.⁷¹ Vooral nog werd evenwel aan de taxatieambtenaren geen enkele nieuwe administratieve richtlijn verstrekt inzake het fiscaal stelsel dat toepassing vindt op de bedragen verkregen bij de vestiging of de overdracht van een recht van vruchtgebruik op een in België of in het buitenland gelegen onroerend goed.⁷²

49. Een dergelijke afstand van vruchtgebruik beperkt in de tijd wordt vaak aangewend als een alternatief voor een verhuring aan de vennootschap in kwestie. Vooral op het vlak van de directe belastingen kan dit een flinke slok op de borrel schelen. Over de belasting van de huurinkomsten had ik het reeds hiervoor onder nr. 39. Heel anders is de situatie inzake vruchtgebruik. Immers, nog steeds maken de bedragen verkregen uit hoofde van de vestiging van een recht van vruchtgebruik geen belastbare inkomsten uit onroerende

⁶⁶ «Het gratis opstalrecht als draagvlak van onroerende leasing: heffing van het registratierecht aan 0,2 %», *N.F.M.*, 1997/1, nr. 3, p. 13.

⁶⁷ Gepubliceerd in *T. Not.*, 1992, nr. 52, pp. 308-309.

⁶⁸ Zie hiervoor voormelde bijdrage van DE BROE, L., *op. cit.*, *ibid.*

⁶⁹ Een beginsel dat aangenomen wordt door de meerderheid van de rechtsleer; zie: GOTZEN, F., «Zakelijke rechten: plaats en aantal in het burgerlijk recht», *R.W.*, 1978-1979, kol. 2337; VAN NESTE, F., *Zakenrecht*, Boek I, in DILLEMANS, R., en VAN GERVEN, W., (ed.), *Be-ginselen van Belgisch Privaatrecht*, V-1, Brussel, Story-Scientia, 1990, nr. 30, p. 59.

⁷⁰ «Actuele problemen van vruchtgebruik», *T.P.R.*, 1983, 56.

⁷¹ Parl. Vraag Senator DALEM, nr. 327 van 25 maart 1993, *Bull. V. & A., Senaat*, 11 mei 1993, 2729.

⁷² Parl. Vraag Senator DALEM, nr. 589, van 18 januari 1994, *Bull. V. & A., Senaat*, 1993-1994, 5028; *Bull. Bel.*, 1994, 1351.

goederen uit. Het recht van vruchtgebruik wordt immers niet beoogd in art. 7, § 1, 3°, W.I.B. 1992, dat onder de inkomsten van onroerende goederen rangschikt, de bedragen verkregen bij de vestiging of overdracht van een recht van erfpacht of van opstal of van gelijkaardige onroerende rechten.

Oorspronkelijk werd evenwel in een administratieve aanschrijving van 15 maart 1984⁷³ gesteld dat een recht van vruchtgebruik beschouwd moet worden als recht gelijkaardig aan dat van erfpacht of van opstal voor de toepassing van voormeld art. 7, § 1, 3°, W.I.B. 1992. Nadien is de minister van Financiën tegen deze vroegere stellingname ingegaan in zijn antwoord op een parlementaire vraag van senator de Clippele⁷⁴ en werd deze nieuwe stellingname ook opgenomen in een administratieve aanschrijving van 27 september 1988.⁷⁵

50. Van belang is te noteren dat de bedragen verkregen uit hoofde van de vestiging van dit recht van vruchtgebruik desgevallend evenmin belastbaar zijn in de persoon van de genietters daarvan, indien deze behoren tot de door het K.B. van 20 december 1996⁷⁶ ingevoerde categorie van de zg. bedrijfsleiders (die de vroegere categorieën van bestuurders in kapitaalvennootschappen en van werkende vennoten in personenvennootschappen vervangt), met name indien het onroerend goed, waarop het vruchtgebruik toegestaan wordt, door deze personen niet aangewend wordt voor de uitoefening van hun beroepswerkzaamheid. Is dat wel het geval, dan maken de bedragen verkregen bij de vestiging van het vruchtgebruik beroepsinkomsten uit overeenkomstig art. 37 W.I.B. 1992. Anderzijds maken de bedragen verkregen naar aanleiding van de vestiging van een recht van vruchtgebruik op een onroerend goed dat tot het privé-vermogen van de bedrijfsleiders behoort, in beginsel geen bezoldigingen uit in de zin van art. 32 W.I.B. 1992.

51. Het feit dat de bedragen verkregen uit hoofde van de vestiging van een recht van vruchtgebruik geen belastbare (onroerende) inkomsten uitmaken, is sedert enige tijd een doorn in het oog van de fiscale administratie, die plannen heeft om daaraan een einde te maken.⁷⁷

Indien partijen in plaats van een huurovereenkomst te sluiten in het voordeel van een vennootschap, overgaan tot de vestiging van een vruchtgebruik, waarvan zij de duur in de tijd beperken, rijst de vraag in welke mate de fiscale administratie dergelijke verrichting zou kunnen aanvechten op basis van de in art. 344, § 1, W.I.B. 1992 bepaalde algemene anti-rechtsmisbruikmaatregel.

52. Algemeen wordt aangenomen dat door de vestiging van een recht van vruchtgebruik geen afbreuk gedaan mag

worden aan de dwingende voorschriften van de Pachtwet en de Handelshuurwet. De reden daarvoor ligt voor de hand: pacht en handelshuur, die in beginsel enkel vorderingsrechten toekennen, bieden de huurder een grotere wettelijke bescherming. Om deze bijzondere wettelijke bescherming voor de huurder te omzeilen, komt het wel eens voor dat een pachtovereenkomst of handelshuur wordt afgesloten onder het mom van het toekennen van een recht van vruchtgebruik.

In de mate dat er sprake is van wetsontduiking (meer bepaald van de dwingende bepalingen van de Pachtwet of van Handelshuurwet), is zo'n werkwijze ongeoorloofd.⁷⁸ Om na te gaan of de dwingende bepalingen van de bijzondere wetgeving werden ontduikt, zal de vestigingsakte van het recht van vruchtgebruik moeten worden onderzocht. De bedoeling om deze wetgeving te ontduiken, kan blijken uit bijzondere bedingen in de overeenkomst van vestiging van het recht van vruchtgebruik, bijvoorbeeld het verbod om te verhuren of te verpachten, het ten laste leggen van de vruchtgebruiker van de grove herstellingen, enz....⁷⁹ De afwezigheid van zekerheidsstelling en staat vormen op zich evenwel een onvoldoende bewijs van de bedoeling om de wet te ontduiken.⁸⁰

Indien de burgerlijke rechter vaststelt dat door partijen wetsontduiking werd gepleegd, kan hij overgaan tot herkwalificatie van de overeenkomst in een huurovereenkomst. Het spreekt voor zich dat, wanneer de burgerlijke rechter overgaat tot herkwalificatie, de fiscale administratie zich daarop zal kunnen afstemmen.

Noteer wel dat niet elke vestiging van een recht van vruchtgebruik in het voordeel van een vennootschap een ontduiking van de dwingende bepalingen van de Handelshuurwet inhoudt. Deze wet is overigens niet steeds van toepassing op verhuringen aan vennootschappen. Zo vallen verhuringen van kantoren, voor doeleinden van groothandel of met het oog op de vestiging van de maatschappelijke zetel, buiten het toepassingsgebied van de Handelshuurwet, wanneer op die plaatsen geen rechtstreeks contact met het publiek is (art. 1 Handelshuurwet).

53. Zelfs buiten voormelde hypothese van wetsontduiking, zou art. 344, § 1 W.I.B. 1992 eventueel toepassing kunnen vinden. Indien de administratie zich op deze bepaling beroept, dienen partijen aan te tonen dat de verrichting beantwoordt aan rechtmatige behoeften van financiële of economische aard.

Indien de maatregel in beginsel toepassing zou vinden, kan voor het leveren van het tegenbewijs gewezen worden op een belangrijk verschil tussen vruchtgebruik en huur, dat erin bestaat dat de vruchtgebruiker het goed neemt in de staat waarin het zich bevindt bij zijn ingenottreding (art. 600 B.W.), terwijl de huurder van de verhuurder kan eisen dat het goed hem in goede staat van onderhoud geleverd zou worden (art.

⁷³ Nr. Ci. RH. 233/350.729, *Bull. Bel.*, 1984, 917.

⁷⁴ Nr. 20, van 17 juni 1988, *Bull. V & A.*, Senaat, 1987-1988, nr. 13, p. 525; *Notarius*, 1989, 81.

⁷⁵ Nr. Ci. RH. 221/399.733, *Bull. Bel.*, 1988, 1867.

⁷⁶ *B.S.*, 31 december 1997, 4e editie.

⁷⁷ Zie hieromtrent: L.M., «Begin van oplossing voor gratis pensioenen; vruchtgebruik krijgt het zwaar te verduren», *Fiskoloog*, nr. 429, 3 juni 1993, 2; X., «Ontwerp van Reparatiwet. Een aantal knelpunten krijgen verduidelijking», *A.F.T. - Fiscale actualiteit*, nr. 23, 17 juni 1993, 2.

⁷⁸ Rb. Nijvel, 14 oktober 1970, *R.C.J.B.*, 1977, 165, bevestigd door Brussel, 28 juni 1971, *J.T.*, 1981, 563.

⁷⁹ Zie hieromtrent: Vred. Brussel, 15 juli 1963, *J.T.*, 1963, 576; Res et Jura imm., 1963, 309; *Rev. Not. B.*, 1963, 424.

⁸⁰ Rb. Nijvel, 14 oktober 1970, voormeld.

1720 B.W.).⁸¹ Indien nu het goed zich niet in een staat van goed onderhoud bevindt bij het aangaan van de overeenkomst, zouden partijen de kwalificatie van vestiging van een recht van vruchtgebruik, die ze aan de overeenkomst gaven, kunnen verantwoorden door rechtmatige financiële behoeften in te roepen, nl. de verplichting het goed in goede staat van onderhoud te stellen, met daaraan verbonden de financiële kosten, als zij voor de kwalificatie van huur hadden gekozen.

54. Een tweede voorbeeld van dit uittrekken van zakelijke rechten vormen de rechten van erfpacht en van opstal. De omstandigheid dat nagenoeg alle bepalingen van de wetten van 10 januari 1824, die beide rechten beheersen, van suppletief recht zijn, met uitzondering van de bepalingen betreffende de minimumduur van 27 jaar en de maximumduur van 99 jaar voor het recht van erfpacht en de maximumduur van 50 jaar voor het recht van opstal, die van openbare orde geacht worden te zijn, speelt hierbij uiteraard een belangrijke rol.

55. Inzake het *recht van erfpacht* wordt men in de praktijk vaak geconfronteerd met een recht van erfpacht tegen een eenmalige canon, alsook met een vroegtijdige beëindiging van dit recht.

56. De geldigheid van de vestiging van een recht van erfpacht tegen een eenmalige vergoeding, al dan niet gekoppeld aan de betaling van een minieme jaarlijkse canon, wordt betwist door bepaalde auteurs, maar uitdrukkelijk aanvaard door andere auteurs.⁸² Bij de oudere auteurs⁸³ kan men lezen dat de canon een essentieel bestanddeel van de erfpacht-overeenkomst uitmaakt. Bijgevolg maakt elke overeenkomst die een zakelijk genotsrecht op een onroerende eigendom vestigt zonder dat een canon verschuldigd is, een onbenoemde overeenkomst uit, waarop de regels van de erfpacht als dusdanig geen toepassing zouden vinden.

Op fiscaal vlak rijst de vraag of de vestiging van een recht van erfpacht tegen een eenmalige vergoeding niet eerder een verkoop vormt.⁸⁴ Dit zal met name het geval zijn, wanneer het recht van erfpacht wordt gevestigd op een grond waarop reeds gebouwen staan of waarop de erfverpachter gebouwen zal oprichten, wanneer de overeenkomst van lange duur is, duur die overeenstemt met de voorziene duur van de gebouwen, en waarbij het bedrag van de eenmalige vergoeding overeenstemt met de waarde van de gebouwen.⁸⁵ Het is uiteraard de fiscale administratie die de veinzing moet

aantonen, maar daarvoor beschikt zij over een termijn van 15 jaar (art. 214, 7°, W. Reg.).

57. De relatief lange termijn waarvoor het recht van erfpacht gevestigd moet worden, blijkt in de praktijk voor problemen te zorgen. Vandaar dat partijen vaak overgaan tot een minnelijke beëindiging van dit recht vóór het verstrijken van de contractueel bedongen duur van dit recht. Van belang is te noteren dat de vroegtijdige beëindiging van het recht van erfpacht in onderling akkoord tussen de bij de overeenkomst betrokken partijen een evenredig registratierecht opvorderbaar riskeert te maken.

58. In geval van vroegtijdige beëindiging van een *recht van opstal* kan verwezen worden naar een recente administratieve beslissing van 20 september 1995,⁸⁶ waarin werd bepaald dat de overeenkomst, waarin wordt vastgelegd dat de partijen vervroegd een einde maken aan een opstalrecht, aanleiding kan geven tot heffing van het registratierecht van 12,5 %. Dat zal met name het geval zijn in de hypothese waarin de overeenkomst houdende vestiging van het recht van opstal uitdrukkelijk bepaalt dat bij het beëindigen van dit recht, de opstalgever de eigendom van de gebouwen zal terugkrijgen zonder dat hij bij die gelegenheid enige vergoeding verschuldigd is aan de opstalhouder, terwijl nadien, in het kader van een overeenkomst van afstand van het recht van opstal, een regeling der schadevergoedingen toegepast wordt. In dat geval dient de overeenkomst ontleed te worden als een afstand onder bezwarende titel van de gebouwen opgericht door de opstalhouder.

In de noot van J. Grillet, ambtenaar, die volgt op de publicatie van de beslissing in het T. Not., wordt opgemerkt dat indien de akte van vervroegde beëindiging van het recht van opstal niet in tegenspraak is met de vestigingstitel van dit recht, er geen heffing van registratierechten op de gebouwen plaatsheeft. In het licht van het recente spreekverbod, dat door de minister van Financiën aan zijn ambtenaren werd opgelegd, zullen wij in de toekomst allicht dergelijke interessante, en voor de belastingplichtige voordelige ontboezemingen moeten missen.

59. Voormelde administratieve beslissing van 20 september 1995 is beperkt tot het recht van opstal, en kan m.i. niet zonder meer worden toegepast op het recht van erfpacht. Ik kan alleen maar herhalen dat de vroegtijdige beëindiging van het recht van erfpacht een evenredig registratierecht opvorderbaar riskeert te maken. Wel bestaat er op dit punt geen eensgezindheid in de rechtsleer.

Sommige auteurs⁸⁷ zijn van oordeel dat wanneer partijen in gemeen overleg, vóór het verstrijken van de contractueel bedongen termijn, overeenkomen om vroegtijdig een einde te maken aan het recht van erfpacht, de eigendomsoverdracht in dat geval plaatsheeft ingevolge een uitdrukkelijke

⁸¹ Zie ook: DE PAGE, H., *op. cit.*, VI, nr. 190, p. 155.

⁸² CARTON DE TOURNAL, R., en CHARLIER, A.J., «Quelques considérations d'actualité sur l'emphytéose et la superficie», *J.T.*, 1971, 71; DONNAY, M., «L'emphytéose», *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1974, nr. 21.803, p. 220, nr. 11.

⁸³ DE PAGE, H., *op. cit.*, VI, nr. 714, p. 607; LAURENT, F., *Principes de droit civil français*, Brussel, Bruylant, 1878, VIII, nr. 347, p. 422, nr. 358, p. 438 en nr. 382, p. 463.

⁸⁴ DERINE, R., VAN NESTE, F., en VANDENBERGHE, H., *Zakenrecht*, Deel II, B, in DILLEMANS, R., en VAN GERVEN, W., (ed.), *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, V-2-B, Gent, Story-Scientia, 1984, nr. 1006, p. 876.

⁸⁵ DONNAY, M., «L'emphytéose», *op. cit.*, *ibid.*

⁸⁶ T. Not., 1996, 245.

⁸⁷ Zie o.m.: VERHEYDEN, K., *Eigendomsverwerving door onroerende natrekking. De rechten van erfpacht en opstal. Fiscaal juridische praktijkstudie*, Brussel, Centrum voor fiscale Wetenschappen en Bedrijfsbeleid, s.d., 67 e.v.; PEETERS, B., en VAN GOETHEM, P., «Boekhoudkundige aspecten en fiscale gevolgen van het recht van opstal», *A.F.T.*, 1987, 45.

overeenkomst, die aanleiding geeft tot heffing van het evenredig verkooprecht.

Andere auteurs⁸⁸ zijn dan weer van oordeel dat in voormeld geval het onroerend overgangsrecht niet verschuldigd is, maar wel indien het contract verdere uitwerking krijgt, maar de aan de erfpachter toebehorende gebouwen vroegtijdig aan de eigenaar van de grond worden overgedragen.

60. Een probleem inzake vroegtijdige beëindiging van een recht van erfpacht, dat in de praktijk vaak rijst, betreft de door de wet opgelegde minimumduur van 27 jaar. Het komt immers vaak voor dat partijen in gemeen akkoord een einde willen maken aan het recht van erfpacht alvorens deze minimumduur verstreken is.

Zoals reeds gezegd, betreft de minimumduur van 27 jaar van het recht van erfpacht de openbare orde. En aan wetten die de openbare orde raken, kan door bijzondere overeenkomsten geen afbreuk worden gedaan (art. 6 B.W.). Hieruit kan men afleiden dat partijen, bij het sluiten van de erfpacht-overeenkomst, geen minimumduur van minder dan 27 jaar mogen bepalen.

Dit betekent echter geenszins dat partijen, in onderling akkoord, vóór het verstrijken van de wettelijke minimumduur van 27 jaar niet zouden kunnen overgaan tot minnelijke beëindiging van de erfpachtovereenkomst, die zelf wel voor een duurtijd van minstens 27 jaar werd gevestigd.⁸⁹

Op fiscaal vlak zal de vroegtijdige beëindiging van een bestaande erfpacht, vóór het verstrijken van de minimumduur van 27 jaar, aanleiding geven tot heffing van het verkooprecht van 12,5 %.⁹⁰

61. In een recente Nederlandse publicatie⁹¹ werd verklaard dat het *recht van opstal* thans in België is uitgestorven. Los van de vraag of Nederlandse auteurs het best geplaatst zijn om zich over de actualiteitswaarde van het Belgische recht uit te spreken, kan opgemerkt worden dat het zakelijk recht van opstal in de praktijk springlevend is. Hiervoor werd reeds verwezen naar zijn toepassing in het kader van onroerende leasingovereenkomsten. Het recht van opstal heeft evenwel nog vele andere verschijningsvormen. Zo heeft ons Hof van Cassatie in zijn arrest van 19 mei 1988⁹² op ondubbelzinnige wijze geoordeeld dat het beding van af-

stand van het recht van natrekking neerkomt op de vestiging van een recht van opstal.

Ook wordt een recht van opstal in het leven geroepen door de verkoop van grond zonder de gebouwen die daarop zijn opgericht, door de verkoop van gebouwen zonder de grond waarop ze werden opgericht, of nog door de verkoop van grond en van gebouwen aan verschillende personen. In zijn principiële arrest van 13 mei 1970⁹³ heeft ons Hof van Cassatie beslist dat het eigendomsrecht rechtsgeldig gesplitst kan worden door de verkoop van een grond zonder de daarop opgerichte gebouwen, en dat de verkoop van de grond alleen kan gelden als bewijs tegen het vermoeden van natrekking in de zin van art. 553 B.W. Het Hof sprak zich toen evenwel niet uit over de grondslag van een dergelijke eigendomsplitsing. De auteurs deden dit wel, en namen het recht van opstal aan als grondslag van de eigendomssplitsing die tot stand komt door de verkoop van een grond zonder de daarop opgerichte gebouwen. Van belang is te noteren dat de rechtsleer deze oplossing eveneens toepast op de omgekeerde hypothese, nl. de vervreemding van de gebouwen zonder de grond waarop ze werden opgericht.⁹⁴

62. In de praktijk wordt een recht van opstal eveneens toegepast om aan een derde toe te staan één of meer verdiepingen te bouwen bovenop een bestaand gebouw. Dit procédé heeft als voordeel dat het fiscaal uiterst vriendelijk is. Zoals reeds gezegd, geven de vestigingen van een recht van opstal slechts aanleiding tot heffing van het evenredig registratierecht van 0,20 %. Terzake dient evenwel de nodige voorzichtigheid in acht genomen te worden. Immers, de rechtsleer is verdeeld over het antwoord op de vraag of de eigenaar van een bestaand gebouw aan een derde kan toelaten te bouwen bovenop zijn gebouw, via de vestiging van een recht van opstal, waarbij de bijgebouwde verdiepingen in eigendom zullen toebehoren aan de derde, zonder dat de opstalgever zijn eigendomsrecht op het bestaande gebouw verliest.

Zo is de meerderheid van de (traditionele) auteurs⁹⁵ van oordeel dat een recht van opstal slechts gevestigd kan worden op een grond, aangezien dit recht een rechtstreekse incorporatie met de grond vereist. Dit betekent dat, wanneer de grondeigenaar een recht van opstal wenst toe te staan aan een derde, teneinde hem in staat te stellen bovenop de op zijn grond reeds bestaande gebouwen te bouwen, hij afstand zal moeten doen van zijn recht van natrekking op het geheel van de gebouwen, daarin begrepen de reeds bestaande gebouwen. Bijgevolg is het volgens deze auteurs niet mogelijk om aan een derde toe te staan één of meer bijkomende verdiepingen op te richten op een bestaand gebouw via de vestiging van een recht van opstal, althans wanneer de grond-

⁸⁸ Zie o.m.: GENIN, E. en A., *op. cit.*, nr. 498, p. 195, met verwijzing naar Cass., 22 juni 1893, *Pas.*, 1893, I, 268; *Rec. Gén. Enr. Not.*, nr. 12.098; WERDEFROY, F., *Registratierechten, op. cit.*, nr. 666, p. 614; WERDEFROY, F., «Verlof tot bouwen met afstand van het recht van natrekking», *T. Not.*, 1981, nr. 12, p. 83.

⁸⁹ Zie expliciet: VERBEKE, R., «Erfpacht», in *Het onroerend goed in de praktijk*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, s.d., losbl., I/L.2-5.

⁹⁰ WERDEFROY, F., *Registratierechten, op. cit.*, nr. 654, p. 595, en nr. 666, p. 614; WERDEFROY, «Beschouwingen over de onroerende natrekking, het recht van erfpacht, het recht van opstal, en het verlof tot bouwen», *TPR.*, 1983, nr. 15, p. 323; WERDEFROY, F., «Beëindiging van de erfpacht», *N.F.M.*, 1994/5, 1 e.v. Anders, op weinig overtuigende wijze, VANDEMAELE, J., «De vroegtijdige beëindiging van de erfpacht - de fiscale gevolgen herbekeken», *N.F.M.*, 1996, 214.

⁹¹ DE VRIES, A., en PLEYSIER, A., *Erfpacht en opstal*, Studiepockets Privaatrecht, nr. 33, Zwolle, Tjeenk Willink, 1995, 112.

⁹² *Arr. Cass.*, 1987-1988, 1230; *J.T.*, 1988, 475; *Pas.*, 1988, I, 1142; *Rev. Not. B.*, 1988, 473; *R.W.*, 1988-1989, 572.

⁹³ *Arr. Cass.*, 1970, 854; *J.T.*, 1970, 627; *Pas.*, 1970, I, 801; *R.C.J.B.*, 1980, 13, met noot RENARD, C., «La renonciation à l'accession»; *Rev. Fisc.*, 1970, 542; *Rev. Not. B.*, 1972, 499; *T. Not.*, 1971, 134.

⁹⁴ CHANDELLE, J.M., *Superficie, in R.P.D.B., Complément VII*, Brussel, Bruylant, 1990, nr. 81, p. 1136, en nr. 100, p. 1139; RENARD, C., «La renonciation à l'accession», noot onder Cass., 13 mei 1970, *R.C.J.B.*, 1980, nr. 8, p. 30; WERDEFROY, F., *op. cit.*, *T. Not.*, 1981, nr. 6, p. 73.

⁹⁵ CARTON DE TOURNAIL, R., en MERTENS DE WILMARS, A., *Emphytéose, superficie et leasing immobilier*, in *Rép. Not.*, T. II, *Les Biens*, 6., Brussel, Larcier, 1980, nr. 89, p. 80-5, en nr. 112, p. 85; RENARD, C., *op. cit.*, nr. 3, pp. 22 - 23.

eigenaar ook eigenaar wenst te blijven van het reeds bestaande gebouw. De reden daarvoor is dubbel. Allereerst zou een recht van opstal m.b.t. één of meer nog op te richten verdiepingen bovenop een bestaand gebouw niet slaan op een grond. En verder neemt de rechtsleer aan dat het recht van opstal op reeds bestaande gebouwen, die niet worden verhoogd door de opstalhouder, aan deze laatste een eigendomsrecht geeft, dat weliswaar aan bepaalde beperkingen is onderworpen, maar dat alleszins het behoud van het eigendomsrecht van de grondeigenaar op de reeds bestaande gebouwen uitsluit.

Niet alle auteurs delen evenwel deze zienswijze. Meer moderne auteurs⁹⁶ verdedigen de opvatting dat de eigenaar van de grond en de daarop opgerichte gebouwen, middels een recht van opstal en zonder basisakte, aan een derde kan toelaten één of meer verdiepingen te bouwen bovenop de reeds bestaande gebouwen, waarbij deze exclusief eigenaar zou zijn van de door hem opgerichte verdiepingen tijdens de duur van het recht van opstal. In deze zienswijze wordt een beperkt recht van opstal gevestigd, dat niet rechtsreeks op de grond steunt, maar op reeds bestaande gebouwen, die dus uitgesloten worden van het recht van opstal, en bijgevolg eigendom blijven van de grondeigenaar. In de praktijk blijkt dit procédé wel degelijk toegepast te worden.

63. Uiteraard bestaan er alternatieve, en meer rechtszekere oplossingen, maar zoals dat nagenoeg steeds het geval is, vallen deze aanzienlijk duurder uit.

64. Een eerste alternatieve oplossing is het beroep op de bij de art. 577-2 e.v. B.W. bepaalde horizontale eigendomsplitsing, nl. de gedwongen mede-eigendom. In deze oplossing zal een basisakte opgesteld moeten worden, waarbij de grond en de gedeelten die gemeen zullen zijn, onder het stelsel van de gedwongen mede-eigendom gesteld worden en de reeds bestaande verdiepingen evenals de bijkomende verdiepingen beschreven zullen worden. De eigenaar van de grond zal dan aan de derde-bouwer de quotiteiten grond en de bestaande gemene delen, die overeenkomen met de verdieping die deze gaat bouwen, verkopen, alsmede het recht om deze bijkomende verdieping op te richten, tegen verwerving door hemzelf van de quotiteiten in de gemene delen van de op te richten verdieping (waaronder het dak) en een overeen te komen prijs. Uiteraard zal de verkoop in kwestie aanleiding geven tot heffing van het registratierecht van verkoop. Het opmaken van de basisakte op zich zal geen aanleiding geven tot heffing van een evenredig registratierecht, voor zover deze akte opgemaakt wordt door de eigenaar van het gebouw vóór de kwestieuze verkoop.⁹⁷

65. Een tweede alternatieve oplossing bestaat erin dat de eigenaar van het gebouw aan de derde-bouwer een erfdienstbaarheid van overbouw toestaat. De vestiging van zo'n erfdienstbaarheid steunt op art. 686 B.W., dat werd opgenomen in het hoofdstuk gewijd aan de erfdienstbaarheden die

door 's mensen toedoen worden gevestigd, en volgens welk eigenaars op hun eigendommen of ten voordele van hun eigendommen zulkdanige erfdienstbaarheden mogen vestigen als zij goedvinden.

Op fiscaal vlak worden de akten, waarbij een erfdienstbaarheid behorende tot de categorie van de door 's mensen toedoen gevestigde erfdienstbaarheden gevestigd wordt onder bezwarende titel, beschouwd als akten houdende overdracht onder bezwarende titel van zakelijke rechten op in België gelegen onroerende goederen die worden gelijkgesteld met de verkoop van onroerende goederen en die uit dien hoofde aanleiding geven tot de heffing van het verkooprecht van 12,5 %.⁹⁸ Teneinde de ontvanger van registratierechten in staat te stellen dit recht te heffen, moet de waarde van de erfdienstbaarheid in de vestigingsakte geschat worden.

B) De verwaarloosde tegenwerpelijke aan derden

66. Anderzijds kiezen partijen al te vaak voor fiscaal voordeliger zakelijke of persoonlijke rechten, terwijl zij andere aspecten, met name de tegenwerpelijke aan derden, uit het oog verliezen.

Zo kiezen partijen meer en meer voor een overeenkomst van bruiklening of commodaat. Deze in de artt. 1875 e.v. B.W. geregelde rechtsfiguur is een overeenkomst, waarbij de ene partij aan de andere een zaak afgeeft om daarvan gebruik te maken, onder verplichting voor degene die de zaak ontvangt, die terug te geven na daarvan gebruik gemaakt te hebben. Het gaat hier essentieel om een overeenkomst om niet (art. 1876 B.W.), waarbij de uitlener eigenaar blijft van de geleende zaak (art. 1877 B.W.). Aangezien alles wat in de handel is, en niet door gebruik teniet gaat, het voorwerp van deze overeenkomst kan uitmaken, kan de bruiklening op onroerende goederen slaan.⁹⁹

67. Op fiscaal vlak, en dan meer bepaald op het vlak van de registratierechten, is de (onderhandse) overeenkomst van bruiklening niet verplicht registreerbaar, zelfs niet wanneer zij slaat op in België gelegen onroerende goederen.¹⁰⁰ Er wordt immers aangenomen dat art. 19, 3°, W. Reg., dat een verplichting tot registratie inhoudt van de akten houdende verhuring, onderverhuring en overdracht van huur van in België gelegen onroerende goederen, niet van toepassing is op overeenkomsten van bruikleen.¹⁰¹ Wordt de overeenkomst toch ter registratie aangeboden, dan zal die slechts aanleiding geven tot heffing van het algemeen vast recht van

⁹⁸ BURTON, M., *Les servitudes*, in *Rép. Not.*, II, *Les Biens*, 10, Brussel, Larcier, 1990, nr. 139, p. 81; WEYTS, L., *Notarieel Fiscaal Recht*, Deel I, *De notariële akten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1995, nr. 244, p. 225.

⁹⁹ DE PAGE, H., *op. cit.*, V, nr. 120, A, p. 133; zie ook: Rb. Kortrijk, 8 mei 1979, *T. Not.*, 1980, 50.

¹⁰⁰ Rb. Nijvel, 27 februari 1956, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1961, nr. 20.318, p. 130; DECUYPER, J., *op. cit.*, nr. 83/34, p. XIII.A.4/180.7; WERDEFROY, F., *Registratierechten*, *op. cit.*, nr. 152, p. 108.

¹⁰¹ Admin. beslissing, 8 oktober 1991, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1993, nr. 24.164, 26; *Rev. Not. B.*, 1994, 466; DONNAY, M., *Droits d'enregistrement...*, *op. cit.*, nr. 269, p. 231; GENIN, E. en A., *op. cit.*, nr. 797, p. 301.

⁹⁶ CHANDELLE, J.M., *op. cit.*, nr. 93, p. 1138; AEBY, A., *La propriété des appartements*, Brussel, Bruylant, 1983, nr. 62, p. 106.

⁹⁷ Admin. beslissing, 22 oktober 1993, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1994, nr. 24.319, p. 82.

1.000 F.¹⁰² De reden daarvan is dat er door de bruiklening geen eigendomsoverdracht plaatsgrijpt, aangezien de uitlener, zoals gezegd, eigenaar blijft van de in bruiklening gegeven zaak.

68. In de praktijk stellen we vast dat de overeenkomst van bruiklening of commodaat vaak als alternatief wordt aangewend voor andere overeenkomsten of zakelijke rechten, die wel verplicht te registreren zijn en die bij die gelegenheid aanleiding geven tot heffing van een evenredig registratierecht.¹⁰³ Zo wordt een overeenkomst van bruiklening in bepaalde gevallen als alternatief aangewend voor een huur, en dan meer in het bijzonder voor een huur die een bijzondere wettelijke bescherming geniet, zoals een landpacht, die op fiscaal vlak in beginsel aanleiding geeft tot heffing van een registratierecht van 0,20 %.

Wel valt op te merken dat de kosteloze bruiklening niet als een systeem mag worden aangewend om de Pachtwet te omzeilen. Bij voorkeur zal deze rechtsfiguur worden aangewend voor gronden die een bijzondere bestemming hebben als bouwgronden of industriegronden. Wordt deze rechtsfiguur toch aangewend voor landbouwgronden of een hofstede, dan valt aan te raden de duurtijd van de bruiklening duidelijk te omschrijven en eerder kort in de tijd te beperken, alsook in de overeenkomst de reden te vermelden waarom op deze rechtsfiguur een beroep gedaan wordt (b.v. onderhandelingen met het oog op verkoop, wijziging van bestemming, enz...)¹⁰⁴

69. Er bestaat wel een fundamenteel verschil tussen een bruiklening, die in essentie kosteloos is, en een huur, die per definitie een overeenkomst onder bezwarende titel uitmaakt en bijgevolg de betaling van een ernstige prijs of tegenprestatie van de huurder vereist. Dit geldt uiteraard ook voor een landpacht.¹⁰⁵

70. Daarnaast wordt een overeenkomst van bruiklening vaak gebruikt als een alternatief voor een recht van bewoning. Dit laatste recht is een bij de artt. 625 e.v. B.W. geregeld zakelijk recht, dat bij overeenkomst (kosteloos of onder bezwarende titel) of bij testament kan worden gevestigd.

De vestiging onder bezwarende titel van een recht van bewoning maakt op fiscaal vlak een verkoop uit en geeft uit dien hoofde aanleiding tot heffing van het verkooprecht van 12,5 %. Gebeurt de vestiging van het recht van bewoning onder kosteloze titel, dan heeft men op fiscaal vlak te maken met een schenking, die in beginsel aanleiding geeft tot heffing van het schenkingsrecht.

¹⁰² Admin. beslissing, 12 januari 1921, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1921, nr. 15.768, p. 223; DECUYPER, J., *op. cit.*, nr. 83/34, p. XIII.A.4/180.7.

¹⁰³ Zie: VERSTAPPEN, J., en VAN MUYLDER, A., *op. cit.*, 264 e.v.

¹⁰⁴ DE WULF, CH., en DE DECKER, H., *Het opstellen van notariële akten*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1994, nr. 1396, p. 1566.

¹⁰⁵ Cass., 4 januari 1979, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1981, nr. 22.576, p. 78; *Rev. Not. B.*, 1980, 53; zie ook: D'UDEKEM D'ACQZ, H., «*Le bail à ferme et le droit de préemption*», in *Les Nouvelles, Droit Civil*, T. VI, *Le louage de choses*, Vol. III, Brussel, Larcier, 1984, nr. 18, p. 6; TRAEST, G., «*De nieuwe pachtwet*», *TPR.*, 1988, nr. 2, p. 799.

71. Op het vlak van de tegenwerpelijheid aan derden bestaat er natuurlijk een groot verschil tussen de bruiklening, die louter persoonlijke verbintenissen in het leven roept, enerzijds, en het zakelijk recht van bewoning of de huur (voor zover die voor langer dan negen jaar werd aangegaan), anderzijds.

Uiteraard verbindt de bruiklening in ieder geval de erfgenamen van de eigenaar, aangezien deze diens rechthebbenden zijn (art. 1122 B.W.). Op het vlak van de tegenwerpelijheid aan derden valt op te merken dat art. 1 Hyp. W. restrictief moet worden geïnterpreteerd. Bijgevolg valt de bruiklening niet binnen het toepassingsgebied van art. 1 Hyp. W.¹⁰⁶ Daaruit dient afgeleid te worden dat het gemene recht der verbintenissen geldt, en dat de bruiklening ten aanzien van derden een '*res inter alios acta*' uitmaakt, zelfs indien de overeenkomst vaste datum heeft verkregen ingevolge de registratie daarvan of ingevolge het overlijden van één van de daarbij betrokken partijen (art. 1165 B.W.). Een vaste rechtspraak neemt evenwel aan dat wanneer een derde met kennis van zaken optreedt met miskenning van de rechten van de wederpartij, er sprake is van derde-medeplichtigheid aan andermans contractbreuk, die de verantwoordelijkheid van deze derde in het gedrang brengt.¹⁰⁷

72. En bovendien mag niet uit het oog worden verloren dat een bruiklening ook op fiscaal vlak tot problemen kan aanleiding geven. Immers, de overeenkomst van bruiklening zal, bij aanbieding ter registratie, slechts aanleiding geven tot heffing van het algemeen vast recht, voor zover men met een echte bruiklening te maken heeft en dus niet staat voor een schenking van genot.¹⁰⁸ Het onderscheid tussen beide rechtsfiguren is soms moeilijk te maken, maar het verschil in fiscale behandeling is enorm, aangezien een schenking van genot aanleiding geeft tot heffing van het evenredig registratierecht van schenking. Men zal te maken hebben met een schenking van genot, indien bij de zogenaamde uitlener *animus donandi* voorzit, zodat de overeenkomst voor hem een echte verarming tot gevolg heeft door het verlies, gedurende een min of meer lange tijd, van het genot van bepaalde waardeerbare elementen van zijn vermogen.¹⁰⁹

VII. HET BETREKKEN VAN DERDEN BIJ DE INVORDERING VAN BELASTINGEN

73. Nog andere problemen houden verband met de maatregelen die de wetgever recent genomen heeft om de invordering van belastingen, die verband houden met vastgoed, veilig te stellen. Aangezien de overdrachten van onroerende goederen noodzakelijk bij authentieke akte dienen te gebeuren, werd aan de notarissen in dat verband een prominente plaats toegewezen.

¹⁰⁶ GENIN, E., *op. cit.*, nr. 125, p. 155.

¹⁰⁷ Cass., 22 april 1983, *R.C.J.B.*, 1984, 359, met noot van MERCIERS, Y., «*La tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle. Fin d'une incertitude*».

¹⁰⁸ VERSTAPPEN, J., en VAN MUYLDER, A., *op. cit.*, 263.

¹⁰⁹ DECUYPER, J., *op. cit.*, nr. 83/34, p. XIII.A.4/180.8.

A) De inflatie van de fiscale notificaties.

74. De verplichting voor de notarissen, belast met het verlijden van een akte van vervreemding of hypothecaire aanwending van een in België gelegen onroerend goed, om een bericht te verzenden aan de belastingen, teneinde na te gaan of er geen achterstallige belastingen verschuldigd zijn door de vervreemder of door de hypotheeksteller, werd in eerste instantie ingevoerd inzake *directe belastingen* door de wet van 27 december 1950. Deze verplichting werd ingevoerd als compensatie van de afschaffing van het *occulte* karakter van de wettelijke hypotheek inzake directe belastingen. Tot de wijziging door voormelde wet van 27 december 1950 bezwaarde deze wettelijke hypotheek alle aan de belasting-schuldige toebehorende onroerende goederen, dit gedurende een termijn van twee jaar, nadien beperkt tot 18 maanden, zonder dat een inschrijving op het hypotheekkantoor noodzakelijk was.¹¹⁰

Ingevolge de wet van 1950 bleef het beginsel van de wettelijke hypotheek behouden, maar verdween het verborgen karakter ervan, om plaats te maken voor een wettelijke hypotheek, die eerst bestaat vanaf de dag van haar inschrijving op het hypotheekkantoor. Zodoende werd deze wettelijke hypotheek van de Schatkist slechts tegenwerpelij aan derden op de dag van haar inschrijving en nam zij eerst van dan af rang.¹¹¹ Als tegenhanger voor de afschaffing van de occulte hypotheek werd aan de notarissen de verplichting opgelegd om de administratie op de hoogte te brengen van iedere vervreemding en hypotheekstelling van een onroerend goed waarmee zij belast worden.¹¹² In reactie op deze verwittiging kan de ontvanger dan binnen twaalf werkdagen aan de notaris de door de betrokken belastingplichtige verschuldigde belastingssommen inzake directe belastingen betekenen. Deze betekening geldt als een beslag onder derden in handen van de notaris, vanaf het ogenblik van het verlijden van de akte, op de sommen, die hij naar aanleiding van de akte onder zich krijgt voor rekening van de belastingsschuldige (art. 435 W.I.B. 1992). De notaris dient een bericht te versturen naar de ontvanger van directe belastingen van de ligging van het onroerend goed, alsook naar diens collega van de woonplaats van de eigenaar of vruchtgebruiker van het onroerend goed in kwestie (zie art. 433 e.v. W.I.B. 1992).

Vóór de wet van 27 december 1950 diende de notaris ook aan de gemeenteontvanger een bericht te verzenden in verband met een geplande vervreemding of hypotheekstelling van een onroerend goed. Deze notariële verplichting werd door deze wet van 1950 echter afgeschaft.¹¹³ Eén van de redenen voor de afschaffing van deze verplichting was dat er op dat ogenblik geen directe gemeentebelastingen meer gewaarborgd waren door een hypotheek, waarvan de invordering nog aan de gemeenteontvangers overgelaten werd.¹¹⁴

75. Nadien werd de verplichting voor de notaris om een bericht te versturen uitgebreid tot de *B.T.W.* ingevolge de wet van 8 augustus 1980 (zie de artt. 62, § 2 en 93^{ter} e.v. W.B.T.W.). Inzake *B.T.W.* dient het bericht verstuurd te worden aan de ontvanger van het *B.T.W.*-kantoor waaronder de eigenaar of vruchtgebruiker ressorteert.

76. Inzake lokale belastingen heeft de wet van 23 december 1986¹¹⁵ het onderscheid tussen directe en indirecte gemeentebelastingen opgeheven. Tevens heeft deze wet de regeling inzake de wettelijke hypotheek, die geldt inzake inkomstenbelastingen, uitgebreid tot de provinciale en lokale belastingen. Toch had deze wet niet tot gevolg dat de verplichting om fiscale notificaties te versturen naar de gemeenteontvangers, opnieuw ingevoerd werd.¹¹⁶

Dit is wel gebeurd door de van het ministerie van Binnenlandse Zaken uitgaande wet van 24 december 1996 betreffende de vestiging en de invordering van de provincie- en gemeentebelastingen.¹¹⁷ Deze wet heeft in haar art. 12, eerste lid, het systeem van de fiscale notificaties inzake directe (rijks)-belastingen uitgebreid tot de provinciale en gemeentelijke belastingen.

Vanaf de inwerkingtreding van deze wet (op 1 januari 1997) vond de verplichting voor de notaris om een bericht te verzenden inzake gemeentebelastingen onmiddellijk toepassing en was de notaris bijgevolg verplicht om een bericht te verzenden aan de gemeenteontvanger van de woonplaats of de hoofdindrichting van de eigenaar van het onroerend goed, alsook aan diens collega van de ligging van het onroerend goed. Een notificatie aan deze beide gemeenteontvangers volstaat. Er dient bijgevolg *geen* bericht te worden verzonden aan alle gemeenteontvangers van het Rijk, zoals ten onrechte beweerd werd in een publicatie.¹¹⁸ Die zienswijze zou tot gevolg hebben dat de kostprijs van de bedoelde akten in één klap met 100.000 F. verhoogt (immers, een aangetekende zending à 200 F. zou verstuurd moeten worden aan de 500 gemeenten van het Rijk).

77. Inzake provinciebelastingen was de toestand tot voor kort onduidelijk, aangezien de functie van provincieontvanger niet bestond. Het waren tot voor kort de ontvangers der directe rijksbelastingen die belast waren met de dwangmatige invordering van de provinciebelastingen. Aangezien nu de door de notaris te versturen fiscale notificaties kaderen in de dwangmatige invordering van belastingen, betekende dit dat de notaris geen bericht moest versturen naar de provincies. Het volstond dat hij een bericht verstuurd naar de ontvangers der directe rijksbelastingen, die aan de notaris, naast achterstallige rijksbelastingen, ook achterstallige provinciebelastingen konden notificeren. De situatie is ten aanzien van de provinciebelastingen virtueel veranderd ingevolge de wet van 25 juni 1997 tot wijziging van de provincie-

¹¹⁰ WEYTS, L., «De fiscale notificatie inzake directe belastingen (art. 324 W.I.B.) en het notariaat», T. Not., 1977, nr. 3, p. 163.

¹¹¹ WEYTS, L., «De fiscale notificatie ...», op. cit., nr. 3, p. 164.

¹¹² WEYTS, L., «De fiscale notificatie ...», op. cit., *ibid.*

¹¹³ WEYTS, L., «De fiscale notificatie ...», op. cit., nr. 3, p. 167.

¹¹⁴ WEYTS, L., «De fiscale notificatie ...», op. cit., *ibid.*

¹¹⁵ B.S., 12 februari 1987.

¹¹⁶ VERSTAPPEN, J., «Lokale fiscaliteit en notariële praktijk - De provinciale en lokale belastingen na de wet van 23 december 1986 (B.S. van 12 februari 1987)», Notarius, 1987, nr. 5, p. 121.

¹¹⁷ B.S., 31 december 1996, 3e editie.

¹¹⁸ LAMBOT, D., en LOUVEAUX, H., «L'établissement, le recouvrement et le contentieux des taxes locales. A la lumière de la jurisprudence et des réformes législatives récentes», J.D.F., 1997, 91.

wet,¹¹⁹ die de functie van provincieontvanger heeft gecreëerd (zie de artt. 113bis tot 113undecies en art. 114 van de Provinciewet). Bij K.B. van 19 augustus 1997¹²⁰ werd de inwerkingtreding van de bepalingen van de Provinciewet betreffende de functie van provincieontvanger vastgesteld op 1 januari 1998. Dit betekent dat de notarissen vanaf 1 januari 1998 ook fiscale notificaties moeten versturen naar de provincieontvangers.

78. Net zoals dat het geval is voor de directe rijksbelastingen, dient te worden aangenomen dat inzake gemeentelijke en provinciebelastingen enkel effectief ingekohierde belastingen genotificeerd mogen worden aan de notaris.¹²¹ In de praktijk kan evenwel vastgesteld worden dat met name de gemeenten om het even welke onbetaalde rekeningen notificeren aan de notarissen, zoals kosten van de gemeentelijke kindercreche, onbetaalde O.C.M.W.-rekeningen, enz..., hetgeen uiteraard niet de bedoeling van de nieuwe verplichting is geweest.

79. Op te merken valt dat in Vlaanderen een voorontwerp van decreet werd uitgewerkt, waarin is bepaald dat de Vlaamse overheid zelf tot inning van de onroerende voorheffing zal overgaan.¹²² De *bijzondere financieringswet* bepaalt in dat verband dat de belastingen waarvan de opbrengst volledig aan de Gewesten werd toegewezen, in beginsel door de federale overheid geïnd worden, tenzij de Gewesten er anders over beslissen (art. 5, § 3, eerste lid, van deze wet). Indien de Gewesten zelf voor de vestiging en de invordering van deze belastingen wensen in te staan, moet dit wel gebeuren overeenkomstig de bij de wet bepaalde procedureregels (art. 5, § 4, van deze wet). Indien Vlaanderen beslist om zelf de onroerende voorheffing te innen, komt er allicht nog een overheid bij aan wie de notarissen fiscale notificaties dienen te versturen.

B) De inhouding door de notaris van de verschuldigde belasting naar aanleiding van de registratie van de overdracht van onroerende goederen toebehorend aan niet-inwoners

80. In twee recente (volmachts)wetten werd de notaris ingeschakeld in de invordering van de belasting op onroerende meerwaarden verwezenlijkt door niet-inwoners. Er is allereerst de wet van 28 december 1992 houdende fiscale, financiële en diverse bepalingen,¹²³ die de verplichting heeft ingevoerd voor de notaris om bedrijfsvoorheffing in te houden op de meerwaarden die niet-inwoners verwezenlijken op in België gelegen gebouwde en ongebouwde onroerende goederen, voor zover die meerwaarden winst of baten uit-

maken voor de genietter ervan. En verder is er het volmachts-K.B. van 20 december 1996 houdende diverse fiscale maatregelen,¹²⁴ waarbij de notaris de verplichting werd opgelegd om belasting in te houden op meerwaarden verwezenlijkt naar aanleiding van een overdracht onder bezwarende titel door niet-inwoners te privaten titel (d.w.z. als diverse inkomsten) op in België gelegen gebouwde onroerende goederen of op zakelijke rechten, met uitzondering van een recht van erfpacht of van opstal of een gelijkaardig onroerend recht.

81. In de eerste verplichting gaat het om meerwaarden verwezenlijkt door vreemde vennootschappen en natuurlijke personen die een nijverheids-, handels- of landbouwonderneming exploiteren (die winsten maken) en door vreemde beoefenaren van een vrij beroep, een ambt of een post (wier inkomsten als baten gekwalificeerd worden). De wet van 28 december 1992 bepaalt dat de bedrijfsvoorheffing zal betaald moeten worden bij de bevoegde ontvanger van de registratie naar aanleiding van de registratie van de akte. De verplichting rust op de personen die ertoe gehouden zijn de akten ter registratie aan te bieden, d.w.z. in geval van authentieke akten op de notaris.

Hoewel de wet van 28 december 1992 bepaalde dat deze nieuwe verplichting toepassing zou vinden op de vanaf 1 januari 1993 verwezenlijkte meerwaarden, is deze verplichting lange tijd dode letter gebleven. Een uitvoeringsbesluit ontbrak immers.¹²⁵ Dit besluit is er pas na vier jaar gekomen. Bij K.B. van 10 januari 1997¹²⁶ werden de uitvoeringsmodaliteiten van de nieuwe regeling vastgesteld. Het K.B. werd met terugwerkende kracht van toepassing verklaard op de sedert 1 januari 1997 verwezenlijkte meerwaarden. Voor meerwaarden verwezenlijkt door niet-inwoners natuurlijke personen wordt de bedrijfsvoorheffing (B.V.) geheven overeenkomstig de normale tariefschaal in de personenbelasting. Er bestaat enkel een uitzondering voor onroerende goederen die sedert meer dan vijf jaar voor het uitoefenen van de beroepswerkzaamheid gebruikt worden. In dat geval geldt een tarief van 18 %.

Voor meerwaarden verwezenlijkt door niet-inwoners vennootschappen werd een eenvormig tarief van 40,17 % bepaald.

82. Hoe gebeurt de invordering in concreto? Samen met de fiscale verwittigingen moet de notaris een aangifte in tweevoud opsturen naar de bevoegde ontvanger «Buitenland», waarbij hij kennis geeft van alle gegevens die nodig zijn voor de berekening van de B.V. Binnen de termijn bepaald voor de fiscale notificaties, geeft de ontvanger «Buitenland» aan de notaris kennis van het bedrag van de eventueel verschuldigde B.V. Bij openbare verkopen geeft de ontvanger aan de notaris enkel kennis van het totale bedrag dat van de verkoopprijs moet worden afgetrokken om het bedrag van de belastbare meerwaarde te bekomen. De notaris dient dan zelf de meerwaarde, alsook de op deze meerwaarde verschul-

¹¹⁹ B.S., 5 juli 1997.

¹²⁰ B.S., 11 oktober 1997.

¹²¹ SPRUYT, E., «Fiscale notificatieplicht voor gemeente- en provinciale belastingen», Nieuwsbrief Notariaat Fiscaal, 1997, nr. 5, p. 4.

¹²² Zie S.K., «Onroerende voorheffing - Vlaams Gewest: nog meer wijzigingen in het vooruitzicht», *Fiskoloog*, nr. 644, 14 januari 1998, 8; X., «Vlaanderen gaat onroerende voorheffing zelf innen», *De Standaard*, 10 december 1997.

¹²³ B.S., 31 december, 3^e editie.

¹²⁴ B.S., 31 december 1996, 4^e editie.

¹²⁵ VERSTAPPEN, J., «De notarissen en de B.V. op onroerende meerwaarden verwezenlijkt door niet-inwoners», *N.F.M.*, 1993, nr. 3, p. 43.

¹²⁶ B.S., 11 februari 1997.

digde B.V. te berekenen. De B.V. moet dan door de schuldenaar betaald worden bij de registratie van de akte. Daartoe moet de notaris de kennisgeving van de ontvanger «Buitenland» voor de registratie van de akte aan de bevoegde ontvanger van registratierechten voorleggen. Na ontvangst van de B.V. en registratie van de akte zal de ontvanger de kennisgeving vervolledigen en in tweevoud aan de notaris terugbezorgen. De notaris zal één exemplaar ervan aan de overdrager overhandigen om hem in staat te stellen zijn aangifte in de belasting niet-inwoners in te vullen. De ontvanger van registratierechten zal een exemplaar van de kennisgeving aan de taxatiedienst van directe belastingen overmaken.

83. Inzake de tweede verplichting, nl. de verplichting tot inhouding van de belasting op de meerwaarden verwezenlijkt door niet-inwoners te privaten titel (d.w.z. als diverse inkomsten) op in België gelegen gebouwde onroerende goederen, kan de parallel worden getrokken met de sedert jaar en dag bestaande regeling met betrekking tot de belasting op de meerwaarden verwezenlijkt naar aanleiding van een overdracht onder bezwarende titel van in België gelegen *on-gebouwde* onroerende goederen. Deze verplichting bestaat reeds sedert de wet van 15 juli 1966.

Op te merken valt dat er in de context van de meerwaarden op *gebouwde* onroerende goederen maar sprake is van belastingheffing indien de gebouwde onroerende goederen hetzij onder bezwarende titel werden verkregen en zijn vervreemd binnen vijf jaar na de verkrijging, hetzij bij schenking onder de levenden verkregen zijn en zijn vervreemd enerzijds binnen drie jaar na de akte van schenking, en anderzijds binnen vijf jaar na de verkrijging onder bezwarende titel door de schenker. Worden ook door de nieuwe regeling getroffen, de meerwaarden verwezenlijkt in de gevallen waarbij op ongebouwde onroerende goederen onder bezwarende titel of bij schenking verkregen door de belastingplichtige een gebouw werd opgetrokken. Hier geldt de dubbele voorwaarde dat de bouwwerken zijn aangevangen binnen vijf jaar na de verkrijging onder bezwarende titel door de belastingplichtige of de schenker van het terrein, én dat het geheel wordt vervreemd binnen vijf jaar na de datum van de eerste ingebruikname of verhuur van het gebouw.

Uitgesloten van de nieuwe regeling werd het eigen woonhuis van de belastingplichtige, waarvoor hij de in art. 16 W.I.B. 1992 vermelde woningaftrek kon genieten gedurende de periode begrepen tussen 1 januari van het jaar dat voorafging aan dat in de loop waarvan de vervreemding heeft plaatsgehad, en de datum daarvan. Het tarief van de meerwaardebelasting bedraagt 16,5 %.

84. Voor zover de meerwaarde op de gebouwde onroerende goederen verwezenlijkt wordt door niet-inwoners, en dit vanaf 1 juni 1997, moet de notaris instaan voor de invordering van de meerwaardebelasting (art. 301 W.I.B. 1992). Hij dient deze belasting aan de ontvanger van registratierechten te betalen naar aanleiding van de registratie van de akte (art. 177 K.B./W.I.B. 1992). Te dien einde moet de notaris aan de ontvanger van registratierechten van zijn standplaats een verklaring in tweevoud bezorgen, die alle elementen bevat die noodzakelijk zijn voor de berekening van de meerwaarde. De notarissen wordt gevraagd deze verklaring

enkele dagen voor de registratie neer te leggen om de ontvanger van registratierechten in staat te stellen na te kijken of alle elementen voor de berekening voorhanden zijn.

85. Er bestaat een belangrijk verschil inzake de notariële aansprakelijkheid tussen de twee belastingen.

Met betrekking tot de meerwaardebelasting op gebouwde onroerende goederen houdt de notariële aansprakelijkheid ten aanzien van de Schatkist op bij de registratie van de akte. Dit is geenszins het geval voor de door de notaris in te houden B.V., die ingekohierd kan worden op naam van de in de wet aangewezen belastingplichtige, zijnde in casu de notaris.

86. Deze twee nieuwe regelingen roepen talrijke problemen op in de praktijk. Om er maar twee te noemen:

hoe dient de notaris te bepalen welke van de twee belastingen verschuldigd is en komen deze regelingen neer op het invoeren van een supervoorrecht in voordeel van de Schatkist, indien deze in samenloop komt met andere bevoorrechte of hypothecaire schuldeisers?

87. In de nieuwe regelingen zal de notaris niet alleen dienen na te gaan of de vervreemder van het onroerend goed de hoedanigheid van niet-inwoner heeft. Terzake kan verwezen worden naar art. 3, § 2, W.I.B. 1992, volgens welk de hoedanigheid van rijksinwoner en niet-rijksinwoner naar de omstandigheden beoordeeld wordt, hetgeen impliceert dat het om een feitenkwestie gaat. Wel worden de personen, die in België in het rijksregister van de natuurlijke personen zijn ingeschreven, behoudens tegenbewijs, geacht rijksinwoner te zijn. Allicht kan ook de administratie zelf dit tegenbewijs leveren.¹²⁷

Daarnaast moet de notaris nagaan of de verwezenlijkte meerwaarden al dan niet beroepsinkomsten uitmaken voor de vervreemder om na te gaan welke van beide heffingen hij dient in te houden. Dit zal in veel gevallen voor moeilijkheden zorgen, omdat de notaris geen inzage heeft in het fiscale dossier van de vervreemder niet-inwoner. In beginsel moet de notaris enkel het bericht versturen naar de ontvanger van registratierechten, respectievelijk naar de ontvanger «Buitenland» in de gevallen waarin de meerwaardebelasting, respectievelijk de B.V. verschuldigd is.¹²⁸ In geval van twijfel valt aan te raden dat de notaris het bericht inzake de B.V. verstuurt naar de ontvanger «Buitenland». Indien deze laat weten dat de B.V. niet verschuldigd is, kan desgevallend nog het bericht inzake de meerwaardebelasting verstuurd worden. Deze werkwijze heeft tot gevolg dat uiteindelijk de notaris niet zelf de kwalificatie tussen privé- of professionele meerwaarden moet maken.

¹²⁷ Com.I.B., nr. 3/21; PEETERS, B., «Beroepsmatige meerwaarden op onroerende goederen gerealiseerd door niet-rijksinwoners», in *Notariële Actualiteit*, 9, *Ondernemingsrecht*, Brugge, Die Keure, 1998, nr. 2.2, p. 124.

¹²⁸ DEBOUCHE, G., «Nouvelles obligations fiscales des notaires», *Waarvan Akte*, 1997, 235; VAN MELKEBEKE, P., «L'imposition des plus-values réalisées sur des immeubles bâtis et les obligations du notaire en cas de plus-value réalisée par un non-résident», *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1997, nr. 52, p. 442.

88. Indien de verkoopprijs onvoldoende is om de bevoorrechte of hypothecaire schuldeisers te voldoen, kan de omstandigheid dat de meerwaardebelasting en B.V. betaald moeten worden om de registratie van de akte te verkrijgen, in aanzienlijke mate de rechten van de andere schuldeisers in het gedrang brengen. Naar mijn oordeel heeft de wetgever geen supervoorrecht ingevoerd in voordeel van de Schatkist.¹²⁹ Er werd immers geen wijziging aangebracht aan de regels betreffende de rangorde van de hypothecaire of bevoorrechte schuldeisers, die van openbare orde zijn. Besluit is dat de meerwaardebelasting of de B.V. niet mag worden ingehouden op de vervreemdingsprijs, ten nadele van de schuldeisers die een meer bevoorrechte schuldvordering hebben, zoals de hypothecaire schuldeisers.¹³⁰

VIII. EEN CREATIEVE ADMINISTRatieve OPLOSSING INZAKE HET BODEMSANERINGSDECREET

89. Hiervoor onder nr. 14 werd melding gemaakt van de afgunstige houding die de federale overheid heeft ingenomen inzake de Vlaamse hervorming van de successierechten.

De federale ministerraad heeft eind 1997 zijn akkoord gegeven aan een hervorming van de registratierechten, bestaande in de invoering - uiteraard onder een aantal strikte voorwaarden - van een schenkingsrecht van 3 % met betrekking tot overdrachten van ondernemingen (d.w.z. activa van eenmanszaken, waaronder ook onroerende goederen, ter uitsluiting van de (gedeelten van) onroerende goederen die voor bewoning zijn aangewend of daartoe zijn bestemd) of aandelen van vennootschappen. De omstandigheid dat de schenkingsrechten vooralsnog (in beginsel) in de federale Schatkist terechtkomen, zal bij de uitwerking van deze hervorming allicht een niet te onderschatten rol gespeeld hebben. Noteer evenwel dat deze regeling alsnog geen wet geworden is.

90. Anderzijds heeft de federale overheid zich ten aanzien van Vlaanderen van haar gulste kant laten zien op het vlak van de registratierechten inzake het Bodemsaneringsdecreet.

Ingevolge art. 36 van het decreet van 22 februari 1995 betreffende de bodemsanering¹³¹ moet de notaris in alle akten houdende overdracht van gronden de verklaring opnemen dat de verwerver vóór het sluiten van de overeenkomst op de hoogte is gebracht van de inhoud van het bodemattest. Dit impliceert dus dat de overdrager, voor het sluiten van de overeenkomst betreffende de overdracht van de gronden bij O.V.A.M. een bodemattest moet aanvragen en de in-

houd daarvan moet meedelen aan de verwerver.¹³² Verder wordt uit de bepaling van art. 36 van het decreet afgeleid dat een overdrager geen geldige overeenkomst kan sluiten, zoals een verkoopcompromis, wanneer hij bij de ondertekening van deze compromis niet in het bezit is van het vereiste bodemattest.¹³³

Wanneer het bodemattest niet voorhanden is bij het sluiten van de compromis, kan aan de bepaling van art. 36 van het decreet niet voldaan worden. Men kan dan geen definitieve verkoopcompromis sluiten.

Terzake dient de nodige voorzichtigheid aan de dag gelegd te worden, aangezien art. 36, § 4 van het decreet de mogelijkheid bevat voor de verwerver van de gronden en voor O.V.A.M. om de overdracht te doen vernietigen, wanneer deze plaatsvond in strijd met de bepalingen van dit artikel. Dit zal met name het geval zijn wanneer de onderhandse akte, waarin de overdracht van gronden wordt vastgelegd, de inhoud van het bodemattest niet bevat.

91. Hoe moet er dan gehandeld worden? Er worden terzake twee oplossingen voorgesteld.

Een eerste oplossing bestaat in het verbinden van een opschortende voorwaarde aan de overdracht met een beding van uitgestelde eigendomsoverdracht. De opschortende voorwaarde bestaat dan in het later afleveren van een blanco attest. Zo wordt de overdracht slechts definitief nadat de voorwaarde is vervuld.¹³⁴

Een tweede oplossing bestaat erin dat partijen, die een onderhandse overeenkomst hebben gesloten die niet voldoet aan de vereisten van art. 36 van het decreet, in de notariële akte deze overeenkomst in gemeen akkoord uitdrukkelijk vernietigen en daarna de overeenkomst opnieuw sluiten met inachtnaam van de voorschriften van art. 36 van het decreet.¹³⁵

92. In twee administratieve beslissingen van 18 maart 1997 heeft de centrale administratie van de B.T.W., registratie en domeinen de geldigheid van beide procédés aanvaard.

In een eerste beslissing van 18 maart 1997¹³⁶ werd gepreciseerd dat de opschortende voorwaarde, waarvan sprake in art. 1181 B.W., een geldige overeenkomst onderstelt, waarvan de partijen de uitvoering hebben willen onderwerpen aan een toekomstige en onzekere gebeurtenis, niet vervat in de overeenkomst. De administratie oordeelt dat het verkrijgen van een bodemattest een opschortende voorwaarde uitmaakt en zal art. 16 W. Reg. toepassen.

In een tweede beslissing van dezelfde datum¹³⁷ werd gesteld dat, omdat de administratie geen rechter is over de gel-

¹²⁹ In dezelfde zin: VAN MELKEBEKE, P., *op. cit.*, nr. 64, p. 448.

¹³⁰ Cfr. de meerwaardebelasting op ongebouwde onroerende goederen: DEBLAUWE, R., «De belasting op de meerwaarden op gronden in privé-vermogen», *T. Not.*, 1978, nr. 37, p. 252; WILMART, J., «La nouvelle taxation des plus-values réalisées sur les immeubles non bâtis en Belgique, et sur les droits réels portant sur ces immeubles», *J.P.D.F.F.*, 1966, 329.

¹³¹ B.S., 29 april 1995; erratum: B.S., 9 oktober 1995.

¹³² DE WULF, CH., «Het bodemsaneringsdecreet en de notariële praktijk», *T. Not.*, 1996, nr. 72, p. 365.

¹³³ DE WULF, CH., *op. cit.*, nr. 77, p. 369.

¹³⁴ DE WULF, CH., «De overdracht van gronden onder een opschortende voorwaarde en andere formules - Bedenkingen bij de interpretatie van artikel 36, par. 1 van het Bodemsaneringsdecreet», *T. Not.*, 1996, nrs. 8 e.v., pp. 618 e.v.

¹³⁵ Oplossing van DE DECKER, H., geciteerd, maar zwaar bekritiseerd door DE WULF, CH., «De overdracht van gronden onder een opschortende voorwaarde ...», *op. cit.*, nr. 13, p. 622.

¹³⁶ *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1997, nr. 24.730, p. 387.

¹³⁷ *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1997, nr. 24.729, p. 387.

digheid van de akte, een akte die titel verschaft van een overeenkomst die onderworpen is aan het registratierecht, aanleiding geeft tot de heffing van dit recht, welke ook de oorzaak van een eventuele nietigheid moge zijn (relatieve of absolute). Niettemin staat de administratie toe dat van de vordering van het recht afgezien moet worden indien, vóór de heffing, de partijen het bewijs leveren dat de overeenkomst in der minne werd vernietigd en dat de nietigheid het gevolg was van een feit waarvan het bestaan niet kan worden betwist. De afwezigheid van een bodemattest kan worden beschouwd als een oorzaak van openlijke nietigheid van de verkoopcompromis.

IX. CREATIEVE RECHTSPRAAK

93. In een recente parlementaire vraag¹³⁸ werd de minister van Financiën ondervraagd over de beslissingen van de hoven van beroep in fiscale geschillen. Meer precies vroeg de vraagsteller inlichtingen omtrent het aantal arresten van de vijf hoven van beroep, die in het voordeel van de administratie werden uitgesproken, hoeveel in het nadeel van de administratie en hoeveel gemengde arresten er werden uitgesproken.

Uitgaande van de cijfers van het gerechtelijk jaar 1995-1996 kwam de minister van Financiën in zijn antwoord tot in totaal 660 arresten gunstig voor de administratie, 373 arresten ongunstig voor de administratie en 138 gemengde arresten. Deze arresten zijn als volgt aan de verschillende hoven van beroep toe te wijzen:

Hof van Beroep	Gunstig voor de administratie	Ongunstig voor de administratie	Gemengd
Antwerpen	112	100	40
Brussel	258	140	33
Gent	62	63	21
Luik	158	46	29
Bergen	70	24	15

Vertrekkende van het uitgangspunt dat de gemengde arresten voor de helft als gunstig voor de administratie, en voor de helft als ongunstig voor de administratie beschouwd worden, geeft dit procentueel volgende verhouding van de gevallen waarin de belastingplichtige in rechte gelijk krijgt:¹³⁹ Antwerpen: 48 %; Brussel: 36 %; Gent: 50 %; Luik: 26 %; Bergen: 29 %.

94. Het springt in het oog dat de hoven van beroep van Antwerpen en Gent de belastingplichtige veel gunstiger gezind zijn dan de drie andere hoven van beroep van het land. Het overgrote deel van de Vlaamse belastingplichtigen kan er alleen maar wel bij varen.

En inderdaad biedt bepaalde fiscale rechtspraak van deze hoven van beroep soms onverwachte mogelijkheden voor de belastingplichtigen. Een voorbeeld daarvan vormen de arresten van het Hof van Beroep te Gent van 27 september

1988¹⁴⁰ en van het Hof van Beroep te Antwerpen van 28 november 1994,¹⁴¹ waarin werd gepreciseerd dat de fiscale administratie ten onrechte voorhoudt dat de afstand van het recht van natrekking slechts tegenwerpelijkt wordt aan derden vanaf de registratie van de notariële akte.

95. Deze rechtspraak biedt de mogelijkheid de afwezigheid te verhelpen van een akte van afstand van het recht van natrekking, die dateert van vóór de aanvang van de werken en die vaste datum heeft verkregen tegenover de administratie, en maakt het mogelijk om zelfs in dat geval tegenover de administratie aan te tonen dat de grondeigenaar niet geacht moet worden door natrekking ook eigenaar te zijn geworden van de op zijn grond opgerichte gebouwen.¹⁴² Ingevolge voormelde rechtspraak kan de grondeigenaar rechtsgeldig aantonen dat de afstand van het recht van natrekking in feite bestond op het ogenblik van de aanvang van de bouwwerken, zelfs indien deze afstand slechts enkele jaren na de oprichting van de gebouwen werd vastgelegd in een akte. Bijgevolg kan in voorkomend geval worden overgegaan tot regularisatie van een stilzwijgende afstand van het recht van natrekking, door deze stilzwijgende afstand, die dateerde van vóór de aanvang van de werken, te bevestigen in een op het hypotheekkantoor over te schrijven authentieke akte.

Dergelijke regularisatie zal maar worden aanvaard door de fiscale administratie, wanneer er bepaalde extrinsieke elementen voorhanden zijn die de waarachtigheid van de stilzwijgende afstand van het recht van natrekking staven. Dergelijke extrinsieke elementen zijn: een bouwvergunning afgeleverd op naam van de bouwer, het opmaken van de facturen op naam van de bouwer, de betaling van deze facturen met eigen gelden van de bouwer of met een op zijn naam aangegane lening. In voormeld arrest van het Hof van Beroep te Antwerpen van 28 november 1994 werd de regularisatie aanvaard, niettegenstaande het feit dat de bouwvergunning werd afgeleverd op naam van de grondeigenaar en niet op naam van de vermeende opstalhouder. De motivering daarvan was dat een dergelijke vergunning immers kan worden overgedragen door de houder.

Er valt aan te raden in de regularisatieakte te verwijzen naar deze rechtspraak en tegelijkertijd de destijds, op het ogenblik van de stilzwijgende afstand van natrekking overeengekomen modaliteiten van het recht van opstal, dat voortvloeide uit de afstand van het recht van natrekking, te preciseren. Het gaat in dit verband met name om de duur van dit recht van opstal, de door de opstalhouder eventueel te betalen opstalvergoeding en de eventueel door de grondeigenaar aan de opstalhouder te betalen vergoeding, bij het einde van het recht, voor de eigendomsovergang op dat ogenblik van de gebouwen.

96. Een dergelijke regularisatie heeft onmiskenbaar als voordeel dat ten aanzien van derden (ook ten aanzien van

¹⁴⁰ *A.F.T.*, 1989, 48, met noot MAES, L.; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1989, nr. 23.761, p. 381.

¹⁴¹ *A.F.T.*, 1995, 144, met noot SPAEY, P.Y.; *De Fiscale Koerier*, 1995, 249; *F.J.F.*, 1995, nr. 95/77, p. 175.

¹⁴² Zie hieromtrent: VAN MUYLDER, A., en VERSTAPPEN, J., *op. cit.*, nrs. 86 e.v., pp. 323 e.v.

¹³⁸ Parlementaire vraag nr. 326 van senator HATRY, van 3 oktober 1997, *Bull. V & A., Senaat*, 12 november 1997 (nr. 1-58), p. 2965.

¹³⁹ Zie: DEBLAUWE, R., *Fiscaliana, De Standaard*, 5 januari 1998.

de fiscus) het eigendomsrecht van de opstalhouder op de gebouwen, die hij oprichtte, op ondubbelzinnige wijze wordt vastgesteld. Indien nadien de grondeigenaar overgaat tot een verkoop of een schenking van de grond aan de opstalhouder, zal de heffing van de daarop verschuldigde registratierechten beperkt blijven tot de waarde van de grond, en bijgevolg niet slaan op de waarde van de gebouwen.

97. Deze rechtspraak van de Hoven van Beroep van Gent en Antwerpen biedt voor de practici nog andere mogelijkheden. Indien voormelde extrinsieke elementen voorhanden zijn, kan er eventueel worden overgegaan tot de regularisatie van een stilzwijgende *overdracht* van het recht van opstal, die dateerde van vóór de aanvang van de werken, te bevestigen in een op het hypotheekkantoor over te schrijven akte. Bij voorkeur zal men de grondeigenaar laten tussenkomen in de regularisatieakte om, voor zover als nodig, zijn akkoord over deze overdracht te geven.

X. BESLUIT

98. In 1991-1992 was de XVIIIe Postuniversitaire cyclus Willy Delva gewijd aan het zakenrecht en droeg die de titel *'Het zakenrecht: absoluut niet een rustig bezit'*. Hetzelfde, maar dan in nog veel sterkere mate, geldt voor het fiscaal recht dat betrekking heeft op onroerend goed. Steeds nieuwe problemen duiken in dat verband op, mede ingevolge het optreden van de diverse wetgevers die ons land rijk is. En toch is het in dat verband niet al kommer en kwel: soms weet de administratie, en vooral de rechtspraak, de belastingplichtigen te verrassen met creatieve oplossingen voor bepaalde problemen inzake vastgoed.

Jan VERSTAPPEN
*Fiscaal en juridisch adviseur bij de Koninklijke Federatie
van Belgische Notarissen
31 januari 1998*

HET GRONDBOEK: DE VEREISTE HERVORMING VAN DE REGELS BETREFFENDE DE VERKRIJGING VAN ONROERENDE ZAKELIJKE RECHTEN

I. AFBAKENING

1. De aan de preadviseur gegeven opdracht betrof een studie van de alternatieven voor het Belgische recht inzake de openbaarmaking van onroerende zakelijke rechten. Bij de uitwerking van die opdracht in dit preadvies is ervoor gekozen om het enkel te hebben over (publiciteit inzake) zakelijke rechten en rechten met zakelijke werking. Andere rechten, zoals huur, komen in beginsel slechts zijdelings ter sprake. Rechten met zakelijke werking zijn in ons recht het eigendomsrecht, de beperkte zakelijke rechten (genots- en zekerheidsrechten), de zakelijke werking die voortvloeit uit het «gezamenhands» karakter van de onverdeeldheid van een geheel van goederen (d.i. een boedel), ¹ de zakelijke werking die voortvloeit uit elk beslag ² en uit elke samenloop van schuldeisers, ³ de zakelijke werking die voortvloeit uit een geoorloofde erfstelling over de hand of andere vormen van begunstigingsbewind, en - beperkt behandeld - de zakelijke werking die voortvloeit uit de retroactieve werking van de nietigheid, ontbinding e.d. van de titel van een verkrijging.

2. In dit preadvies wordt het causale karakter van de beschikking over onroerende goederen ⁴ in ons recht niet principieel in vraag gesteld. Dat elke beschikking over onroerende goederen in ons recht causaal is, en niet abstract, betekent dat de werking ervan afhankelijk is van het bestaan van een geldige titel, d.i. een geldige onderliggende verbintenis tot geven (ongeacht of dit een bezwarende of een kosteloze titel is). Hoewel de keuze voor het ene of het andere

stelsel tot zeer verschillende gevolgen kan leiden, indien deze keuze niet wordt uitgewogen door andere regels, ⁵ is zij niet wezenlijk voor de kern van de hier voorgestelde hervorming. Het hier voorgestelde stelsel is immers in wezen zowel in het Nederlandse, het Oostenrijkse, het Zwitserse als in het Duitse recht te vinden, al kennen de eerste drie een causaal stelsel van overdracht van onroerend goed en het laatste een abstract stelsel.

3. Wel is het voor de goede orde noodzakelijk om, meer dan wij gewend zijn, ⁶ rechtelijk een duidelijk onderscheid te maken tussen:

- enerzijds de verbintenis tot geven, krachtens welke eigendom kan overgaan, of een zakelijk recht kan worden gevestigd, verbintenis die meestal ontstaat door een overeenkomst - die hier dus een obligatoire of verbintenisrechtelijke overeenkomst is,
- en anderzijds de rechtshandeling waarmee, in uitvoering van een dergelijke verbintenis of anderszins, de overdracht of vestiging daadwerkelijk plaatsvindt - en die dus een zakenrechtelijke rechtshandeling is.

Het onderscheid betekent natuurlijk niet dat beide niet gelijktijdig zouden kunnen plaatshebben; in ons recht is het in beginsel net zo dat de tweede rechtshandeling vermoed wordt plaats te hebben tegelijk met de eerste, indien op dat ogenblik ook reeds aan alle vereisten voor de tweede is voldaan. Maar partijen kunnen beide in beginsel wel scheiden, en dus bv. de overeenkomst tot eigendomsoverdracht uitstellen tot aan het verlijden van de authentieke akte of de overschrijving daarvan.

Ons causaal stelsel brengt mee dat alle beperkingen of gebreken van de titel (verbintenis) ook doorwerken in de overdracht waarop de uitvoering van die verbintenis is gericht: niet alleen nietigheden en niet-tegenwerpelikheden (zoals de *pauliana*), maar ook bv. ontbindende voorwaarden, andere ontbindings- en herroepingsmogelijkheden en mogelijkheden tot naasting of indeplaatsstelling op grond van voorkoop- en soortgelijke rechten. De mogelijkheid al die gronden te laten doorwerken in de overdracht zelf, en aldus de verkrijging van eigendom of zakelijke rechten door de we-

¹ Deze zakelijke werking wordt traditioneel behandeld als een aspect van de declaratieve werking van de verdeling. Maar de *ratio* voor de terugwerkende kracht van de verdeling is niets anders dan dat elke mede-eigenaar van een onverdeelde boedel daarin slechts een abstract aandeel bezit en dat het eigendomsrecht van alle mede-eigenaren dus een gezamenhands (collectief) karakter vertoont. Achter die terugwerkende kracht zit precies een beschikkingsonbevoegdheid over de (aandelen in) afzonderlijke goederen van de boedel verborgen. De mede-eigenaars hebben immers geen aandeel in elk van de goederen, maar enkel een aandeel in het geheel, dat door het B.W. als een onlichamelijk goed wordt beschouwd.

² Beslag schept immers beschikkingsonbevoegdheid, ook al ontstaat er geen samenloop. Wanneer men verder stelt dat beslag géén voorrang schept, is dit enkel juist wat de andere schuldeisers betreft die met de beslaglegger in samenloop komen.

³ Samenloop schept naast beschikkingsonbevoegdheid ook een soort gezamenlijk pandrecht voor de samenlopende schuldeisers.

⁴ Men kan wel van mening verschillen over het antwoord op de vraag of ons zakenrecht even sterk causaal en weinig abstract is bij andere goederen, bv. roerende zaken of intellectuele rechten, maar zij vormen niet het onderwerp van dit preadvies.

⁵ In werkelijkheid worden zowel het onderscheiden uitgangspunt van causale en abstracte stelsels ten dele afgezwakt door de combinatie met andere regels.

⁶ Het is niet moeilijk om citaten te vinden uit de rechtsleer waarbij beide zaken door elkaar worden gehaald. Omdat het niet de bedoeling is welbepaalde auteurs te stigmatiseren, worden voorbeelden van deze verwarring hier terzijde gelaten.

derpartij achteraf met terugwerkende kracht te doen wegvallen, alsmede het gebrek aan inzicht in het onderscheid tussen obligatoire en zakelijke rechtshandeling, hebben ertoe geleid dat in ons land niet enkel de overeenkomst tot overdracht of vestiging van zakelijke rechten op zichzelf wordt «ingeschreven» in de registers, maar dat de volledige inhoud ervan wordt «overgeschreven». Nochtans is dit niet strikt noodzakelijk: art. 1 Hyp.W. vereist de overschrijving in zijn geheel enkel voor de akten tot overdracht (of aanwijzing...) van onroerende zakelijke rechten; men zou dus de inhoud van de over te schrijven akte kunnen beperken tot de overeenkomst van partijen dat de eigendom overgaat ingevolge een eerder gesloten koop-verkoop (plus de vaststelling dat de prijs ten belope van een bepaald bedrag nog niet is bepaald, om aldus het voorrecht van de verkoper te bewaren, en soortgelijke vermeldingen), zonder de inhoud daarvan opnieuw in die akte op te nemen. In Duitsland is dit steeds het geval, en in Nederland vaak.

Omdat de overschrijving van akten in hun geheel niet verzoenbaar is met een hedendaags publiciteitsstelsel, dient men de (in ons recht vrij algemene) zakelijke doorwerking van alle gebreken en lotgevallen van de onderliggende overeenkomst wellicht toch te beperken, ja ook hier een soort *numerus clausus* toepassen van inschrijfbaar feiten (voorwaarden, bepalingen), zoals voor zakelijke rechten en rechten met zakelijke werking in het algemeen er ook een *numerus clausus* geldt. Dit komt verderop dan ook in de voorgestelde hervorming aan bod.

4. Om niet vooruit te lopen op deze vraag, wordt in dit preadvies bij voorkeur over de «inschrijving» gesproken in een algemene betekenis, d.w.z. ook de algehele overschrijving omvattend. De «inschrijving» (in engere zin, van bv. hypotheek), de «overschrijving» en de «kantmelding» van het Belgische recht worden beschouwd als drie vormen van het begrip «inschrijving» uit dit preadvies.

II. KORT OVERZICHT VAN DE PUBLICITEITSSTELSELS, D.I. VAN DE UITEENLOPENDE BETEKENIS VAN REGISTERS NAARGELANG HET RECHTSSTELSEL ⁷

5. Bij het zoeken naar wisseloplossingen past het om ons stelsel van onroerende publiciteit te situeren tussen andere mogelijke stelsels. Daartoe worden de publiciteitsstelsels ingedeeld in een viertal grove categorieën, waarbinnen nog

⁷ Zie in de literatuur, naast de klassieke handboeken der verschillende landen, onder meer M. LUTTER, «Die Grenzen des sogenannten Gutgläubensschutzes im Grundbuch», 164. *AcP*, 1964, 122 e.v.; K. VON METZLER, *Das anglo-amerikanische Grundbuchwesen*, Cram de Ruyter, Hamburg, 1966; M.W. MIRANDA, «Le système Torrens et la transmission et constitution de droits réels immobiliers en Australie», *R. int. Not.*, 1982, 77 e.v.; H.R. PEISTER, *Der Schutz des öffentlichen Glaubens im schweizerischen Sachenrecht*, Schulthess, Zürich, 1969; G. PIENAAR, «A comparison between some aspects of South African deeds registration and the German registration system», 19. *Tydskrif vir regsvergeliking en internasionale reg van suidelike Afrika (Comp. & Int. LJ of SA)* 1986, 236 e.v.; M. TROPONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du code. Des privilèges et hypothèques*, Wahlen / Tarlier, Brussel, 1837; W. WIEGAND, «Der öffentliche Glaube des Grundbuchs», *Juristische Schulung* (JuS), 1975, 205 e.v.

merkelijke variatie mogelijk is. Ons recht bevindt zich in deze typologisering duidelijk in de tweede categorie.

A. Louter bewijsregister

6. Een eerste mogelijkheid is dat de in- of overschrijving in de registers enkel een bewijsfunctie heeft: zij bewijst het feit zelf van de ingeschreven handeling (overeenkomst) en/of de - daardoor vaste - datum ervan. Wanneer de inschrijving geen andere rol heeft dan het bewijs van die overeenkomst, heeft ze natuurlijk niet de functie om de overdracht (van eigendom) of vestiging (van zakelijke rechten) te doen plaatshebben. In zo'n stelsel is het mogelijk dat de overgang *solo consensu* plaatsheeft, door een loutere overeenkomst, dan wel door een formele overeenkomst, dan wel door een feitelijke inbezitstelling. Gebreken in de eigendom of bevoegdheid van de vervreemder kunnen in zo'n stelsel enkel worden geheeld door de verkrijgende verjaring, ook bv. wanneer de ware eigenaar hetzelfde goed tweemaal verkoopt en probeert over te dragen. Het hoeft geen betoog dat een dergelijk stelsel vandaag de dag enkel als archaïsch kan worden gekwalificeerd.

B. Overschrijvingsregister (al dan niet constitutief)

7. Ons huidig publiciteitsstelsel is evenwel niet veel minder archaïsch. Het geeft de zakelijke rechtstoestand van een goed slechts zeer gedeeltelijk weer, en dan nog op een wijze die een efficiënte raadpleging onmogelijk maakt. Gepaard daarmee geeft het ook nauwelijks bescherming aan de verkrijger te goeder trouw, d.w.z. de verkrijger die enkel op de inhoud van de registers voortgaat. Het biedt in hoofdzaak slechts een mechanisme voor rangregeling tussen partijen die hun rechten afleiden van dezelfde persoon, maar beschermt nauwelijks tegen andere gevallen van beschikkingsonbevoegdheid van de rechtsvoorganger. ⁸

8. Men is in ons recht eigenlijk nog niet veel verder dan in onze gewesten reeds in de late Middeleeuwen. Meer nog, reeds vanaf de late Middeleeuwen was men in een aantal steden of gewesten reeds een stap verder in de ontwikkeling, door namelijk de inschrijving in openbare registers te beschouwen als een constitutief vereiste voor de eigendomsoverdracht of vestiging van zakelijke rechten (inschrijvingsbeginsel, *Eintragungsprinzip*). Dit was grotendeels zo in onze - Nederlandse - gewesten, alsmede in enkele Noord-Franse gewesten (de zgn. *pays de nantissement*). De datum van inschrijving gold als de datum van overdracht c.q. vestiging en bepaalde dus ook de voorrang tussen zakelijke rechten (los van de vraag naar de goede of kwade trouw van een tussentijdse verkrijger). De inschrijving was meestal de inschrijving door het gerecht (schepbank) waarvoor de «opdracht» (d.i. de afstand door de vervreemder, in het Duits *Auflassung*) diende te geschieden, in andere gevallen de inschrijving van een notariële akte (zie voor onze landen on-

⁸ Beschikkingsonbevoegdheid is in beginsel de keerzijde van oudere zakelijke rechten van een derde. Het is omdat iemand anders dan de vervreemder een ouder zakelijk recht of recht met zakelijke werking heeft op het te vervreemden goed, dat de vervreemder niet of beperkt bevoegd is om over dat goed te beschikken.

der meer de Plakkaten van Karel V van 10 mei 1529 en van Filips II van 9 mei 1560).

9. Vergeleken daarmee werd in onze gewesten door de invoering van de Franse *Code civil* een flinke stap achteruitgezet. De *Code civil* stelde de overschrijving niet langer verplicht en maakte ze slechts in enkele gevallen tot voorwaarde voor tegenwerpelijheid aan derden (hypotheek, schenking, onroerend voorrecht e.d.); vandaar dragen deze registers tot op heden de misleidende naam van hypotheekregisters. Deze stap terug geschiedde onder invloed van het (romanistisch / natuurrechtelijk) dogma van de «*consensus*»⁹ - in andere landen (een deel der Duitse landen meer bepaald) bleef er wel een overschrijvingsregister bestaan, zij het vaak niet - of niet reeds in die tijd - constitutief (d.w.z. niet vereist voor overgang *inter partes*); in andere Duitse landen kende men een gelijkaardig stelsel als dat van de *Code civil*, nl. het *Pfandbuchsystem*.

Van alle landen waar de Franse bezetting de *Code Napoléon* heeft ingevoerd, had België het eerste kunnen zijn om van het stille (d.i. «occulte») stelsel van die *Code* af te stappen, aangezien reeds in 1824 een vrij vooruitstrevend ontwerp werd voorgesteld aan de Staten-Generaal. De Belgische omwenteling heeft evenwel de vooruitgang op dit vlak alhier gestopt en het zijn enkel de Noord-Nederlanders die met de hervorming zijn doorgegaan. Deze werd in 1834 uitgevoerd en daarbij werd de inschrijving in de registers opnieuw constitutief gemaakt (d.w.z. dat inschrijving in ieder geval vereist is voor de overdracht, ook bv. in de verhouding tussen partijen). Dat beginsel vonden we intussen ook al in een reeks Duitse landen, zoals - met varianten - Pruisen (*Hypothekenordnung* 1783), Beieren (met reeds een perceelsgewijze grondboekhouding, 1822), Württemberg (1825/1828), e.d. Deze Nederlandse en Duitse stelsels komen hier niet verder ter sprake, aangezien die landen intussen al weer een hele stap verder zijn gegaan en hun stelsel in de derde categorie wordt behandeld.

In België heeft het dan nog tot 1851 geduurd voor men van het grotendeels stille stelsel is afgestapt en een al bij al zeer gebrekkig publiciteitsselsel is gaan uitbouwen, een stelsel dat achterop bleef bij dat van het *Ancien régime* of van het ontwerp van 1824. Frankrijk volgde eerst met de wet van 23 maart 1855 en sommige andere landen nog later (Engeland in 1925).

10. In de Hypotheekwet van 1851 is de inschrijving evenwel niet opnieuw constitutief (dat is althans de heersende mening - zie daarover verder), en regelt ze enkel het conflict tussen verscheidene verkrijgers van dezelfde rechtsvoorganger. Ook dit is t.a.v. het oude recht nog altijd een stap terug; dat is voornamelijk duidelijk wanneer de overschrijving enkel het conflict regelt tussen verscheidene verkrijgers te goeder trouw, zoals in België en Frankrijk (in Italië daarentegen deert de eenvoudige wetenschap van de tweede verkrijger niet en moet er derde-medeplichtigheid zijn om bescherming te verliezen). Dat betekent dat men niet al-

leen niet beschermd is tegen oudere rechten buiten het geval van dubbele beschikking door de rechtsvoorganger, maar dat men zelfs niet zonder meer wordt beschermd tegen een toekenning door zijn rechtsvoorganger van incompatibele, maar niet-ingeschreven zakelijke rechten, ook al moeten die rechten in beginsel wel worden overgeschreven om tegenwerpelij te zijn. Men kan immers te kwader trouw zijn, zelfs wanneer die toekenning niet is ingeschreven. Wel is het zo men slechts bij aanvang te goeder trouw moet zijn, en dat het niet deert zo men tussen de eigendomsovergang *inter partes* en de inschrijving ervan kennis krijgt van die eerdere toekenning.¹⁰

In België heeft men aan de overschrijving toch een iets grotere rol toebedeeld, bv. doordat een niet-overgeschreven titel geen titel voor de kortere verjaring (d.i. die van 10 of 20 jaar) kan zijn.¹¹ Belangrijk is ook dat de niet-overschrijving ook kan worden opgeworpen door de schuldeisers in geval van samenloop (na beslag, faillissement e.d.).¹² Maar overdragende, vestigende, abdicatieve en declaratieve handelingen blijven louter «inschrijfbaar», niet inschrijvingsplichtig (constitutief).

Al bij al blijft het publiciteitssysteem een zeer «negatief» stelsel. Het waarborgt nooit de betrouwbaarheid van de zakelijke rechtstoestand en ternauwernood de afwezigheid van bepaalde voor die toestand relevante rechtsfeiten (met name enkel die waarvan de inschrijving door de Hypotheekwet is voorgeschreven op straffe van niet-tegenwerpelijheid, d.i. voornamelijk eerdere beschikkingen onder levenden door dezelfde partij en verder ontbindingsrechten van een daaraan voorafgaande vervreemder - art. 28 Hypotheekwet). Wel zijn er in de rechtspraak, voornamelijk in Frankrijk, ontwikkelingen in de richting van (verdere) vertrouwensbescherming. Zij worden verderop kort aangeduid na een korte bespreking (onder c) van de stelsels die deze vertrouwensbescherming wettelijk hebben georganiseerd.

11. Wat de werkwijze betreft, is het kenmerkend voor alle overschrijvingsregisters dat de inschrijving persoonsgewijze en niet perceelsgewijze geschiedt, zodat andere registers, met name het kadaster (perceelsgewijze gehouden), noodzakelijk zijn voor de toegang ertoe. Het kadaster werd en wordt mede opgebouwd op grond van de gegevens uit die registers en geeft er anderzijds op zijn beurt een zekere toegang toe.

C. Fides publica (openbare vertrouwensfunctie)

12. Naast onverzoenbare beschikkingen over hetzelfde goed door éénzelfde vervreemder, zijn er nog vele andere gevallen denkbaar waarin een overdracht gebrekkig is. Grof gezegd gaat het om twee categorieën gebreken:

- enerzijds gebreken die hun oorsprong vinden in de verhouding tussen vervreemder en verkrijger zelf (nietighe-

¹⁰ Cass., 21 februari 1991, *R.W.* 1991-92, 293 (verbreking).

¹¹ Cass., 11 februari 1915, *Pas.*, 1915, I, 183.

¹² Zie onder meer Cass., 8 mei 1856; Cass., 5 juli 1901; Cass., 23 maart 1956, *Pas.*, 1956 I, 612; *a contrario* Cass., 8 april 1957, *R.C.J.B.*, 1958, met noot J. DABIN.

⁹ Een van de auteurs die hierin een grote invloed hadden, en zo het consensualisme ook in het zakenrecht ingang deden vinden, was Hugo DE GROOT. Zie zijn *Inleidinge*, II.5.2 e.v.

den, eventueel ontbindings- en herroepingsrechten) of deze verhouding op een gelijkaardige wijze gebrekkig maken (nietigheden in het belang van derden, niet-tegenwerpelikheden, inkorting e.d.);

- anderzijds de beschikkingsonbevoegdheid of overschrijding van de beschikkingsbevoegdheid door de vervreemder. In ons - causaal - stelsel kan dit onder meer ook het gevolg zijn van een gebrek in de rechtsverhouding tussen de vervreemder en zijn rechtsvoorganger, waardoor de vervreemder, achteraf gezien, nooit eigenaar is geworden (bv. nietigverklaring of ontbinding van de titel van de vervreemder).

13. In een reeks rechtsstelsels nu werd een welbepaalde vorm van bescherming van verkrijgers te goeder trouw tegen beschikkingsonbevoegdheid uitgebouwd, die erin bestaat dat verkrijgers mogen vertrouwen op de betrouwbaarheid - d.i. volledigheid én juistheid - van de daartoe ingerichte registers, d.i. dat deze registers «*fides publica*» (*öffentlicher Glaube*, *foi publique*) hebben. De term kan wel misleiden, omdat men zou kunnen denken dat het daarbij om bewijskracht gaat, terwijl het gaat om de gebondenheid aan de inhoud van de registers van de ware rechthebbende tegenover verkrijgers te goeder trouw.

Dergelijk stelsel werd voornamelijk in de Germaanse rechtskring uitgebouwd. Afgezien van toepassingen op beperktere (plaatselijke) schaal, is dit voor het eerst doorgebroken in Oostenrijk (1871), Pruisen (1872) en sommige andere Duitse landen, en vervolgens uitgebreid tot onder meer heel het Duitse Rijk (1900), Zwitserland (1913, art. 973 Z.G.B.) en Nederland (1992, art. 3:23 N.B.W. en art. 3:88 N.B.W.).

Theoretisch maakt men nog een onderscheid tussen het Duits-Zwitsers-Oostenrijkse stelsel en het Nederlandse stelsel, in die zin dat het Duitse stelsel een «positief» stelsel zou zijn (d.i. met als uitgangspunt dat men erop mag vertrouwen dat de registers de zakelijke rechtstoestand juist weergeven), terwijl het Nederlandse een «negatief» stelsel zou zijn (d.i. met als uitgangspunt dat de registers enkel de afwezigheid (of niet-tegenwerpbaarheid)), van welbepaalde voor de zakelijke rechtstoestand relevante rechtsfeiten bevestigen. In werkelijkheid echter is het verschil tussen beide op dit punt zeer klein: het Nederlandse stelsel garandeert namelijk de afwezigheid van veruit de meeste voor de zakelijke rechtstoestand relevante rechtsfeiten, het Duitse van zijn kant kent enkele uitzonderingen op de *fides publica*. Het is dan ook verantwoord beide in éénzelfde categorie te behandelen, aangezien ze in hun geheel bekeken dicht bij elkaar staan op het punt dat het onderwerp vormt van dit advies.

14. Proberen we even de kenmerken van een stelsel waarin de registers «*fides publica*» hebben samen te vatten.

1° Voorwerp van de inschrijving

15. Deze registers zijn nog steeds registers waarin de rechtsfeiten worden opgenomen op grond waarvan zakelijke rechten overgaan, ontstaan, gewijzigd worden of tenietgaan; niet het zakelijk recht zelf is dus het voorwerp van de inschrijving.

In de meeste landen waar registers *fides publica* hebben, geschiedt de inschrijving wel perceelsgewijze (*Realfolium*) en niet langer persoonsgewijze. Ging het daarbij vroeger om een «boek», dan gaat het nu veelal om losbladige registers (B.R. Duitsland sinds 1961), die recenter verder in elektronische vorm werden opgeslagen en kunnen worden geraadpleegd.

2° Gevolgen die de inschrijving niet heeft

16. Een inschrijving als verkrijger in die registers maakt de ingeschrevene nog niet tot eigenaar. Het verkrijgen van een inschrijving in de registers betekent niet dat dit op zichzelf de gebreken heelt van de verkrijging door diegene die de inschrijving verkrijgt (ongeacht of het daarbij gaat om een gebrek in de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder of een gebrek in de verkrijgingshandeling of titel).

Wel mag men er in het rechtsverkeer in beginsel van uitgaan dat de registers op elk ogenblik de zakelijke rechtstoestand van een onroerend goed volledig juist weergeven. Om die reden wordt men als derde-verkrijger te goeder trouw, d.i. in geval van verkrijging onder bijzondere titel, van onroerende zakelijke rechten in beginsel beschermd tegen een gebrek in de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder dat niet uit de registers blijkt. Daartoe is géén verkrijgende verjaring vereist, zoals in beginsel in ons recht het geval is bij onroerend goed (zgn. korte verjaring) (bij roerend goed daarentegen is in ons recht, behoudens bij verloren en gestolen goederen, ook geen verjaring vereist, en wordt de verkrijger te goeder trouw ook onmiddellijk beschermd). Men zou dus kunnen zeggen dat het «op iemands naam staan» van een goed (in de registers) de ingeschrevene een zekere «beschikkingsmacht» geeft, d.i. de macht om ten nadele van de werkelijke gerechtigde over het goed te beschikken ten gunste van een derde te goeder trouw.

3° Bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid, niet tegen gebreken van de handeling zelf

17. De *fides publica* beschermt in beginsel alleen tegen het niet gerechtigd zijn of althans het niet beschikkingsbevoegd zijn van de wederpartij op wier naam het goed staat. Zij beschermt de verkrijger niét tegen gebreken van zijn eigen titel (althans niet in causale stelsels) of ontbrekende toestemming of formaliteiten. De inschrijving zuivert dus niet de gebreken van de handeling zelf.

In bepaalde stelsels, zoals het Duitse, wordt weliswaar in het zakenrecht abstractie gemaakt van de meeste titelgebreken (en de verkrijgingshandeling dus gezuiverd van die titelgebreken) (van de vereiste toestemming in de inschrijving zelf en van de vormvereisten van de authentieke akte daarentegen wordt ook daar geen abstractie gemaakt); doch dit is geen gevolg van de *fides publica*, maar van andere regels.

Voor zover daarvan geen abstractie wordt gemaakt, zijn voornamelijk relevant voor ons onderwerp die gebreken van de handeling die eigenlijk de bescherming van rechten van derden betreffen, zoals nietigheden uit het huwelijksvermogensrecht, ter bescherming van echtgeno(o)t(e) en gezin; inkorting wegens overschrijding van het beschikbaar gedeelte

van de nalatenschap; naastingsrechten van derden, bv. van de pachter op grond van zijn voorkoopprecht; en niet-tegenwerpelijheid aan de schuldeisers van de vervreemder wegens schuldeisersbedrog (*pauliana*, hier relevant voor zover het handelingen om niet betreft, omdat dan geen medeplichtigheid van de verkrijger is vereist). Voor zover het vertrouwen in de afwezigheid van die gebreken of beperkingen aan de beschermde derde kan worden toegerekend, kan gebeurlijk de vertrouwensleer spelen, maar het gaat dan om een andere toepassing van de vertrouwensleer dan de hier besproken *fides publica* van de registers.

4° Geen bescherming bij daadwerkelijke kwade trouw

18. De bescherming komt niet toe aan de verkrijger te kwader trouw, d.i. de partij die daadwerkelijk wist dat de registers de zakelijke rechtstoestand van het goed onjuist weergeven. Kwade trouw wordt daarbij in het Duitse recht slechts aangenomen bij daadwerkelijke kennis van de onjuistheid (BGB § 891).¹³ Het Nederlandse recht gaat bijna even ver (art. 3:24, eerste lid, N.B.W., met een aantal uitzonderingen, onder meer in het geval van art. 3:88 N.B.W.). Het Zwitserse recht is iets strenger (art. 974, I, Z.G.B.).

5° Bescherming enkel voor verkrijgers krachtens rechtshandeling

19. De bescherming komt in beginsel toe aan eenieder die als derde door middel van een rechtshandeling onroerende zakelijke rechten op het desbetreffende goed verkrijgt. Dit betreft dus de verkrijging door middel van een translatieve of constitutieve rechtshandeling (niet de verdeling, aangezien de verkrijger dan geen derde is). De bescherming kan eventueel ook toekomen aan de concurrente schuldeisers wanneer er een samenloop ontstaat.

Naast de bescherming van de derde-verkrijger biedt de *fides publica* ook bescherming aan een schuldenaar die presteert aan de partij die op grond van het grondboek schijn-schuldeiser is (B.G.B., § 893; Z.G.B., artt. 782, 787 en veralgemening in de rechtspraak) en in een aantal andere gevallen.

6° Omvang van de *fides publica* en uitzonderingen; lijdelijkheid of toezicht van het bestuur

20. Op het beginsel dat mag worden betrouwd (*fides publica*) op de volledigheid van de registers op het vlak van de rechtsfeiten die de zakelijke rechtstoestand van het onroerend goed bepalen, zijn er in elk van de bestaande stelsels wel uitzonderingen, waarbij de geschetste derdenbescherming niet geldt. Deze uitzonderingen lopen wel uiteen. De juiste draagwijdte van de *fides publica* hangt natuurlijk af van de preciseringen op dit punt.

In het Duitse recht zijn de uitzonderingen zeer beperkt en gaat het eigenlijk slechts om rechtstoestanden die rechtstreeks uit de wet voortvloeien.

¹³ Een ruimere opvatting van kwade trouw geldt in het Nederlandse recht voor sommige gevallen van beschikkingsonbevoegdheid, zoals in het nog te noemen art. 3:88 N.B.W.

In het Nederlandse recht zijn er een reeks uitzonderingen, zowel voor bepaalde rechtsfeiten die niet in de registers kunnen worden ingeschreven (*niet-inschrijfbaar feiten*) als voor bepaalde inschrijfbaar, maar niet ingeschreven feiten. In deze uitzonderingsgevallen is men niet beschermd tegen de onvolledigheid van de registers ten gevolge van die niet-inschrijving, en moet de verkrijger dus terugvallen op de verjaringsregels (zie voor dit alles artt. 3:24 tot 3:26 j° 3:17 N.B.W.). Wat feiten betreft die in beginsel inschrijfbaar zijn, bepaalt art. 3:24, tweede en derde lid N.B.W. een uitzondering voor:

- feiten die naar hun aard vatbaar zijn voor inschrijving in een register van de burgerlijke stand, een huwelijksgoederenregister of een boedelregister;
- feiten ingeschreven in het curateleregister;
- aanvaarding en verwerping van de nalatenschap;
- verjaring;
- erfopvolgingen en uiterste wilsbeschikkingen (deze uitzondering geldt enkel indien de inschrijving alsnog binnen drie maanden na de dood van de erflater geschiedt).

Voorts geldt de uitzondering ook voor de meeste niet-inschrijfbaar feiten. De uitzondering geldt echter niet voor gebreken in de titel van de vervreemder zelf, die maken dat hij, achteraf gezien, nooit eigenaar c.q. beschikkingsbevoegd is geworden: nietigheden van de titel van de vervreemder zelf, wegvallen van die titel door de vervulling van een ontbindende voorwaarde, e.d.m.; voorts ook vormgebreken in de verkrijging door die vervreemder. Daartegen is de derde-verkrijger te goeder trouw namelijk beschermd op grond van art. 3:88 N.B.W.¹⁴ Wel is het zo dat er hier een zekere onderzoeksplicht kan bestaan (3:88 j° 3:11 N.B.W.) en er dus ook afwezigheid van goede trouw kan zijn zonder daadwerkelijke kennis van de ongeldigheid van de vorige overdracht.¹⁵

21. Doordat het Nederlandse recht meer uitzonderingen kent dan het Duitse, speelt de verjaring daar ook nog een grotere rol (als vangnet). De verkrijger te goeder trouw wordt tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder beschermd door de «korte» verjaring van 10 jaar (art. 3:99 N.B.W.). In het Duitse recht is er geen ruimte meer voor die verjaring. Wel geldt er in alle stelsels nog een «lange» verjaring die ook verkrijgers te kwader trouw beschermt; daarop wordt hier niet nader ingegaan.

22. Omgekeerd is in het Duitse recht de toezichtsverplichting van de houder van het grondboek groter. Door een nieuwe inschrijving verliest immers de oudere gerechtigde *de facto* zijn rechten. Vandaar dat inschrijving in beginsel slechts met toestemming van de ouder ingeschrevene kan gebeuren en dat de vervreemding door een andere persoon dan diegene die als gerechtigd is ingeschreven, niet aanvaard wordt. De inschrijving is slechts mogelijk na de vervulling van

¹⁴ Art. 3:88 N.B.W.: «Ondanks onbevoegdheid van de vervreemder is een overdracht van een registergoed (...) geldig, indien de verkrijger te goeder trouw is en de onbevoegdheid voortvloeit uit de ongeldigheid van een vroegere overdracht, die niet het gevolg was van onbevoegdheid van de toenmalige vervreemder».

¹⁵ Groot is dit verschil niet; de onderzoeksplicht betreft nl. voornamelijk andere registers dan de onroerend-goed-registers en dus soortgelijke gevallen als genoemd in art. 3:24 N.B.W.

een reeks vormvereisten, die zeker moeten maken dat de tot dan toe ingeschrevene van zijn recht afstand doet (in de ruime zin, overdracht inbegrepen), en de houder van het grondboek dient de vervulling daarvan te controleren.

Een bijkomende veiligheid biedt het Duitse stelsel doordat het grondboekambt verplicht is om dadelijk na elke inschrijving de betrokkenen nogmaals van ambtswege aan te schrijven, namelijk de begunstigde van de inschrijving, iedere ingeschrevene wiens rechten door de inschrijving worden beperkt en de ingeschreven hypotheekhouders (zie G.B.O., § 55). Dit geeft hen de mogelijkheid het zo dadelijk te bespreken verzet tegen de inschrijving verzet aan te tekenen.

7° Bewarende maatregelen en soortgelijke inschrijvingen zonder *fides publica*

23. Gezien de verregaande *fides publica* van een inschrijving, die aan elke ingeschrevene de macht geeft om over het goed te beschikken ten nadele van de ware gerechtigde, moet er een mogelijkheid bestaan om zonder veel formaliteiten verzet aan te tekenen tegen de vermeldingen van het grondboek. In het Duitse recht geschiedt dit door middel van de *Widerspruch* (B.G.B., § 894), waarbij men dus pretendeert dat het grondboek onjuist is en derden daarvoor waarschuwt (de bedoeling is onder meer te vermijden dat derde-verkrijgers te goeder trouw kunnen zijn). Men kan de *Widerspruch* een beetje vergelijken met de (*qua* toepassingsgebied veel beperktere) kantmelding van art. 3 van onze Hypotheekwet.

24. Omgekeerd moet er ook een mogelijkheid zijn om een soort voorlopige inschrijving te krijgen wanneer de inschrijving door de bewaarder of het grondboekambt wordt geweigerd. Ook hier gaat het erom latere verkrijgingen te goeder trouw onmogelijk te maken. In ons recht mag de bewaarder in beginsel niet weigeren (art. 130 Hypotheekwet) en bestaat er ook een register van de neergelegde titels.

25. Voorts bestaat er in het Duitse en Italiaanse recht ook nog de mogelijkheid om anticipatief de verkrijging van een zakelijk recht in te schrijven, zodra men op die verkrijging recht heeft (op verbintenisrechtelijk vlak), maar nog niet is voldaan aan de vormvereisten voor die verkrijging (notariële akte van *Auflassung*, e.d.).¹⁶ Dit is de zgn. *Vormerkung* (B.G.B., § 883). In het Nederlandse recht bestaat deze *Vormerkung* op dit ogenblik enkel bij huurkoop van onroerend, maar ze is ook opgenomen in het hangende wetsontwerp betreffende koop van onroerende zaken (ontwerp-art. 7:3 N.B.W., met een geldigheidsduur van 6 maanden); wel kent het Nederlandse recht nu reeds het beslag tot levering (artt. 730 v. Rv.), dat ten dele dezelfde rol heeft, maar geen voorrang geeft in geval van samenloop met andere schuldeisers van de verkoper. Door middel van een *Vormerkung* preten-

deert men niet dat de zakelijke rechtstoestand in het grondboek onjuist is, maar wel dat deze zakelijke rechtstoestand zal of moet worden gewijzigd op grond van een daartoe bestaande verbintenis.

Deze *Vormerkung* heeft een beetje de rol van de overschrijving van een overeenkomst, een vervreemdingsverbod of een bewarend beslag bij ons: zij maakt dat de eigenaar niet meer ten nadele van de ingeschreven schuldeiser kan beschikken over het goed. Bovendien verschafft zij de ingeschrevene voorrang in geval van zakelijk conflict (ook bij faillissement van de verkoper-schuldenaar). Wat de *Vormerkung* niét heeft - evenmin als de overschrijving bij ons vandaag - is de helen-de werking van een «echte» grondboekinschrijving, d.w.z. het zuiveren van de gebeurlijke beschikkingsonbevoegdheid van de verkoper.

8° Bescherming betreft enkel rechtstoestanden, geen feitelijke toestanden; verhouding tot het kadaster

26. De *fides publica* betreft enkel de «rechtsschijn», d.i. volledigheid van de registers op het vlak van de rechtsfeiten die de zakelijke rechtstoestand van het onroerend goed bepalen. Zij heeft geen betrekking op:

- feitelijke vermeldingen in de registers, die weliswaar rechtsgevolgen kunnen hebben, maar geen betrekking hebben op de zakelijke rechtstoestand van het goed. Dit betreft bv. vermeldingen betreffende de bebouwing, het grondgebruik, e.d.m.;
- uit het grondboek afgeleide personenrechtelijke rechtstoestanden (bv. een eigenaar die als ongehuwd zou zijn vermeld, terwijl hij/zij intussen gehuwd is, wat de beschikkingsbevoegdheid beïnvloedt);
- de inhoudelijke geldigheid of ongeldigheid op zakenrechtelijk vlak van de ingeschreven rechtshandelingen. Het gaat hier om de vraag of het zakelijk recht dat de ingeschreven rechtshandeling beweert te vestigen, objectief gezien wel kan worden gevestigd. Een ongeldigheid van die aard vinden we met name wanneer partijen een onbestaand zakelijk recht zouden inschrijven - onbestaand in de zin dat het buiten de *numerus clausus* van zakelijke rechten valt (in ons recht bv. een tot zekerheidsrecht beperkte eigendom), of dat er een inhoud wordt aan gegeven die onverzoenbaar is met de wettelijke omschrijving van dat zakelijk recht (in ons recht bv. een erfdienstbaarheid met een inhoud die in strijd is met de openbare orde of die krachtens de wet niet aan een erfdienstbaarheid kan worden gegeven; een opstalrecht voor meer dan 50 jaar, een erfpachtrecht voor meer dan 99 jaar, enz.).

27. Anders dan in het nog te bespreken *Torrens*-stelsel, bestaan er in deze rechtsstelsels nog steeds twee grondboekhoudingen, nl.

- a) privaatrechtelijke registers voor de rechtsfeiten die de zakelijke rechtstoestand van het goed bepalen;
- b) een in eerste instantie publiekrechtelijk kadaster, dat voor publiekrechtelijke doeleinden (met name belastingen) een beschrijving inhoudt van:
 - de subjectieve rechten zelf (zij het niet op bindende wijze en zonder privaatrechtelijke gevolgen);
 - feitelijke gegevens betreffende bebouwing, gebruik, e.d.m. die publiekrechtelijke gevolgen hebben.

¹⁶ Voor de *Vormerkung* is meestal ook een notariële akte vereist, omdat naast de eigenlijke overeenkomst tot eigendomsoverdracht ook de daaraan voorafgaande koop-verkoop van onroerend goed in Duitsland een formele overeenkomst is, waarvoor een authentieke akte vereist is. *Idem*, in Italië (wet 28 februari 1997) voor *Vormerkung*.

Beperkingen van de inhoud van eigendom (of zakelijke rechten) op grond van publiekrechtelijke bepalingen - en dus niet op grond van de zakelijke rechten van derden - horen daarbij niet thuis in de privaatrechtelijke grondboekhouding, maar wel in het publiekrechtelijk kadaster. Enkel feiten die rechtsfeiten zijn voor ontstaan, tenietgaan of wijziging van de zakelijke rechtstoestand van het goed horen thuis in de privaatrechtelijke registers.

Deze situatie is historisch gegroeid, en met de hedendaagse techniek is het mogelijk om beide registers te versmelten. Deze vraag gaat het kader van dit preadvies te buiten. Wél is het geraadzaam om de privaatrechtelijke grondboekhouding gelijklopend aan het kadaster, dus in ieder geval perceelsgewijze te organiseren.

9° *Inschrijving als constitutief vereiste voor verkrijging krachtens rechtshandeling*

28. Uit het voorgaande volgt dat een stelsel van *fides publica* vereist dat in beginsel alle rechtsfeiten, of toch zoveel mogelijk rechtsfeiten, die de zakelijke rechtstoestand van een goed wijzigen, inschrijfbaar zijn, d.i. kunnen worden ingeschreven. Een dergelijk stelsel houdt voorts ook altijd in dat de bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid niet speelt zolang niet ook de verkrijging door degene die van de beschikkingsonbevoegde verkrijgt, is ingeschreven. Maar het houdt niet noodzakelijk in dat de inschrijving altijd vereist is om een onroerend goed door rechtshandeling te verkrijgen, d.w.z. dat de inschrijving constitutief is voor de verkrijging zelf, ook buiten elk zakenrechtelijk conflict om. In werkelijkheid echter bepalen al deze rechtsstelsels dat de inschrijving wél constitutief is, minstens voor alle verkrijgingen krachtens rechtshandeling onder levenden (zie B.G.B., § 839; art. 971 Z.G.B.; met enkele uitzonderingen zoals openbare verkoop waar de akte constitutief is; art. 3:89 N.B.W.).

D. Rechtsbepalende functie (Torrens-stelsel)

29. In dezelfde periode waarin in de Romaanse stelsels een beperkt negatief stelsel werd uitgebouwd en in de Duitse landen een grondboekstelsel met *fides publica*, ontstond aan de andere kant van de wereld een nog radicaler alternatief, nl. het zgn. *Torrens*-stelsel, ingevoerd door *sir Torrens* in Zuid-Australië (1857, *Real Property Act South Australia*, zgn. *Torrens Act*), overgenomen in de andere Australische staten, in 1870 in Nieuw-Zeeland, kort nadien in vele Canadese staten, en verder in één of andere variëteit in tal van *Commonwealth* en Afrikaanse landen (Jamaïca 1888, Maleisië 1911, Sri Lanka, Kenia, Oeganda, Soedan, een twaalfstal staten van de VS waaronder New York, Illinois en Massachusetts). Deze hervorming van de grondboekhouding zou zijn geïnspireerd door eerder ontwikkelde soortgelijke stelsels van scheepsboekhouding (meer in het bijzonder de *Merchant Shipping Act*). Het opmerkelijke is dat België (zo ook Frankrijk) dit stelsel blijkbaar geschikt vond voor invoering in zijn koloniën (bv. Kongo, Rwanda en Burundi, Tunesië, enz.), maar van een invoering in België zelf nooit werk heeft gemaakt.

1° *Inschrijving van het zakelijk recht, niet van rechtsfeiten*

30. Kenmerkend voor dit stelsel is allereerst dat het voorwerp van de inschrijving niet meer bestaat uit de rechtsfeiten op grond waarvan zakelijke rechten overgaan of ontstaan, maar het zakelijk recht (eigendom e.d.) zelf. Men spreekt dan ook van *registration of title*, waarbij *title* moet worden begrepen in de Engelse betekenis van het zakelijk recht zelf en niet in de romanistische betekenis van de onderliggende verbintenis krachtens welke de overdracht plaatsheeft.

2° *Volledig positief stelsel; inschrijving heelt zakenrechtelijk alle gebreken, verbintenisrechtelijk niet*

31. Kenmerkend is voorts het volledig positieve karakter van het stelsel: inschrijving maakt de ingeschrevene tot eigenaar. Inschrijving heelt in beginsel alle gebreken: zowel het gebrek aan beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder als de nietigheid van de overdrachtshandeling zelf of de daaraan ten grondslag liggende verbintenis. Enkel voor het geval van bedrog wordt meestal een uitzondering gemaakt. Dit stelsel gaat verder dan de *fides publica* van het Germaanse grondboekstelsel: zo wordt bv. ook de verkrijger te kwader trouw eigenaar. Weliswaar zal er in dergelijke gevallen een verbintenis ontstaan om het goed opnieuw over te dragen aan de vroegere «ware» eigenaar of hem te vergoeden, maar intussen is de ingeschrevene toch maar eigenaar. Dit is wat wordt bedoeld met de zgn. *indefeasability* van het ingeschreven recht. Een belangrijke schakering moet hier wel aan worden toegevoegd: het feit dat de ingeschrevene door de inschrijving omzeggens altijd een «*legal ownership*» over het goed verkrijgt, sluit op zichzelf niet uit dat derden daarop nog steeds «*equitable rights*» hebben (zoals die voortvloeien uit een *trust* bv.). Tegen dergelijke *equitable rights* is de verkrijger maar beschermd indien hij te goeder trouw en onder bewarende titel heeft verkregen.

Houdt men rekening met de mogelijke verplichting tot teruglevering (of schadevergoeding), dan blijkt de omvang van de bescherming van de verkrijger tegen oudere *legal rights* vergelijkbaar te zijn met die van de bescherming tegen *equitable rights*. Deze bescherming is *grosso modo* dezelfde als in het Duitse stelsel, waarin er immers ook vaak een vergoedingsplicht bestaat voor verkrijgers om niet (die intussen wél eigenaar zijn).

3° *Constitutief karakter van de inschrijving*

32. In een dergelijk stelsel is de inschrijving vanzelfsprekend constitutief: eigendomsoverdracht heeft niet plaats zolang deze niet is ingeschreven. Wel is het zo dat het stelsel niet dadelijk voor het hele land is ingevoerd en slechts geldt voor die gronden waarvoor eerst een registratie heeft plaatsgehad. Voor niet-geregistreerde gronden geldt vaak nog een veeleer «feodaal» stelsel (onder *common law* in de VS, Canada, Australië en Nieuw-Zeeland, onder inlands gewoonterecht in de Afrikaanse landen).

4° *Eenheid van kadaster en grondboekhouding*

33. Kenmerkend is voorts ook dat deze inschrijving rechtstreeks in het (publiekrechtelijk) kadaster geschiedt, niet in

een daarvan gescheiden privaatrechtelijke grondboekhouding.

5° Controleplicht registrar

34. Vanzelfsprekend vraagt een dergelijk stelsel, meer nog dan het grondboekstelsel, een grondige controle door de registrar, vooraleer de inschrijving kan worden verkregen.

III. WELKE VEREISTEN DIENEN AAN DE EIGENDOMSOVERDRACHT TE WORDEN GESTELD, MEER BEPAALD EEN AKTE EN/OF EEN INSCHRIJVING

35. Na dit beknopt overzicht van de alternatieven, kan advies worden gegeven over een eerste vraag: moeten wij de akte en/of inschrijving «constitutief» maken voor de eigendomsverkrigting krachtens rechtshandeling, of althans voor de overdracht, de vestiging van zakelijke rechten en de verkrigting door verdeling (dit zijn de afgeleide wijzen van verkrigting onder bijzondere titel)?

36. Hierbij is vooreerst een historische noot op zijn plaats. Algemeen wordt aanvaard dat art. 1 Hypotheekwet enkel de eigendomsoverdracht ten aanzien van derden betreft en niet ook de eigendomsovergang tussen partijen. Nochtans is het erg betwistbaar dat dit de bedoeling was van de wetgever. De schijnbare beperking tot derden wordt namelijk gemotiveerd door te stellen dat «*Entre les parties contractantes tous actes, toutes conventions continueront de recevoir leurs effets et de donner lieu aux actions personnelles qui en découlent naturellement*»: ¹⁷ men wilde blijkbaar enkel de geldigheid van de verbintenis tussen partijen (behalve bij schenking) vrijstellen van publiciteit en helemaal niet de eigendomsovergang!

En inderdaad is de gedachte van een «relatieve» eigendom in beginsel in strijd met het begrip zakelijk recht zelf, dat per definitie *erga omnes* werkt. Anderzijds is *the life of law, not logic but experience*. ¹⁸ Dat eigendom in beginsel *erga omnes* werkt, is in beginsel geen voldoende argument om ons huidige stelsel te veroordelen; ook het Nederlandse en Duitse recht kennen gevallen van relativiteit van de eigendom (de hierboven vermelde *Vormerkung* zou men als zo'n geval kunnen zien). Vandaar kan men de vraag wanneer eigendom overgaat *c.q.* dient over te gaan, eigenlijk niet beantwoorden zonder eerst te zeggen wat men bedoelt met eigendomsoverdracht, *i.e.* welke rechtsgevolgen men onder dit begrip samenvat of aan het eigendomsrecht vastknoopt. ¹⁹

¹⁷ Verslag-Lelièvre, aangehaald door A. DELEBECQUE, *Commentaire législatif de la loi du 16 décembre 1851 sur la révision du régime hypothécaire*, Decq, Brussel, 1852, p. 45, nr. 39.

¹⁸ Naar het klassieke citaat van O.W. HOLMES. Wellicht is het nog juister te zeggen, met A. WATSON, *that the life of law is neither logic nor experience but borrowing* (afschrijven en nog eens afschrijven), maar dat is een ander verhaal (zie A. WATSON, *Legal transplants. An approach to comparative law*, Scottish Academic, Edinburgh, 1974).

¹⁹ R. SACCO, «Faut-il retarder le transfert de la propriété (Synthèse de droit comparé)?», in *Faut-il retarder le transfert de propriété?*, reeks *Cahiers de droit de l'entreprise* van *La semaine juridique: édi-*

A. Het inschrijvingsbeginsel tegen de achtergrond van de relevante rechtsvragen (eigendomsfuncties)

37. Zo kan men vaststellen dat de keuze voor een bepaald tijdstip van eigendomsovergang maar al te vaak wordt gemotiveerd met redenen, die daar los van staan, omdat het rechtsgevolgen betreft die niet met de eigendomsovergang als dusdanig te maken hebben. Zo bv. is het tijdstip van eigendomsovergang vanzelfsprekend niet bepalend voor de gebondenheid van de verkoper, in die zin dat men gebonden kan zijn, ook al vindt de overdracht pas later plaats. Zo bv. kan de risico-overgang worden losgekoppeld van de eigendomsovergang. Zo partijen niets anders hebben bedongen, gaat het risico van de tegenprestatie (in wederkerige overeenkomsten) over op het ogenblik van de eigendomsoverdracht. ²⁰ Zo bv. is de vraag of een tweede verkoop van hetzelfde goed wanprestatie vormt aan een eerdere verkoop, en gebeurlijk zelfs een onrechtmatige daad van derde-medeplichtigheid inhoudt, niet afhankelijk van het tijdstip van eigendomsovergang. Zo bv. is de mogelijkheid om een gekocht goed door te verkopen niet afhankelijk van de vraag of de eerste verkoop reeds met eigendomsovergang gepaard is gegaan.

De keuze van de regel inzake eigendomsovergang dient m.i. daarentegen wel te worden bepaald met het oog op de volgende vraagstukken:

- a) wie eigenaar is, is vanzelfsprekend van belang voor zuiver zakenrechtelijke conflicten in het algemeen, en dubbele vervreemding door eenzelfde vervreemder in het bijzonder;
- b) wie eigenaar is, is verder van belang voor de overgang van kwalitatieve rechten en verplichtingen in het algemeen, en bij huur in het bijzonder;
- c) wie eigenaar is, is ten slotte van belang voor de werking van het publiekrecht in het algemeen, en het voeren van een bodembeleid door de overheid in het bijzonder (bodembeleid in ruime zin, omvattende onder meer ruimtelijke ordening, milieubeleid e.d.).

1° Zuiver zakenrechtelijke conflicten (in het bijzonder het conflict met de samenlopende schuldeisers)

38. Of de eigendom slechts kan overgaan door de vervulling van de publiciteit, dan wel reeds door een daartoe strekkende overeenkomst tussen partijen, heeft belang voor sommige zakenrechtelijke conflicten. Immers, hoewel men weliswaar in het algemeen zegt dat ten aanzien van derden, en dus bij zakenrechtelijke conflicten, het de publiciteit is die de doorslag geeft, is dit niet helemaal juist in ons recht. Het tijdstip van overdracht tussen partijen bepaalt in beginsel nog altijd de anterioriteit tussen conflicterende rechten die van dezelfde partij worden afgeleid, en de publiciteit geeft

tion entreprise, p. 22, onderscheidt een negental rechtsvragen, die al dan niet aan de eigendom(sovergang) worden gekoppeld.

²⁰ Weliswaar wordt de risico-overgang in ons recht in beginsel aan de eigendomsovergang gekoppeld, behoudens andersluidend beding en enkele bijzondere wetsbepalingen (bv. Wet-Breyne inzake vooruitbetalingsovereenkomsten van in aanbouw zijnde woningen 1971). Maar het gaat om twee vragen, die gemakkelijk afzonderlijk kunnen worden geregeld.

maar de doorslag wanneer de latere verkrijger te goeder trouw is, alsmede wanneer er samenloop ontstaat vóór de publiciteit is vervuld (het niet-gepubliceerde eigendomsrecht is niet tegenwerpelij aan de samenlopende schuldeisers). In ons stelsel moeten derden die de eigendomsverhouding tussen partijen kenden of behoorden te kennen («derden te kwader trouw») deze in beginsel ook eerbiedigen, zij het met belangrijke uitzonderingen (nl. voor de schuldeisers in samenloop; voorts bij conflict met de rechtsvoorganger van de vervreemder, die wil ontbinden maar geen voorrecht heeft gepubliceerd, en nog in enkele andere gevallen), en worden zij intussen dus géén eigenaar. In stelsels waarin de inschrijving constitutief is, wordt degene die weet heeft van een vorige, niet-gepubliceerde overdracht (d.w.z. noch inschrijving, noch *Vormerkung*) wél eigenaar.

Nu kan ons stelsel op het eerste gezicht billijker lijken, maar vooraleer tot dat besluit te komen, moet men de juiste betekenis van dat verschil toch even bekijken. Dat de verkrijger die weet heeft van een eerdere verkoop in constitutieve stelsels eigenaar wordt, betekent namelijk helemaal niet dat hij die eigendom ook mag behouden. Indien hij onrechtmatig heeft gehandeld ten aanzien van de eerste koper, d.i. bij «derde-medeplichtigheid», zal hij verplicht zijn om het goed over te dragen aan die eerste koper (c.q. afstand te doen van zijn *Vormerkung*). Enkel heeft hij ondertussen toch maar een zakelijk recht, en de eerste koper niet (die laatste kan wel door middel van een *Vormerkung* de eigenaar relatief beschikkingsonbevoegd maken). Indien de tweede verkrijger te kwader trouw insolvabel is, dan zal de eerste koper in samenloop komen met de andere schuldeisers van de tweede verkrijger. Maar in ons recht zal het resultaat normaal hetzelfde zijn: schuldeisers in samenloop kunnen zich namelijk evenzeer beroepen op art. 1 Hyp.W., en dit geldt in ons land ook voor de onderverkrijger van een verkrijger te kwader trouw. Gaat de tweede koper te kwader trouw, die eerst overschrijft, failliet, dan zal de eerste koper, hoewel theoretisch eigenaar zijnde, toch maar een evenredig deel van de opbrengst van het goed ontvangen.²¹ Het is zelfs zo dat de eerste koper in het Duitse stelsel beter beschermd is dan bij ons, omdat hij daar tenminste nog de mogelijkheid heeft om op grond van zijn vordering uit onrechtmatige daad (derde-medeplichtigheid) een *Vormerkung* te boeken²² en zo voorrang te verkrijgen op de andere schuldeisers van de verkrijger te kwader trouw, terwijl het in ons recht erg twijfelachtig is of een kantmelding van een vordering van de eerste koper (tot revindicatie) jegens de tweede koper te kwader trouw (die eerst heeft overgeschreven) de eerste voorrang zou verlenen in een daaropvolgend faillissement van die tweede koper.²³

²¹ Het resultaat zou anders kunnen zijn bij toepassing van de *actio Pauliana*, maar ook die werkt in beginsel op dezelfde wijze in beide stelsels.

²² Op grond van B.G.B., § 885 kan de *Vormerkung* immers niet alleen worden gegrond op een verbintenis uit overeenkomst, maar met machtiging van de rechter in kort geding ook op een andere verbintenis.

²³ Zie voor deze discussie DE PAGE, *Traité*, VII, 983 e.v.; K. BYTTEBIER, *Voorrechten en hypotheeken in hoofdlijnen*, Antwerpen, Maklu, 1997, nr. 189.

Wanneer er aldus van het billijkheidsargument niet veel meer overblijft, moet op grond van de rechtszekerheid de voorkeur worden gegeven aan het constitutief stelsel: zakenrechtelijk geen verkrijging noch voorrang zonder publiciteit (zij het inschrijving, zij het *Vormerkung*). Het grote voordeel daarvan is een grote beperking van het aantal mogelijke conflicten tussen zakelijke rechten, van het aantal toestanden waarin verscheidene personen kunnen beweren eigenaar te zijn. Weliswaar gaat die vermindering gepaard met een toenemende rol van de leer der derde-medeplichtigheid, maar dat tast de zekerheid over de zakelijke rechtstoestand van het goed veel minder aan.

2° Overgang van kwalitatieve rechten en verplichtingen in het algemeen, en bij huur in het bijzonder

39. De eigendomsovergang brengt ook de overgang mee van kwalitatieve rechten (waaronder ook in beginsel het recht op de vruchten) en verplichtingen. Een van de belangrijkste gevallen daarvan betreft de huur. De rechten én verplichtingen van de verhuurder gaan bij vervreemding van een verhuurd goed over op het tijdstip van de eigendomsovergang. Bovendien kan de vervreemder het goed in beginsel nog altijd verhuren zolang de eigendom niet is overgegaan. Aangezien huur geen zakelijk recht is, geldt in deze verhouding in ons recht in beginsel het tijdstip van eigendomsovergang tussen partijen (of althans de vaste datum daarvan) en niet de publiciteit ervan.

Ook hier zou het de duidelijkheid en de rechtszekerheid ten goede komen indien in verhouding tot de huurder, de eigendom pas overgaat op het tijdstip van de inschrijving. Dit belet niet dat verkoper en koper onder elkaar een andere afrekening kunnen bedingen. We zien trouwens dat de wetgever in 1997, bij de wijziging van art. 9, eerste lid, van de Woninghuurwet, reeds gekozen heeft voor een aanknoping aan de publiciteit in plaats van aan de eigendomsovergang tussen partijen. Ook zou het nuttig zijn te bepalen dat bij de opzegging voor eigen gebruik, de verkrijger niet reeds bij de opzegging eigenaar moet zijn, maar het integendeel voldoende is dat hij bij de opzegging reeds een vordering tot geven heeft en bij het einde van de termijn eigenaar is.

3° Publiekrechtelijke vragen

40. Ten slotte is het ook voor de toepassing van publiekrechtelijke bepalingen en het voeren van een bodembeleid door de overheid, veel beter om toestanden te vermijden waarbij in de ene verhouding één partij eigenaar is en in de andere (bv. ten aanzien van de schuldeisers der partijen) een andere partij en dus de eigendomsovergang te koppelen aan de inschrijving in de registers.

B. Gewenste omvang van het inschrijvingsbeginsel

41. Uit het voorgaande blijkt dat het inderdaad wenselijk is om de inschrijving (en niet enkel de authentieke akte) constitutief te maken voor de eigendomsoverdracht en de ves-

ting van beperkte zakelijke rechten.²⁴ Wel dient nog te worden gepreciseerd hoe ruim het begrip «overdracht» in deze context dient te worden begrepen en voor welke wijzen van verkrijging de publiciteit constitutief dient te zijn.

1° Allereerst dient de regel te gelden voor de eigenlijke «overdracht» en de «vestiging» (in eigenlijke zin) van beperkte zakelijke rechten, d.i. verkrijging onder bijzondere titel uit kracht van verbintenis, voor zover deze «onder levenden» geschiedt. Daarbij dient zonder belang te zijn wat de aard van die titel is (bezwarende titel, zoals bij koop, ruil, inbreng, aanwasovereenkomst, overdracht door wijziging huwelijksvermogensstelsel, inbetalinggeving en boedelafstand; kosteloze titel zoals schenking, contractuele erfstelling, ouderlijke boedelverdeling, inbreng of stichting, afstand; zekerheidstitel zoals bij hypotheekvestiging; beheersoverdracht; uitoefening voorkoop- of naastingsrecht; overdrachtsverbintenis uit onrechtmatige daad of andere), en evenzeer wat de aard van het overgedragen of gevestigd recht is (eigendom, vruchtgebruik, erfpacht- of opstalrecht, erfdienstbaarheid - uitgezonderd de overgang van hypotheekrecht ingevolge overgang van de verzekerde vordering,²⁵ de overgang van erfdienstbaarheden door overgang van het heersend erf, en de overgang van als accessoir gevestigde opstalrechten).

2° Vervolgens dient de regel te gelden voor de verdeling en gelijkgestelde zakenrechtelijke rechtshandelingen (toebedelung uit een rechtspersoon, een gemeenschap of een nalatenschap, omzetting van vruchtgebruik e.d.); zij vormen geen overdracht in eigenlijke zin in ons recht, d.i. worden niet gezien als de uitvoering van een onderliggende verbintenis.

3° Zij dient ook te gelden voor de afstand van recht, ook wanneer deze louter uitdovend is (abdicatieve rechtshandeling).

Tot hier toe gaat het om handelingen, waarvoor de publiciteit nu reeds is voorgeschreven (zij het niet constitutief).

4° De regel dient ook te gelden voor handelingen waarmee men eigendom terugkrijgt op grond van een ontbinding, herroeping e.d., in de gevallen waarin deze geen terugwerkende kracht hebben (op dit ogenblik is de publiciteit reeds verplicht, zij het enkel wanneer deze handeling gerechtelijk geschiedt). De regel dient ook te gelden voor de andere handelingen waarmee een ingeschreven rechtshandeling wordt aangevochten (d.w.z. ook wanneer dit met terugwerkende kracht gebeurt, zodat er eigenlijk geen verkrij-

ging plaats heeft, maar een schijnbare verkrijging *a posteriori* blijkt nooit te hebben plaatsgehad).

5° De regel dient voorts ook te gelden wanneer de translatieve, constitutieve of declaratieve handeling onder levenden een verkrijging onder algemene titel omvat (algehele gemeenschap van goederen of maatschap, fusie of splitsing, algehele verdeling van een gemeenschap, overdracht of inbreng bedrijfstak, enz.); op dit gebied kent ons recht vandaag enkele leemten. Wel moet worden nagegaan of het haalbaar is een inschrijving in het grondboek (die voor elk betroffen onroerend goed afzonderlijk moet geschieden) constitutief te maken, dan wel genoeg kan worden genomen met een andere publicatie (bv. neerlegging huwelijkscontract, publicatie Belgisch Staatsblad, e.d.) - in het laatste geval dient m.i. wel te gelden dat de verkrijging niet tegenwerpelijk is aan derden te goeder trouw zolang zij niet ook uit het grondboek blijkt.

6° Deze regel dient m.i. ook te gelden voor alle rechtshandelingen die een samenloop doen ontstaan, d.w.z. naast beslag ook de invereffeningstelling van een rechtspersoon, de boedelscheiding, de beneficiaire aanvaarding, het gerechtelijk akkoord en het faillissement. Dergelijke uitbreiding van de regel buiten het onroerend beslag (waarvoor hij nu bestaat) vereist wel een efficiëntie van inrichting van de grondboekhouding die heden niet bestaat...

7° De regel dient ook te gelden voor alle éézijdige rechtshandelingen waarmee men een hypotheekrecht of een onroerend voorrecht verkrijgt, inbegrepen de wettelijke hypotheeken (waarvoor de inschrijving nu niet constitutief is en zelfs met terugwerkende kracht voorrang kan verlenen), alsmede voor publiekrechtelijke éézijdige rechtshandelingen zoals de onteigening.

8° De regel dient niet te gelden bij verkrijging *mortis causa*, omdat dit een te fundamentele wijziging van ons erfrecht veronderstelt. Dit sluit niet uit dat het wenselijk zou zijn om de niet-inschrijving daarvan niet-tegenwerpelijk te maken aan derden te goeder trouw, zoals overigens verder ook zal worden betoogd.

9° Nader te bestuderen gevallen betreffen ten slotte:

- de verkrijging door zakelijke subrogatie in een onroerend goed,²⁶
- de lange verjaring (van dertig jaar) en de toe-eigening, waarbij een inschrijving m.i. in beginsel ook dient te worden voorgeschreven opdat het bezit gedurende de voor verjaring vereiste tijd *c.q.* de inbezitneming tot eigendom zou kunnen leiden,²⁷ behalve dan voor de voortdurende en zichtbare erfdienstbaarheden;
- de wettelijke erfdienstbaarheden, aangezien de meeste ervan veeleer beperkingen zijn van het eigendomsrecht dan echte zakelijke rechten.

²⁴ Niet gepleit wordt hier voor het formaliseren van de verkoop zelf, door ook de oorspronkelijke koopovereenkomst of koopbelofte slechts verbindende kracht te geven indien ze authentiek wordt verleden. In de koop-verkoop van onroerend goed is er geen typisch zwakkere partij, zodat vormvereisten vaak tot ongewenste gevolgen leiden.

²⁵ Daar is het bestaande stelsel van de kantmelding m.i. bevreemdend. De door de wetgever gemaakte uitzonderingen daarop dienen m.i. opnieuw te worden afgeschaft, behoudens het geval waarin de hypothecaire vordering in een waardepapier is belichaamd (hypothecaire grosse aan order).

²⁶ Te onderscheiden van de verkrijging van een hypotheek door subrogatie in de hypothecaire schuldvordering.

²⁷ In het Duitse recht verkrijgt men ook na 30 jaar bezit geen eigendom, indien men niet is ingeschreven in het grondboek, behoudens in de zeer uitzonderlijke voorwaarden van B.G.B., § 927.

42. Verder moet ook worden bestudeerd of inschrijving niet constitutief dient te zijn voor bepaalde niet-zakelijke rechten met betrekking tot andermans onroerend goed, die evenwel een zakelijke werking kunnen verkrijgen doordat zij de ongeldigheid kunnen meebrengen van een overdracht van dat goed in strijd met hun recht. Denken we meer bepaald aan die voorkoopperechten die tot indeplaatsstelling (naasting) kunnen leiden, zoals dat van de pachter, en nietigheid veroorzakende vervreemdingsverboden gegrond op de belangen van de echtgeno(o)t(e) of het gezin.

Daarnaast kent ons recht ook niet-zakelijke rechten met betrekking tot andermans onroerend goed, die een kwalitatieve verplichting opleggen aan de eigenaar daarvan, d.i. een verplichting die hem wordt opgelegd in zijn hoedanigheid van eigenaar. Verbintenissen kunnen in ons recht wel enkel krachtens de wet kwalitatief zijn, en niet krachtens overeenkomst; anders gezegd, de verkrijger is in beginsel slechts aan deze verbintenissen gebonden voor zover hij er zelf mee heeft ingestemd dan wel ze krachtens de wet opgelegd krijgt in zijn hoedanigheid van eigenaar van het goed. Bij onroerend goed gaat het meer bepaald om verbintenissen uit verhuur (onder bepaalde voorwaarden) en verpachting, uit de rechtsverhouding tussen eigenaar en beperkt zakelijk gerechtigde (vruchtgebruiker, erfpachter, opstalhouder, eigenaar heersend erf, hypotheekhouder) en uit mede-eigendom (waaronder ook appartementsmede-eigendom). Voor zover deze rechten aan publiciteit worden onderworpen, gaat het evenwel nooit om een publiciteit voor het ontstaan van deze rechten, maar voor hun kwalitatief karakter, d.i. voor de tegenwerpelijheid ervan aan de verkrijger van het goed. Deze publiciteit - welke vorm ze ook moge aannemen²⁸ - kan dan ook nooit constitutief zijn.

IV. HOE DIENT DE DERDE-VERKRIJGER TE GOEDER TROUW VAN ONROEREND GOED TE WORDEN BESCHERMD EN WELKE RECHTSGEVOLGEN DIENEN AAN DE PRIVAATRECHTELIJKE VERMELDINGEN IN DE REGISTERS TE WORDEN GEHECHT?

A. Welk publiciteitsstelsel kiezen?

43. Het laatste deel van dit preadvies betreft de vraag of ons publiciteitsstelsel, los van het feit dat de inschrijving niet constitutief is voor de verkrijging van onroerende zakelijke rechten, een voldoende bescherming biedt aan de derde-verkrijger te goeder trouw.

Door deze vraagstelling wordt impliciet reeds de raad gegeven om niet over te gaan tot een *Torrens*-stelsel, waarin de inschrijving de eigenaar ook tot eigenaar maakt buiten de gevallen waarin hij als derde-verkrijger te goeder trouw bescherming waard is. Ook al zou een dergelijk stelsel vanuit publiekrechtelijk oogpunt een bodembeleid vereenvoudigen, het houdt een te verregaande opoffering van verkregen rechten in om te worden ingevoerd in streken waarin de

private eigendom van de grond en de versnippering daarvan vele eeuwen oud zijn.

Anderzijds meen ik dat men niet ernstig kan beweren dat ons huidige recht een efficiënte regeling inhoudt van zakenrechtelijke conflicten m.b.t. onroerend goed. Ons publiciteitsstelsel is inefficiënt, zowel door de wijze waarop het is georganiseerd als door de talloze leemten op zakenrechtelijk gebied. Die leemten op hun beurt zijn het gevolg van het feit dat er op die leemten géén sanctie staat. Zoals BAUR terecht schrijft, is het zo dat de enkele mogelijkheid dat een derde te goeder trouw op grond van de onjuistheid of onvolledigheid van de registers eigendom kan verkrijgen, het beste middel is om ervoor te zorgen dat de registers betrouwbaar worden,²⁹ en tot gevolg heeft dat er in de praktijk nog zeer weinig betwistingen rijzen. Vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid is het Duitse stelsel dan ook minstens even goed als het *Torrens*-stelsel.

44. Vooraleer na te gaan in hoeverre de *fides publica* ook in ons recht dient te worden ingevoerd, past het even na te gaan of een minder verregaande hervorming, gepaard aan jurisprudentiële oplossingen, niet evenzeer resultaat kan hebben. Dat is immers de weg die men in Frankrijk is gegaan. Het betreft daarbij voornamelijk drie ontwikkelingen:

a) De invoering van een «*fichier immobilier*», d.i. een perceelsgewijze privaatrechtelijke grondboekhouding (naast het publiekrechtelijk kadaster en meer bepaald grondslag voor dat kadaster), zij het nog steeds slechts als een afgeleide van de hypotheekregisters (art. 1 *Décret* 1955-22).

b) De uitbreiding van de rechtsfeiten waarvoor inschrijving op straffe van niet-tegenwerpelijheid aan latere (en vaak ook aan tussentijdse) derden-verkrijgers is voorgeschreven (*Décret* 1955-22, als gewijzigd bij *Décret* 1959-89). Opvallend is onder meer de verplichting om elke verkrijging *mortis causa* te laten vaststellen door middel van een notariële attest en dit te publiceren.

c) De verruimde toepassing van de vertrouwensleer door de rechtspraak, op grond waarvan de persoon die te goeder trouw verkrijgt van een *propriétaire apparent*, beschermd wordt tegen de aanspraken van de *verus dominus*. Vereist is enkel dat de verkrijger gehandeld heeft op grond van een *erreur commune*.³⁰ Waarop die *erreur commune* allemaal kan zijn gegrond, is niet vastomlijnd. In ieder geval volstaat de enkele goede trouw niet, aangezien - zo redeneert men - dit de regels betreffende de korte verjaring (10 of 20 jaar) zonder voorwerp zou maken.

45. Hoewel het Franse publiciteitsstelsel hierdoor een heel stuk verder staat dan het Belgische, moet men toch vaststellen dat het ook na deze ontwikkelingen *qua* rechtszekerheid en efficiëntie nog steeds ver achter blijft bij het Duitse:

²⁹ F. BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts*, § 23, I, 4: «Die Möglichkeit redlichen Erwerbs auf der Grundlage des unrichtigen Grundbuchs erzwingt in der Regel das richtige Grundbuch».

³⁰ Zie onder meer Cass. fr., 3 april 1963, *Bull.*, I, nr. 204, p. 174, *J.C.P.*, 1964, II, nr. 13.502, met noot J. MAZEAUD, D., 1963, 306, met noot J. CALAIS-AULROY.

²⁸ Slechts in uitzonderlijke gevallen worden deze rechten gepubliceerd in de hypotheekregisters, zo bv. de huur voor meer dan 9 jaar.

- de wettelijke regeling is véél uitvoeriger en veel ingewikkelder, vergeleken met de al bij al erg beknopte regeling van het Duitse B.G.B., die dan nog tot veel minder betwistingen aanleiding geeft;
- de betrouwbaarheid van het Duitse grondboek is veel groter, precies omdat in elk beginsel elk rechtsfeit dat niet is ingeschreven, niet tegenwerpelijk is aan derden te goeder trouw;
- de voorwaarden voor de bescherming van de derde-verkrijger zijn door dit positieve stelsel véél duidelijker, terwijl het Franse recht blijft aanmodderen met vage normen, zoals de «*error communis*» waarvoor geen vaste maatstaven zijn gegeven en die dus aan de soevereine waardering van de feitenrechter worden overgelaten... (in Nederland heeft men ingezien dat men met die vage norm alleen niet rondkwam, zodat men naast het vertrouwensbeginsel van art. 3:36 N.B.W. wel degelijk een precies geheel van regels betreffende de betrouwbaarheid van de registers heeft uitgewerkt in artt. 3:17, 3:24 e.v. en 3:88 N.B.W.);
- de hoeveelheid rechtsfeiten en elementen waaraan zakelijke werking wordt gegeven is veel groter en de omvang van de in de registers opgenomen vermeldingen nog groter (volledige publicatie van de titel, in plaats van enkel die bestanddelen ervan die onmiddellijk de zakenrechtelijke rechtstoestand betreffen);
- te veel toestanden blijven in het onzekere zolang de verjaringstermijn (10 of 20 dan wel 30 jaar) niet is verstreken, waarbij bovendien verjaring mogelijk is op grond van bezit alleen, zelfs zonder inschrijving in de registers, en niet alle stuitings- en schorsingsgronden van de verjaring uit de registers zijn af te leiden. Dit alles brengt mee dat er bij verkrijging nog altijd een onderzoek moet worden verricht naar alle opeenvolgende titels tot minstens 30 jaar terug.

46. Dit alles moet er ons toe brengen om in de hervorming minstens zo ver te gaan als in Nederland (N.B.W. 1992) en wellicht, op het abstractiebeginsel na, zover als in de BR Duitsland (B.G.B. 1900). Een dergelijke hervorming wordt hieronder in een aantal punten geschetst.

B. Beknopte uitwerking van de hervorming

1° Perceelsgewijze organiseren van de privaatrechtelijke grondboekhouding

47. De nadelen van het huidige systeem (chronologisch register met daarnaast een persoonsregister als hulpregister) zijn zo vanzelfsprekend, dat het onbegrijpelijk is dat men er nog aan vasthoudt.³¹ Een ernstige hervorming, met overschakeling op een perceelsgewijze grondboekhouding (*Realfolium*), valt te verkiezen voor halfslachtige tussenoplossingen. Met de moderne technologie is het overigens mogelijk om tot een geïntegreerd stelsel te komen, d.i. een stelsel waarbij de toegang via verschillende sleutels mogelijk is (perceel, persoon, datum).

³¹ DE PAGE, *Traité*, V, nr. 111, A; DIRIX & DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, nr. 60.

Daarbij blijft het wel geraadzaam om een onderscheid te maken tussen de privaatrechtelijke grondboekhouding en het publiekrechtelijk kadaster, zij het dat er tussen beide vanzelfsprekend geen tegenspraak mag bestaan en zij dus best door éénzelfde bestuur worden bijgehouden. Daarbij dient het grondboek de rechtsfeiten te bevatten die leiden tot de wijziging van de zakelijke rechtstoestand van het goed, d.w.z. tot het verkrijgen of verliezen van eigendom, het ontstaan of tenietgaan van zakelijke rechten en rechten met zakelijke werking (bv. voorkoopprijken met indeplaatsstelling). De inhoudelijke beperkingen van het eigendomsrecht of andere zakelijke rechten daarentegen horen veeleer thuis in het kadaster (bv. beperkingen inzake ruimtelijke ordening (bebouwbareheid, grondgebruik), monumenten- en landschapszorg, bodemverontreiniging, andere milieuvoorwaarden, enz.). Deze grens is weliswaar niet altijd scherp (bv. publiekrechtelijke erfdienstbaarheden), maar toch hanteerbaar. Ook de feitelijke beschrijving van het goed en het gebruik dat ervan wordt gemaakt (de bebouwing, het landbouwgebruik, de bodemtoestand, enz.) horen in het kadaster thuis. Goed op elkaar afgestemde privaat- en publiekrechtelijke registers zijn ook een veel geschikter instrument voor een bodembeleid door de overheid.

2° Betrouwbaar maken van de registers door het verlenen van *fides publica*

48. Het betrouwbaar maken van de registers vereist een drastische verruiming van de niet-tegenwerpelijkheid aan derden-verkrijgers te goeder trouw van niet-ingeschreven rechtsfeiten die beschikkingsonbevoegdheid van de ingeschreven gerechtigde meebrengen (waarbij die beschikkingsonbevoegdheid de keerzijde is van oudere zakelijke rechten). Derden-verkrijgers te goeder trouw worden dus beschermd tegen de onjuistheid of onvolledigheid van de betreffende het verkregen goed ingeschreven rechtsfeiten. Dit is verantwoord doordat het in bijna alle gevallen goedkoper is voor de oudere gerechtigde om dat rechtsfeit in te schrijven, dan voor de derde-verkrijger om de afwezigheid ervan te onderzoeken.

49. De uitzondering, nl. tegenwerpelijkheid van een niet-ingeschreven rechtsfeit waarvan de niet-inschrijving maakt dat de bepaling van de zakelijke rechtstoestand van het goed c.q. de beschikkingsbevoegdheid van de als gerechtigde ingeschreven gerechtigde in het grondboek onjuist is, dient zo beperkt mogelijk te zijn. Zo mogelijk dient dit te worden beperkt tot enkel feiten die in een rechtsregel omschreven zijn (zodat de wijziging van de zakelijke rechtstoestand c.q. beschikkingsbevoegdheid rechtstreeks uit de wet voortvloeit en dus algemeen geldend is, bv. de algemene invoering van een voorkooppriek op een bepaalde categorie onroerende goederen ten gunste van de overheid). Een mogelijke uitzondering vormt voorts de verkrijging door (dertigjarige) verjaring van een voortdurende en zichtbare erfdienstbaarheid. Voor de verkrijging *mortis causa* dient de publiciteit echter zeker op straffe van niet-tegenwerpelijkheid te worden voorgeschreven.

50. M.i. kan een andere soort publicatie (zoals het Belgisch Staatsblad) niet voldoende zijn om tegenwerpelijk te zijn aan derde-verkrijgers die deze feiten niet daadwerke-

lijk kenden (dit is van belang voor zover men bij verkrijging onder algemene titel slechts een dergelijke publicatie zou verplicht stellen). Het begrip «kwade trouw» dient hier eng te worden begrepen.³²

51. Zoals in Nederland, dient de niet-tegenwerpelijheid aan de derde-verkrijger te goeder trouw van niet-ingeschreven rechtsfeiten die de ingeschreven gerechtigde beschikkingsonbevoegd maken onder meer te gelden voor alle titelgebreken van een vorige overdracht. In het N.B.W. volgt dit uit de regel van art. 3:88 N.B.W. In het Duitse recht wordt dit probleem meestal nog drastischer opgelost, namelijk doordat de overdracht geabstraheerd wordt van de onderliggende titel (behalve in geval van bedrog), zodat een titelgebrek de overdracht niet verhindert en de verkrijger ook niet beschikkingsonbevoegd maakt. Voor de invoering van een dergelijk abstract stelsel wordt hier echter niet gepleit. Bij kennis van titelgebreken uit de vorige overdracht, die de overdracht ongeldig maken, dient de derde-verkrijger niet te worden beschermd. Maar zoals vandaag reeds het geval is ten aanzien van bv. een ontbindings- en herroepingsmogelijkheid die niet door de inschrijving van een voorrecht is «gepubliceerd», dient de derde-verkrijger in beginsel geen nader onderzoek te verrichten naar de geldigheid van de verkrijgingstitel van de vervreemder. Ook mag de kennis van een niet-ingeschreven (niet *Vorgemerkte*) zuiver obligatoire aanspraak (herroepingsmogelijkheid, recht op levering, e.d.m.) de verkrijging door de derde in beginsel niet deren.

52. De bescherming van de verkrijger op grond van de *fides publica* van het grondboek dient beperkt te blijven tot verkrijging krachtens overdracht of vestiging in enge zin. Anders gezegd: zoals in ons huidig recht kan de exceptie van niet-publicatie enkel worden ingeroepen door een derde-verkrijger te goeder trouw en door de schuldeisers van de ingeschreven gerechtigde in geval van samenloop. De bescherming moet niet worden uitgebreid tot de verkrijging uit een verdeling (de verkrijger is daarbij geen «derde») noch tot de verkrijging onder algemene titel (bv. erfenis) noch tot de verkrijging door zakelijke subrogatie. Aan de schuldeisers van de ingeschreven gerechtigde in geval van samenloop, dient wellicht niet dezelfde bescherming te worden gegeven; ten aanzien van hen blijft best een louter negatieve werking van het grondboek bewaard (d.i. het waarborgt enkel de afwezigheid van inschrijvingsplichtige feiten; voor zover de inschrijving van een overdracht of vestiging niet constitutief zou zijn, dient ze minstens een voorwaarde te zijn voor tegenwerpelijheid aan de schuldeisers). Een verdergaande bescherming van de samenlopende schuldeisers kennen ook het Nederlandse en Duitse recht niet.³³

Voor zover inschrijving niet reeds constitutief wordt gemaakt voor de verkrijger krachtens overdracht of vestiging (zie *supra* III), dient ze minstens een bijkomende voorwaarde te zijn voor de bescherming van de derde-verkrijger in

enge zin (d.i. met uitsluiting van de samenlopende schuldeisers).

Naast de bescherming van de derde-verkrijger kan de *fides publica* ook nog andere derden beschermen, zo bv. de schuldenaar die presteert aan de persoon die volgens de inschrijvingen in het grondboek schuldeiser is (bij kwalitatieve rechten, hypothecaire schulden e.d.m.), of de partij die opzegt aan de persoon die volgens het grondboek eigenaar is.

53. De bescherming dient in beginsel ook toe te komen aan de verkrijger om niet. Deze zal echter wel gebeurlijk de *actio pauliana* moeten ondergaan van de oudere gerechtigde, telkens wanneer de vervreemding in hoofde van de vervreemder een bedrog ten aanzien van een schuldeiser uitmaakte; in sommige gevallen kan er ook een vergoedingsplicht zijn van de verkrijger om niet.

54. Gezien de verre gaande gevolgen van een inschrijving, dient nauwkeurig te worden bepaald aan welke voorwaarden de akte moet voldoen op grond waarvan inschrijving kan worden verkregen. Dezelfde waarborgen dienen niet te worden opgelegd voor een voorlopige inschrijving of *Vormerkung*. Heeft de bewaarder van het grondboek bezwaren tegen inschrijving, dan mag hij een volwaardige inschrijving weigeren, maar in een aantal gevallen dient hij wel een voorlopige inschrijving uit te voeren, met melding van zijn bezwaren. De bewaarder is jegens derden (dit kan zijn een oudere gerechtigde of een latere verkrijger) aansprakelijk voor niet-aangetekende bezwaren die hij door een normale controle had moeten vinden: strijd met het grondboek, vormgebreken van de ter inschrijving aangeboden akte, e.d.m. De controle van andere aspecten van de rechtshandeling dient echter uitsluitend aan de notaris te worden toevertrouwd (zoals ook vandaag het geval is), zo bv. de controle van de identiteit der partijen, de handelingsbekwaamheid, de bestuursbevoegdheid bij gemeenschapsgoederen, de geldigheid van, de toestemming, e.d.m.

3° *Hanteerbaar maken van de registers door de inhoud te beperken tot rechtsfeiten die onmiddellijk de zakelijke rechtstoestand bepalen*

55. Hanteerbaarheid van de registers vergt nog een andere vrij drastische hervorming, namelijk de vervanging van de overschrijving van de titel in zijn geheel door een inschrijving van enkel die feiten die rechtstreeks de zakelijke rechtstoestand van het onroerend goed bepalen.

Een dergelijke beperking is in ons recht in beginsel volmaakt mogelijk, omdat wij nu eenmaal een *numerus clausus* kennen van zakelijke rechten en rechten met zakelijke werking. Het moet dan ook in beginsel voldoende zijn om, naast vanzelfsprekend de beschrijving van het onroerend goed (op basis van een opsplitsing in percelen en bij appartementsmede-eigendom een bijkomende beschrijving van de splitsing in kavels en de gemeenschappelijke gedeelten, zoals opgenomen in de basisakte), het feit zelf van de verkrijging (of tenietgaan), de aard van het zakelijk recht (of recht met zakelijke werking) en de betrokken partijen te vermelden, en voorts gegevens zoals het hoogste bedrag verzekerd door een hypotheek, e.d.m. Deze gegevens dienen op een soort bor-

³² Vgl. eerder over dit probleem A. VAN OEVELEN, »De zgn. »subjectieve» goede trouw in het Belgische materiële privaatrecht», *TPR.*, 1990, 1093 e.v.

³³ F. BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts*, § 23, III, 2, b.

derel te worden opgenomen, dat ter inschrijving wordt aangeboden (met uitzondering voor de basisakte).

Een dergelijk stelsel kan maar werken dankzij een goed georganiseerd notariaat. Zo dient de notaris nog meer dan nu te letten op de geldigheid van de rechtshandeling zelf, de handelingsbekwaamheid van partijen, mogelijke wilsgebreken, e.d.m., aangezien dat alles niet meer tegen onderverkrijgers zal kunnen worden ingeroepen (daartegenover staat dat zijn verplichting tot onderzoek naar de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder door de *fides publica* sterk wordt verminderd).

56. Om de efficiëntie van het stelsel te vergroten, heeft men in het Duitse recht de modaliteiten waaraan de translatieve, constitutieve e.a. rechtshandeling kan worden onderworpen, sterk beperkt. Zo bepaalt B.G.B., § 925 II dat de *Auflassung* (overeenkomst tot levering van onroerend goed) noch aan een voorwaarde, noch aan een tijdsbepaling kan worden onderworpen, dus dadelijk en onvoorwaardelijk moet zijn. In ons recht kan de schenking niet aan een tijdsbepaling worden onderworpen, maar wel aan een voorwaarde. In het Nederlandse recht is een overdracht onder tijdsbepaling eveneens onmogelijk; zij wordt van rechtswege omgezet in een overdracht met voorbehoud van vruchtgebruik gedurende de bepaalde tijd (art. 3:85 N.B.W.). Een overdracht onder voorwaarde blijft wel mogelijk (art. 3:84, vierde lid, N.B.W.), maar de vervulling ervan geschiedt niet met terugwerkende kracht. Wellicht is het Duitse recht een te grote wijziging tegenover ons huidige recht en verdient het Nederlandse recht op dit punt navolging, met daarbij het behoud van de mogelijkheid een voorrecht in te schrijven tot zekerheid van de naleving van nauwkeurig bepaalde voorwaarden (die dan binnen die grenzen terugwerkende kracht kunnen hebben).

57. De *numerus clausus* geldt enkel voor zakelijke rechten, niet voor verbintenissen. Voor zover voor de tegenwerpelijheid van kwalitatieve verbintenissen publicatie wordt vereist, blijft hier een overschrijving van het geheel der bepalingen vereist. Dit is bv. het geval voor het reglement van mede-eigendom bij een appartementsmede-eigendom (niet alle kwalitatieve verbintenissen zijn daar aan overschrijving onderworpen: enkel het reglement van mede-eigendom en de wijziging daarvan, maar niet het reglement van orde en de wijziging daarvan).

4° Onderscheid tussen volwaardige inschrijving en voorlopige inschrijving (*Vormerkung*)

58. Wanneer men enerzijds de inschrijving constitutief maakt voor een overdracht of vestiging, en anderzijds deze inschrijving met grotere zorgvuldigheid omringt dan vandaag, wegens de verstrekkender gevolgen ervan (grotere beschikkingsmacht van de ingeschrevene), dan is het geraadzaam om, zoals in het Duitse en Italiaanse recht en het Nederlandse wetsontwerp, ook de mogelijkheid van een voorlopige inschrijving of *Vormerkung* in te voeren. Deze maakt, zoals gezegd, de voorlopig ingeschrevene niet tot eigenaar, maar schept wel een relatieve beschikkingsonbevoegdheid, d.w.z. dat niet meer ten nadele van het voorlopig ingeschreven recht kan worden beschikt over het goed. Een dergelij-

ke *Vormerkung* moet mogelijk zijn op basis van een verbintenis tot het verkrijgen van het goed (met inbegrip van bv. een voorkooprecht of naastingsrecht). Vergelijkbaar met de *Vormerkung* kan relatieve beschikkingsonbevoegdheid ook worden geschapen door de inschrijving van een beslag, een vervreemdingsverbod e.d.m.

Zoals in de Bondsrepubliek Duitsland, dient diegene die een voorlopige inschrijving neemt, reeds als derde-verkrijger te worden beschermd, voor zover hij achteraf een volwaardige inschrijving verkrijgt. Maar zijn voorlopige inschrijving is nog geen voldoende vertrouwensgrondslag voor een persoon die van hem verkrijgt.

5° (Geen) Bescherming tegen gebreken van de eigen titel waartegenover de verkrijger te goeder trouw is

59. De *fides publica* van het grondboek beschermt de derde-verkrijger, zoals gezegd, enkel tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder. Het beschermt hem niet tegen gebreken van zijn eigen titel. In beginsel is hij ten aanzien van die gebreken ook geen derde. Er is dan ook geen reden om de verkrijger zakenrechtelijk tegen de gebreken van zijn eigen titel te beschermen. In een aantal gevallen in ons recht echter, wordt de titel aangetast omwille van de bescherming van private belangen van derden. Het betreft, zoals hierboven reeds vermeld:

- nietigheden uit het huwelijksvermogensrecht, ter bescherming van echtgeno(o)t(e) en gezin;
- inkorting wegens overschrijding van het beschikbaar gedeelte van de nalatenschap en soms ook inbrengverplichting;
- naastingsrechten van derden, bv. van de pachter op grond van zijn voorkooprecht;
- niet-tegenwerpelijkheid aan de schuldeisers wegens schuldeisersbedrog (*pauliana*, hier relevant voor zover het handelingen om niet betreft, omdat dan geen medeplichtigheid van de verkrijger is vereist).

In sommige gevallen is het verantwoord de rechten van die derde aan inschrijving te onderwerpen, voor hun zakelijke werking of minstens voor hun tegenwerpelijheid aan verkrijgers te goeder trouw. Dit geldt met name voor naastings- of voorkooprechten, bepaalde vervreemdingsverboden wegens gezinsbelang, e.d. In andere gevallen zal men moeten terugvallen op de verbintenisrechtelijke vertrouwensleer, waarvan de maatstaven, zoals gezegd, een stuk vager zijn dan de *fides publica* van de registers.³⁴

6° Hervorming van de verkrijgende verjaring

60. Indien de *fides publica* van de registers wordt ingevoerd, kan de korte verjaring (art. 2265 BW) worden afgeschaft. Wel kan de termijn van de lange verjaring worden in-

³⁴ Voor een uitvoerige behandeling van het eerstgenoemde probleem, met name de nietigheden ter bescherming van echtgenoot en gezin, zie N. GEELHAND, «Het vertrouwensbeginsel als instrument van belangenafweging in het huwelijksvermogensrecht», *T.P.R.*, 1994, 5 e.v.

gekort tot 20 jaar ³⁵ indien dit voor de bevrijdende verjaring geschiedt (zoals een hangend wetsontwerp bepaalt). Verjaring dient in beginsel nog slechts mogelijk te zijn in overeenstemming met de ingeschreven rechtspositie.

7° Vergoedingsplicht overheid

61. Ten slotte dient de schadevergoeding te worden geregeld die in een aantal gevallen verschuldigd is. Zo bepaalt art. 3:30, derde lid, N.B.W. ten laste van de overheid een vergoeding voor de partij die ten gevolge van het gekozen stelsel buiten zijn schuld (of risico) om zijn recht verliest (met name wanneer iemand door overmacht een rechtsfeit niet heeft laten inschrijven).

Slotbemerking.

62. Dat het Belgische recht op het hier besproken gebied vandaag nog niet eens zo ver is ontwikkeld als het Franse (door een gebrekkig wetgevend stelsel, en dit ondanks een goed georganiseerd notariaat), is het zoveelste bewijs van de lamentabele toestand waarin het burgerlijk recht in België verkeert. Het is trouwens zeer betwijfelbaar dat een ernstige herziening van ons burgerlijk recht nog mogelijk is op het niveau van een «federale» staat, die door het steeds verder uiteengroeien van de deelstaten en de daarin heersende op-

³⁵ Dit is ook de termijn in onder meer Nederland en Italië. Indien evenwel de bevrijdende verjaring op 30 jaar blijft, dient dit ook zo te blijven voor de verkrijgende verjaring.

vattingen op steeds meer gebieden, op steeds minder gebieden tot een samenhangend beleid in staat is. ³⁶ Laat ons daarom, zoals de slotredenaar op het vorige in Gent gehouden Juristencongres reeds stelde, resoluut het kompas op het noorden gericht houden. ³⁷ Nederland, dat tot voor enkele jaren een publiciteitsstelsel kende dat *qua* organisatie niet wezenlijk van het onze verschilde, heeft bewezen dat een hervorming in de gewenste richting wel degelijk mogelijk is.

Matthias E. STORME

Hoogleraar K.U. Leuven

Hoofddocent Universiteit Antwerpen

Secretaris van de Commission on European Contract Law

³⁶ Op de dag waarop de laatste hand aan dit preadvies werd gelegd, citeert D. ACHTEN in *De Standaard* van 23 februari 1998 *The International Herald Tribune*, volgens welke «Het vooruitzicht wat dan ook te hervormen in België is klein», en voegt hij eraan toe dat de Belgische context zo verlamrend is voor gelijk welke federale regering dat er hoe dan ook maar flauwe pogingen tot beterschap het licht zien en er weinig hoop is om echt wat te hervormen binnen de Belgische staatsstructuur, omdat Vlaanderen en Wallonië voor andere visies kiezen en de gedachten versneld uit elkaar groeien.

³⁷ De parlementaire geschiedenis leert ons dat de francofilie van een deel van België een eeuw geleden reeds nuttige hervormingen op dit gebied heeft tegengehouden; zie bv. de kritiek op het ontwerp-Van Biervliet, met louter emotionele argumenten, aangehaald in *Belg. Jud.*, 1895, (242), 254: het constitutief maken van de overschrijving werd bestreden omdat het ons zou verplichten Duitse en Nederlandse auteurs te gaan lezen in plaats van Franse! De hervorming is er dan ook nooit gekomen...

DE NOTARIS OP DE SCHOPSTOEL

Bedenkingen bij enkele controversiële aspecten van de opdracht van de notaris in het raam van het uitvoerend beslag op onroerend goed en de rangregeling

I. INLEIDING

1. Het was de eerste commentatoren van het Gerechtelijk Wetboek niet ontgaan dat de taak die de ex art. 1580 Ger. W. benoemde notaris toegewezen wordt - over te gaan tot de veiling van de in beslag genomen onroerende goederen en de verrichtingen tot rangregeling - van een bijzondere aard is. LIENARD besteedde uitvoerig aandacht aan de rechtvaardiging van de in deze opdracht vervatte «détournement du ministère notarial». Volgens deze auteur werpt de notaris hiermede zijn «vêtement pacifique de fonctionnaire public établi par la loi» af «pour revêtir l'armure agressive d'une sorte d'exécuteur des hautes oeuvres, maître *in partibus* d'une procédure inquisitoire renforcée se manifestant par des sommations et des significations judiciaires». ¹

II. De notaris als medewerker van het gerecht: vereisten van onafhankelijkheid en onpartijdigheid

2. Een modernere, meer nuchtere kwalificatie van de opdracht die de notaris in dit kader wordt toevertrouwd, is die van «medewerker van het gerecht» (*auxiliaire de justice*). ² Die hoedanigheid verwerft de notaris wanneer hij, door de beslagrechter - op een door de vervolgende schuldeiser neergelegd (eenzijdig ³) verzoekschrift verleende beschikking -, belast wordt met een in de wet nauwgezet omschreven opdracht. ⁴ Dat de notaris benoemd wordt door de beslagrechter op vraag van de vervolgende schuldeiser, maakt hem niet tot gemandateerde, noch tot raadsman van de ene of de an-

dere. ⁵ Het is volstrekt onjuist de notaris te bestempelen als «un mandataire de justice» ⁶: de machten die de notaris n.a.v. zijn aanduiding in een bevelschrift ex art. 1580 Ger. W. verleend worden, vloeien voort uit de wet zelf. ⁷ Volgens ENGELS ⁸ vertegenwoordigt de notaris in dit geval slechts de wet. Hij dient alle (betrokken) belangen te behartigen: die van de beslaglegger door de uitvoering te benaastigen ⁹, die van de beslagene door de wettelijke waarborgen te zijn op-

⁵ ENGELS, CHR., *Het uitvoerend beslag op onroerend goed en de daarbij horende rangregeling*, Antwerpen, Kluwer, 1981, 22-24, nrs. 31-33. STERCKX, D., noot sub Rb. Dinant, 29 mei 1984, *J.T.*, 1985, (11), 12: «Le (bedoeld wordt: de ex art. 1580 Ger. W. benoemde notaris) taker de «mandataire du tribunal» relève d'un abus de langage, car il ne saurait être question pour lui de «représenter» le tribunal, qui n'a rien d'un mandant; la meilleure preuve en est que le notaire n'a pas à rendre compte - obligation essentielle du mandataire - au tribunal, à l'inverse d'un curateur par exemple». Brussel, 16 februari 1988, *Rev. Not. B.*, 1988, 157: de notaris treedt op ten gunste van de schuldeisers, zonder hen te vertegenwoordigen.

⁶ LEDOUX, J.-L., o.c., *Rev. Not. B.*, 1997, (301), 303: «(...) la notion de mandataire judiciaire pour qualifier la mission du notaire est tout à fait inadéquate. Le notaire n'agit évidemment pas au nom et pour le compte du juge des saisies» (vgl. evenwel LEDOUX, J.-L., *R.P.D.B.*, Complément VIII, o.c., 690, nr. 15 en 728, nr. 214). Foutief of onnauwkeurig is het taalgebruik in: Brussel, 11 mei 1994, *Act. dr.*, 1996, (325), 336; Rb. Brussel, beslagr., 22 april 1996, *Rev. Not. B.*, 284, noot D.S.; *J.T.*, 1996, 585; Rb. Namen, 6 november 1992, *Rev. Not. B.*, 1994, (250), 251.

⁷ Vgl. CASMAN, H., o.c., in *Féd. not., o.c.*, 311: «(...) le notaire commis est investi de pouvoirs que lui accorde la loi suite à sa désignation par le juge, afin d'accomplir une mission judiciaire. (...), la définition de sa mission, de son étendue et de ses limites ne dépendent plus d'eux, mais de la loi et du juge». DIRIX, E., «Onroerend beslag: actuele ontwikkelingen», in *Notarieel procesrecht - Notariële actualiteit*, Brugge, die Keure, 1994, (85), 113, nr. 42, gewaagt terecht van een «wettelijke opdracht»; zo ook: VAN COMPERNOLLE, J., o.c., in *Féd. not., o.c.*, 31; Rb. Charleroi, beslagr., 12 maart 1996, *J.L.M.B.*, 1996, 1262; *Rev. Not. B.*, 1996, 243.

⁸ ENGELS, CHR., o.c., 23-24, nr. 33. Vgl. DESCHAMPS, S., «Le notaire commis et son juge civil», in *Féd. not., o.c.*, Brussel, Bruylant, 1996, (39), 72, nr. 79.

⁹ DIRIX, E., (o.c., in *Notarieel procesrecht - Notariële actualiteit*, 113, nr. 42; zie ook DIRIX, E. en BROECKX, K., *A.P.R.*, Tw. *Beslag*, Antwerpen, Story-Scientia, 1992, 423-424, nr. 841; DIRIX, E. en BROECKX, K., «Overzicht van rechtspraak - Beslagrecht (1970-90)», *T.P.R.*, 1991, (79), 212, nr. 257; «Overzicht van rechtspraak - Beslagrecht (1991-96)», *T.P.R.*, 1996, (1391), 1541, nr. 240) kwalificeert de relatie notaris-beslaglegger als een rechtsverhouding *sui generis*, waarvan de inhoud door de wet wordt gedetermineerd en waaruit de notaris een verhaalsrecht (o.m. in verband met zijn staat van kosten en ereloon) kan putten. Zie over dit laatste aspect ook: Cass., 19 april 1990, *Arr. Cass.*, 1989-90, 1066; *Pas.*, 1990, I, 944; *T. Not.*, 1990, 308; *Rev. Not. B.*, 1996, 243; LEDOUX, J.-L., o.c., *Rev. Not. B.*, 1997, 301-306.

¹ LIENARD, R., «Saisies conservatoires et voies d'exécution», *Ann. Fac. Dr. Louvain*, 1968, (453), 481.

² LEDOUX, J.-L., *R.P.D.B.*, Complément VIII, Tw. *La saisie immobilière*, Brussel, Bruylant, 1995, 690, nr. 15; DE LEVAL, G., *Rép. Not.*, Tw. *La saisie immobilière*, Brussel, Larcier, 1996, 224-225, nr. 342; VAN COMPERNOLLE, J., «La commission du notaire par justice: typologie et principes généraux», in Conseil francophone de la Fédération royale des notaires de Belgique, (red.), *Le notaire, le juge et l'avocat - Heurs et malheurs du notaire commis*, Brussel, Bruylant, 1996, (1), 24-25 (hierna verkort geciteerd als «Féd. not.»); LEDOUX, J.-L., «Les frais et honoraires du notaire en matière de saisie-exécution immobilière peuvent-ils être réclamés au créancier poursuivant?», *Rev. Not. B.*, 1997, (301), 303.

³ Het Ger. W. beoogde het toezicht op de rechtspleging van gedwongen tenuitvoerlegging te vereenvoudigen - de voorheen bestaande wetgeving werd als «duur, lang en vol struikelstenen» omschreven - «zodat het met behoud van dezelfde waarborgen mogelijk is sneller en tegen lagere kosten hetzelfde resultaat te bereiken» (VAN REEPINGHEN, Ch., *Verslag over de gerechtelijke hervorming*, Brussel, *Belgisch Staatsblad*, 1964, 569).

⁴ Die opdracht kan - benevens de veiling van beslagen onroerend goed en de daarbij horende rangregeling - ook betrekking hebben op de boedelbeschrijving na ontzegeling en de gerechtelijke verffening-verdeling (vgl. CASMAN, H., «La déontologie du notaire commis», in *Féd. not., o.c.*, Brussel, Bruylant, 1996, (307), 310).

zichte te doen naleven¹⁰ en die van de niet-vervolgende schuldeisers door hen op bepaalde mogelijkheden te wijzen. En tenslotte, bij de rangregeling, door de gelden toe te bedelen aan wie het behoort. Dit alles met inachtneming van de wettelijke normen en vormen.¹¹ Uiteraard behartigt de notaris via zijn optreden in deze materie ook het belang van het (ge)recht¹² en, bij weeromstuit, die van de Rechtsstaat. Ons burgerlijk procesrecht zou immers tekort schieten indien het niet voorzag in adequate middelen en technieken om de feitelijke toestand in overeenstemming te brengen met de rechtstoestand, zoals die tussen partijen bindend werd vastgelegd in een authentieke akte¹³ of bindend werd vastgesteld in een met gezag van gewijsde beklede beslissing van een rechter.

3. Eigen aan en kenschetsend voor een dergelijke opdracht zijn de vereisten van onafhankelijkheid en onpartijdigheid¹⁴ in de persoon van de benoemde notaris, «qui est le rouage essentiel de la force exécutoire du titre».¹⁵ Deze vereisten moeten niet enkel voor de rechter een leidraad vormen bij de keuze van de te benoemen notaris en bij het eventueel verzoek tot vervanging ervan. Ze beheersen tevens de

afwikkeling door de notaris van zijn gerechtelijke opdracht en de regeling van incidenten of moeilijkheden die in de loop ervan opduiken.

A. Bij de benoeming van de notaris ex art. 1580 Ger. W.

4. Overeenkomstig art. 1580, eerste lid, Ger. W. dient de schuldeiser, binnen een maand na de overschrijving van het beslag, bij de beslagrechter¹⁶ een verzoekschrift in tot benoeming van een notaris belast met de veiling van de in beslag genomen goederen en met de verrichtingen tot rangregeling. Geen enkele wettelijke bepaling legt aan de rechter de verplichting op de door de beslaglegger gesuggereerde notaris te benoemen. De rechter beschikt ter zake over een discretionaire beoordelingsmacht¹⁷, die - zoals VAN COMPERNOLLE¹⁸ terecht aanstipt - geenszins synoniem is van een arbitraire bevoegdheid. Het is aan de rechter, rekening houdend met de eigen omstandigheden van de voor hem ahangig gemaakte zaak maar tevens met voormelde vereisten van onafhankelijkheid¹⁹ en onpartijdigheid, die notaris te benoemen die het meest geschikt is voor het vervullen van de wettelijke opdracht. Dit is niet steeds de door de beslaglegger naar voor geschoven openbaar ambtenaar, hoewel een recent in ons land gevoerd onderzoek²⁰ uitwees dat de rech-

¹⁰ Dit verklaart waarom de notaris aan de vervolgende schuldeiser de gerechtsdeurwaardersexploot dient op te vragen houdende de betekening van het bevel tot betaling en van het uitvoerend beslag, waarom hij de hypothecaire staat moet lichten en waarom hij - in voorkomend geval - moet vragen het bewijs voor te leggen van de door art. 59 W. Hyp. Krediet voorgeschreven poging tot minnelijke schikking. Aan de hand van deze bescheiden zal de notaris moeten nagaan of de procedure (tot dan toe) rechtsgeldig is verlopen, teneinde te vermijden met een nietigheid te worden geconfronteerd n.a.v. de toewijzing (ENGELS, Chr., «Procesrechtelijk privaatrecht in verband met het notariaat», in *Notariële Actualiteit*, Brugge, die Keure, 1992, (51), 69, nrs. 42-43).

¹¹ Niet-naleving hiervan kan de aansprakelijkheid van de notaris in het gedrang brengen, b.v. wanneer de miskenning van de verplichting samenloop te organiseren, de niet-uitkering van een dividend aan een schuldeiser tot gevolg had (Gent, 19 april 1994, *R.W.*, 1995-96, 830). De notaris kan hiervoor geen verhaal uitoefenen op de betaalde schuldeiser(s). Evenmin hebben de te laat aantredende schuldeisers een verhaalsrecht op de schuldeisers die wel betaald werden (Gent, 2 februari 1988, *R.W.*, 1989-90, 17; *T.Not.*, 1990, 15; Luik, 7 juni 1983, *Jur. Liège*, 1983, 373).

¹² Vgl. CASMAN, H., o.c., in *Féd. not.*, (ed.), o.c., 311: «(...) il (bedoeld wordt: le notaire commis) est au service de la justice d'abord, il n'est le conseil d'aucune des parties».

¹³ Zie o.m. Cass., 23 mei 1991, *R.W.*, 1991-92, 462, noot LAENENS, J.; *T.Not.*, 1991, 438, noot VAN HOVE, E.; *J.T.*, 1991, 613, noot BROECKX, K. en LEDOUX, J.-L., waarin het principe van de onbeperkte uitvoerbaarheid van notariële akten werd herbevestigd (zie reeds art. 19, eerste lid, Ventôse-wet).

¹⁴ MICHELS, D., «De rol van de notaris bij geschillen over de verkoopvoorwaarden inzake uitvoerend onroerend beslag», *T.Not.*, 1996, (538), 542, nr. 3.3; CASMAN, H., o.c., in *Féd. not.*, o.c., 311: «Il doit dès lors, plus que jamais, agir en toute indépendance et en toute impartialité» (vgl. de genuanceerde visie van TAYMANS, J.-F., «Quelques réflexions sur la mission du notaire commis par justice», *Rev. Not. B.*, 1996, (374), 374-377, nrs. 2-5: «(...) l'impartialité est une exigence inhérente à la fonction du notaire, de quelque manière elle s'exerce». Zie ook KOCKEN, C., *De hand van de notaris. Een rechtssociologisch onderzoek naar de onpartijdigheid en invloed van de Nederlandse notaris*, Kluwer, Deventer, 1997).

¹⁵ Rb. Brussel, beslagr., 22 april 1996, *Rev. Not. B.*, 284, noot D.S.; *J.T.*, 1996, 585.

¹⁶ De territoriaal bevoegde beslagmagistraat is die van de plaats van het beslag (art. 633 Ger. W.: deze bevoegdheidsregel is van openbare orde), m.a.w. de rechter bevoegd over de plaats waar de onroerende goederen gelegen zijn (DIRIX, E. en BROECKX, K., *A.P.R.*, o.c., 401-402, nr. 790). Liggen de goederen verspreid over verschillende gerechtelijke arrondissementen, dan kan de beslaglegger zich beroepen op de samenhang om het verzoekschrift in te dienen voor één van de territoriaal bevoegde beslagrechters, naar zijn keuze. Wel is vereist dat die keuze overeenstemt met die welke in het beslag-exploot werd gemaakt (art. 1568, 3°, Ger. W.; Arrondrb. Verviers, 23 juni 1995, *Act. dr.*, 1996, 392; Arrondrb. Brussel, 3 april 1995, *J.T.*, 1995, 590; Arrondrb. Charleroi, 19 maart 1991, *J.L.M.B.*, 1991, 993. DE LEVAL, G., *Rép. Not.*, o.c., 219, nr. 332 en 221, nr. 337; LEDOUX, J.-L., *R.P.D.B.*, Compl. VIII, o.c., 724, nr. 197, die beklemtoont dat de beslagrechter bij de benoeming van de notaris(sen) art. 5 Ventôse-wet («De notarissen oefenen hun ambt uit binnen het arrondissement waarin hun standplaats gelegen is») moet respecteren (in dezelfde zin: ENGELS, Chr., o.c., 209, nr. 285); worden verscheidene notarissen benoemd om de goederen te veilen, dan zal er toch slechts één enkele belast worden met de verrichtingen tot rangregeling, teneinde een zekere eenheid te bewaren (DE LEVAL, G., *Rép. Not.*, Dl. XIII, Boek IV, Tw. *L'ordre*, 48, nr. 46; VAN HOVE, E., «Beslag op onroerend goed en rangregeling», *T.P.R.*, 1980, (340), 343, nr. 9; Rb. Charleroi, beslagr., 11 september 1974, *Rev. Not. B.*, 1974, 530; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1975, 153)).

¹⁷ ENGELS, Chr., o.c., 207, nr. 282 en verwijzingen sub noot 3 aldaar; DIRIX, E. en BROECKX, K., *A.P.R.*, Tw. *Beslag*, 402, nr. 792; LEDOUX, J.-L., *R.P.D.B.*, Compl. VIII, o.c., 724-725, nr. 198; DE LEVAL, G., *Rép. Not.*, Tw. *La saisie immobilière*, o.c., 220-221, nr. 336; DE LEVAL, G., «Les saisies», in *Chronique du droit à l'usage du notariat*, Vol. XX (20 oktober 1994), (65), 174-175, nr. 62.

¹⁸ VAN COMPERNOLLE, J., o.c., in *Féd. not.*, (ed.), o.c., 26.

¹⁹ Zeer terecht wijst DESCHAMPS (S., o.c., in *Féd. not.*, (ed.), o.c., 56, nr. 36) erop dat het de eerste zorg van een magistraat is zijn eigen onafhankelijkheid te vrijwaren, zodat «on n'imagine pas un juge désignant systématiquement le même notaire pour toutes les demandes qui lui sont soumises».

²⁰ LEDOUX, E., «Critères de désignations des notaires commis - Synthèse», in *Féd. not.*, (ed.), o.c., Brussel, Bruylant, 1996, (361).

ter veelal op die suggestie ingaat.²¹ Eerder uitzonderlijk wordt ervan afgeweken, b.v. wegens het bestaan van een beurtrol, het gegeven dat de standplaats van de voorgedragen notaris te ver verwijderd ligt van het te veilen goed of om die notaris (of zijn opvolger) aan te duiden die de akte, krachten welke de tenuitvoerlegging geschiedt, heeft verleden.

Dat de onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid van de benoemde notaris wel eens in vraag wordt gesteld, wekt dan ook geen verbazing. Geoordeeld werd dat de - m.i. overigens niet eens bewezen²² - bewering van de beslagene dat de benoemde notaris eerder optrad als raadgever van de beslaglegger, een gegronde reden vormt voor zijn vervanging.²³ De vereiste neutraliteit werd niet aanwezig geacht in de persoon van de openbaar ambtenaar die gedurende twee decennia optrad als familienotaris van de beslagene en ten aanzien van wie hij de rol van vertrouwenspersoon vervult.²⁴ Wanneer de benoemde notaris het initiatief neemt om vrijwillig tussen te komen in een door de beslagene via een exploit van zwaarigheden aanhangig gemaakte rechtspleging en

in dit kader, in persoonlijke naam, een tussenvordering instelt strekkende tot veroordeling van de beslagene tot het betalen van een schadevergoeding, rijst de vraag hoe deze openbare ambtenaar nog verder onpartijdig zijn opdracht zal kunnen vervullen.²⁵ Terecht stipt de annotator aan dat in die omstandigheden «per definitie» de onpartijdigheid van de notaris in het gedrang komt, omdat hij zich daadwerkelijk de hoedanigheid van formele én materiële procespartij - hij trad op ter vrijwaring van zijn eigen belangen - aanmat. Vandaar dat de notarissen er goed aan doen de opportuniteit van hun eventuele tussenkomst in een geding tussen beslagene en schuldeiser(s) nauwgezet af te wegen, indien ze zichzelf niet wensen bloot te stellen aan een vordering tot vervanging.

Terecht waarschuwen DE LEVAL en TAYMANS ervoor niet te overdrijven: slechts wanneer er sprake kan zijn van een gerechtvaardigde twijfel over de geschiktheid van de notaris om zijn wettelijke opdracht te vervullen, dient hij vervangen te worden.²⁶ De regel «Justice must not only be done; it must also be seen to be done» mag niet ongenueanceerd worden toegepast. Systematisch die notaris weren die reeds eerder in contact kwam met het dossier, «c'est sacrifier exagérément aux apparences, aux détriment d'autres éléments beaucoup plus importants pour la bonne marche de la procédure».²⁷

5. De onafhankelijkheid van de notaris ten opzichte van de vervolgende schuldeiser, wordt in de verf gezet²⁸ door art. 1581, eerste lid, Ger. W.: «De uitgifte van de beschikking tot benoeming van de notaris die belast is met de veiling van de in beslag genomen goederen, wordt hem binnen vijftien dagen na de uitspraak tegen eenvoudig ontvangstbewijs ter hand gesteld». Het valt dan ook sterk te betreuren dat deze bepaling in de praktijk dode letter blijft. Veelal verneemt de notaris zijn aanstelling rechtstreeks van de vervolgende schuldeiser of diens raadsman.²⁹

364-365, nrs. 1-2; zie ook DESCHAMPS, S., o.c., in *Féd. not.*, (ed.), o.c., Brussel, Bruylant, 1996, (39), 56-57, nr. 36.

²¹ Brussel, 11 mei 1994, *Act. dr.*, 1996, (325), 336: «qu'il est normal et usuel que les créanciers saisissants demandent désignation de leur notaire habituel pour procéder à l'adjudication du bien saisi; que dans le cas d'espèce la désignation du notaire M.B. était d'autant plus indiquée qu'il connaissait parfaitement le bien saisi pour avoir procédé à sa vente en juillet 1988».

²² Vgl. VAN COMPERNOLLE, J., o.c., in *Féd. not.*, (ed.), o.c., 31: «(...) même en l'absence de toute faute du notaire instrumentant dans la procédure de saisie immobilière, il peut être opportun de procéder à son remplacement dans un souci de sérénité lorsque son impartialité est soupçonnée».

²³ Rb. Namen, beslagr., 6 november 1992, *Rev. Not. B.*, 1994, 250, noot STERCKX, D., die opmerkt: «Le fait est que, dans l'esprit du justiciable, un doute raisonnable peut être engendré par la nomination d'un notaire, précédemment choisi comme "conseil" par la partie adverse». De annotator stipt evenwel ook aan dat de tussenkomst van de notaris bij de gedwongen tenuitvoerlegging op onroerend goed minder zwaar weegt dan bij de verrichtingen van (gerechtelijke) vereffening-verdeling «où il fait davantage oeuvre personnelle». Anders: Brussel, 11 mei 1994, *Act. dr.*, 1996, 325, waarin geen onverenigbaarheid werd aangenomen, omdat de toewijzing van het goed door de notaris slechts kan geschieden met het akkoord van de ingeschreven schuldeisers. Zie STERCKX, D., «Le notaire commis et les avocats», in *Féd. not.*, o.c., 122, nr. 54: «(...) (le notaire) doit demeurer indépendant et impartial vis-à-vis des parties, a fortiori s'il a été le conseil de l'une d'entre elles avant d'être commis. Cela implique notamment qu'il doit veiller à ce que toutes les parties aient eu connaissance en temps utile de tous les arguments et de tous les documents émanant des autres parties».

²⁴ Rb. Brussel, beslagr., 22 april 1996, *Rev. Not. B.*, 284, noot D.S.; J.T., 1996, 585. De rechter duidde eveneens de onhandigheid van betrokken notaris - hij liet zich verdedigen door de advocaat die ook optrad voor de vervolgende schuldeiser - in deze zaak ten kwade. Vgl. Rb. Aarlen, 8 februari 1991, *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1992, 153, waarin geoordeeld werd dat de vader van de advocaat van één van de eisende partijen niet kon worden aangeduid als notaris-vereffenaar, omdat dit verwarring zou kunnen stichten in de geest van de verweerder; Rb. Neufchâteau, 11 mei 1994, *Rev. Rég. Dr.*, 1994, 336; Rb. Luik, 22 februari 1988, *J.L.M.B.*, 1988, 929, noot DE LEVAL, G.; anders: Rb. Oudenaarde, 10 december 1985, *T. Not.*, 1986, 55: voor de vereffening-verdeling na echtscheiding werd als boedelnotaris de gewezen raadsman van een van de ex-echtgenoten aangesteld. CASMAN, H., o.c., in *Féd. not.*, (ed.), o.c., 316, nr. 13.

²⁵ Brussel, 5 maart 1997, *Rev. Not. B.*, 1997, 326, noot STERCKX, D.; R.W., 1997-98, 407; P. & B., 1997, 220 (in casu diende de notaris, na deze uitspraak, een proces-verbaal van zwaarigheden op te stellen en neer te leggen ter griffie van de rechtbank, opdat de beslagrechter er ex art. 1623 Ger. W. uitspraak over kan doen). Vgl. Brussel, 11 mei 1994, *Act. dr.*, 1996, 325, waarin eveneens aan de notaris schadevergoeding werd toegewezen (n.a.v. diens vrijwillige tussenkomst en een door hem geformuleerde tussenvordering in een procedure op (derden)verzet tegen diens aanstelling). Ook hier diende de notaris nog diverse werkzaamheden te verrichten...

²⁶ DE LEVAL, G., o.c., in *Chronique du droit à l'usage du notariat*, Vol. XX (20 oktober 1994), (65), 175, nr. 62: «Bref, un soupçon ne suffit pas, il faut qu'il soit justifié compte tenu des circonstances concrètes de la cause et des règles de droit applicables à la procédure». Het enkele feit dat de notaris de leningsakte verleden heeft waarvan de gedwongen tenuitvoerlegging thans benaastigd wordt, is op zich niet strijdig met het vereiste van neutraliteit de persoon van de notaris zoals dit (o.m.) tot uiting komt in de Ventôse-wet («l'image première du notaire est d'être le juge naturel de la cause»). Zie ook DE LEVAL, G., «La saisie immobilière et l'ordre», in *Chronique du droit à l'usage du notariat*, 1997, (363), 415-416, nr. 3.

²⁷ TAYMANS, J.-F., o.c., *Rev. Not. B.*, 1996, 376, nr. 4.

²⁸ DESCHAMPS, S., o.c., in *Féd. not.*, (ed.), o.c., 72, nr. 80.

²⁹ MICHIELS, D., «Enkele juridische en praktische knelpunten bij de procedure van uitvoerend onroerend beslag: een stand van zaken», *T. Not.*, 1995, (434), 446, nr. 24; CASMAN, H., o.c., in *Féd. not.*,

Wanneer de notaris (fysiek of wettelijk) verhinderd is die opdracht te vervullen, kan hij zelf het initiatief nemen om, via eenzijdig verzoekschrift, in zijn vervanging te horen voorzien.³⁰ Ook de vervolgende schuldeiser of - bij diens stilzitten - degene die in zijn plaats werd gesteld, kan hiertoe bij eenzijdig verzoekschrift het nodige doen.³¹ Uit zijn hoedanigheid van medewerker van het gerecht, vloeit voort dat de benoemde notaris niet zelf in zijn vervanging kan voorzien.³² Evenmin kunnen de partijen, naast of ter vervanging van de door de rechtbank aangeduide notaris, een (tweede) notaris aanduiden. In geen geval kan die tweede notaris zijn ambt verlenen.³³

De rechtspleging op eenzijdig verzoekschrift kan niet gevolgd worden door de beslagene die meent grieven te kunnen aanvoeren tegen de benoemde notaris. Voor de beslagene, die geen partij was in het (eenzijdig) geding dat aanleiding gaf tot de benoeming, staat alleen³⁴ het rechtsmiddel van (derden)verzet ex artt. 1033-1034 Ger. W. open, dat wordt ingesteld via dagvaardingsexploot voor de beslagmagistraat, zetelend zoals in kort geding, die de benoeming deed. De notaris - die evenmin partij was bij de bestreden beslissing - behoort niet in dit geding betrokken te worden³⁵, net zo min als de andere schuldeisers.³⁶ Betreft de beslagene toch de notaris in het geding, dan moet deze laatste wel voor ogen houden dat een stellingname en, *a fortiori*, een tussenvorde-

ring lastens de beslagene kan worden aangegrepen om diens onafhankelijkheid en/of onpartijdigheid in opspraak te brengen.³⁷

De in art. 1034 Ger. W. bepaalde vervaltermijn waarbinnen uiterlijk door de beslagene dit verzet moet worden aangetekend, neemt pas een aanvang vanaf de betekening aan hem van de ex art. 1580 Ger. W. verleende beschikking. Het cruciale belang van deze betekening - die door de wet echter niet verplicht is voorgeschreven - in het raam van de gedwongen tenuitvoerlegging op onroerend goed, werd in de rechtsleer terecht zeer sterk benadrukt.³⁸ Naar luid van art. 1622 Ger. W. moet de nietigheid van handelingen verricht vóór de toewijzing, op straffe van verval opgeworpen worden ten laatste binnen acht dagen na de aanmaning om inzage te nemen van de verkoopsvoorwaarden. Deze bepaling staat er niet aan in de weg dat de beslagene, in voorkomend geval nadien, nog grieven doet gelden betreffende de titel krachtens welke de tenuitvoerlegging wordt benaastigd. Hierdoor kan de sokkel, waarop het hele verdere verloop van de rechtspleging steun vindt, aan het wankelen worden gebracht. Die mogelijkheid wordt de beslagene eerst ontnomen nadat de termijn om verzet te doen tegen de beschikking waarin de notaris werd benoemd, is verstreken.³⁹

6. De vraag of de notaris zelf⁴⁰ een gerechtsdeurwaarder kan gelasten met de betekening van het bevelschrift waarin hij werd aangesteld⁴¹, was omstreden. De beslagrechter te Ieper⁴² oordeelde dat de notaris terzake geen initiatiefrecht toekomt: «De notaris, (...) kan zeker het initiatief niet

(ed.), o.c., 312, nr. 1; LEDOUX, J.-L., *R.P.D.B.*, Compl. VIII, o.c., 725, nr. 200.

³⁰ Art. 1581, tweede lid, Ger. W.; LEDOUX, J.-L., *R.P.D.B.*, Compl. VIII, o.c., 726, nr. 207; DE LEVAL, G., *Rép. Not.*, o.c., 227-228, nrs. 346-347 en 354, nr. 627; Rb. Namen, beslagr., 14 oktober 1992, *Rev. Not. B.*, 1993, 308; Rb. Kortrijk, beslagr., 8 september 1995, *T. Not.*, 1996, 128, (kritische) noot BOUCKAERT, F. (weliswaar betreffende een vereffening-verdeling, maar hetzelfde geldt inzake onroerend beslag; zie STERCKX, D., o.c., in *Féd. not.*, o.c., 124, nr. 55 en noot 66 aldaar). *Anders*: ENGELS, Chr., o.c., 211, nr. 288.

³¹ Rb. Bergen, beslagr., 28 februari 1997, *Rev. Not. B.*, 1997, 353.

³² Dit zou overigens impliceren dat de rechter hiertoe zijn rechtsmacht zou gedelegeerd hebben aan de aangeduide notaris, hetgeen niet te rijmen valt met art. 11 Ger. W.

³³ VAN COMPERNOLLE, J., o.c., *Féd. not.*, o.c., 28-29. Dit lijkt in de praktijk soms anders te zijn inzake vereffening-verdeling, hoewel BOUCKAERT, F., («Over een tweede notaris die in een ruziebodet tussenkwam en daardoor de boedelnotaris in een lastig parket bracht», *T. Not.*, 1996, (131), 134) met klem - m.i. zeer terecht - de stelling verdedigt dat «er in gerechtelijke verdelingen voor een tweede notaris geen plaats is».

³⁴ Hoger beroep is niet ontvankelijk (Bergen, 14 juni 1984, *J.T.*, 1985, 149; Brussel, 5 januari 1971, *Pas.*, 1971, II, 90; *Rev. Not. B.*, 1973, 400; LEDOUX, J.-L., *R.P.D.B.*, Compl. VIII, o.c., 726, nr. 206).

³⁵ Rb. Namen, kort ged., 13 december 1994, *Act. dr.*, 1996, (353), 354, waarin met verwijzing naar art. 1388 Ger. W. (beslissingen waarbij aan een derde (in casu de notaris) enige prestatie wordt opgelegd of bevolen) terecht onderstreept wordt dat die derde hierdoor niet de hoedanigheid van procespartij verwerft.

³⁶ Zie artt. 1034 en 1125 Ger. W. (alleen degene die partij was bij de bestreden beslissing dient gedagvaard te worden); VAN COMPERNOLLE, J., o.c., *Féd. not.*, (ed.), o.c., 23; DE LEVAL, G., *Rép. Not.*, o.c., 225, nr. 343. *Anders*: Rb. Ieper, beslagr., 29 maart 1983, *R.W.*, 1983-84, 1302; *Rev. Not. B.*, 1985, 110, noot LEDOUX, J.-L.; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1984, 213, nr. 23.048, waarin geoordeeld werd dat zo het verzet gedaan wordt na de kantmelding ex art. 1584 Ger. W., alle schuldeisers aan wie het beslag gemeen werd in deze rechtspleging dienen betrokken te worden.

³⁷ Zie vorig randnr.

³⁸ Zie o.m. DIRIX, E. en BROECKX, K., *A.P.R.*, Tw. *Beslag*, 403-404, nr. 796 en 436, nr. 873; DIRIX, E. en BROECKX, K., o.c., *T.P.R.*, 1996, 1533, nr. 229 en o.c., *T.P.R.*, 1991, 205-206, nr. 245 en 215-216, nr. 264; LEDOUX, J.-L., *R.P.D.B.*, Compl. VIII, o.c., 726, nrs. 203-205; DE LEVAL, G., *Rép. Not.*, o.c., 225-226, nr. 343 en 310-311, nr. 521; DE LEVAL, G., o.c., in *Chronique du droit à l'usage du notariat*, 1997, 419-420, nr. 5; DE LEVAL, G., o.c., in *Chronique du droit à l'usage du notariat*, Vol. XX (20 oktober 1994), 172-173, nr. 61; LEDOUX, J.-L., «En matière de saisie-immobilière, l'ordonnance de désignation du notaire doit-elle être signifiée? Si oui, quand? Comment? Par qui?», *Rev. Not. B.*, 1985, 111-115.

³⁹ Brussel, 6 juni 1996, *Rev. Not. B.*, 1997, 497; *J.T.*, 1996, 599; Rb. Brussel, beslagr., 29 januari 1996, *T. Not.*, 1996, 537, noot MICHELIS, D. De betekening van de aanmaning om kennis te nemen van de verkoopsvoorwaarden doet deze termijn niet lopen (Gent, 11 oktober 1974, *T. Not.*, 1975, 13; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1976, 25, nr. 21.818, noot). Enkel een betekening «en bonne et due forme» (DE LEVAL, G., *Traité des saisies*, Luik, P.U.L., 1988, 533, nr. 259; *and*: Rb. Dinant, beslagr., 13 december 1985, *Jur. Liège*, 1986, 154) van de benoemingsbeschikking heeft dit gevolg.

⁴⁰ Het staat buiten kijf dat de vervolgende schuldeiser opdracht kan geven tot de betekening van het bevelschrift. De procedure ex art. 1580 Ger. W. werd immers op zijn initiatief benaastigd (DE LEVAL, G., o.c., in *Chronique du droit à l'usage du notariat*, 1997, 419, nr. 5).

⁴¹ Het valt aan te raden deze betekening te laten gebeuren aan de beslagene en, in voorkomend geval, zijn echtgenoot (in geval van gemeenschap van goederen) en de derde-bewoner van het pand (DE LEVAL, G., *Rép. Not.*, o.c., 226, nr. 343 d); LEDOUX, J.-L., *R.P.D.B.*, Compl. VIII, o.c., 726, nr. 205).

⁴² Rb. Ieper, beslagr., 29 maart 1983, *R.W.*, 1983-84, 1302; *Rev. Not. B.*, 1985, 110, noot LEDOUX, J.-L.; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1984, 213, nr. 23.048.

nemen tot betekening van de beschikking houdende zijn aanstelling. Zijn aanstelling verstrekt hem daartoe geen enkel recht, geen enkel belang. De notaris dient zich strikt te houden aan de voorschriften van het uitvoerend beslag en de betekeningen die hem aldus werden opgedragen, zoals overeenkomstig de artt. 1582, 1594, 1598 e.v. Ger. W.».

Het Hof van Cassatie heeft m.i. in zijn arrest van 17 april 1989 hier duidelijk anders over beschikt.⁴³ Het aanvaardde immers dat de betekening van de aanstellingsbeschikking kan geschieden bij hetzelfde exploitatiewaard waarin de beslagene aangemaand wordt inzage te nemen van de verkoopvoorwaarden en aanwezig te zijn bij de toewijzing. En het laten betekenen van deze aanmaning behoort tot de opdracht van de benoemde notaris.⁴⁴

De verantwoording voor dit arrest werd reeds eerder aangereikt door LEDOUX⁴⁵ in zijn kritische noot onder het Ieperse vonnis: «(...) le notaire auquel on remet l'expédition de l'ordonnance est, dès ce moment, investi d'une mission de justice. Il est donc normal qu'il puisse l'assurer sans la voir ultérieurement remise en cause si le créancier saisissant néglige de le faire. On peut noter d'ailleurs à cet égard que la désignation du notaire enlève, pour la suite de la procédure, tous pouvoirs aux créanciers si ce n'est celui, ultime, de requérir ou non l'adjudication» (eigen cursivering).⁴⁶

Teneinde elk risico op aansprakelijkheid te vermijden⁴⁷, verdient het - gelet op zijn wettelijke opdracht - zonder meer aanbeveling dat de notaris zelf laat instaan voor de betekening van zijn aanstellingsbeschikking.⁴⁸ Dit behoort m.i. zelfs tot de taak van de notaris, die de hem toevertrouwde opdracht met kennis van zaken moet vervullen. Elke andere, minder verregaande suggestie - zoals een uitdrukkelijk advies van de notaris aan de raadsman van de beslaglegger om tot betekening van de beschikking over te gaan en, bij gebreke aan opvolging, hiervan melding maken in de verkoopvoorwaarden - lijkt me niet adequaat te zijn.⁴⁹

⁴³ Cass., 17 april 1989, *Arr. Cass.*, 1989-90, 940, nr. 460; *R.W.*, 1990-91, 97; *Rev. Not. B.*, 1990, 549, noot LEDOUX, J.-L.; *J.L.M.B.*, 1989, 856. Zie ook: Brussel, 6 juni 1996, *Rev. Not. B.*, 1997, 497; *J.T.*, 1996, 599. In dezelfde zin: LEDOUX, J.-L., *R.P.D.B.*, Compl. VIII, o.c., 7026, nr. 206; Vgl. evenwel DESCHAMPS, S., o.c., in *Féd. Not. o.c.*, 73, nr. 81 die van oordeel is dat het vraagstuk omstreden blijft.

⁴⁴ VAN REEPINGHEN, Ch., o.c., 577; DE LEVAL, G., *Rép. Not.*, o.c., 239, nr. 361, c).

⁴⁵ LEDOUX, J.-L., o.c., *Rev. Not. B.*, 1985, 115, nr. 5; zie ook LEDOUX, J.-L., noot sub Cass., 17 april 1989, *Rev. Not. B.*, 1990, 549-550.

⁴⁶ Zie art. 1586 Ger. W.: tot de toewijzing kan de notaris enkel overgaan wanneer hij hierom verzocht wordt door de vervolgende partij of, wanneer deze het nalaat, op verzoek van een ingeschreven schuldeiser of een schuldeiser wiens bevel is overgeschreven (Brussel, 16 december 1988, *Rev. Not. B.*, 1986, 423; Rb. Bergen, beslagr., 3 november 1995, *Rev. Not. B.*, 1997, 359). Andere schuldeisers missen die bevoegdheid.

⁴⁷ Vgl. LEDOUX, J.-L., noot sub Cass., 17 april 1989, *Rev. Not. B.*, 1990, 550, nr. 3.

⁴⁸ Tenzij de notaris erin slaagt van de betrokkene(n) een uitdrukkelijke berusting te verkrijgen t.a.v. de aanstellingsbeschikking (STERCKX, D., o.c., in *Féd. not.*, (ed.), o.c., 116, nr. 38).

⁴⁹ Zie evenwel STERCKX, D., o.c., in *Féd. not.*, o.c., 116, nr. 38, die van oordeel is dat dit zou moeten volstaan om de aansprakelijkheid

B. In de loop van de procedure

7. De notaris heeft, vanaf zijn benoeming, de «leiding over de procedure». Hiermede draagt hij «de volledige verantwoordelijkheid voor de effectieve omzetting van een recht in een materieel feit: het is door het notarieel optreden dat het recht van de schuldeiser(s) op de goederen van de schuldenaar, meer speciaal de onroerende goederen, omgezet wordt in geld, de zogeheten "overwijzing op de prijs"»⁵⁰. Tot aan de toewijzing van het goed en onder voorbehoud van een gerechtelijke schorsingsbeslissing, ligt het benaastigen van de rechtspleging tot gedwongen tenuitvoerlegging in handen van de notaris⁵¹.

In het licht hiervan is het opmerkelijk vast te stellen hoe restrictief de rechtspraak veelal de machten van de notaris interpreteert wanneer deze laatste, tijdens de uitvoering van zijn opdracht, geconfronteerd wordt met een totaal gebrek aan medewerking of zelfs met allerlei vormen van obstructie van de beslagene en/of de bewoners van het onroerend goed. De notaris of zijn medewerker wordt de toegang tot het pand geweigerd. Dit staat het opmaken van een (nuttige) beschrijving van het goed, met het oog op het voeren van een adequate publiciteit rond de verkoop, in de weg⁵². Of er wordt nagelaten de niet-geregistreerde huurovereenkomst voor te leggen, krachtens welke de bewoners het pand betrekken. De notaris zal hierdoor niet kunnen tegemoet komen aan de op hem wegende - in bepaalde rechtspraak sterk beklemtoonde - informatieplicht, de huurtoestand van het te verkopen goed zo precies mogelijk weer te geven in de verkoopvoorwaarden⁵³. Een andere vorm van obstructie kan

van de notaris te dekken. Vgl. CASMAN, H., o.c., in *Féd. not.*, o.c., 314, nr. 7.

⁵⁰ ENGELS, Chr., o.c., 21, nr. 29; ENGELS, Chr., o.c., in *Notariële actualiteit*, Brugge, die Keure, 1992, (51), 69, nr. 41.

⁵¹ DESCHAMPS, S., o.c., in *Féd. not.*, o.c., 74, nr. 85; LEDOUX, J.-L., o.c., *Rev. Not. B.*, 1985, 115, nr. 5.

⁵² De wet (art. 1582, tweede lid, Ger. W.) schrijft - op straffe van nietigheid (art. 1622 Ger. W.) - voor dat de verkoopvoorwaarden de maatregelen vermelden die voor de bekendmaking van de verkoop worden genomen (de inhoud van de publiciteit moet niet noodzakelijk in de verkoopvoorwaarden worden gespecificeerd, de wijze waarop ze zal gevoerd worden daarentegen wel; het is niet voldoende te vermelden dat de bekendmaking zal plaatshebben volgens plaatselijk gebruik (DE LEVAL, G., *Rép. Not.*, o.c., 234, nr. 357 en noot 3 aldaar; MICHIELS, D., o.c., *T. Not.*, 1995, 448, nr. 28; ENGELS, Chr., o.c., 214, nr. 294; anders: DIRIX, E. en BROECKX, K., *A.P.R.*, Tw. Beslag, 413, nr. 818). De mogelijkheid van het bezichtigen van het goed door gegadigden behoort tot deze bekendmaking (Gent, 8 september 1983, *R.W.*, 1983-84, 1222; Brussel, 9 januari 1974, *Pas.*, 1974, II, 92; *T. Not.*, 1974, 136, *Rev. Not. B.*, 1975, 47; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1974, 439). Vinden de schuldeisers of de beslagene de voorgenomen publiciteit ontoereikend, dan kunnen zij hierover tegenpraak voeren voor de beslagrechter (art. 1582, vierde lid, Ger. W.; VAN REEPINGHEN, Ch., o.c., 577; DE LEVAL, G., o.c., 240, nr. 364; Rb. Hoei, beslagr., 22 mei 1985, *Jur. Liège*, 1985, 492).

⁵³ DE LEVAL, G., *Rép. Not.*, o.c., 230, nrs. 350-351, 232-233, nr. 355; LEDOUX, J.-L., *R.P.D.B.*, Compl. VIII, o.c., 729-730, nr. 224; MICHIELS, D., «De vermelding inzake huurcontracten in de verkoopvoorwaarden bij uitvoerend onroerend beslag: hoe ver moet de notaris gaan?», *N.F.M.*, 1997, (151), 153; MICHIELS, D., o.c., *T. Not.*, 1995, 449-450, nr. 31; Brussel, 29 januari 1947, *Rev. prat. not.*, 1947, 149; Rb. Charleroi, beslagr., 20 december 1994, *Rev. Not. B.*, 1997, 355; Rb. Tongeren, 10 maart 1994, *N.F.M.*, 1997, 150, noot MICHIELS,

erin bestaan dat de beslagene en/of de bewoners de bezichting van het onroerend goed door de gegadigden weigeren toe te staan.

8. De opvatting dat de notaris die met dergelijke moeilijkheden wordt geconfronteerd, zelf geen initiatief kan ontplooiën om dit te verhelpen, maar dit dient over te laten aan de vervolgende schuldeiser ⁵⁴, lijkt vandaag terecht definitief verlaten.

9. Een gedeelte van de rechtspraak ⁵⁵ - die duidelijk de voorkeur wegdraagt van een op dit punt vrij eenduidige doctrine ⁵⁶ - is van oordeel dat de notaris ⁵⁷ in die omstandigheden de beslagrechter kan adieren teneinde de noodzakelijke maatregelen ⁵⁸ te horen bevelen om zijn taak naar behoren te kunnen vervullen. In de regel dient hiertoe gebruik te worden gemaakt van het dagvaardingsexploot ⁵⁹ opdat er over de gevorderde maatregelen daadwerkelijk een debat kan worden gevoerd. In voorkomend geval kan aan de beslagrechter ⁶⁰ om een verkorting van de dagvaardingsster-

mijn worden verzocht. Voor VAN COMPERNOLLE ⁶¹ is respect voor die (meest) fundamentele regel van behoorlijke procesvoering door een medewerker van het gerecht onontbeerlijk, temeer daar die zijn opdracht moet vervullen in een sterk conflictuele context. Slechts in uitzonderlijke omstandigheden ⁶² kan het gebruik van een eenzijdig verzoekschrift geoorloofd zijn. ⁶³

Daarenboven wijzen deze rechtspraak en rechtsleer uit dat niet meteen om de zwaarste maatregel mag worden verzocht. Er moet a.h.w. trapsgewijze tewerkgegaan worden. Pas wanneer de beslagene en/of de bewoner manifest blijven weigeren zich te schikken naar eerdere bevelen, kan «uiteindelijk» worden overgegaan tot uitdrijving van de beslagene en aanstelling van een sekwester ⁶⁴.

Ter rechtvaardiging van deze terughoudendheid wijst men erop dat de beslagene - in beginsel ⁶⁵ en dit tot aan de toewijzing - eigenaar blijft van het onroerend goed. Beperkingen aan dit recht dienen met de nodige omzichtigheid te worden beoordeeld ⁶⁶. Slechts wanneer de maatregel niet ingrijpt in de rechtssfeer van de beslagene, zou van bovenstaande principes mogen afgeweken worden ⁶⁷.

D.; Rb. Luik, beslagr., 8 maart 1993, *T.B.B.R.*, 1994, 433; Rb. Luik, beslagr., 24 september 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 95.

⁵⁴ Bergen, 27 juni 1984, *J.T.*, 1985, 150 («le notaire n'est pas partie intéressée au litige, mais seulement investi d'une mission précise, celle de vendre l'immeuble litigieux»), (afkeurende) noot DE LEVAL, G.

⁵⁵ Gent, 8 september 1983, *R.W.*, 1983-84, 1222, noot ENGELS, Chr.; *Rec. Gén. Entr. Not.*, 1984, 212, nr. 23.046, noot; Rb. Veurne, beslagr., 21 oktober 1992, *P & B.*, 1993, 192, (goedkeurende) noot VAN HERREWEGHE, V.; Rb. Brugge, 12 mei 1992, *T. Not.*, 1992, 542; Rb. Antwerpen, 28 maart 1991 (A.R. 59.062) en Rb. Antwerpen, 26 januari 1989 (A.R. 37.716), onuitgeg., geciteerd bij DE LEVAL, G., o.c., in *Chronique du droit à l'usage du notariat*, Vol. XX (20 oktober 1994), (65), 178, nr. 65 en noot 81 aldaar; vgl., inzake vereffeningverdeling: Rb. Luik, 6 maart 1989, *J.L.M.B.*, 1989, 666; *Rev. Trim. Dr. Fam.*, 1991, 117.

⁵⁶ DIRIX, E. en BROECKX, K., *A.P.R.*, Tw. *Beslag*, 405, nr. 799; DIRIX, E., o.c., in *Notariële Actualiteit*, 1994, 85, 106, nr. 28; DE LEVAL, G., *Rép. Not.*, o.c., 144-145, nr. 141 d) en 205, nr. 299; DE LEVAL, G., o.c., in *Chronique du droit à l'usage du notariat*, 420-422, nr. 6; VAN COMPERNOLLE, J., o.c., in *Féd. not.*, (ed.), o.c., 33; vgl. ENGELS, Chr., «Het recht van de notaris om zich tot de beslagrechter te wenden ten einde het bezichtingsrecht te regelen bij uitvoerend beslag op onroerend goed», *R.W.*, 1983-84, 1223-1224; VAN HERREWEGHE, V., «Bezichtingsmaatregelen in het uitvoerend onroerend beslag: de schuldenaar als bewaarder van de rechten van de schuldeiser», *P & B.*, 1993, 194.

⁵⁷ Er wordt niet uitgesloten dat de (vervolgende) schuldeiser(s) zelf ook kan (kunnen) ageren in geval van obstructie van de beslagene en/of bewoner van het te veilen pand (DE LEVAL, G., *Rép. Not.*, o.c., 144-145, nr. 141, d), en 205, nr. 299. Zie ook VAN HOVE, E., o.c., *T.P.R.*, 1980, 344, nr. 11, die laat uitschijnen dat een gezamenlijk optreden van beslaglegger en notaris noodzakelijk is.

⁵⁸ Zie, voor een opsomming van mogelijke maatregelen: DIRIX, E., «Beslag op onroerende goederen», in *Nationale Kamer van Gerechtsdeurwaarders*, (ed.), *Uitvoeringsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1996, (57), 79-80.

⁵⁹ Art. 1395 *§* 1498 Ger. W. Zie evenwel ook art. 1572, eerste lid, Ger. W.

⁶⁰ Cass., 24 september 1993, *Arr. Cass.*, 1993, 755; *Pas.*, 1993, I, 746; *R.W.*, 1993-94, 851; *P & B.*, 1994, 14, waarin geoordeeld werd dat ten aanzien van vorderingen betreffende bewaarde beslagen en middelen van tenuitvoerlegging, de beslagrechter in spoedeisende gevallen de beschikking tot het verkorten van de termijn tot dagvaarding kan verlenen. Het in Rb. Brugge, 12 mei 1992, *T. Not.*, 1992,

542, uitgestippelde scenario moet in het licht hiervan hertekend worden.

⁶¹ VAN COMPERNOLLE, J., o.c., in *Féd. not.*, o.c., 32-33; zie ook STERCKX, D., o.c., in *Féd. not.*, o.c., 122, nrs. 53-54.

⁶² B.v. in geval van afwezigheid van een tegenstrever. Zie voor een toepassing: Rb. Brussel, beslagr., 9 april 1997, *Rev. Not. B.*, 1997, 369; beslagene verblijft reeds enige tijd in het buitenland, zodat de aanstelling van een bewindvoerder *ad hoc* geraadzaam voorkomt, teneinde de aanspraken van de schuldeisers te vrijwaren.

⁶³ Rb. Dinant, beslagr., 12 april 1996, *Rev. Not. B.*, 1997, 365; Voorz. Rb. Marche-en-Famenne, 1 juni 1996, *Act. dr.*, 1996, 389; Rb. Gent, beslagr., 18 augustus 1983, *R.W.*, 1983-84, 1128; Rb. Antwerpen, beslagr., 26 november 1992, onuitgeg., A.R.V. 29.272, geciteerd in DE LEVAL, G., o.c., in *Chronique du droit à l'usage du notariat*, Luik, Vol. XX., 20 oktober 1994, 177, nr. 65. Zie ook noot sub Rb. Brussel, beslagr., 27 oktober 1994, *Act. dr.*, 1996, 410; DIRIX, E. en BROECKX, K., o.c., *T.P.R.*, 1996, 1534, nr. 230.

⁶⁴ Rb. Brugge, 12 mei 1992, *T. Not.*, 1992, (542), 546: omdat de beslagene ter terechtzitting verklaard had zich niet meer te verzetten tegen de verdere uitvoering, achtte de beslagrechter het gepast allereerst in minder dwingende maatregelen te voorzien dan die welke gevorderd waren, zij het dat hij besliste dat - bij het falen hiervan (ingevolge nieuwe obstructie door de beslagene) - de door de beslaglegger gevorderde maatregelen (uitdrijving van de beslagene en aanstelling van de notaris als sekwester) konden worden tenuitvoergelegd. Merk op dat de rechter het niet nodig achtte nogmaals tussenbeide te komen voor het geval opnieuw obstructie werd gepleegd!

⁶⁵ Zie evenwel art. 1572 Ger. W., waarvan DESCHAMPS, S., o.c., in *Féd. not.*, o.c., 68, nr. 69, betreurt dat niet uitdrukkelijk voorzien is in regeling van dit tussengeschild op (eenzijdig) verzoekschrift.

⁶⁶ Zie o.m. DIRIX, E. en BROECKX, K., o.c., *T.P.R.*, 1996, 1535, nr. 230.

⁶⁷ Rb. Oudenaarde, beslagr., 11 augustus 1994, *T. Not.*, 1995, 93, noot RENS, J.-L., waarbij in de beschikking ex art. 1580 Ger. W. de notaris gemachtigd werd om de plaatselijk bevoegde politie of rijks-wacht opdracht te geven hem te informeren omtrent de pachtsituatie van het te veilen onroerend goed, hetgeen noodzakelijk is met het oog op het verrichten van de betekeningen voorgeschreven inzake het voorkeopsrecht (art. 48, 48bis en 49 Pachtwet).

10. Voormelde doctrine wijst met klem de mogelijkheid van de hand ⁶⁸ om preventief-naar aanleiding van het indienen van het verzoekschrift strekkende tot benoeming van een notaris - aan de beslagrechter maatregelen te vragen voor het geval de beslagene en/of bewoner van het pand de werkzaamheden van de notaris zou verstoren. Uit de gepubliceerde rechtspraak blijkt nochtans dat beslagrechters, klaarblijkelijk met het oog op het verzekeren van een zo vlot mogelijk verloop van de rechtspleging, de gevraagde ⁶⁹ voorzorgsmaatregelen bevelen. ⁷⁰

Evenmin wordt in de rechtsleer de opvatting onderschreven dat de notaris, op grond van het formulier van tenuitvoerlegging dat voorkomt op de uitgifte van de beschikking van de beslagrechter ex art. 1580 Ger. W., alle nodige maatregelen kan nemen, met inbegrip van het beroep op de openbare macht, om de hem toevertrouwde opdracht te vervullen. ⁷¹

11. Nochtans lijken er me een aantal goede argumenten ontwikkeld te kunnen worden om de bezwaren die in de doctrine tegen deze laatste zienswijze worden geuit, te weerleggen. Ik stip er vijf aan.

12. Allereerst grijp ik terug naar wat hierboven werd uiteengezet omtrent de betekenis die aan de - sinds de totstandkoming van het Ger. W. duidelijk meer prominente - tussenkomst van de notaris in deze rechtspleging moet worden gegeven. Bij herhaling benadrukte de Koninklijk Commissaris dat het toezicht op de procedure hierdoor kon vereenvoudigd worden, zodat deze sneller, minder duur maar met behoud van dezelfde waarborgen kon verlopen. ⁷² De vereisten van onpartijdigheid en onafhankelijkheid die in de functie van de notaris besloten moeten liggen, staan hier mede voor garant. Daarenboven behelst het bekleden van de functie van notaris het in zijn persoon voldaan zijn van

strengere kwaliteitsvereisten en het afgelegd hebben van de eed.

Is het vanuit deze optiek niet verdedigbaar dat de notaris zelf, als «eerste rechter», kan beslissen ⁷³ over de stappen die moeten ondernomen worden om de gebeurlijke tegenwerking of obstructie die hij ondervindt in de uitvoering van zijn wettelijke opdracht, te ontcrachten? En valt niet eerder van de beslagene en/of bewoner van het pand een - in het licht van de taak waarmee de notaris werd belast - onrechtmatig optreden te verwachten dan van de notaris?

Deze stellingname botst m.i. niet met de regelen vervat in art. 6 E.V.R.M.. ⁷⁴ Ze ontnemt immers geenszins de mogelijkheid voor de beslagene en/of bewoner van het uit te winnen pand om een beroep te doen op de tussenkomst van de beslagrechter om de rechtmatigheid en/of opportuniteit van de door de notaris genomen maatregelen te laten evalueren. Art. 1498 Ger. W. bepaalt dit uitdrukkelijk ⁷⁵ en een beroep hierop zal een debat totstandbrengen waarin de notaris als procespartij kan worden betrokken. De regel van hoor en wederhoor wordt bijgevolg niet geschonden.

Daarnaast mag het dispositief van art. 1396 Ger. W. niet uit het oog worden verloren. ⁷⁶ Alvorens bepaalde maatregelen te nemen, kan het geraadzaam zijn dat de notaris overleg pleegt met de beslagrechter. Diezelfde bepaling biedt elke belanghebbende, dus ook de beslagene, de gelegenheid zich tot de beslagrechter te wenden wanneer het optreden van de notaris aanleiding geeft tot klachten. De beslagrechter heeft de mogelijkheid zich te laten informeren omtrent het verloop van de tenuitvoerlegging en verzuim te melden aan de procureur des Konings. ⁷⁷

Het initiatief om de rechter te adriëren bij de beslagene leggen, heeft daarenboven als voordeel dat de rechtpleging hier-

⁶⁸ Zie evenwel MICHIELS, D., o.c., *T. Not.*, 1995, 453-455, nr. 38, die er voor pleit om van meet af aan de notaris te machtigen om zelf alle maatregelen te nemen die nuttig zijn om de toegang tot het te verkopen goed te verzekeren. Vgl. DESCHAMPS, S., o.c., in *Féd. not.*, o.c., 54, nr. 30.

⁶⁹ MICHIELS, D., o.c., *T. Not.*, 1995, 454, nr. 38, stipt aan dat deze bevoegdheden soms verleend worden zonder dat erom werd verzocht.

⁷⁰ Rb. Bergen, beslagr., 29 november 1996, *Rev. Not. B.*, 1997, 346-347; Rb. Hoei, beslagr., 12 november 1996, *J.L.M.B.*, 1996, 1667; Rb. Dinant, beslagr., 12 april 1996, *Rev. Not. B.*, 1997, 365; Rb. Charleroi, beslagr., 22 juni 1995, *Rev. Not. B.*, 1997, 350; Rb. Verviers, beslagr., 4 mei 1995, *Rev. Not. B.*, 1997, 313; Rb. Luik, 4 november 1994, *Act. dr.*, 1996, 414; zie ook de niet gepubliceerde rechtspraak geciteerd bij: LEDOUX, J.-L., *R.P.D.B.*, Compl. VIII, o.c., 727, nr. 211 (deze auteur stipt ook een meer genuanceerde uitspraak aan, waarin de maatregelen pas bevolen werden omdat er sterke vermoedens bestonden dat de beslagene de bezichtingsmodaliteiten zou weigeren te respecteren); MICHIELS, D., o.c., *T. Not.*, 1995, 454, nr. 38 en noot 54 aldaar.

⁷¹ Zie nochtans in die zin: Rb. Brussel, beslagr., 27 oktober 1994, *Act. dr.*, 1996, 410 (verkort); Rb. Nijvel, beslagr., 17 januari 1994, *Act. dr.*, 1996, 412; Rb. Luik, beslagr., 11 juni 1985, *Rev. Not. B.*, 1985, 451; Rb. Luik, beslagr., 9 januari 1985, *Jur. Liège*, 1985, 255; Rb. Brussel, beslagr., 14 januari 1971, *Pas.*, 1971, III, 28; *Rev. Not. B.*, 1971, 205, noot. Zie ook de bij MICHIELS, D., o.c., *T. Not.*, 1995, 454, nr. 38 en in noot 51 aldaar geciteerde onuitgegeven rechtspraak.

⁷² VAN REEPINGHEN, Ch., o.c., 569 en 577.

⁷³ Uiteraard binnen de perken van de wet. Zo kan hij, zonder uitdrukkelijk bevel hiertoe van de beslagrechter, de openbare macht niet vorderen om de beslagene uit zijn huis te laten zetten (zie art. 1572, eerste lid, Ger. W.). Zie ook de bedenking van DE LEVAL, G., o.c., in *Chronique du droit à l'usage du notariat*, Luik, 1997, 422, nr. 6: «dans la mesure où l'huissier de justice dispose en principe d'un monopole d'exécution des jugements et actes, la question se pose si le notaire peut directement faire appel à la force publique ainsi qu'à un serrurier pour assurer l'exécution forcée de l'ordonnance du juge des saisies».

⁷⁴ Anders: VAN COMPERNOLLE, J., o.c., in *Féd. not.*, o.c., 32-33. Vgl. evenwel met TAYMANS, J.-F., o.c., *Rev. Not. B.*, 1996, 376, nr. 4 en 379-380, nr. 10, a).

⁷⁵ Anders: Rb. Luik, beslagr., 9 januari 1985, *Jur. Liège*, 1985, 255: «(...) il convient de rappeler que les articles 1498 et 1623 du Code judiciaire ne donnent pouvoir qu'aux parties de se pourvoir devant le juge des saisies à propos d'un différend existant entre elles et non pour régler des difficultés rencontrées par le notaire dans l'exercice de sa mission». Alleen art. 1623 Ger. W. heeft het over zwaarigheden tussen partijen. Zoals hierboven reeds werd aangestipt, impliceert de benoeming van de notaris niet dat hij partij wordt bij de tenuitvoerlegging.

⁷⁶ Zie MICHIELS, D., «De rol van de notaris bij geschillen over verkoopvoorwaarden inzake uitvoerend onroerend beslag», noot sub Rb. Brussel, beslagr., 29 januari 1996, *T. Not.*, 1996, (538), 542, nr. 3.4.

⁷⁷ Zie over dit alles: TOF, F., *Commentaar Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Kluwer, losbl., art. 1396 (september 1984).

door niet automatisch zal worden geschorst.⁷⁸ Dit stemt beter overeen met de doelstellingen van de wetgever die - uit bezorgdheid de efficiëntie van de procedure betreffende het uitvoerend beslag en de rangregeling te verzekeren - ze onderworpen heeft aan min of meer strikte termijnen.⁷⁹ De toewijzing (onder voorbehoud van afwezigheid van hoger bod) moet principieel plaatshebben binnen zes maanden na benoeming van de notaris ex art. 1580 Ger. W.⁸⁰

Een efficiënt, snel en voorspoedig verloop van de rechtspleging dient het welbegrepen belang van alle bij de tenuitvoerlegging betrokken partijen. Op dit vlak sporen hun belangen m.i. gelijk, zodat - zoals CASMAN⁸¹ benadrukte - een conflict tussen hen en/of tussen hen en de notaris uitgesloten is: «Il y a en effet un élément commun qui va être déterminant et dominant, c'est la nécessité, si la vente forcée doit avoir lieu, de la réaliser au meilleur prix; cela correspond éminemment aux intérêts du débiteur comme à ceux du créancier. Le notaire n'a, sur ce point précis, pas de reproche à craindre: veiller aux intérêts de l'un équivaut à veiller aux intérêts de l'autre».

14. Een ander argument ter staving van mijn visie kan gevonden worden in het gegeven dat de wet voor bepaalde maatregelen (die weliswaar diep ingrijpen in de rechtssfeer van de beslagene) uitdrukkelijk een beroep op de rechter heeft voorzien.⁸² Uit het stilzwijgen van de wet moet afgeleid worden dat dit voor de overige schikkingen die door de notaris moeten getroffen worden om zijn wettelijke opdracht te vervullen, niet nodig is.

15. De verdedigde stelling verlegt ook de last van het voorschieten van de kosten, verbonden aan het adriëren van de beslagrechter. Verhoopt mag worden dat wanneer de beslagene en/of de bewoner van het pand deze rechtsgang moeten prefinancieren⁸³ zij, alvorens hiertoe te beslissen, hun slaagkansen beter zullen afwegen, zodat tergende en roekeloze procedures kunnen voorkomen worden. Op vandaag komen de (nodeloze) kosten verbonden aan een dergelijke procedure - zeker wanneer ze beschouwd worden als kosten van

vervolgning bedoeld in art. 1597 Ger. W.⁸⁴, zodat ze bij voorrang uit de prijs van de verkoop moeten worden betaald - maar al te vaak feitelijk ten laste van de schuldeisers, zelfs al valt er hen of de instrumenterende notaris niets te verwijten.

16. Een laatste argument is dat precies in deze materie een dwangsom⁸⁵ niet steeds efficiënt is. Op iemand die nog weinig te verliezen heeft, kan ze immers bezwaarlijk indruk maken.

Het was nochtans via deze rechtsfiguur dat de rechtspraak⁸⁶ recent - zij het op het vlak van de boedelbeschrijving - de roeping van de notaris tot een meer actieve rol bij moeilijkheden tijdens rechtsplegingen, heeft onderstreept.⁸⁷

Uit deze arresten valt niet met zekerheid op te maken aan wie de - ingevolge de actie van de notaris - gebeurlijk verbeurde dwangsommen toekomen. In de regel is het «de recht-hebbende op de hoofdveroordeling die het meest in aanmerking komt om profijt te trekken van de veroordeling tot betaling van een dwangsom».⁸⁸ Wegens de specifieke taak die de notaris in het raam van het uitvoerend beslag op onroerend goed en de rangregeling wordt toegemeten, komt het me voor dat de - ingevolge de door de notaris zelf ingestelde vordering - verbeurde dwangsommen dienen toe te vallen aan het geheel van de gerechtigden op de opbrengst van de verkoop van het pand, na aftrek van de kosten. Desgevallend kunnen ze in mindering gebracht worden op het gebeurlijk aandeel uit die opbrengst, dat aan de beslagene zelf toekomt.⁸⁹

17. Volledigheidshalve moet nog aangestipt worden dat het hierboven geschetste dispuut betreffende de procedure van uitvoerend onroerend beslag, ook de wetgever niet is ontgaan. Er werd reeds een wetsvoorstel⁹⁰ - en diverse amen-

⁷⁸ Hetgeen feitelijk wel het geval zal zijn, zo de notaris (of de vervolgende schuldeiser) zich tot de beslagrechter dient te wenden.

⁷⁹ LEDOUX, J.-L., o.c., *Rev. Not. B.*, 1985, 111, nr. 1.

⁸⁰ Weliswaar kan deze termijn ex art. 51 Ger. W. verlengd worden en moet enkel de eerste zitdag binnen die termijn plaatshebben. Er moet aan herinnerd worden dat binnen diezelfde termijn de gebruikelijke voorafgaande (hypothecaire, kadastrale, stedenbouwkundige, fiscale) opzoekingen (en die opgelegd door het Bodemsaneringsdecreet) moeten worden verricht. Zie over deze termijn verder DE LEVAL, G., *Rép. Not.*, o.c., 222, nr. 339 en 254-259, nrs. 404-415; Cass., 7 januari 1993, *Arr. Cass.*, 1993, 18; *Pas.*, 1993, I, 17; *J.L.M.B.*, 1993, 258; *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1995, 211; Gent, 3 mei 1985, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1989, 109, noot; *T. Not.*, 1988, 251; Rb. Charleroi, beslagr., 20 december 1994, *Rev. Not. B.*, 1997, 355.

⁸¹ CASMAN, H., o.c., in *Féd. not.*, o.c., 332, nr. 60.

⁸² Zie art. 1572 Ger. W. Zie hierover o.m. ENGELS, Chr., o.c., 179-180, nr. 234.

⁸³ Uiteraard is een beroep op rechtsbijstand niet uitgesloten, maar ook dit impliceert een (weliswaar marginale) controle van de rechtmatigheid van de aanspraak van de verzoeker (zie art. 677 Ger. W.).

⁸⁴ DIRIX, E., o.c., in *Nationale Kamer van Gerechtsdeurwaarders*, (red.), o.c., 79; DIRIX, E., o.c., in *Notariële Actualiteit*, Brugge, die Keure, 1994, (85), 106, nr. 28.

⁸⁵ Enkel de rechter heeft de bevoegdheid een dwangsom op te leggen, maar hij kan dit ook doen wanneer hij hiertoe door de notaris, naast het opleggen van een maatregel teneinde zijn opdracht passend te kunnen vervullen, verzocht wordt (DE LEVAL, G., o.c., in *Chronique du droit à l'usage du notariat*, Luik, Vol XX., 20 oktober 1994, 178-179, nr. 65).

⁸⁶ Cass., 17 juni 1994, *Arr. Cass.*, 1994, 631; *R.W.*, 1994-95, 1036; Benelux-Gerechtshof, 27 november 1993, *R.W.*, 1993-94, 705; de prejudiciële vraag werd gesteld in Cass., 27 maart 1992, *Arr. Cass.*, 1991-92, 730; *Pas.*, 1992, I, 682.

⁸⁷ In dezelfde zin: MICHIELS, D., o.c., *T. Not.*, 1996, 543, nr. 3.4.

⁸⁸ Conclusie advocaat-generaal D'HOORE, G., vóór Benelux-Gerechtshof, 27 november 1993, *R.W.*, 1993-94, (705), 708, nr. 7. Vgl. art. 1385^{quater} Ger. W.

⁸⁹ In dezelfde zin: DIRIX, E. en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, Antwerpen, Kluwer, 1996, 24, nr. 29 en 32, nr. 46: «De bewindvoerder treedt immers niet uitsluitend op in eigen naam en evenmin in naam van de vermogensgerechtigde, maar richt zich uitsluitend op een object, nl. de te vereffenen boedel. Dit heeft tot gevolg dat het bestuurde vermogen uitsluitend aansprakelijk resp. gerechtigd is ten gevolge van de door de bewindvoerende aangegane rechtshandelingen». Minder duidelijk is DE LEVAL, G., o.c., in *Chronique du droit à l'usage du notariat*, Luik, Vol XX., 20 oktober 1994, (65), 179, nr. 65: «En cas de dissociation entre la qualité et l'intérêt pour agir, l'astreinte devrait selon nous être acquise à la partie ayant bénéficié d'une représentation dans l'exercice de l'action».

⁹⁰ *Gedr. St., Kamer*, 1995-96, nr. 628/1.

dementen hierop ⁹¹ - ingediend om eraan te remediëren.

Indien hieruit daadwerkelijk - hopelijk in een nabije toekomst - een wettekst resulteert, dan zou art. 1580 Ger. W. met de volgende leden kunnen aangevuld worden ⁹²:

«De benoemde notaris is gemachtigd, in geval van afwezigheid of tegenwerking van de beslagene of de bewoner van de in beslag genomen onroerende goederen, op kosten van de beslagene toegang te krijgen tot de in beslag genomen onroerende goederen, indien nodig met behulp van de openbare macht, desgevallend bijgestaan door een slotenmaker, met het oog op het vaststellen van de verkoopvoorwaarden of de bezichtiging door de belangstellenden, onverminderd de bepalingen van art. 1498.

De bewoner wordt in kennis gesteld van de beschikking en de bezichtigingsdagen en -uren zoals die worden opgesteld in de verkoopvoorwaarden.

Indien de tegenwerking te wijten is aan de bewoner van de in beslag genomen onroerende goederen, is de beslagene gerechtigd deze kosten op hem te verhalen.

Het derde, vierde en vijfde lid van dit artikel worden opgenomen in de beschikking tot benoeming van de notaris».

In één van de amendementen ⁹³ wordt - naar analogie met het bepaalde in art. 1280 Ger. W. ⁹⁴ - voorgesteld te voorzien in een blijvende saisine van de beslagrechter: «Bovendien blijft de zaak ingeschreven op de rol van de beslagrechter en iedere belanghebbende partij of de instrumenterende notaris kan, bij een eenvoudige ter griffie neergelegde of daaraan gerichte schriftelijke verklaring, de zaak weer voor zich laten brengen om op tegenspraak alle moeilijkheden die de toegang tot het in beslag genomen onroerend goed bemlemmeren of andere desbetreffende modaliteiten te regelen». ⁹⁵

C. Bij de rangregeling

18. Het Hof van Cassatie heeft met zijn arrest van 11 april 1997 ⁹⁶ de collectieve aard van het *roerend* beslag sterk in de verf gezet en meteen een einde gemaakt aan een twistpunt dat rechtspraak ⁹⁷ en doctrine verdeelde ⁹⁸. Geoordeeld werd

⁹¹ *Gedr. St., Kamer*, 1995-96, nrs. 628/2 t.e.m. 628/5.

⁹² Zie *Gedr. St., Kamer*, 1995-96, nr. 628/4 (amendement nr. 6 van Van Parys).

⁹³ *Gedr. St., Kamer*, 1995-96, nr. 628/3 (amendement nr. 2 van Visser).

⁹⁴ Blijvende saisine van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg om, hangende een echtscheidingsprocedure, kennis te nemen van de voorlopige maatregelen die betrekking hebben op de persoon, op het levensonderhoud en op de goederen, zowel van de partijen als van de kinderen.

⁹⁵ Zie hierover ook DE LEVAL, G., o.c., in *Chronique du droit à l'usage du notariat*, Luik, 1997, 421, nr. 6.

⁹⁶ Cass., 11 april 1997, *J.L.M.B.*, 1997, 911, noot GEORGES, F., («Saisie-arrêt et concours des créanciers: fin d'une controverse», *J.L.M.B.*, 1997, 913-917); *T.B.B.R.*, 1997, 204, noot MAES, B. («De collectieve aard van het uitvoerend beslag onder derden op het saldo van een bankrekening en de verplichting tot evenredige verdeling (art. 1627 Ger. W.)»; *R.W.*, 1997-98, 186, noot DIRIX, E. («Evenredige verdeling na derdenbeslag»). Dit arrest verbrak Antwerpen, 3 mei 1995, *R.W.*, 1995-96, 827, noot.

⁹⁷ Toepassing art. 1627 Ger. W. steeds verplicht: Gent, 7 februari 1989, *Bull. Bel.*, 1991, 1185; Rb. Brussel, beslagr., 21 april 1989,

dat het zesde lid van art. 1390 Ger. W. - «Overhandiging of verdeling van gelden waarop beslag is gelegd of die voortkomen van de verkoop van in beslag genomen roerende goederen, kan niet geschieden dan overeenkomstig de bepalingen van artikel 1627 (Ger. W.)» - een algemene draagwijdte heeft en, in de regel, ook van toepassing is op een uitvoerend beslag onder derden. Het gevolg hiervan is dat de gerechtsdeurwaarder, (ook) in geval van beslag op een schuldvordering, in de regel steeds ⁹⁹ verplicht wordt om een samenloop van schuldeisers te organiseren. Hierbij zal hij niet enkel de schuldeisers moeten betrekken die op die schuldvordering (bewarend of uitvoerend) derdenbeslag hebben gelegd of in zijn handen verzet hebben gedaan. Hij zal in de (evenredige) verdeling ook die schuldeisers moeten betrekken die op andere activa beslag gelegd hebben. Deze schuldeisers zal de gerechtsdeurwaarder opsporen via de verplichte ¹⁰⁰ consultatie van de beslagberichten.

De vraag rijst of de uitgesproken filosofie die aan dit arrest ten grondslag ligt - de collectieve roeping van het (roerend) beslag ¹⁰¹ - niet moet doorgetrokken worden naar het beslag op onroerende goederen. Een aanduiding hiertoe kan alvast gevonden worden in de thans geldende publiciteitsvoorschriften. Het doel dat de wetgever bij het opleggen van dergelijke bepalingen immers steeds voor ogen heeft gestaan, was een adequaat middel ter hand stellen om het respect voor het beginsel van gelijkheid tussen de schuldeisers ¹⁰² te verzekeren ¹⁰³. Er moet in dit verband aan herinnerd worden dat voorkomen dat bij roerend beslag de regel

R.W., 1989-90, 995; Rb. Brussel, beslagr., 23 december 1988, *R.W.*, 1989-90, 994; Rb. Brussel, beslagr., 28 juni 1985, *R.W.*, 1986-87, 1163. Toepassing art. 1627 Ger. W. slechts verplicht bij samenloop: Antwerpen, 3 mei 1995, *R.W.*, 1995-96, 827, noot; Rb. Antwerpen, beslagr., 4 mei 1993, *R.W.*, 1993-94, 960, noot BROECKX, K. («Samenloop bij uitvoerend derdenbeslag»).

⁹⁸ Zie voor een bondige, maar goed gedocumenteerde schets van deze controverse: DIRIX, E., «Evenredige verdeling na derdenbeslag», *R.W.*, 1997-98, (187), 187, nr. 1.

⁹⁹ Slechts wanneer de gerechtsdeurwaarder niet met andere schuldeisers wordt geconfronteerd, zal hij de ontvangen gelden zonder meer kunnen bezorgen aan de beslaglegger (DIRIX, E., o.c., *R.W.*, 1997-98, (187), 188, nr. 2; LEDOUX, J.-L., o.c., in *Féd. not., o.c.*, 221, nr. 8; DIRIX, E. en DE CORTE, R., *Zekerheidsrechten*, 41, nr. 65, waarin geponeerd wordt dat er, zelfs bij gebrek aan samenloop, een vereffening moet plaatshebben).

¹⁰⁰ Art. 1391, derde lid, Ger. W., als gewijzigd door art. 5 van de wet van 14 januari 1993 (*B.S.*, 20 februari 1993). DE LEVAL, G., «La publicité en matière de saisies, de délégations et de cessions de rémunérations», in *Nationale Kamer van de Gerechtsdeurwaarders*, (ed.), *Het nieuwe beslagrecht*, Brussel, Kluwer, 1993, (87), 98-105.

¹⁰¹ In het arrest van 11 april 1997 wordt overwogen: «Dat artikel 1390 dat aan de collectieve aard van het roerend beslag een concrete uitdrukking geeft, een algemene draagwijdte heeft en in de regel ook toepasselijk is bij een uitvoerend beslag onder derden».

¹⁰² Dit beginsel werd door het Hof van Cassatie gekwalificeerd als een fundamentele regel inzake gedwongen tenuitvoerlegging en meer bepaald van elke procedure tot gemeenschappelijke vereffening (Cass., 2 mei 1985, *Arr. Cass.*, 1984-85, 1179, conclusie advocaat-generaal JANSSENS DE BISTHOVEN; *R.W.*, 1985-86, 27). De grondslag van deze regel is vervat in de artt. 7 en 8 Hyp. W. Zie ook Cass., 17 oktober 1996, *R.W.*, 1996-97, 1395, noot STORME, M.E.; *J.L.M.B.*, 1997, 520, noot; *T. Not.*, 1997, 442; *R.P.S.*, 1997, 145, noot BOSLY, T.

¹⁰³ DE LEVAL, G., o.c., in STORME, M., (red.), o.c., (215), 218: «La mise en oeuvre du caractère collectif de la mesure de saisie est su-

van de evenredige verdeling¹⁰⁴ werd omzeild¹⁰⁵, aan de grondslag lag van de invoering van het beslagbericht n.a.v. de totstandkoming van het Gerechtelijk Wetboek.

19. Sinds de wetswijziging van 1993 geschiedt de publiciteit inzake onroerend beslag via een dubbel spoor.¹⁰⁶ Naast de voordien reeds bestaande bekendmaking georganiseerd op het kantoor van de hypotheekbewaarder van de plaats waar de goederen gelegen zijn¹⁰⁷, werd de publiciteit via de beslagberichten veralgemeend.¹⁰⁸ Voortaan moet de gerechtsdeurwaarder zowel bij roerend als onroerend beslag een bericht van beslag opstellen dat gecentraliseerd wordt op de griffie van de rechtbank van eerste aanleg van de woonplaats van de beslagene.¹⁰⁹

bordonnée à la possibilité pour le tiers intéressé d'en être informé en temps utile».

¹⁰⁴ Waarvan in het Verslag DE BAECK (*Pasin.*, 1967, 881) reeds werd onderstreept dat deze een algemene draagwijdte heeft.

¹⁰⁵ Vgl. Verslag HERMANS, *Gedr. St., Kamer*, 1965-66, nr. 59/49, 189; KRINGS, E., «De uitvoeringsmaatregelen», in Faculteit Rechtsgeleerdheid Rijksuniversiteit Gent, (red.), *Weekend gerechtelijke hervorming*, 21-22 januari 1966, gestenc., (74), 83-84, nr. 7; VAN COMPERNOLLE, J., o.c., in *Liber amicorum Prof. em. E. Krings*, Brussel, E. Story-Scientia, 1991, (843), 846-847, nrs. 5-6; Seminarie Gerechtelijk Recht R.U.G., «Over enkele knelpunten in het beslag- en executierecht», *R.W.*, 1989-90, (978), 979, nr. 1 en verwijzingen aldaar; DE LEVAL, G. en VAN COMPERNOLLE, J., «Aperçu des règles communes aux saisies conservatoires et aux voies d'exécution», in Ed. du Jeune Barreau, *Les voies conservatoires et d'exécution - Bilan et perspectives*, Brussel, 1982, (9), 12, nr. 5.

¹⁰⁶ DE LEVAL, G., o.c., in *Chronique du droit à l'usage du notariat*, Vol. XX, (20 oktober 1994), 215-217, nr. 80; MICHIELS, D., «De verplichte raadpleging van de beslagberichten door de notaris», *T. Not.*, 1993, (259), 260, nr. 2; DE LEVAL, G., o.c., in *Nationale Kamer van de Gerechtsdeurwaarders*, (ed.), *Het nieuwe beslagrecht*, 90; DE LEVAL, G., «Deux aspects du droit des saisies: des biens saisissables et l'acte notarié», in STORME, M., (ed.), *Het zakenrecht: absoluut niet een rustig bezit*, Antwerpen, Kluwer, 1992, (215), 218-227.

¹⁰⁷ Inzake bewarend onroerend beslag moet het beslagexploot betekend worden binnen de maand na de dagtekening van de beschikking waarbij het beslag wordt toegestaan. Het exploit moet binnen diezelfde termijn op het territoriaal bevoegde hypotheekkantoor ter overschrijving worden aangeboden (art. 1433 Ger. W.). Het exploit houdende uitvoerend beslag op onroerend goed moet, op straffe van nietigheid (art. 1622 Ger. W.), ter overschrijving in het daartoe speciaal gehouden register worden aangeboden binnen 15 dagen na zijn dagtekening (art. 1569 Ger. W.). Het bevel voorafgaand aan uitvoerend beslag op onroerend goed kan ter overschrijving worden aangeboden (art. 1565 Ger. W.).

¹⁰⁸ Terzelfdertijd werden de gegevens die op het beslagbericht dienen voor te komen, uitgebreid. Zo moeten thans ook de aard en het bedrag van de schuldvordering, de eventuele redenen van voorrang en de (korte) beschrijving van de inbeslaggenomen goederen worden opgenomen. Het K.B. 10 oktober 1996 (*B.S.*, 22 oktober 1996, err. *B.S.*, 7 november 1996), dat het model vastlegt van de berichten van beslag, delegatie en overdracht van loon, werd pas meer dan 3 jaar na de wijziging van art. 1390 Ger. W. gepubliceerd! Reeds voordien werd kritiek uitgebracht omdat deze berichten niet volledig zijn (zie X., «Colloquium (van 19 juni 1993) gewijd aan het beslagrecht», *De Gerechtsd.*, 1993, (142), 151: «Zij zijn niet volledig. Zij bevatten noch het identificatienummer, noch het BTW-nummer, noch het handelsregisternummer, noch het nationaal nummer»).

¹⁰⁹ Het beslagbericht wordt, in voorkomend geval, ook bewaard ter griffie van de rechtbank van eerste aanleg van de plaats van het

Bij diezelfde wetswijziging werd art. 1391 Ger. W. aangevuld met twee nieuwe leden: «Geen uitvoerend beslag of procedure van verdeling kan plaatsvinden zonder voorafgaande raadpleging door de ministeriële ambtenaar van de berichten van beslag, delegatie en overdracht (derde lid). Te dien einde vermeldt het exploit van beslag of het proces-verbaal van verdeling de datum en het uur waarop de ministeriële ambtenaar de berichten van beslag, delegatie en overdracht heeft geraadpleegd (vierde lid)». ¹¹⁰ De parlementaire voorbereidingsstukken leren dat deze bepaling «eveneens van toepassing is op de notaris die met een procedure van rangregeling (procedure van verdeling) is belast». ¹¹¹

Deze nieuwe regelen hebben de voordien reeds bestaande controverse over het antwoord op de vraag met welke schuldeisers de notaris bij het opstellen van de rangregeling rekening dient te houden ¹¹², fel aangezwengeld.

20. Dat de notaris rekening moet houden met de schuldeisers aan wie het beslag gemeen is geworden, met de schuldeisers die nog tijdig een inschrijving hebben genomen of die tijdig een bevel of een bewarend beslag lieten overschrijven, met de schatkist ¹¹³ alsook met bepaalde schuldeisers die beschikken over een voorrecht zonder publiciteit ¹¹⁴, staat buiten kijf. ¹¹⁵ Of ook schuldeisers die niet beschikken over

beslag. Wordt het beslag gelegd ten laste van een vennootschap of een handelaar, dan wordt tevens een beslagbericht verzonden aan de rechtbank van koophandel van de plaats van inschrijving in het handelsregister. DE LEVAL, G., o.c., in STORME, M., (red.), o.c., 219: «C'est pour remédier au cloisonnement par arrondissement des informations en matière immobilière, qu'un avis de saisie devrait au surplus être établi en cas de saisie immobilière conservatoire ou exécutoire». Zie voor een kritische bedenking hierbij: MICHIELS, D., «De verplichte raadpleging van de beslagberichten door de notaris», *T. Not.*, 1993, (259), 261, nr. 2.

¹¹⁰ Zie over de in deze bepaling aangewende terminologie: LEDOUX, J.-L., «L'ordre», in *Féd. not.*, Brussel, Bruylant, 1996, (213), 228, nr. 24; DE LEVAL, G., o.c., in *Chronique du droit à l'usage du notariat*, Vol. XX, (20 oktober 1994), 218-219, nr. 82; VAN DEN BOSCH, A., «Artikel 1391 Ger. W. (nieuw) niet voor notarissen», *T. Not.*, 1994, 403-407.

¹¹¹ *Gedr. St., Kamer*, 1989-90, nr. 1114/89, 5.

¹¹² Zie hierover: ENGELS, Chr., o.c., in *Notariële Actualiteit*, Brugge, die Keure, 1992, 75, nr. 60; DIRIX, E. en BROECKX, K., *A.P.R.*, o.c., 441-443, nr. 884; VERELST, K., «De schuldeisers toegelaten tot de rangregeling na verkoop bij uitvoerend beslag op een onroerend goed», *Jura Falc.*, 1992 - 93, 369-393; STRANART, A.-M., «Les voies d'exécution. Développements récents», *Cah. Dr. Jud.*, 1991, (66), 74-75; RENS, J.-L., «De schuldeisers toegelaten tot de rangregeling na verkoop bij uitvoerend beslag op onroerend goed», in *Liber amicorum Prof. em. E. Krings*, Brussel, E. Story-Scientia, 1991, (731), 736, nr. *Sin fine* en 743-744, nr. 16; VAN COMPERNOLLE, J., «Le caractère collectif des saisies», in *Liber amicorum Prof. em. E. Krings*, Brussel, E. Story-Scientia, 1991, (843), 848-849, nr. 10; DE LEVAL, G., *Rép. Not.*, Dl. XIII, Boek IV, Tw. *L'ordre*, Brussel, Larcier, 1990, 51-53, nrs. 53-55; ENGELS, Chr., o.c., 381-384, nrs. 587-590.

¹¹³ De ontvangers van directe belasting of B.T.W. die, in uitvoering van art. 434 W.I.B. 1992, resp. art. 93quater W.B.T.W. belasting-schulden hebben genotificeerd aan de notaris. De fiscus moet wel over een uitvoerbare titel beschikken.

¹¹⁴ Zoals het voorrecht van de gerechtskosten (artt. 17 en 19, 1^o, Hyp. W.) en het voorrecht van de verzekeraar (art. 60 Wet Land-verzekeringsovereenkomst).

¹¹⁵ Zie over de wijze waarop de notaris informatie m.b.t. die schuldeisers dient te verzamelen: ENGELS, Chr., «Rangregeling en

een uitvoerbare titel en die niet tot één van de voormelde categorieën behoren, verzet kunnen doen op de prijs, blijft daarentegen omstreken. Oorzaak hiervan is, zoals bekend, de gebrekkige redactie van de artt. 1642-1643 Ger. W.

Doctrines en rechtspraak blijven verdeeld tussen de zgn. ¹¹⁶ «minimalisten» ¹¹⁷ en «maximalisten». ¹¹⁸ Volgens de eersten is het bezit van een uitvoerbare titel een *conditio sine qua non* om verzet te kunnen doen op de prijs. ¹¹⁹ De anderen zijn van oordeel dat voorrang dient gegeven te worden aan art. 1643 *in fine* Ger. W., zodat ook schuldeisers die beschikken over een niet betwiste schuldvordering of één die bij een titel, zelfs een onderhandse, werd vastgesteld, dit verzet kunnen doen.

Voor de eerste zienswijze pleit de duidelijk tot uiting gebrachte wil van de wetgever in het verslag HERMANS. ¹²⁰ Het sterkste argument voor de tweede opvatting, lijkt me het gebrek aan coherentie van de eerste te zijn. Het is immers ongerijmd dat een schuldeiser die niet beschikt over een uitvoerbare titel geen verzet kan doen tegen de prijs, terwijl een schuldeiser die bewarend onroerend beslag liet leggen - waarvoor het beschikken over een dergelijke titel geen vereiste is - wel opgenomen wordt in de rangregeling.

21. De wijziging van art. 1391 Ger. W. - maar m.i. ook het cassatiearrest van 11 april 1997 - scherpen deze tegenstellingen alleen maar aan. Op basis van de volstrekte incoherentie van de bestaande wetteksten kan immers besloten worden dat de verplichting de beslagberichten te raadplegen een «tamelijk zinloze taak (is), die alleen bijkomende kosten veroorzaakt». ¹²¹ Maar terzelfdertijd kan moeilijk ontkend worden dat de uitdrukking «beslag schept geen voorrang» meer met de realiteit zal overeenstemmen, wanneer aan de verplichting van de notaris tot raadpleging van de beslagberichten wel een reële inhoud wordt verleend.

Afgezet tegen de vereisten van onafhankelijkheid en onpartijdigheid die de notaris ook tijdens de procedure van de rangregeling moet in acht nemen, ben ik van mening dat de notaris ook de schuldeisers van de beslagene wiens identi-

teit hij slechts op het spoor kwam na de consultatie van de beslagberichten, moet informeren omtrent de voorgenomen verdeling. ¹²² Ten aanzien van hen dient de in art. 1644 Ger. W. voorziene formaliteit van aanmaning bij gerechtsdeurwaardersexploot m.i. niet te worden nageleefd, omdat deze schuldeisers niet behoren tot de in voormelde bepaling opgesomde categorieën. Een aangetekende brief moet volstaan. *De lege lata* kunnen, in beginsel, deze schuldeisers echter niet in aanmerking komen bij de toebedeling van de gelden. ¹²³ Het behoort aan hen hierover desgevallend tegenspraak te voeren, zodat - zij het nadat de notaris zijn opmerkingen heeft geformuleerd - de beslagrechter zich dient uit te spreken. ¹²⁴

Een sluitende oplossing voor de geschetste problemen kan uiteraard alleen van de wetgever komen. Deze blijkt op vandaag in de maak te zijn, in de vorm van een voorontwerp van wet houdende oprichting van een centraal bestand van berichten van beslag, delegatie en overdracht, alsook tot wijziging van sommige bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek. ¹²⁵

22. Dit voorontwerp beoogt allereerst de oprichting van een centraal, geïnformatiseerd bestand van berichten inzake tenuitvoerlegging. Dit «Centraal bestand van berichten van beslag, delegatie en overdracht», zou worden georganiseerd door de Nationale Kamer van Gerechtsdeurwaarders, die er tevens het beheer van zou krijgen.

Daarnaast strekt de hervorming er toe bepaalde regelen van het beslag op roerend goed, onder derden en op onroerend goed aan te passen, in het licht van de problemen die uit de praktische toepassing ervan zijn gebleken. Eén van de moeilijkheden die het ontwerp wil verhelpen, behelst precies de vraag naar de kring van schuldeisers die de notaris in zijn rangregeling moet betrekken. Kort samengevat komt de in het voorontwerp vervatte regeling hierop neer dat enkel de schuldeisers, in het bezit van een uitvoerbare titel, tot het einde van de termijn voor het opmaken van het proces-verbaal van rangregeling, verzet kunnen doen bij exploit of verklaring afgelegd voor de notaris. Bij het opstellen van het proces-verbaal van rangregeling moet de notaris rekening

zekerheidsrechten in verband met het notariaat», in *Notariële Actualiteit*, Brugge, die Keure, 1994, (63), 73-74, nr. 25.

¹¹⁶ Deze terminologie is ontleend aan DE LEVAL, G., o.c., in *Chronique du droit à l'usage du notariat*, Luik, 1997, 450, nr. 2.

¹¹⁷ DIRIX, E. en BROECKX, K., *A.P.R.*, Tw. Beslag, 443, nr. 884; RENS, J.-L., o.c., *Liber amicorum Prof. em. E. Krings*, 743-744, nr. 16; meer genuanceerd: ENGELS, Chr., o.c., *T.P.R.*, 1983, 428-431, nrs. 29-33; ENGELS, Chr., o.c., 384, nr. 590 (die reeds aandrang op een tussenkomst van de wetgever). Gent, 29 november 1994, *R.W.*, 1994-95, 1443; Rb. Brugge, beslagr., 25 februari 1997, *T. Not.*, 1997, 221.

¹¹⁸ DE LEVAL, G., o.c., in *Chronique du droit à l'usage du notariat*, Vol. XX, (20 oktober 1994), (65), 220, nr. 83; VAN COMPERNOLLE, J., o.c., in *Liber amicorum Prof. em. E. Krings*, 849, nr. 10; LINSMEAU, J., *R.P.D.B.*, Compl. VIII, Tw. *L'ordre*, nr. 202; LEDOUX, J.-L., o.c., in *Féd. not.*, o.c., 229, nr. 24; Rb. Bergen, 9 januari 1997, *Rev. Not. B.*, 1997, 487; Rb. Leuven, beslagr., 15 december 1992, *T.B.B.R.*, 1993, 492; vgl. Rb. Leuven, beslagr., 21 februari 1989, *T.B.B.R.*, 1990, 383. Hierdoor is meteen aangetoond dat er - althans op dit punt - geen sprake kan zijn van een «clivage linguistique» (zie nochtans in die zin: LEDOUX, J.-L., noot sub Rb. Verviers, beslagr., 4 mei 1995, *Rev. Not. B.*, 1997, 313).

¹¹⁹ Zie art. 1642 Ger. W.

¹²⁰ *Gedr. St., Kamer*, 1965-66, nr. 59/49, 223.

¹²¹ MICHIELS, D., o.c., *T. Not.*, 1995, (434), 460, nr. 53; MICHIELS, D., o.c., *T. Not.*, 1993, 259-266.

¹²² Vgl. DELANGRE, J., «La consultation des avis de saisies et le rôle du conservateur des hypothèques dans la procédure d'ordre», in *Chronique du droit à l'usage du notariat*, Vol. XXIV, 24 oktober 1996, (87), 99-100, sect. 11, met verwijzing naar een aanbeveling van het Comité voor studie en wetgeving van de Koninklijke Federatie van Notarissen van 10 juni 1995; DE LEVAL, G., o.c., in *Chronique du droit à l'usage du notariat*, Vol. XX, (20 oktober 1994), 222-223, nr. 83.

¹²³ Wel zullen zij, mits zij derdenbeslag leggen in handen van de notaris, aanspraak kunnen maken op het eventueel residu van de koopprijs na betaling van de in het proces-verbaal van rangregeling opgenomen schuldvorderingen (DIRIX, E. en BROECKX, K., *A.P.R.*, Tw. Beslag, 443, nr. 884).

¹²⁴ Ten aanzien van schuldeisers die niet werden aangemaand ex art. 1644 Ger. W., loopt geen termijn om tegenspraak te formuleren. Er kan door hen verzet worden gedaan op de prijs, zolang de gelden nog niet werden verdeeld (Luik, 1 maart 1994, *J.L.M.B.*, 1994, 692 en het vonnis *a quo*: Rb. Dinant, 14 februari 1990, *Rev. Not. B.*, 1990, 266; Rb. Luik, beslagr., 11 januari 1988, *J.L.M.B.*, 1988, 301; anders: Rb. Aarlen, beslagr., 3 februari 1983, *Rec. Gén. Enr. Not.*, 1983, 353, nr. 22.950, noot A.C.; *Rev. Rég. Dr.*, 1983, noot C.S.; DIRIX, E. en BROECKX, K., *A.P.R.*, Tw. Beslag, 445, nr. 888.

¹²⁵ Vooralsnog niet gepubliceerd.

houden met de schuldeisers wier identiteit hij vernam via de verplichte consultatie van de beslagberichten. Schuldeisers, wier schuldvordering enkel bij een onderhandse titel is vastgesteld, kunnen via bemiddeling van de griffier of van een gerechtsdeurwaarder, in verzet komen door aan het bestand van beslagberichten hiertoe een mededeling ¹²⁶ te zenden. Deze categorie van schuldeisers moeten door de notaris enkel worden aangemaand, indien zij in aanmerking komen voor de toekenning van een dividend. ¹²⁷

III. BESLUIT

23. Zeer terecht benadrukte oud-voorzitter van de Koninklijke Federatie van Notarissen Charles SLUYTS ¹²⁸ dat de notaris te allen prijze moet vermijden dat zijn ambtsuitoefening zich beperkt tot het verlenen van authenticiteit, «want dat kan om het even welke ambtenaar». Vandaar dat de notaris ook op die terreinen waarvoor de hem eigen kwaliteiten van onafhankelijkheid en onpartijdigheid ¹²⁹ hem tot de uitgelezen medewerker van het gerecht maken, actief moet durven optreden. Een grotere rol sluit uiteraard ook een grotere verantwoordelijkheid in. Het is aan de notaris het vertrouwen dat de wetgever in hem gesteld heeft, niet te beschamen.

Piet TAELEMAN
Docent Universiteit Gent

¹²⁶ Die o.m. de gegevens vermeld in art. 1629, 1° en 2°, Ger. W. dient te bevatten.

¹²⁷ Vgl. met de door LEDOUX gesuggereerde «solution pratique à suivre par un notaire soucieux de ne pas voir sa responsabilité engagée» (LEDoux, J.-L., o.c., in *Féd. not., o.c.*, 229-230, nr. 25).

¹²⁸ *De Standaard*, 25 februari 1993.

¹²⁹ De notaris mag terzake geen enkele toegeving doen: «Il me semble cependant inévitable d'être intransigente sur ce point, dans une matière où, plus qu'ailleurs, il faut éviter que les compromissions portent atteinte à l'édifice tout entier, qui y perdrait sa crédibilité et le fondement du respect auquel il appelle» (CAsMAN, H., o.c., in *Féd. not., o.c.*, Brussel, Bruylant, 1996, (307), 312).

EFFECTISERING VAN ONROEREND GOED¹

INLEIDING

Onder effectisering van onroerend goed begrijpt men het «roerend maken» van investering in onroerend goed door de uitgifte van effecten.

Een dergelijke effectisering van onroerend goed kan verschillende vormen aannemen. In het financieel recht, en meer bepaald in boek III van de wet van 4 december 1990 op de financiële transacties en de financiële markten (hierna «de wet van 4 december 1990») vindt men de grondslag voor het stelsel van twee vormen van effectisering van onroerend goed, namelijk vastgoedcertificaten (I) en vastgoedbeleggingsvennootschappen met vast kapitaal of «vastgoedbevaks» (II).² Boek III van de wet van 4 december 1990 betreft aldus «zowel de collectieve belegging met de bedoeling aan het publiek een product aan te bieden dat een korf van waarden met een bepaalde risicospreiding inhoudt, als de collectieve belegging met de bedoeling de belegging in een zeer groot actief via een openbaar beroep op het spaarwezen te financieren.»³

I. VASTGOEDCERTIFICATEN⁴

A. ALGEMEEN

Wie inschrijft op vastgoedcertificaten of dergelijke certificaten aankoopt, neemt voor een beperkte inbreng deel aan een belangrijke vastgoedbelegging. Eenvoudig gesteld, zijn vastgoedcertificaten financiële instrumenten die de «economische eigendom» van een bepaald onroerend goed verte-

genwoordigen, zonder dat de houder de juridische eigenaar van het onroerend goed wordt.⁵

Vastgoedcertificaten verlenen aan de houders een recht op een deel van de jaarlijkse inkomsten en opbrengsten van een onroerend goed, naar verhouding met hun inbreng. Bij vereffening van de verrichting hebben de houders van vastgoedcertificaten recht op een evenredig deel van de opbrengst van de vervreemding van het goed.

Houders dienen zich niet in te laten met het beheer van het betrokken pand en kunnen, voor zover het vastgoedcertificaat betrekking heeft op in huur gegeven panden, momenteel rekenen op huuropbrengsten die gekoppeld zijn aan de zogenaamde gezondheidsindex. Rekening houdende met het feit dat emittenten meestal vastgoedcertificaten uitgeven ter financiering van één onderliggend pand, is de risicospreiding verbonden aan de onderliggende belegging evenwel beperkt.

Dergelijke certificaten worden sinds geruime tijd openbaar uitgegeven. Vijftientig jaar nadat het eerste vastgoedcertificaat openbaar werd uitgegeven, heeft de wetgever het noodzakelijk geacht om een aanzet te geven tot regeling van deze materie.

Een goed inzicht in het juridisch statuut van vastgoedcertificaten vereist, naast het onderzoek van de regels die toepasselijk zijn op de vastgoedcertificaten en op de emittenten ervan (C), aandacht voor de doctrine van de Commissie voor het Bank-en Financiewezen (hierna «C.B.F.») in deze materie (B). Nadien kan worden overgegaan tot een beoordeling van het statuut van de vastgoedcertificaten (D).

B. EVOLUTIE SINDS 1965

Bij het onderzoek van de doctrine van de C.B.F., kan men een onderscheid maken tussen de situatie in de periode van 1965-1973 en de periode 1973-1990.

1° De eerste generatie vastgoedcertificaten⁶

a) Achtergrond

De eerste openbare uitgifte van vastgoedcertificaten had plaats in 1965 en strekte tot herfinanciering van een winkelruimte van een distributieketen. Deze winkelruimte werd op grond van een erfpachtovereenkomst aan een grootwarenhuis verhuurd. De looptijd van het certificaat stemde overeen met de looptijd van de erfpacht. De certificaaathouders liepen, in principe, geen risico van leegstand van het geher-

¹ Deze tekst bevat het persoonlijk standpunt van de auteur.

² Deze tekst gaat bijgevolg niet in op het regime van privaats uitgegeven vastgoedcertificaten, noch op het statuut van de patrimoniumvennootschappen. Op grond van art. 22, § 1, *in fine*, van de wet van 10 juni 1964 op het openbaar aantrekken van spaargelden, zijn rechten van deelneming van de collectieve beleggingsinstellingen niet onderworpen aan titel II van het K.B. nr. 185 op de bankcontrole en het uitgifteregime van effecten. Aangezien voor emittenten van vastgoedcertificaten artikel 129 van de wet van 4 december 1990 toepassing vindt, dat beleggingsinstellingen verplicht tot publicatie van een prospectus (zie *infra*), geldt dezelfde uitsluiting bij de openbare uitgifte van vastgoedcertificaten. Omdat art. 129 van de wet van 4 december 1990 enkel de prospectusverplichting bij openbare uitgifte betreft, kan men ervan uitgaan dat de wetgever niet beoogde om rechten van deelneming van collectieve beleggingsinstellingen en vastgoedcertificaten aan het toepassingsgebied van titel II te onttrekken voor andere verrichtingen dan openbare uitgiften en inzonderheid voor openbare biedingen tot overname. Zoniet, zouden dergelijke verrichtingen aan geen enkele wettelijke regeling onderworpen zijn.

³ Memorie van toelichting bij de wet van 4 december 1990, *Gedr. St., Kamer*, 1989-1990, nr. 1156/1, p. 54.

⁴ Deze bijdrage blijft beperkt tot het statuut van vastgoedcertificaten uitgegeven door Belgische emittenten.

⁵ Aangaande soortgelijke formules als vastgoedcertificaten, zie *Jaarverslag C.B.F.*, 1969-1970, p. 165-166.

⁶ *Jaarverslag C.B.F.*, 1965, p. 111-113; *Jaarverslag C.B.F.*, 1977-1978, p. 124-126.

financierde pand. Nadien volgden andere uitgften die dezelfde kenmerken vertoonden.

Deze uitgften hadden plaats volgens een bepaald schema, dat overigens vrij complex is.

Aldus kwamen tussen:

- een eerste vennootschap, juridische eigenaar van het te herfinancieren vastgoed, wiens voornaamste doel erin bestond het vastgoed als eigenaar te bezitten en het goed te beheren;
- een tweede vennootschap, met als doel de uitgfte van de vastgoedcertificaten;
- beide vennootschappen vormden een vereniging in deelneming; de beheerder bracht het geheel in van toekomstige rechten die uit het beheer van en de beschikking over het vastgoed voortvloeiden, namelijk huurgelden en verkoopprijs; de emittent van de vastgoedcertificaten bracht de bij het publiek ingezamelde gelden in;
- aan de houders van de vastgoedcertificaten werden voorkeursrechten toegekend op de opbrengsten en de realisatiewaarde van het onderliggend vastgoed.

Vermeldenswaard is dat, tot op heden, bepaalde promotoren de uitgfte van vastgoedcertificaten volgens een dergelijk klassiek schema structureren.

b) Relatie tussen de certificaathouder en de emittent

Algemeen wordt aanvaard dat de verhouding tussen de certificaathouders en de emittent ervan van contractuele aard is. ⁷Vastgoedcertificaten, als verhandelbare titels, hebben bovendien een letterlijk karakter; de uitgedrukte wil van de emittent bepaalt de inhoud van de rechten en verplichtingen van de bij de emissie betrokken partijen (zie ook verder). ⁸

c) Toezicht door de C.B.F.

Op grond van de bepalingen van de toenmalige uitgftereglementering diende de C.B.F. haar «*nihil obstat*» inzake

⁷ Jaarverslag C.B.F., 1979-1980, p. 21; BROUCKE, B., «Instellingen die vastgoedcertificaten uitgeven», in *Praktijkids Financiële Instellingen*, MEULEMANS, D. (red.), Kluwer Editorial/Ced. Samson, p. 91; DIEUX, X., «Questions relatives à l'intermédiation financière en droit positif», in *Les intermédiaires commerciaux*, Editions du Jeune Barreau (red.), 1990, p. 316; SWENNEN, H., «Vastgoedcertificaten», in *Commentaar bij de Wet van 4 december 1990 betreffende de financiële markten en de financiële verrichtingen*, Jan Ronse Instituut KU Leuven (red.), Kalmthout, Biblo, 1991, p. 390; SWENNEN, H., «Roerendmaking van onroerend goed en effectisering», in *Het Zakenrecht: Absoluut niet een rustig bezit - XVIII^e Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1991-1992*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1992, p. 112 e.v.; TYTECA, J., «Vastgoedcertificaten - bevoegdheid van de algemene vergadering van certificaathouders», noot bij Kort Ged. Kh. Brussel, 12 juni 1989, *T.R.V.*, 1990, p. 137; UREEL, P., «Aspects fiscaux des certificats immobiliers», *Bank. Fin.*, 1988, nr. 10, p. 44.

⁸ VAN RYN, J. en HEENEN, J., *Principes de droit commercial*, III, Brussel, Bruylant, 1981, nr. 116; DIEUX X., *L.c.*, p. 315-316.

de prospectusinformatie te verlenen, alvorens de uitgfte van vastgoedcertificaten kon plaatshebben. ⁹

In haar toezicht op dergelijke verrichtingen heeft de Commissie allereerst beoogd om te voorkomen dat het publiek op een dwaalspoor werd gebracht door een aanbod van effecten gesteund op bepaalde contracten, waarvoor het gevaar bestond dat zij ongeldig zouden worden verklaard. Voorts heeft de Commissie steeds belang gehecht aan de adequate informatieverstrekking over de verrichting. Inzonderheid bleek de Commissie gevoelig voor punten waarvoor een belangentegenstelling bestond of kon bestaan tussen het publiek en de promotor van de verrichting of een vennootschap van de groep waartoe hij behoorde. In deze optiek besteedde de Commissie aandacht aan de duidelijke omschrijving en verantwoording van de verschillende vergoedingen en kosten, die over de verschillende stadia van de verrichting werden geïnd.

Ten gronde heeft de Commissie, in de loop van de tijd, meer waarborgen ten voordele van het publiek geëist. Zo heeft zij gevraagd dat de emittent van de certificaten zijn maatschappelijk doel tot een bepaalde uitgfte zou beperken en dat een kredietinstelling de verbintenissen van de emittent zou waarborgen. Naar analogie met een revisor bij de naamloze vennootschappen, werd een «beheerscontroleur» aangeduid, die instond voor de controle op de rekeningen van de vereniging in deelneming. Belangrijk is dat deze de hoedanigheid van revisor diende te hebben en de opdracht kreeg om, ten behoeve van de certificaathouders, de door de beheerder uitgevoerde verrichtingen te beoordelen op hun gegrondheid. ¹⁰

2° De tweede generatie vastgoedcertificaten: de uitwerking van een quasi-vennootschapsrechtelijke structuur ¹¹

a) Evolutie

De tweede generatie van vastgoedcertificaten verschilt van de eerste voornamelijk door het feit dat het risico bij de herfinanciering van het onderliggend vastgoed belangrijker werd. In tegenstelling tot de initiële uitgften, hadden de vastgoedcertificaten van de tweede generatie betrekking op onroerende goederen - meestal kantoorgebouwen of commerciële centra - die niet (volledig) vooraf waren verhuurd of waarvan de looptijd van de huurovereenkomst niet overeenstemde met de looptijd van het certificaat.

⁹ De bevoegdheid van de C.B.F. was gebaseerd op de algemene uitgftereglementering en meer bepaald art. 26 van het K.B. nr. 185 op de bankcontrole en het uitgfteregime voor titels en effecten, als geïnterpreteerd door art. 22 van de wet van 10 juni 1964 op het openbaar aantrekken van spaargelden. De controle van de Commissie bij openbare uitgfte van vastgoedcertificaten strekte ertoe erover te waken dat het publiek niet op een dwaalspoor wordt gebracht omtrent de grond van de zaak of de aan de certificaten verbonden rechten.

¹⁰ De beheerscontroleur beschikt over de ruimste bevoegdheden tot onderzoek. Hij kan onder meer experten aanstellen om hem te helpen zich een duidelijk oordeel te vormen.

¹¹ Jaarverslag C.B.F., 1973-1974, p. 190-191; Jaarverslag C.B.F., 1977-1978, p. 124-126.

In dergelijke omstandigheden dragen de certificaathouders een ondernemingsrisico, aangezien het niet uit te sluiten is dat het gebouw niet (onmiddellijk) of slechts gedeeltelijk wordt verhuurd.

Bijkomend stelt men vast dat promotoren van vastgoedcertificaten in deze periode overgingen tot de vereenvoudiging van het uitgifteschema: de vennootschap, juridische eigenaar van een onroerend goed, trad eveneens op als emitent van de vastgoedcertificaten. Een derde vennootschap werd aangesteld als beheerder van het onroerend goed.

b) Toezicht door de C.B.F.

Geconfronteerd met deze omstandigheden, was de Commissie van oordeel dat een dergelijk risico vergelijkbaar was met het financieel risico dat op een aandeelhouder rust, maar zonder dat de certificaathouder de bescherming kan genieten van de bepalingen van de vennootschapswetgeving. Immers, de houders van vastgoedcertificaten lopen een risico om geen inkomsten te ontvangen en hun ingelegde kapitaal niet (volledig) terug te krijgen bij afloop van de verrichting.

Bijgevolg heeft de Commissie erop aangedrongen om aan de certificaathouders een bescherming te bieden die, ongeacht hun statuut, rekening hield met het economisch risico dat zij droegen. Een aantal beschermingsmaatregelen, geïnspireerd op de bepalingen van de vennootschapswetgeving, werd bijgevolg in het statuut van de certificaten van de tweede generatie ingevoerd.

Aldus werd een algemene vergadering van certificaathouders gecreëerd. Elk jaar wordt een vergadering gehouden waarin men verslag uitbrengt over de resultaten die aan de certificaathouders toekomen. In de regel bepaalt het statuut van een vastgoedcertificaat dat een algemene vergadering van certificaathouders over bepaalde materies dient te beslissen, zoals de herroeping van de beheerder van het vastgoed, zijnde een aparte persoon, en de aanstelling van een andere beheerder; de reconstructie van het gebouw; de vervreemding van het goed vóór of na een bepaalde datum; de verkoop van het goed aan de promotor of een vennootschap die tot zijn groep behoort.

Voorts werd meer inhoud gegeven aan de rol van de beheerscontroleur. De beheerscontroleur werd gemachtigd om een algemene vergadering van certificaathouders samen te roepen, alsook gemandateerd om, in geval de rechten van het publiek in gevaar werden gebracht, het goed te hypothequeren. Ook diende de beheerscontroleur in de regel op de hoogte te worden gebracht van een aantal gebeurtenissen die de situatie van de certificaathouders mogelijk ernstig kunnen beïnvloeden, zoals de ontbinding van het huurcontract, ernstig geschil,...

De rechten die aan de certificaathouders werden toegekend en inzonderheid hun bevoegdheid om de beheerder van een gebouw te herroepen, hebben ertoe geleid dat in de tachtiger jaren een aantal openbare biedingen tot aankoop

op dergelijke certificaten werden uitgebracht.¹² Bovendien werd men in deze periode geconfronteerd met de toename van de verhandelingen van vastgoedcertificaten op de zogenaamde openbare veilingen. De C.B.F. is tussengekomen teneinde de banken, die tot dan toe orders tot aan- en verkoop centraliseerden, ertoe aan te sporen betere informatie te verstrekken over de waarde en de «koers» van de vastgoedcertificaten.¹³

C. WEERSLAG VAN DE WET VAN 4 DECEMBER 1990

Zoals hierboven vermeld, beoogt de wet van 4 december 1990 onder meer het statuut van vastgoedcertificaten te regelen.¹⁴ De wetgever heeft aldus het begrip vastgoedcertificaat gedefinieerd en een aantal bepalingen van de wet op emittenten van vastgoedcertificaten toepasselijk gemaakt.

1° Ontleding van het begrip «vastgoedcertificaat»

Art. 106, tweede lid, van de wet van 4 december 1990 omschrijft vastgoedcertificaten als «de rechten van vordering op de inkomsten, op de opbrengsten en op de realisatiewaarde van één of meer bij de uitgifte van de certificaten bepaalde onroerende goederen».

a) Kwalificatie als effect en als financieel instrument

Niettegenstaande het feit dat vastgoedcertificaten op onroerende goederen betrekking hebben, zijn zij als roerende goederen aan te merken. Cessie van dergelijke goederen heeft bijgevolg plaats door de overdracht van het effect, inzonderheid door afgifte indien het een toonderstuk betreft.

Bovendien zijn vastgoedcertificaten als effecten te kwalificeren.¹⁵ In het vroegere art. 1, §1, 3°, a, van de wet van 4 december 1990 werden vastgoedcertificaten uitdrukkelijk als effecten voor de toepassing van deze wet en de uitvoeringsbesluiten ervan aangemerkt. Inmiddels werd voormelde bepaling opgeheven en definieert art. 1 van de wet van 6 april 1995 inzake de secundaire markten, het statuut van en het

¹² De informatieverstrekking inzake deze verrichtingen is op grond van art. 26 van het K.B. nr. 185, als geïnterpreteerd door art. 22 van de wet van 10 juni 1964, aan het toezicht van de C.B.F. onderworpen (zie ook voetnoot 2).

¹³ Jaarverslag C.B.F., 1981-1982, p. 67 e.v.

¹⁴ Inzake het fiscaal statuut van vastgoedcertificaten, zie: FORESTINI, R., «Le régime fiscal des certificats immobiliers», *Bank. Fin.*, 1995, nr. 5, p. 283 e.v.; HERVE, L., «Les certificats immobiliers: aspects civils et fiscaux», *Comptabilité et fiscalité pratiques*, april 1997, p. 17 e.v.

¹⁵ In de rechtsleer omschrijft men effecten als verhandelbare waardepapieren die worden uitgegeven teneinde de opname van kapitalen, in de vorm van aandelen- of schuldfinanciering, door een vennootschap mogelijk te maken. Kenmerkend voor effecten is ook hun onderlinge verwisselbaarheid. Effecten van eenzelfde serie verlenen dezelfde rechten waardoor er een markt, leidend tot een koers, kan ontstaan. Zie: VAN RYN, J. en HEENEN, J., *Principes de droit commercial*, Brussel, Bruylant, 1957, II, p. 269, nr. 1281. Zie ook: HORMANS, G. en TOSSENS, J.-F., «Réflexions sur la nature et le régime juridique des valeurs mobilières et des autres instruments financiers», in *Le nouveau droit des marchés financiers*, Brussel, Larcier, 1992, p. 152 e.v.

toezicht op de beleggingsondernemingen, de bemiddelaars en de beleggingsadviseurs het begrip «financiële instrumenten» voor de toepassing van deze wet en de uitvoeringsbesluiten ervan.

Algemeen wordt aanvaard dat de klassieke effecten, voorheen bedoeld in art. 1, § 1, van de wet van 4 december 1990, onder de huidige wetgeving bedoeld worden in art. 1, § 1, 1°, van de wet van 6 april 1995.¹⁶ Nu vastgoedcertificaten niet langer uitdrukkelijk als afzonderlijke categorie worden vermeld, kan men ze beschouwen als «andere schuldinstrumenten» die verhandelbaar zijn op de kapitaalmarkt, bedoeld door art. 1, § 1, 1°, a), van vermelde wet.

b) Vorderingsrechten

De wet van 4 december 1990 verduidelijkt dat vastgoedcertificaten vorderingsrechten incorporeren.¹⁷ Maar in dit verband moet men opmerken dat de certificaathouders, in tegenstelling tot de houders van gewone obligaties, slechts beschikken over een eventueel vorderingsrecht tot terugbetaling van hun inbreng. Zij hebben slechts recht op de uitkering van inkomsten/opbrengsten of de realisatiewaarde van het goed, voor zover de emittent dergelijke inkomsten/opbrengsten of de realisatiewaarde heeft verworven.

Sommige auteurs hebben geconcludeerd dat het uitgiftestelsel van de vastgoedcertificaten nauwe banden vertoont met de alsnog in België niet geregelde figuur van de fiducie. In het klassiek uitgifteschema van vastgoedcertificaten houdt de emittent zijn participatie in de vereniging tot deelneming ten voordele van de certificaathouders als fiduciër, of als

men dit begrip niet wil hanteren, als commissionair van de certificaathouders.¹⁸

c) Effecten die het voorwerp uitmaken van een openbare uitgifte

Men spreekt slechts van vastgoedcertificaten in de zin van art. 106, tweede lid, van de wet van 4 december 1990, voor zover zij het voorwerp uitmaken van een openbare uitgifte. Onder het begrip «uitgifte» begrijpt men de verschillende technieken die worden aangewend om aan effecten een verspreiding te geven, ongeacht of de aangeboden effecten al dan niet zijn gecreëerd (openbaar bod tot verkoop, openbaar bod tot inschrijving, openbare verkoop,...).

Om te bepalen of men een verrichting als openbaar moet bestempelen, valt men terug op de criteria vervat in het K.B. van 9 januari 1991 over het openbaar karakter van verrichtingen om spaargelden aan te trekken en de gelijkstelling van bepaalde verrichtingen met een openbaar bod.¹⁹ Volgens bedoeld K.B. van 9 januari 1991 staat het openbaar karakter van een verrichting, bedoeld in art. 105 van de wet van 4 december 1990, in principe vast wanneer men²⁰ een reclame-middel, gericht op het publiek in België, aanwendt om de verrichting aan te kondigen of aan te bevelen;²¹ een beroep doet op tussenpersonen of wanneer tussenpersonen bemiddelen ter gelegenheid van de verrichting;²² meer dan vijftig personen aanspreekt met het oog op deelname aan de verrichting.

¹⁶ DEBOUTTE, K. en FELTKAMP, R., «Transacties in financiële instrumenten», in *De regulering van het beursapparaat*, Financieel nu en morgen, nr. 4, BYTTEBIER, K. en FELTKAMP, R. (red.), Brugge, die Keure, 1997, p. 371-372; FERON, B., «La réforme de la Bourse Aperçu général de la loi du 6 avril 1995 relative aux marchés secondaires, aux statuts des entreprises d'investissement et à leur contrôle, aux intermédiaires et aux conseillers en placement», *R.P.S.*, 1995, p. 313; MACOURS, K., «Financiële instrumenten: Een nieuwe definitie», in *La réforme des marchés et des intermédiaires financiers - De hervorming van de financiële markten en bemiddelaars*, Cahiers AEDB/EFVFR, Brussel, Bruylant, 1997, p. 74-79.

¹⁷ De situatie van houders van vastgoedcertificaten is bijgevolg verschillend van die van mede-eigenaars. Ofschoon zij zich vanuit economisch oogpunt in een vergelijkbare situatie bevinden als mede-eigenaars, zijn certificaathouders geen houder van enig eigendomsrecht van het onderliggend vastgoed. Rekening houdende met het feit dat houders van vastgoedcertificaten slechts over een eventueel vorderingsrecht beschikken en dat zij delen in de risico's van de investering, kan hun situatie met die van aandeelhouders worden vergeleken. Maar, de professoren VAN RYN en HEENEN stellen in dit verband dat men deze vergelijking niet te ver moet doortrekken, aangezien er geen vennootschapscontract tussen de certificaathouders bestaat. Het gaat bijgevolg om «une institution originale créée par la pratique». Zie: VAN RYN, J. en HEENEN, J., *l.c.*, nr. 157. Zie ook: BROUCKE, B., *l.c.*, p. 91-92; ROMAIN, J.-F., «Les certificats immobiliers en droit civil et en droit financier», in *Questions d'actualité de droit économique - Les Conférences du Centre de droit privé et de droit économique*, EKMANS, M., ROMAIN, J.-F. en SIMONART, V. (red.), Brussel, Bruylant, 1994, p. 113-123.

¹⁸ Foriers, P. A., «La fiducie en droit belge», in *Les Opérations fiduciaires*, Parijs, Feduci, L.G.D.J., 1985, p. 272-273; SWENNEN, H., «Trustachtige figuren in België», *T.P.R.*, 1992, p. 1107 e.v. Zie ook: HERBOTS, J.H., «Pleidooi voor de invoering in België van het fiduciecontract naar het trustnabootsende Franse model», *R.W.*, 1993-1994, p. 313 e.v.

¹⁹ Aangaande het vroegere K.B. van 12 november 1969 over het openbaar karakter van verrichtingen, zie: LE BRUN, J., *La protection de l'épargne publique et la Commission bancaire*, Brussel, Bruylant, 1979, nr. 651-659; *Jaarverslag C.B.F.*, 1969-70, p. 158; WYMEERSCH, E., «La protection des déposants et des investisseurs», *l.c.*, p. 239-240; WYMEERSCH, E., «De Bankcommissie en de openbare uitgifte van effecten», in *Economisch en Financieel recht vandaag*, SCHRANS, G. en GROOTAERT, J. (red.), Gent, Gakko, 1973, p. 132-134.

²⁰ De vermelde criteria kunnen evenwel niet als een exhaustieve opsomming worden aangemerkt. Het openbaar karakter van een verrichting kan bijgevolg nog uit andere omstandigheden blijken.

²¹ Art. 1 van het K.B. omschrijft nader wat men onder «reclamemiddel» begrijpt. Het reclamemiddel dient overigens te worden aangewend door hem die voor eigen rekening of voor rekening van een derde een geviseerde verrichting doorvoert.

²² Tenzij deze bemiddelaars erkende bemiddelaars zijn, als bedoeld in het vroegere art. 3, eerste lid, 1°, 2° en 4°, van de wet van 4 december 1990 of wanneer de bemiddelaars zich voor de verwezenlijking van de verrichting slechts wenden tot personen bedoeld in het vroegere art. 3, eerste lid, 1°, 2° en 4°, van dezelfde wet.

2° *Toepasselijke bepalingen op de emittenten van vastgoedcertificaten*

a) *Algemeen*

Art. 106, eerste lid, van de wet van 4 december 1990 bepaalt dat voor de Belgische beleggingsinstellingen ²³ die hun financieringsmiddelen aantrekken uit het publiek via openbare uitgifte van vastgoedcertificaten enkel de artikelen 123, 125, 128, 129, 131, 133, 134 en 136 van dezelfde wet gelden.

Alvorens in te gaan op de inhoud van deze bepalingen, dient te worden gewezen op volgende probleem. Het aanknopingspunt van de toepasselijke bepalingen is, op één uitzondering na, steeds de betrokken beleggingsinstelling, wat niet steeds zinvol blijkt (cfr. infra). Gelet op de onmogelijkheid om de wettelijke bepalingen letterlijk toe te passen, moet men uitgaan van een functionele interpretatie, die aansluit bij het schema dat men aanwendt bij de uitgifte van vastgoedcertificaten.

b) *Overzicht van de toepasselijke bepalingen*

Art. 123 van de wet van 4 december 1990 verleent aan de Koning een ruime - tot nog toe niet voor vastgoedcertificaten uitgevoerde - bevoegdheid om bepaalde verplichtingen aan beleggingsinstellingen op te leggen en bepaalde verbodsbepalingen uit te vaardigen. In het algemeen kan de Koning regelen uitvaardigen «die gelden voor het creëren en de openbare uitgifte in België van de in art. 106 bedoelde certificaten». De Koning is voorts bevoegd om enkele specifieke materies te regelen, zoals de wijze waarop men kosten en provisies kan aanrekenen en de materie van belangenconflicten.

Art. 125 van de wet van 4 december 1990 schrijft de notering ter beurs voor van de rechten van deelneming van be-

leggingsinstellingen met een vast aantal rechten. Op grond van een functionele interpretatie dient men de verwijzing naar art. 125 te lezen alsof zij betrekking had op het vereiste van notering van vastgoedcertificaten. ²⁴

Rekening houdende met de beursvorming, die werd doorgevoerd bij de wet van 6 april 1995, en de oorspronkelijke doelstelling van de wetgever om de liquiditeit van een belegging in vastgoedcertificaten te garanderen, kan men wellicht besluiten dat aan het vereiste van «beursnotering» is voldaan in geval van opneming in de verhandeling van een effectenbeurs (namelijk de Eerste Markt, de Tweede markt, de Nieuwe Markt van de Brusselse Effectenbeurs) of een andere gereglementeerde markt (zoals EASDAQ). ²⁵ In de praktijk worden vastgoedcertificaten genoteerd aan de Tweede Markt.

Men kan ook opmerken dat vermeld art. 125 voorbij gaat aan de bevoegdheid van de marktoverheden om te beslissen om een financieel instrument al dan niet tot de notering of de verhandeling toe te laten. ²⁶ In die optiek begrijpt men ook dat bepaalde instrumenten worden verhandeld op de openbare veilingen, zonder dat dit afbreuk doet aan kwalificatie ervan als vastgoedcertificaat.

Art. 128 van de wet van 4 december 1990 staat aan de C.B.F. toe te eisen dat men een verklarende vermelding aan de naam van de beleggingsinstelling toevoegt, wanneer de C.B.F. oordeelt dat een gevaar voor naamsverwarring zou bestaan. O.i. kan de C.B.F. dergelijke toevoeging vragen wanneer de naam, waaronder men het vastgoedcertificaat uit geeft, aanleiding tot verwarring zou kunnen geven.

Art. 129 van de wet van 4 december 1990 bepaalt dat de beleggingsinstelling een prospectus, een jaarverslag en een semesterieel verslag moet openbaar maken. *De facto* vormt deze bepaling, daar zij de verplichting oplegt om een semesterieel verslag op te maken, een nieuwe verplichting voor de emittenten van vastgoedcertificaten die de inwerkingtreding van de wet van 4 december 1990 meebracht.

Het is duidelijk dat de certificaa houder nauwkeurige informatie dient te verkrijgen aangaande de exploitatie van het vastgoed zelf naast de informatie vervat in de periodieke verslagen die de vennootschappen, betrokken bij de verrichting, publiceren.

²³ Sommige auteurs hebben de vraag gesteld of het gebruik van het woord «beleggingsinstellingen» in art. 106, eerste lid, van de wet van 4 december 1990 impliceert dat enkel beleggingsinstellingen bedoeld in art. 108 van dezelfde wet vastgoedcertificaten konden uitgeven (zie dienaangaande ROMAIN, J.-F., *l.c.*, p. 102-107). Op grond van de parlementaire voorbereidingsstukken lijkt het antwoord op deze vraag negatief te moeten zijn: de wetgever beoogde immers enkel de op dat ogenblik bestaande toestand juridisch in te kaderen en het statuut van vastgoedcertificaten te regelen, zonder eigenlijk de situatie van de emittenten ervan te regelen (Memorie van toelichting bij de wet van 4 december 1990, *Gedr. St., Kamer*, 1156/1, 1989-1990, p.54-55). Uit de beperkte opsomming van de toepasselijke bepalingen blijkt overigens de wil van de wetgever om andere bepalingen van Boek III van de wet van 4 december 1990 en inzonderheid artikel 108 van de wet niet toepasselijk te maken in geval van uitgifte van vastgoedcertificaten. In dezelfde zin: Hervé, L.; *l.c.*, p. 21, voetnoot 16; SWENNEN, H., «Vastgoedcertificaten», *l.c.*, p. 397-398; VERSTRAETEN, S. en KEPPELNE, J.-P., «Een nieuw kader voor beleggingsinstellingen», *T.R.V.*, 1990, p. 470. Wel kan men opmerken dat de wetgever niet consistent is geweest, omdat hij enerzijds in art. 106, eerste lid, van de wet van 4 december 1990 bepaalt dat «beleggingsinstellingen» vastgoedcertificaten uitgeven, maar anderzijds in art. 150 van dezelfde wet het gebruik van deze term bestraft voor instellingen die niet zijn ingeschreven op de lijst bedoeld in art. 120, § 1, of 137 van de wet, terwijl laatstvermelde bepalingen niet toepasselijk zijn op emittenten van vastgoedcertificaten.

²⁴ Memorie van toelichting bij de wet van 4 december 1990, *Gedr. St., Kamer*, 1156/1-1989-90, p. 82. Volgens de Memorie van Toelichting dient men onder «notering» te begrijpen: een officiële notering, notering op de Tweede Markt of verhandeling op een andere gereglementeerde markt, zonder dat dit begrip nader werd omschreven in de wet van 4 december 1990. Wellicht had de wetgever een Belgische markt voor ogen. Maar, het aanhouden van een historische interpretatie lijkt niet geraadzaam.

²⁵ M.B. houdende de lijst van de Belgische gereglementeerde markten (*B.S.*, 30 april 1996, *err. B.S.*, 26 oktober 1996), gewijzigd door het M.B. van 18 oktober 1996 (*B.S.*, 26 oktober 1996) en het M.B. van 13 januari 1997 (*B.S.*, 25 januari 1997).

²⁶ Zie art. 17, 1°, van de wet van 6 april 1995 inzake de bevoegdheid van het directiecomité van de Brusselse Effectenbeurs.

Hetzelfde art. 129 bepaalt ook dat de C.B.F. haar voorafgaande goedkeuring aan het prospectus en alle wijzigingen aan het prospectus moet verlenen. Verder bevat deze bepaling een ruime bevoegdheidsdelegatie aan de Koning inzake de regeling van de te verstrekken informatie en de boekhouding van beleggingsinstellingen. In uitvoering hiervan werden enige uitvoeringsmaatregelen in het K.B. van 4 maart 1991 genomen (zie *infra*).

Art. 131 van de wet van 4 december 1990 bepaalt dat de beleggingsinstellingen aan de controle van de C.B.F. zijn onderworpen.

Art. 133 van de wet van 4 december 1990 bepaalt in dit verband dat de Commissie, om haar controletaak uit te oefenen, zich alle inlichtingen mag doen verstrekken en ter plaatse verificaties mag uitvoeren. Met betrekking tot de toepassing van deze bepaling rijst het probleem m.b.t. de opsomming van de personen van wier stukken de Commissie kennis kan nemen. Hieronder vallen, volgens de letter van de wetsbepaling: de beleggingsvennootschap, de beheersvennootschap of de bewaarder.

Het is duidelijk dat de C.B.F. slechts een effectieve controle kan uitoefenen wanneer deze controle reikt tot alle vennootschappen die betrokken zijn bij de uitgifte van de vastgoedcertificaten. In de praktijk bepaalt de brief van de C.B.F. inzake de goedkeuring van het prospectus dat deze goedkeuring slechts wordt verleend op voorwaarde dat de vennootschappen, betrokken bij de uitgifte van een vastgoedcertificaat, de controle van de C.B.F. aanvaarden. Inzonderheid dienen zij te aanvaarden dat de C.B.F. zich door hen alle inlichtingen mag doen verstrekken, onderzoeken bij hen ter plaatse mag uitvoeren en bij hen ter plaatse kennis mag nemen van alle stukken om na te gaan of de beleggingsinstelling naar behoren functioneert.

Art. 134 van de wet van 4 december 1990 bepaalt de klassieke maatregelen die de C.B.F. moeten in staat stellen om te treden wanneer een beleggingsinstelling niet naar behoren functioneert (zie *infra*). In dit verband moet men vaststellen dat de wetgever art. 120 van de wet van 4 december 1990 niet toepasselijk heeft gemaakt op instellingen voor collectieve belegging die vastgoedcertificaten uitgeven. Bedoeld artikel bepaalt dat een beleggingsinstelling haar activiteit niet kan aanvangen alvorens ingeschreven te zijn op de lijst. Hieruit volgt dat de meest vergaande maatregel om op te treden tegen een beleggingsinstelling die niet naar behoren functioneert, met name de schrapping van de inschrijving, *de facto* niet voorhanden is.

Art. 136 van de wet van 4 december 1990 bepaalt ten slotte dat de C.B.F. slechts kennis neemt van relaties tussen een beleggingsinstelling en een deelnemer, voor zover de controle van de beleggingsinstelling dit vergt.

Slechts één uitvoeringsbepaling, meer bepaald art. 71 van het K.B. van 4 maart 1991 met betrekking tot bepaalde instellingen voor collectieve belegging, betreft de vastgoedcertificaten. Dit artikel preciseert voornamelijk de goedkeuringsprocedure voor het uitgifteprospectus en bevat bijko-

mende bepalingen aangaande de inhoud van het prospectus.²⁷

Ten slotte springt het ontbreken van de verwijzing naar sommige bepalingen van de wet van 4 december 1990 in het oog.²⁸ In tegenstelling tot de situatie van participanten in een beleggingsfonds, regelt de wet van 4 december 1990 op generlei wijze de quasi-vennootschapsrechten van de houders van vastgoedcertificaten. Evenmin werden de strafbepalingen, vervat in de artikelen 150 en 151 van de wet van 4 december 1990, toepasselijk gemaakt op instellingen voor collectieve belegging die vastgoedcertificaten openbaar uitgeven.

D. BEOORDELING

Vastgoedcertificaten zijn instrumenten die uit de praktijk zijn ontstaan. Het statuut ervan ligt grotendeels vervat in de doctrine van de C.B.F. In dit verband kan men opmerken dat het statuut van de vastgoedcertificaten één van de weinige domeinen van het financieel recht is waarin de doctrine van de C.B.F. blijkbaar voldoende geeft en de behoefte tot de verdere uitwerking van het statuut van de vastgoedcertificaten in een uitvoeringsbesluit tot nog toe blijkbaar niet bestaat. Wellicht kan men dit grotendeels toeschrijven aan het feit dat de promotoren van vastgoedcertificaten - tot op heden beperkt in aantal - zich schikken naar de doctrine van de C.B.F. in deze materie. Anderzijds blijkt dat het voor de C.B.F. veel deliquer ligt om openbare biedingen tot aankoop op vastgoedcertificaten in goede banen te leiden.²⁹

Ten slotte dient men oog te hebben voor het contractueel statuut van vastgoedcertificaten. Zoals hierboven vermeld, wordt voor bepaalde materies een beslissingsbevoegdheid toegekend aan de algemene vergadering van certificaathouders. In de regel wordt deze bevoegdheid voor een aantal limitatief opgesomde materies bepaald; men beperkt zich tot het regelen van situaties waarvan men redelijkerwijze bij de emissie van de vastgoedcertificaten veronderstelt dat ze zich eventueel in de toekomst kunnen voordoen. Hierin ligt dan ook een belangrijke beperking van het statuut van de vastgoedcertificaten: indien men de contractverhouding wenst te wijzigen en het statuut hiertoe geen mogelijkheid bepaalt, dienen alle contractpartijen, *in casu* de emittent en alle certificaathouders, de wijziging van het contract eenparig te aanvaarden.³⁰ Voor openbaar uitgegeven certificaten is dit meestal onmogelijk.

²⁷ BROUCKE, B., *l.c.*, p. 103-104.

²⁸ SWENNEN, H., «Vastgoedcertificaten», *l.c.*, p. 398.

²⁹ Voor een voorbeeld, zie: *Jaarverslag C.B.F.*, 1988-1989, p. 82-84. In het jaarverslag 1989-1990 (p. 123) verduidelijkt de C.B.F. dat vastgoedcertificaten buiten het toepassingsgebied vallen van het K.B. van 8 november 1989 op de openbare overnamebiedingen en de wijzigingen in controle van vennootschappen, maar dat vastgoedcertificaten onder de toepassing van titel II van het K.B. nr. 185 vallen. De C.B.F. verklaarde dat zij zich, bij de behandeling van openbare overnamebiedingen op vastgoedcertificaten, zal baseren op haar vroegere aanbevelingen en «met de nieuwe regeling die is ingevoerd door het K.B. van 8 november 1989».

³⁰ TYTECA, J., *l.c.*, p. 136-137. Het geannoteerde vonnis betrof een geval waarin de algemene vergadering had beslist om trimesterieel uitkeringen te verrichten, terwijl het statuut bepaalde dat uitkeringen jaarlijks plaats hebben. Het statuut kende geen uitdrukkelijke

II. VASTGOEDBEVAK

Het statuut van de vastgoedbevak ligt vervat in de wet van 4 december 1990 en het K.B. van 10 april 1995 op de vastgoedbevaks. ³¹ Op grond van deze teksten kan men de belangrijkste algemene kenmerken van een vastgoedbevak omschrijven en het statuut van de vastgoedbevak aflijnen ten aanzien van dit van de emittenten van vastgoedcertificaten (A). Bij de verdere bespreking van de op vastgoedbevak toepasselijke regelgeving wordt ingegaan op de bepalingen die het privaatrechtelijk (B) en het publiekrechtelijk (C) statuut ervan regelen.

A. BEGRIPSOMSCHRIJVING

Bij het onderzoek van het privaatrechtelijk statuut van de vastgoedbevak wordt aandacht geschonken aan de beginselen van bestuur (1°) en aan de implicaties van de kwalificatie ervan als beleggingsvennootschap met een beperkt aantal rechten van deelneming (2°).

1° Algemeen

In overeenstemming met art. 116 van de wet van 4 december 1990 hebben vastgoedbevaks uitsluitend tot doel de belegging in vastgoed, één van de op grond van art. 122 van de wet van 4 december 1990 toegelaten beleggingen, waaronder vastgoed is begrepen. ³² Hierbij dienen zij bedoelde wet, de met toepassing ervan genomen besluiten en de statuten na te leven.

Art. 110, 1°, van de wet van 4 december 1990 bepaalt dat beleggingsinstellingen die hebben geopteerd voor de belegging in vastgoed - wellicht wegens het gebrek aan liquiditeit van het onderliggend actief - enkel een vast kapitaal kunnen aanhouden. Op grond van art. 1, § 2, van het K.B. van 10 april 1995, kunnen Belgische beleggingsinstellingen die hebben geopteerd voor de belegging in vastgoed, enkel de vorm van een beleggingsvennootschap met vast kapitaal aannemen. ³³

Vastgoedbevaks dienen bovendien hun kapitaal aan te trekken via de openbare uitgifte van rechten van deelneming, in

casu aandelen ³⁴ In tegenstelling tot zogenaamde open-ended beleggingsinstellingen, gaan gesloten beleggingsinstellingen niet over tot inkoop van eigen aandelen op verzoek van de houders. Inkoop van eigen aandelen is wel toegelaten, voor zover hierbij artikel 52bis Vennootschappenwet wordt nageleefd.

2° Onderscheid met emittenten van vastgoedcertificaten

Rekening houdende met de algemene principes die de grondslag vormen van Boek III van de wet van 4 december 1990 dient men aandelen in een vastgoedbevak te beschouwen als instrumenten voor de belegging in vastgoed, waarbij men een zekere graad van risicospreiding nastreeft (zie *infra*). Deze instrumenten onderscheiden zich van vastgoedcertificaten, die betrekking hebben op één of meer onroerende goederen die bij de uitgifte van het certificaat worden aangeduid en waar een werkelijk actief beheer van de portefeuille niet tot de mogelijkheden behoort.

De memorie van toelichting bij de wet van 4 december 1990 stelt in dit verband: «Economisch gezien dienen vastgoedcertificaten om één of meer gebouwen te financieren, zonder dat dit leidt tot een werkelijk beleggingsbeleid door de beleggingsinstelling - tenzij voor het beheer van de goederen, d.w.z. de verhuring, de bewaring, en het onderhoud van de goederen en de verkoop op vervaldag. Deze beleggingsvorm zal dus voldoende verschillen van een BEVEK (sic) in vastgoed, die veel meer mogelijkheden heeft om een beleggingsbeleid te voeren en precies door dit Boek wordt opgezet om in België een soepeler collectief beleggingsbeleid aan te bieden.» ³⁵

B. PRIVAATRECHTELIJK STATUUT

1° Beginselen van het bestuur

a) Autonomie

(i) Wettelijk principe

Art. 108, tweede lid, van de wet van 4 december 1990 bepaalt dat een beleggingsinstelling in het uitsluitend belang van de aandeelhouders wordt bestuurd. De wetgever gaat er

bevoegdheid toe aan de algemene vergadering van certificaathouders om te beslissen over een dergelijke materie. In dezelfde zin: DIEUX, X., l.c., p. 316. *Anders*: ROMAIN, J.-F., l.c., p. 117.

³¹ B.S., 23 mei 1995.

³² Inzake het fiscaal statuut van vastgoedbevaks, zie; DE VIRON, A. en MALVAUX, B., «Un nouveau véhicule à l'usage des investisseurs immobiliers», *R.G.F.*, 1995, nr. 8-9, p. 252 e.v.; KLEYNEN, G., «Le point sur le régime fiscal des sociétés d'investissement (sicav, sicaf et sicafi)», *R.G.F.*, 1995, nr. 3, p. 79 e.v.; PARAMORE, J. E., «La SICAF Immobilière (SICAFI) - Aspects juridiques et fiscaux», *Bank. Fin.*, 1996, nr. 2, p. 84 e.v.

³³ Deze keuze werd gemaakt omdat de beleggingsvennootschap in de regel onderworpen is aan de bepalingen van de Vennootschappenwet en de vennootschap binnen dit wettelijk kader en de doctrine terzake kan gesitueerd worden. Voor beleggingsfondsen bestaat een dergelijk kader nauwelijks. Zie: Verslag aan de Koning bij het K.B. van 10 april 1995, B.S., 23 mei 1995, p. 14160.

³⁴ Art. 107 definieert het begrip «deelnemers» als eigenaars van het onverdeeld vermogen van een beleggingsfonds of aandeelhouders van een beleggingsvennootschap. De aanvulling in art. 116, 2°, van de wet van 4 december 1990 dat het beroep op het publiek de vorm aanneemt van de openbare uitgifte van «al dan niet verhandelbare en al dan niet in effecten belichaamde rechten van deelneming», wekt verwondering wegens van de uitdrukkelijke kwalificatie in het vroegere art. 1 van de wet van 4 december 1990 van rechten van deelneming als effect en wegens de verplichting om de rechten van deelneming van gesloten beleggingsinstellingen te laten noteren (zie *infra*), wat verhandelbaar waardepapier impliceert. Wellicht is de formulering geïnspireerd op art. 22, § 1, van de wet van 10 juni 1964, dat een ruime omschrijving geeft van de geviseerde waarden, teneinde wetsontduiking tegen te gaan.

³⁵ Memorie van toelichting bij de wet van 4 december 1990, *Gedr. St., Kamer*, 1989-1990, nr. 1156/1, p. 55.

van uit dat het bestuur van een beleggingsvennootschap aan deze bepaling kan worden getoetst.³⁶

O. i. voegt deze regel niets toe aan de klassieke vennootschapsrechtelijke regel die voorschrijft dat de bestuurders het bestuur voeren in het belang van de vennootschap.³⁷ met dien verstande dat het voorschrift duidelijk uitsluit dat men bij het bestuur rekening zou houden met andere belangen dan die van de aandeelhouders.³⁸ Bovendien zijn de artikelen 60 en 60bis Vennootschappenwet van toepassing op beleggingsvennootschappen met vast kapitaal.

(ii) *Uitwerking van het wettelijk principe in het K.B. van 10 april 1995*

Het principe van de autonomie vindt een eerste concretisering in de inschrijvingsvoorwaarden van een vastgoedbevak.³⁹ Een vastgoedbevak wordt immers slechts ingeschreven indien haar organisatie - op administratief, boekhoudkundig, financieel en technisch vlak - het mogelijk maakt om een autonoom bestuur te voeren. Bovendien moeten de bestuurders, evenals de personen aan wie het dagelijks beleid wordt toevertrouwd, kunnen instaan voor een autonoom beheer; zij moeten over de vereiste professionele betrouwbaarheid en over de voor hun functie passende ervaring beschikken.

Voorts bevat het K.B. van 10 april 1995 een aantal regelen die belangenconflicten proberen te voorkomen of, zo ze zich toch voordoen, in goede banen te leiden.⁴⁰

Voornamelijk om te vermijden dat men op minder gunstige ogenblikken zou overgaan tot de cessie van een pand van de bevak, mag de vergoeding van bestuurders niet rechtstreeks of onrechtstreeks afhankelijk zijn van de transacties van de bevak.

Voorts bestaat een verbod tot superpositie van vergoedingen, provisies en kosten in geval van verwerving door de bevak van:

- effecten uitgegeven door vastgoedvennootschappen waarmee de bevak of de promotor zijn verbonden of een deelnemingsverhouding hebben;
- rechten van deelneming in een andere beleggingsinstelling die wordt beheerd door de bevak, een promotor van de bevak of een vennootschap waarmee de bevak of de promotor zijn verbonden of een deelnemingsverhouding hebben.

Het optreden als tegenpartij - met uitzondering van onder meer het louter inschrijven op aandelen van de vastgoedbevak - of het verkrijgen van een voordeel verbonden aan een transactie, doorgevoerd door de bevak of door één van haar dochtervennootschappen, is bovendien voor een aantal personen aan een specifieke regeling onderworpen. Hierbij werd een onderscheid gemaakt volgens de hoedanigheid van de betrokken personen.

Omwille van de cruciale rol die zij spelen bij de werking van de bevak (zie verder) en ten einde situaties van belangenconflict te vermijden, bestaat voor de personen die tot de «kring» van de vastgoedexpert behoren, een verbod om als tegenpartij op te treden of een voordeel te verkrijgen naar aanleiding van een transactie die de bevak doorvoert.

Indien personen uit de «kring» van de promotoren⁴¹ de bewaarder of de bevak zelf optreden bij een geviseerde transactie of een voordeel ontvangen, moet men de volgende procedure volgen. De voorafgaande kennisgeving aan de C.B.F. is vereist. In de mededeling dient de bevak het belang van de geplande verrichting aan te tonen en te bewijzen dat de betrokken verrichting gesitueerd is binnen het beleggingsbeleid van de bevak. Bovendien dienen de verrichtingen tegen marktvoorwaarden te gebeuren, waarbij de evaluatie door de expert bindend zal zijn voor de bevak zo de verrichting betrekking heeft op vastgoed (zie *infra*). Zo de C.B.F. oordeelt dat de meegedeelde gegevens niet voldoende, volledig, afdoend of relevant zijn, dan geeft zij hiervan kennis aan de bevak. Zo de bevak geen rekening houdt met het standpunt van de C.B.F., kan deze laatste haar standpunt publiceren. De raad van bestuur van de bevak dient de verrichting, evenals de kenmerken en de verantwoording ervan en eventueel aangevuld met het standpunt van de C.B.F., onmiddellijk openbaar te maken en te becommentariëren in het jaarverslag en, desgevallend, het semestrieel verslag.

Ook bestaat een verbod voor de promotoren en de bewaarder om te participeren in een dochter van de bevak.

Ten slotte dient het jaarverslag van de bevak melding te maken van en een verantwoording te bevatten van de wijze waarop zij gebruik gemaakt heeft van het stemrecht, verbonden aan de effecten die zij aanhoudt of van het feit dat het stemrecht niet werd uitgeoefend.

³⁶ Memorie van toelichting bij de wet van 4 december 1990, *Gedr. St.*, Kamer, 1989-1990, nr. 1156/1, p. 56.

³⁷ Naar de oude opvatting is het belang van de vennootschap gelijk te stellen aan het collectief winstbelang van de aandeelhouders. In een meer genuanceerde visie staat het vennootschapsbelang toe rekening te houden met de rentabiliteit van de vennootschap op langere termijn en, eventueel, met de belangen van de toekomstige aandeelhouders (Zie: GEENS, K., «De jurisprudentiële bescherming van de minderheidsaandeelhouder tegen door de meerderheid opgezette beschermingsconstructies», *T.P.R.*, 1989, p. 33-95, nr. 15-17, met verdere verwijzingen; zie ook: VAN CROMBRUGGE, S., «De aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders», *R.W.*, 1989-1990, p. 1439 e.v., nr. 8).

³⁸ Sommige auteurs beweren immers dat het vennootschapsbelang de resultante is van diverse, bij de onderneming die de vennootschap voert, betrokken belangen, zoals de belangen van de werknemers, de bedrijfsleiders, de streek, de gehele gemeenschap...

³⁹ Art. 4, § 1, 3° en 4°, van het K.B. van 10 april 1995.

⁴⁰ Zie de art. 19, 20, 23 tot en met 27 van het K.B. van 10 april 1995.

⁴¹ Voor de omschrijving van dit begrip, zie art. 2, 10°, van het K.B. van 10 april 1995.

(iii) *Toepassing in de praktijk*

Momenteel zijn zes vastgoedbevaks ingeschreven op de lijst bedoeld in art. 120, § 1, van de wet van 4 december 1990. Bij vier van deze bevaks zijn de vastgoedpromotoren bij het bestuur betrokken. De C.B.F. heeft hiertegen geen bezwaar, voor zover blijkt dat vertegenwoordigers van deze promotoren geen meerderheid in de raad van bestuur hebben. Met andere woorden, de meerderheid van de bestuurders dient te bestaan uit bestuurders die geen belangrijke vergoedingen ontvangen van deze vastgoedpromotor of een met hem verbonden onderneming.

Voorts vereist de C.B.F., in geval de vastgoedbevak het technisch beheer van haar portefeuille uit handen geeft aan een onderneming die verbonden is met de vastgoedpromotor, dat deze overeenkomst gebeurt aan «*at arm's length*»-voorwaarden. Hiertoe moet de bevak in principe steeds in de mogelijkheid zijn om deze overeenkomst eenzijdig op te zeggen.

Onder meer gebaseerd op het autonomieprincipe, heeft de C.B.F. zich gekant tegen de eventuele oprichting van een vastgoedbevak door een distributieketen, waarbij deze haar vastgoedportefeuille in een bevak zou inbrengen.⁴² Immers, een autonoom beheer laat geen ruimte om andere belangen dan deze van de aandeelhouders in aanmerking te nemen, zoals het belang van een distributieketen de verkooppunten te spreiden of op bepaalde toplocaties aanwezig te zijn, voor zover deze niet volledig samenlopen met die van de aandeelhouders. In dergelijk geval zou er bovendien sprake geweest zijn van belangentegenstelling bij het vastleggen van de huurvoorwaarden van het vastgoed dat de bevak in portefeuille zou gehad hebben, voor zover de distributieketen als de (bijna) enige contractpartij van de bevak zou zijn opgetreden.

Mutatis mutandis werd dezelfde positie ingenomen aangaande de mogelijkheid voor een brouwerij om drankgelegenheden in een vastgoedbevak onder te brengen. In dit verband kan men bovendien opmerken dat exploitanten van drankgelegenheden in de regel door een exclusiviteitscontract aan de brouwer gebonden zijn, wat in de praktijk in de huurvoorwaarden wordt verrekend.

b) *Gelijkheid van rechten*

Alle aandeelhouders van een beleggingsinstelling hebben gelijke rechten (art. 109, § 2, van de wet van 4 december 1990). Dit principe, dat de grondslag vormt van vele bepalingen van het effectenrecht, is uitdrukkelijk hernomen in Boek III van de wet van 4 december 1990.⁴³

De wet van 4 december 1990 bepaalt overigens dat men verschillende categorieën van aandelen kan creëren, zo de statuten van een beleggingsvennootschap met vast kapitaal dit bepalen.⁴⁴

⁴² *Jaarverslag C.B.F.*, 1996-1997, p. 138 - 139.

⁴³ In dit verband, zie: LAGA, H., «Het gelijkheidsbeginsel in het vennootschaps- en effectenrecht», *R.W.*, 1991-1992, p. 1161-1167.

⁴⁴ Art. 109, § 2, 3°, van de wet van 4 december 1990. Over de zin van deze uitzondering op het principe van de gelijkheid van rech-

2° *De vastgoedbevak als beleggingsvennootschap met een beperkt aantal rechten van deelneming*

Op grond van artikel 118 van de wet van 4 december 1990 begrijpt men onder een beleggingsvennootschap met vast kapitaal of «bevak», de beleggingsvennootschap die is opgericht als een naamloze vennootschap of als een commanditaire vennootschap. Een dergelijke beleggingsvennootschap mag geen andere werkzaamheden verrichten dan het collectief beleggen van het uit het publiek aangetrokken kapitaal en mag geen andere activa bezitten dan die welke noodzakelijk zijn voor de verwezenlijking van haar statutair doel.

Overeenkomstig art. 119 van de wet van 4 december 1990 is de bevak onderworpen aan de Vennootschappenwet. Maar op dit beginsel bestaan een aantal uitzonderingen.

De maatschappelijke naam van de bevak en alle stukken die van haar uitgaan moeten de woorden «beleggingsvennootschap naar Belgisch recht» of «bevak naar Belgisch recht» bevatten of deze omschrijving moet onmiddellijk op de naam volgen. Indien uit de naam van de bevak niet blijkt voor welke categorie van toegelaten beleggingen zij heeft gekozen, met name vastgoed, dan moet de aanduiding van die categorie haar naam volgen.

Voorts moet het maatschappelijk kapitaal van de bevak minimaal 50 miljoen frank bedragen en volstort zijn. Het bedrag van dit minimale kapitaal wordt in aanmerking genomen voor de toepassing van de procedure van artikel 104 Vennootschappenwet. Bijgevolg kan iedere belanghebbende de ontbinding van de vennootschap vorderen indien het maatschappelijk kapitaal gedaald is onder 50 miljoen frank.

Voorts zijn de artikelen 29, §§ 1, 2, en 5 (minimaalkapitaal en regelen inzake volstorting), 29^{ter} (regeling inzake het financieel plan), 46, §1 (verplichte nominativiteit van niet volstorte aandelen)⁴⁵ 64, § 2 (mogelijkheid voor «kleine» vennootschappen om geen commissaris aan te duiden), 70^{bis} (procedure bij doelwijziging), 77, zesde lid (verplichting tot aanleg van de wettelijke reserve) van de Vennootschappenwet niet van toepassing.

Voor wat de hierboven opgesomde artikelen betreft, kan men allereerst opmerken dat de uitsluiting van artikel 64, §

ten van deelnemers in een beleggingsvennootschap met vast kapitaal, terwijl de wetgever veel strenger is voor de bevak, zie VERSTRATEN, S. en KEPPENNE, J.-P., *l.c.*, p. 486, nr. 52. De auteurs stellen dat men een dergelijke ruime uitzondering enkel voor bevaks met een bepaald beleggingsbeleid, zoals hoogrisicodragend kapitaal, kan verantwoorden. Andere auteurs suggereren dat dit onderscheid toe te schrijven is aan het feit dat binnen de bevak, in tegenstelling tot de situatie bij een beleggingsvennootschap met veranderlijk kapitaal, principieel een voorkeurrecht geldt bij kapitaalverhoging (zie CORNELIS, L. en PEETERS, J., «De gemeenschappelijke beleggingsfondsen en -vennootschappen», in *Commentaar bij de Wet van 4 december 1990 betreffende de financiële markten en de financiële verrichtingen*, Jan Ronse Instituut KU Leuven (red.), Biblio, Kalmthout, 1991, p. 318).

⁴⁵ De verwijzing in art. 118, § 3, van de wet van 4 december 1990 betreft art. 46, eerste en tweede lid, van de Vennootschappenwet, dat evenwel door de wet van 13 april 1995 werd gewijzigd.

2, Vennootschappenwet weinig relevant is, aangezien alle beleggingsinstellingen overeenkomstig art. 132, § 1, van de wet van 4 december 1990 een commissaris-revisor moeten aanstellen. Voorts is de uitsluiting van artikel 70bis Vennootschappenwet wellicht te verklaren doordat de wet bepaalt dat beleggingsinstellingen met vast kapitaal aan de hierboven beschreven doelsbeperking onderworpen zijn. De draagwijdte van deze uitsluiting is evenwel niet duidelijk: impliceert zij een verbod voor beleggingsvennootschappen om de doelsomschrijving in hun statuten aan te passen, voor zover geen afbreuk wordt gedaan aan de wettelijk opgelegde doelsbeperking van beleggingsvennootschappen of niet? Wellicht niet, maar deze interpretatie leidt tot het verlies van de waarborgen vervat in art. 70bis Vennootschappenwet in geval de statutaire doelsomschrijving wordt gewijzigd, zonder dat de vennootschap hierdoor haar kwalificatie als beleggingsvennootschap met vast kapitaal verliest.⁴⁶

C. BESTUURSRECHTELIJK STATUUT

Onder het bestuursrechtelijk statuut van een vastgoedbevak vallen allereerst de voorschriften die de inschrijving van een vastgoedbevak betreffen (1°) en vervolgens de regelen die de bevak op permanente wijze bij haar werking moet respecteren (2°).

1° Inschrijving

a) De inschrijvingsprocedure

Opdat een vastgoedbevak kan worden ingeschreven, dient de bevak een vergunning te verkrijgen en moeten haar statuten evenals de keuze van de bewaarder zijn aanvaard. De C.B.F. oefent toezicht uit op de inschrijving van een vastgoedbevak. Naderhand is de wijziging van belangrijke elementen van het inschrijvingsdossier eveneens aan de controle van de C.B.F. onderworpen.⁴⁷

(i) Vergunning van de vastgoedbevak⁴⁸

Om een vergunning als bevak te verkrijgen dient aan een aantal inschrijvingsvoorwaarden voldaan te zijn. De bevak dient inzonderheid te bewijzen dat:

- zij een naamloze vennootschap of een commanditaire vennootschap op aandelen naar Belgisch recht is, met een minimaalkapitaal van 50 miljoen frank, die voor onbepaalde duur is opgericht;⁴⁹
- zij over een passende organisatie beschikt (zie *supra*);
- haar bestuurders en de personen die instaan voor het dagelijks bestuur over de vereiste professionele betrouwbaarheid en de voor hun functies passende ervaring beschikken teneinde in te staan voor een autonoom beheer van de be-

vak (zie *supra*);

- twee natuurlijke personen in de raad van bestuur gezamenlijk het toezicht over het dagelijks bestuur uitoefenen;
- een minimum beleggingsbudget is vastgelegd voor een periode van twee jaar, te rekenen vanaf de inschrijving, waarmee de bevak in staat is het aangekondigde beleggingsbeleid gedurende deze periode te verwezenlijken;
- zij een beroep doet op één of meer onafhankelijke vastgoeddeskundigen;
- de vastgoeddeskundige(n) de vereiste professionele betrouwbaarheid en voor de vastgoedwaardering geschikte ervaring bezit, en tevens beschikt over een geschikte organisatie voor zijn opdrachten als deskundige.

Teneinde over de vergunningsaanvraag te kunnen beslissen, dient men een dossier aan de C.B.F. over te maken waaruit blijkt dat de bevak aan de hierboven vermelde inschrijvingsvoorwaarden voldoet.

(ii) Aanvaarding van de statuten

Alvorens over te gaan tot de aanvaarding van de statuten van een vastgoedbevak, controleert de C.B.F. of deze overeenstemmen met de voorschriften van de wet van 4 december 1990 en het uitvoeringsbesluit van 10 april 1995.⁵⁰ Ontwerpen tot wijziging van de statuten zijn aan dezelfde controle onderworpen.⁵¹

Belangrijk is dat de statuten van een vastgoedbevak een aantal specifieke bepalingen moeten bevatten, zoals⁵²:

- de uitsluiting van de mogelijkheid tot afwijking van het voorkeurrecht in geval van een kapitaalverhoging in speciën;
- de te volgen procedure in geval van een kapitaalverhoging *in natura*. Deze procedure is geïnspireerd op de procedure bij kapitaalverhoging in speciën buiten voorkeurrecht voorbehouden aan één of meer bepaalde personen, die geen personeelsleden zijn van de vennootschap of van één van haar dochtervennootschappen.⁵³ Dit impliceert onder meer dat de uitgifteprijs van de aandelen niet minder mag bedragen dan de gemiddelde beurskoers gedurende dertig dagen voorafgaand aan de inbreng;
- de bepaling dat voor elke daad van beschikking op een vastgoed de bevak door ten minste twee bestuurders wordt vertegenwoordigd;
- de criteria inzake de spreiding van de activa van de bevak (zie *infra*);
- de voorwaarden waaronder de bevak bijkomend of tijdelijk kan beleggen in effecten - andere dan die welke te kwalificeren zijn als vastgoedbelegging - en liquide middelen kan aanhouden;

⁴⁶ In dezelfde zin: CORNELIS, L. en PEETERS, J., *l.c.*, p. 338.

⁴⁷ Art. 6 van het K.B. van 10 april 1995.

⁴⁸ Art. 4 tot en met 7 van het K.B. van 10 april 1995.

⁴⁹ Op grond van art. 4, § 2, van het K.B. van 10 april 1995 kan de C.B.F. toestaan dat een bevak voor een bepaalde duur wordt opgericht, wanneer deze duur verantwoord is op grond van de kenmerken van de geplande beleggingen.

⁵⁰ Art. 8 van het K.B. van 10 april 1995.

⁵¹ Art. 120, § 4, van de wet van 4 december 1990; art. 9 van het K.B. van 10 april 1995.

⁵² Zie de artt. 11, 18, 42, § 2, en 41, § 2, en 47 van het K.B. van 10 april 1995.

⁵³ Zie art. 34bis, § 4bis, Vennootschappenwet.

- de mogelijkheid om één of meer goederen in leasing te geven, voor zover deze activiteit een bijkomende activiteit blijft ⁵⁴

(iii) *Aanvaarding van de bewaarder*

De bewaarder van een vastgoedbevak dient een in België gevestigde kredietinstelling, beursvennootschap of buitenlandse beleggingsonderneming te zijn, ⁵⁵ die op grond van haar organisatie in staat is de werkzaamheden van bewaarder uit te oefenen.

De bewaarder dient een aantal materiële taken te vervullen. ⁵⁶ Aldus verzekert hij de bewaring van alle effecten en contanten. Hij houdt de uitgften en grossen van notariële akten die betrekking hebben op het vastgoed van de bevak alsook de stukken waaruit de hypothecaire toestand van deze goederen blijkt.

Daarnaast dient de bewaarder een controletaak te vervullen. De bewaarder van een vastgoedbevak dient zich ervan te vergewissen ⁵⁷ of de bevak onmiddellijk de opeisbare opbrengsten uit de verkoop van activa ontvangt. Hiertoe stellen de bestuurders of de personen die instaan voor het dagelijks bestuur van de bevak, de bewaarder onmiddellijk op de hoogte van elke vastgoedverrichting van de bevak. ⁵⁸

Per bevak wordt slechts één bewaarder aangeduid. Dit impliceert niet noodzakelijk dat de bewaarder alle in bewaring te houden activa zelf in bewaring dient te houden. De bewaarder kan immers de bewaring van de activa geheel of gedeeltelijk aan een derde toevertrouwen, ofschoon in dergelijk geval de verantwoordelijkheid van de bewaarder in beginsel blijft bestaan. ⁵⁹ In de praktijk blijken de vastgoedbevaks erop aan te dringen dat de bewaarder overeenkomsten tot onderbewaargeving sluit. Immers, het hierboven beschreven monopolie van de bewaarder om in te staan voor de be-

waring van alle contanten en effecten van de bevak wordt als een strakke regel ervaren, die bijvoorbeeld zou verhinderen dat de bevak een hypothecair krediet zou opnemen bij een andere kredietinstelling dan de bewaarder, die de inkomstenstromen met betrekking tot het betrokken goed in eerste instantie wenst te ontvangen.

b) *Beroep op het publiek*

Inzake de openbare uitgifte, de verkoop en de commercialisatie van aandelen van de bevak bepaalt het K.B. van 10 april 1995 regelen die nauw aansluiten bij de procedure vervat in titel II van het K.B. nr. 185. ⁶⁰ De openbare uitgifte van aandelen van de bevak alsook de verplichte verhandeling van deze aandelen ter beurs kunnen slechts plaatshebben nadat de bevak is ingeschreven en nadat een door de C.B.F. goedgekeurd prospectus werd gepubliceerd. ⁶¹ Dit prospectus moet alle gegevens bevatten die, naargelang de kenmerken van de verrichting, het publiek nodig heeft om zich met kennis van zaken een oordeel te vormen over de aard van de zaak en de aan de effecten verbonden rechten.

In deze context dient men melding te maken van specifieke bepalingen die wegen op de promotoren van een vastgoedbevak. ⁶²

Indien gedurende de eerste twee jaar na de inschrijving, het kapitaal van de vastgoedbevak wordt gevormd middels openbare inschrijvingen, dienen de promotoren zich sterk te maken dat de uitgiftevoorwaarden zullen bepalen dat de kapitaalverhoging niet totstandkomt, indien na afsluiting van de inschrijvingsperiode blijkt dat het totaal bedrag van het kapitaal lager ligt dan het vooropgestelde minimale beleggingsbudget. ⁶³ In voorkomend geval wordt aan de inschrijvers het inschrijvingsbedrag terugbetaald. Op grond van hun verbintenis vervat in het prospectus, dienen de promotoren in dergelijk geval ook de door de beleggers betaalde makelaarslonen en provisies terug te betalen.

Het prospectus bevat eveneens de verbintenis van de promotoren tot terugbetaling indien de bevak in de loop van twee jaren na inschrijving wordt ontbonden of in vereffening gesteld, onder meer in het geval dat men er niet in slaagt de opgelegde diversificatie van de beleggingen te realiseren.

⁵⁴ De bevak kan het in leasing geven van onroerende goederen toch als hoofdactiviteit uitoefenen, indien die onroerende goederen bestemd zijn voor sociale huisvesting (cfr. art. 47, tweede lid, van het K.B. van 10 april 1995). De vastgoedbevak Service Flats Invest N.V. is een dergelijke bevak.

⁵⁵ Zie art. 120, § 3, derde lid, van de wet van 4 december 1990. Inzake de mogelijkheid voor een beleggingsonderneming om als bewaarder van een beleggingsinstelling op te treden, zie *Jaarverslag C.B.F.*, 1996-1997, p. 64-65.

⁵⁶ Artt. 14 en 15 van het K.B. van 10 april 1995.

⁵⁷ De uitdrukking «zich vergewissen» impliceert dat men de controletaak van de bewaarder als een inspanningsverbintenis moet beschouwen. De bewaarder moet er bijgevolg voor instaan dat hij zijn controletaak naar behoren uitvoert en hiertoe de noodzakelijke maatregelen treft. Voor de gelijkaardige formulering in de art. 7.3 en 14.3 van de richtlijn 85/611/EEG van 20 december 1985 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende bepaalde instellingen voor collectieve belegging in effecten (ICBE's): zie Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Vers un marché pour les organismes de placement collectif en valeurs mobilières, Commentaires des dispositions de la directive 85/611/CEE du Conseil du 20 décembre 1985*, 1988, p. 23.

⁵⁸ Art. 13 van het K.B. van 10 april 1995.

⁵⁹ Dit is voornamelijk van belang indien lacunes in de controle door de bewaarder zouden blijken (art. 16, § 2, van het K.B. van 10 april 1995).

⁶⁰ Art. 28 tot en met 36 van het K.B. van 10 april 1995.

⁶¹ Voor de beschrijving van de procedure, zie: DE PESTEL, G. en VANTOMME, B., «De Vastgoedbevak. Vergelijking met vastgoedcertificaten», *Jura Falconis*, 1996-1997, nr. 3, p. 479 e.v.

⁶² Art. 33, §§ 1 en 2, van het K.B. van 10 april 1995. Onder promotoren begrijpt men de personen die controle hebben over de bevak evenals de personen die belast zijn met de financiële dienst, de verkoop en inkoop van de door de bevak uitgegeven effecten en de verplichte informatieverstrekking (art. 2, 10°, van het K.B. van 10 april 1995). Inzake de twee manieren waarop een vastgoedbevak kan worden tot stand gebracht, zie SIAENS, A., «De Belgische vastgoedbeleggingsvennootschappen (Bevak-Sicafi)», *Bank Fin.*, 1995, nr. 3, p. 158-159.

⁶³ Een dergelijk probleem was immers in het verleden gerezen bij de publieke lancering van een buitenlandse vastgoedbeleggingsvennootschap. Zie: Verslag aan de Koning bij het K.B. van 10 april 1995, *l.c.*, p. 14162.

ren. De terugbetaling betreft de door de aandeelhouders betaalde vergoedingen, provisies en kosten voor de verwerking van de aandelen, evenals de door de bevak betaalde vergoedingen voor dienstverlening door een vennootschap waarmee de bevak of de promotor zijn verbonden of waarmee zij een deelnemingsverhouding hebben.

Indien een bestaande vastgoedvennootschap een inschrijving als vastgoedbevak verkrijgt, dienen de personen die haar controleren binnen de periode van een jaar over te gaan tot het openbaar bod tot verkoop van minstens 30% van haar aandelen.⁶⁴ Het openbaar bod tot verkoop dient aan een redelijke prijs te gebeuren. De C.B.F. beoordeelt het redelijk karakter van de prijs, onder meer rekening houdend met de waarderingen die naar aanleiding van de inschrijving als bevak werden vastgesteld.

Ten slotte stelt men vast dat de regelen van het K.B. van 10 april 1995 inzake de inhoud van het prospectus cumulatief van toepassing zullen zijn met de bepalingen van K.B. van 18 september 1990 over het prospectus dat moet worden gepubliceerd voor de opnemings van effecten in de eerste markt van een effectenbeurs,⁶⁵ in het geval men zoekt tot de opnemings van de aandelen van de bevak in de eerste markt.

2° Werking

Ook na haar inschrijving blijft de bevak aan talrijke voorschriften onderworpen. Hierbij dient zij bepaalde regelen inzake beleggingsbeleid (a) en verbodsbepalingen (b) te respecteren. Bijkomend gelden specifieke regelen aangaande de boekhouding, de openbaarmaking van gegevens en de resultatenverwerking (c). Ten slotte komen verschillende instanties tussen bij de controle op de naleving van op de bevak toepasselijke reglementering (d).

a) Beleggingsbeleid

Een vastgoedbevak belegt haar activa in vastgoed, zoals gedefinieerd in het K.B. van 10 april 1995.⁶⁶ Bijkomend of

⁶⁴ Zie art. 33, § 3, van het K.B. van 10 april 1995. Deze bepaling is niet toepasselijk in geval de betrokken vastgoedvennootschap reeds vóór haar inschrijving een openbaar beroep op het publiek had gedaan teneinde risicodragend kapitaal in te zamelen.

⁶⁵ B.S., 22 september 1990. Dit besluit werd gewijzigd door het K.B. van 1 september 1995 tot wijziging van het K.B. van 18 september 1990 over het prospectus dat moet worden gepubliceerd voor de toelating van effecten tot de officiële notering aan een openbare fondsen- of wisselbeurs van het Rijk (B.S., 12 september 1995).

⁶⁶ Art. 41 van het K.B. van 10 april 1995. Voor de definitie van vastgoed, zie art. 2, 4°, van het K.B. van 10 april 1995. Onder de definitie van vastgoed vallen eveneens aandelen met stemrecht uitgegeven door verbonden vastgoedvennootschappen. Het verbod, bedoeld in art. 126, § 1, van de wet van 4 december 1990 om niet zoveel effecten te verwerven zodat de beleggingsinstelling een invloed van betekenis zou kunnen uitoefenen op het bestuur, is niet van toepassing in de gevallen waarin een beleggingsvennootschap een dochtervennootschap opricht die zelf een beleggingsinstelling is als bedoeld in art. 105 van de wet. De verwijzing naar vermeld art. 105 wordt geïnterpreteerd als zouden de beleggingsinstelling en haar dochtervennootschap samen aan de definitie van beleggingsinstel-

tijdelijk kan de bevak liquiditeiten of andere effecten aanhouden, die niet zijn te kwalificeren als onroerende goederen.⁶⁷

De vastgoedbevak dient haar beleggingen zodanig te diversifiëren, dat de beleggingsrisico's op passende wijze zijn gespreid. De statuten van de bevak vermelden de criteria inzake de spreiding van de activa, zoals per type vastgoedbelegging en per geografische streek. Wanneer de bevak er niet in slaagt om haar beleggingen in een periode van twee jaar na haar inschrijving afdoende te diversifiëren, moet een algemene vergadering van aandeelhouders bijeenkomen om te beraadslagen en te besluiten over de eventuele ontbinding van de bevak en, desgevallend, over andere in de agenda aangekondigde maatregelen.

In dit verband rijst de vraag welke risicospreiding het patrimonium van een vastgoedbevak, tot onderscheid met het patrimonium dat via de uitgifte van vastgoedcertificaten wordt gefinancierd, moet vertonen (zie ook *supra*). Men kan er wellicht van uitgaan dat het patrimonium van een vastgoedbevak niet uitsluitend kan bestaan uit één gebouwencomplex, waar men enkel een spreiding van risico op grond van de individuele huurders/gebruikers kan aantonen.⁶⁸

De bevak mag bovendien in principe niet meer dan 20% van haar activa beleggen in vaste goederen die één vastgoedgeheel vormen.⁶⁹ Voor de toepassing van deze bepaling definieert men één vastgoedgeheel als één of meer vaste goederen met een beleggingsrisico dat men voor de bevak als één risico dient te beschouwen.

De toepassing van de bepalingen van het K.B. van 10 april 1995 inzake beleggingsbeleid gebeurt, voor zover de bevak een aantal vastgoedvennootschappen of vastgoedbeleggingsinstellingen controleert, op geconsolideerde basis.⁷⁰ Voor zover men bij de toepassing van deze bepalingen uitgaat van de waarde van de onroerende goederen, neemt men de laatste waardering door de vastgoedexpert in aanmerking.

ling beantwoorden. In deze zin: VERSTRAETEN, S. en KEPPELNE, J.P., *l.c.*, p. 481, nr. 40.

⁶⁷ Deze beleggingen dienen te gebeuren in overeenstemming met art. 45 van het K.B. van 10 april 1995.

⁶⁸ Andere vormen van diversificatie zijn bijvoorbeeld diversificatie op grond van de looptijd van de huurcontracten, diversificatie op grond van het type huurder/gebruiker (internationale instellingen, publiekrechtelijke instellingen, grote bedrijven/ketens, één-manszaken....).

⁶⁹ Art. 43, § 1, van het K.B. van 10 april 1995. In bepaalde gevallen kan de C.B.F. een afwijking toestaan van bedoelde 20%-begrenzing (art. 43, § 3, van het K.B. van 10 april 1995). De bedoelde gevallen zijn: de aanloopfase van de bevak, een afwijking waarvan de bevak aantoonde dat zij in het belang van de aandeelhouders is of een afwijking die verantwoord is, gelet op de specifieke kenmerken van de belegging en inzonderheid de aard of de omvang ervan.

⁷⁰ Zie Verslag aan de Koning bij het K.B. van 10 april 1995, *l.c.*, p. 14162.

b) Verbodsbepalingen

Allereerst is het niet geoorloofd dat een vastgoedbevak als bouwpromotor optreedt, omdat dit een activiteit is die belangrijke financiële risico's impliceert. Immers, op grond van art. 118 van de wet van 4 december 1990 mag een bevak geen andere werkzaamheden uitoefenen dan het collectief beleggen van het uit het publiek aangetrokken kapitaal. Wel toegelaten is het het doorvoeren van occasionele verrichtingen waarbij de bevak gebouwen opricht of laat oprichten om ze hetzij vóór, hetzij tijdens, hetzij binnen een termijn van vijf jaar na de oprichting geheel of gedeeltelijk onder bezwaren de titel te vervreemden.⁷¹

Voorts heeft de regelgever het niet wenselijk geacht dat een bevak een te zware schuldenlast zou dragen. Het totale bedrag van de leningen aangegaan door de vastgoedbevak mag niet meer bedragen dan 33% van haar activa. Deze drempel wordt berekend op het ogenblik van het sluiten van de leningovereenkomst. De jaarlijkse financiële lasten, en meer bepaald de interestlasten zonder rekening te houden met kapitaalflossingen, die uit deze schuldenlast voortvloeien mogen niet meer bedragen dan 80% van de bedrijfsopbrengsten en de financiële opbrengsten van de bevak.⁷²

Een vastgoedbevak mag enkel een hypotheek of een andere zekerheid of waarborg verstrekken in het kader van de financiering van een onroerend goed.⁷³ Dergelijke hypotheeken, zekerheden of waarborgen mogen maximaal slaan op 40% van het totale vastgoedpatrimonium van de bevak. Per onroerend goed mag de waarde van de hypotheek, zekerheid of waarborg 75% van de waarde van het pand niet overschrijden.

Ook zijn voor een vastgoedbevak een aantal activiteiten of verrichtingen verboden, waarvan de regelgever heeft geoordeeld dat het risico bestond dat zij het vermogen van de vastgoedbevak onredelijk zouden bezwaren.⁷⁴ Zo is het een vastgoedbevak onder meer verboden kredieten ten gunste van derden te verstrekken of deel te nemen aan een vereniging voor vaste overname van effecten.

Ten slotte zijn de verbodsbepalingen toepasselijk op geconsolideerde basis en desgevallend gebaseerd op de meest recente vastgoedwaardering.⁷⁵

c) Boekhouding⁷⁶ Openbaarmaking van gegevens en resultatenverwerking

Binnen de werking van de vastgoedbevak wordt een belangrijke rol toebedeeld aan de vastgoedexpert. Zijn waarderings, die overigens in sommige gevallen dwingend zijn,

moeten bijdragen tot de grotere transparantie van het vermogen van de bevak.

De door de bevak aangestelde vastgoeddeskundige gaat over tot een jaarlijkse waardering van het vastgoed van de bevak. Deze waarderings zijn bindend voor de bevak voor de opstelling van de jaarrekening. Trimesterieel actualiseert de expert de waarde van het vastgoed van de bevak op grond van de marktevolutie en de eigen kenmerken van de betrokken onroerende goederen.

De opname van de «*mark to market*» waarde of marktwaarde van het vastgoed van de bevak impliceert een aantal afwijkingen op de normaal geldende boekhoudkundige regels waaraan de bevak onderworpen is, onder meer inzake afschrijvingen en verwerking van waardeverminderingen en herwaarderingsmeerwaarden.

De waardering door de expert is eveneens noodzakelijk bij de uitgifte van aandelen, de opnemings ervan in de notering of bij inkoop van aandelen anders dan ter beurze. De bevak is niet gebonden door deze waardering maar dient de uitgifte- of inkoopprijs op grond van deze waardering te verantwoorden.

In geval van een transactie met betrekking tot een onroerend goed is eveneens een waardering van de expert noodzakelijk. Belangrijk is dat de betrokken verrichting moet worden verantwoord in het jaarverslag, of het semesterieel verslag, indien een verschil van meer dan 10% in het nadeel van de bevak bestaat tussen de transactieprij en de waardering door de expert.

Wanneer één van de personen uit de «kring» van de promotor (zie *supra*) als tegenpartij optreedt of ten gevolge van de verrichting een voordeel verkrijgt, is de waardering door de expert bindend.

Voorts zijn de inhoud en de wijze van openbaarmaking van het jaarverslag en het semesterieel verslag van de bevak aan bepaalde regels onderworpen.⁷⁷ Vastgoedbevaks dienen overigens hun jaarverslag en hun semesterieel verslag aan de C.B.F. te bezorgen.⁷⁸

Ten slotte dienen vastgoedbevaks in grote mate hun inkomsten uit te keren.⁷⁹ Zij dienen 80% van de netto-opbrengst, zoals gedefinieerd in artikel 62 van het K.B. van 10 april 1995, uit te keren. Meerwaarden verwezenlijkt op vaste activa worden van de uitkeringsverplichting uitgesloten, voor zover zij binnen vier jaar worden herbelegd.

d) Controle

Verschillende instanties komen tussen bij het toezicht op een vastgoedbevak: de bewaarder, de commissaris-revisor en de C.B.F..

⁷¹ Art. 2, 11°, *juncto* 48, van het K.B. van 10 april 1995.

⁷² Art. 52 van het K.B. van 10 april 1995, zoals verduidelijkt in het verslag aan de Koning (p. 14162).

⁷³ Art. 53 van het K.B. van 10 april 1995.

⁷⁴ Zie de art. 49-51 en 54 van het K.B. van 10 april 1995.

⁷⁵ Zie art. 40, § 1, van het K.B. van 10 april 1995.

⁷⁶ Zie SERVAIS, J.-P., «Aspects de droit comptable relatifs à la détermination et à la gestion de SICAV et de SICAF», *Comptabilité et fiscalité pratiques*, februari 1995, p. 99-100.

⁷⁷ Inzake de wijze van openbaarmaking en de minimale inhoud van de jaarverslagen en semesterieel verslagen, zie art. 37 en 38 van het K.B. van 10 april 1995.

⁷⁸ Art. 129, § 1, derde lid, van de wet van 4 december 1990.

⁷⁹ Art. 62 van het K.B. van 10 april 1995.

(i) *De bewaarder*

Voor de omschrijving van de controletaken van een bewaarder van een vastgoedbevak wordt naar hierboven verwezen.

(ii) *De commissaris-revisor*

De algemene vergadering van een vastgoedbevak dient, in overeenstemming met de vennootschapswetgeving, een commissaris-revisor aan te duiden. De commissaris-revisor staat in voor de controle en de certificatie van de boekhoudkundige gegevens in de jaarrekening van de beleggingsinstelling.

De commissaris-revisor oefent zijn controleopdracht uit, zoals omschreven in de Vennootschappenwet. Bijkomend dient de commissaris-revisor, zo de C.B.F. dit vereist, de juistheid van de door de bevak bezorgde inlichtingen te bevestigen.

(iii) *C.B.F.*⁸⁰

De wet van 4 december 1990 bepaalt dat de beleggingsinstellingen aan de controle van de C.B.F. zijn onderworpen. Om haar controletaken uit te oefenen, beschikt de C.B.F. over een aantal sanctiemaatregelen die haar controle kracht kunnen bijzetten.⁸¹

(a) *Controletaken*

Allereerst oefent de C.B.F. toezicht uit bij de inschrijving van een vastgoedbevak (zie *supra*).

Daarnaast ziet de C.B.F. toe op de juistheid van de door de bevak verstrekte informatie (zie *supra*). In dit kader kan zij eveneens optreden op grond van art. 129 van de wet van 4 december 1990, indien een gevaar voor naamsverwarring zou bestaan.

In de derde plaats oefent de C.B.F. een permanente controle uit op de vastgoedbevaks.

De C.B.F. gaat na of de vastgoedbevaks de bepalingen van Boek III van de wet van 4 december 1990, de met toepassing ervan genomen besluiten, evenals hun statuten naleven. De C.B.F. dient er bovendien over te waken dat de rechten verbonden aan de aandelen in een vastgoedbevak niet in het gedrang komen. Men kan verwachten dat de rechten van de aandeelhouders van een vastgoedbevak niet in het gedrang zullen komen wanneer de bevak een degelijke organisatie kent en indien doeltreffende interne procedures worden uitgewerkt, die men moet naleven bij het nemen van be-

slissingen, op punt werden gesteld. De memorie van toelichting bij de wet van 4 december 1990 vermeldt ten slotte tweemaal dat het toezicht van de C.B.F. geen garantie inhoudt tegen financiële moeilijkheden van de beleggingsinstelling.⁸²

(b) *Controlemiddelen*

De wet van 4 december 1990 regelt eveneens de middelen die de C.B.F. kan aanwenden bij het uitoefenen van haar controle.

Zo kan de C.B.F. allereerst vereisen dat de commissaris-revisor van de bevak de juistheid van de door de beleggingsinstelling verstrekte mededelingen bevestigt (zie *supra*).

De C.B.F. kan ook inlichtingen vragen of ter plaatse onderzoeken uitvoeren. Deze inlichtingen en/of onderzoeken kunnen betrekking hebben op alle stukken van de vastgoedbevak en de bewaarder omtrent de organisatie, het beheer, de werking en de verrichtingen van de beleggingsinstelling alsmede omtrent de waardering en de rendabiliteit van het vermogen (art. 133 van de wet van 4 december 1990).

Tot slot kan de C.B.F. optreden wanneer zij vaststelt dat de vastgoedbevak niet werkt in overeenstemming met Boek III van de wet van 4 december 1990, het uitvoeringsbesluit van 10 april 1995 of haar statuten of wanneer de rechten van de aandeelhouders van de bevak in het gedrang dreigen te komen. Nadat zij de bevak heeft aangemaand, kan de C.B.F.

- haar standpunt openbaar maken;
- sancties van tijdelijke of schorsende aard nemen, zoals het verzoek, gericht tot de marktoverheid van een effectenbeurs of een gereguleerde markt, om de notering of de verhandeling van de aandelen van de bevak te schorsen of het verzoek, gericht tot de voorzitter van de rechtbank van koophandel, om een voorlopig bestuurder aan te wijzen voor de bevak;
- de bevak schrappen van de lijst bedoeld in art. 120, § 1, van de wet van 4 december 1990.

BESLUIT

Wegens de omvang van de vereiste investering, staat voor de meerderheid van individuele beleggers de mogelijkheid eigenlijk niet open om te beleggen in ander vastgoed, dan dit dat bestemd is voor particulier gebruik. Hetzelfde geldt voor institutionele beleggers, onder meer wegens hun zorg voor diversifiëring van hun beleggingen en professioneel beheer.

Bijgevolg stelt men vast dat beleggers zich meer en meer richten op «geëffectiseerd» onroerend goed.

⁸⁰ Zie ook: VERSTRAETEN, S. en KEPPELNE, J.P., *l.c.*, p. 486 e.v., nrs. 53 e.v.

⁸¹ De bepalingen die de controle van de C.B.F. over de beleggingsinstellingen betreffen, doen een aantal interpretatievragen rijzen. Om tot een sluitend geheel te komen, wordt uitgegaan van een zinvolle samenlezing van bedoelde bepalingen, voornamelijk gesteund op de tekst van de memorie van toelichting bij de wet van 4 december 1990.

⁸² Memorie van toelichting, p. 80 en 86. In die optiek gaat het toezicht van de C.B.F. minder ver dan het prudentieel toezicht van de C.B.F. op kredietinstellingen, dat ertoe strekt de inlagen van de deponenten veilig te stellen. Anderzijds gaat het toezicht op beleggingsinstellingen verder dan de controle op de informatie, zoals georganiseerd in titel II van het K.B. nr. 185 op de bankcontrole en het uitgifteregime voor titels en effecten.

In België kent men twee in de wetgeving uitgewerkte vormen van effectisering van onroerend goed, die beide overigens een interessant fiscaal statuut kunnen genieten.

Ofschoon de uitgifte van vastgoedcertificaten in bepaalde periodes meer succes kent dan in andere, blijkt dat de mogelijkheid om vastgoedbevaks te creëren niet heeft geleid tot het stil vallen van dergelijke uitgiften. Wellicht is de zichtbaarheid van het onderliggend onroerend goed een belangrijk kenmerk van vastgoedcertificaten.

In navolging van de ons omringende landen en de Verenigde Staten heeft de Belgische wetgever in 1995 het sta-

tuut van de vastgoedbevak uitgewerkt. Aldus kunnen beleggers investeren in aandelen van vastgoedbevaks, die liquide zijn en een gediversifieerd en actief beheerd patrimonium vertegenwoordigen. Mogelijk wijst de premie, die de beurskoers van de aandelen van de meeste vastgoedbevaks vertoont ten aanzien van de inventariswaarde van hun patrimonium, op het vertrouwen van de beleggers in het management van deze vennootschappen, evenals in het hele statuut van de vastgoedbevaks.

Veerle DE SCHRYVER

*Adjunct-adviseur Commissie voor het Bank- en Financiewezen
Wetenschappelijk medewerker Instituut voor Financieel Recht U. Gent*

OPBOUW VAN EEN VASTGOED INFORMATIE SYSTEEM IN HET KADER VAN GIS-VLAANDEREN

I. HET SAMENWERKINGSVERBAND GIS-VLAANDEREN

A. Vlaamse regering bouwt aan een beleidsondersteunend GIS-Vlaanderen

De groeiende behoefte van het beleid aan geografische informatie en vooral de technologische evolutie hebben ervoor gezorgd dat Geografische Informatiesystemen (GIS) nu in een stroomversnelling zijn terechtgekomen.

GIS kan een belangrijke meerwaarde inhouden indien de vereiste gegevens in een bruikbare vorm voorhanden zijn. De opbouw en het actueel houden van GIS-databanken zijn echter een gigantisch werk en hiermee gaan belangrijke investeringen gepaard.

Samenwerkingsverbanden zijn daarom van essentieel belang. De Vlaamse regering is zich bewust van het nut van een gecoördineerd GIS voor Vlaanderen als een gemeenschappelijk beleidsondersteunend systeem. Dit is de reden waarom de Vlaamse regering het voortouw heeft genomen en een organisatorisch kader heeft uitgetekend. Bij besluit van 12 juni 1995 besliste de Vlaamse regering over de oprichting van GIS-Vlaanderen. GIS-Vlaanderen wordt gedefinieerd als een samenwerkingsverband voor de uitbouw van een gestructureerd communicatie- en beheersysteem van ruimtelijk gerefereerde gegevens.

Het optimaliseren van het gebruik van geografische informatie is de eerste doelstelling. Om dit te realiseren moet de uitwisselbaarheid en dus het gemeenschappelijk gebruik van digitale geografische gegevens mogelijk worden.

Het invoeren van GIS-technologie is meer dan een zuiver technische ingreep. Bijzondere aandacht dient besteed te worden aan de organisatorische inbedding en de juridische aspecten.

GIS-Vlaanderen moet benaderd worden als een samenwerkingsverband opgebouwd uit organisaties die elk functioneel gedifferentieerd zijn, maar die gebruik maken of kunnen maken van gemeenschappelijke geografische informatie en GIS-technologie.

B. Uitgangspunten

De Vlaamse regering heeft GIS-Vlaanderen gedefinieerd als «een samenwerkingsverband dat op een flexibele manier, via een gefaseerde aanpak, streeft naar een optimaal gebruik van geografische informatie in Vlaanderen». Voorop staat: kostendelend en kostenbesparend werken, een maximale uitwisselbaarheid realiseren van geografische informatie.

De Vlaamse regering heeft zich bij het concipiëren van GIS-Vlaanderen laten adviseren door het Wetenschappelijk Comité GIS-Vlaanderen en heeft volgende aanbevelingen uit het advies goedgekeurd:

- GIS-Vlaanderen moet in ruime context worden bekeken m.b.t. alle geografische informatie in Vlaanderen.
- GIS-Vlaanderen moet flexibel worden uitgebouwd met minder strakke centrale beheersing en een gefaseerde implementatie moet leiden naar een volwassen GIS-Vlaanderen in 2002.
- Bij de uitbouw van GIS-Vlaanderen dienen drie schaalniveaus duidelijk te worden onderscheiden: grootschalig ($> 1/5000$); middenschallig ($1/5000$ tot $1/50\ 000$); kleinschalig ($< 1/50\ 000$).
- Teneinde de digitale uitwisselbaarheid van gegevens te waarborgen is het geraadzaam dezelfde basiskaarten te gebruiken.
- Voor elke stap moet er steeds voor worden gezorgd dat de geschikte organisatie, de nodige mensen (know-how) en middelen in alle deelnemende entiteiten ter beschikking zijn.

C. Conceptueel samenwerkingsmodel

GIS-Vlaanderen moet een instrument worden voor juridische, administratieve en economische besluitvorming, alsook een hulpmiddel voor planning en ontwikkeling bestaande uit enerzijds databanken die ruimtelijk gerefereerde gegevens bevatten voor het Vlaamse Gewest en, anderzijds, procedures en technieken voor het systematisch verzamelen, actualiseren, verwerken en verdelen van ruimtelijk gerefereerde gegevens.

De sleutel tot succes voor een dergelijk geïntegreerd samenwerkingsverband ligt in het conceptueel model dat aangekleefd wordt bij de uitbouw en organisatie ervan: GIS-Vlaanderen wordt gezien als een gedecentraliseerd en modulair systeem dat planmatig uitgebouwd wordt, dat centraal gecoördineerd, geadviseerd en (technisch) ondersteund wordt, en dat beschikt over een gepast informatienetwerk.

D. De structuur van GIS-Vlaanderen

Het samenwerkingsverband GIS-Vlaanderen heeft als belangrijkste doelstelling het gebruik van geografische informatie binnen het Vlaamse Gewest te optimaliseren.

Gelet op de draagwijdte van dit initiatief, het groot aantal betrokken partners, de meerschalligheid, het integrerend karakter en de complexe bestuurlijke relaties eigen aan het GIS-gebeuren, is een wettelijke basis noodzakelijk. De politieke, bestuurlijke en organisatorische bouwstenen zijn de volgende.

1° Vlaams minister bevoegd voor het GIS-Vlaanderen

De Vlaams minister bevoegd voor het GIS-Vlaanderen wordt door de Vlaamse regering belast met de beleidsformulering m.b.t. GIS-Vlaanderen en met de coördinatie van de activiteiten en initiatieven inzake GIS, zoals bepaald in

het door de Vlaamse Regering vastgelegde GIS-plan. Dit is het jaarlijks implementatie- en financieringsprogramma dat invulling geeft aan het strategische meerjarenplan.

2° Partners van GIS-Vlaanderen

GIS-Vlaanderen wordt in de huidige startfase uitgebouwd en is bindend voor het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap en de Vlaamse openbare instellingen die onder de bevoegdheid van de Vlaamse regering vallen.

De uitdaging is groot om op dit beleidsniveau de geografische informatiehuishouding te optimaliseren en te coördineren. Het is evenwel duidelijk dat de GIS-horizont veel ruimer is. De uitbreiding van het samenwerkingsverband met gemeenten, provincies, federale instellingen, Europese instellingen en de privé-sector is voorzien en dient momenteel geregeld te worden bij overeenkomst. De toetreding van deze organisaties tot GIS-Vlaanderen gebeurt op vrijwillige basis. Onlangs zijn samenwerkingsovereenkomsten gesloten met alle Vlaamse provincies. De gemeenten zullen wellicht binnenkort volgen.

3° De stuurgroep GIS-Vlaanderen

De stuurgroep is belast met het beheer van GIS-Vlaanderen en heeft de taak om de ontwikkelingsrichting van GIS-Vlaanderen uit te werken. Het is een permanent overleg- en controleorgaan waarin de belangrijkste partners van het GIS-Vlaanderen vertegenwoordigd zijn.

De stuurgroep heeft als belangrijkste opdracht in te staan voor het opmaken, het bijsturen en het begeleiden van het GIS-plan. Dit plan zal aangeven hoe GIS-Vlaanderen door middel van concrete acties uitgebouwd zal worden. De stuurgroep staat ook in voor de opvolging van de realisatie van het uitvoeringsplan door het Ondersteunend Centrum (OC).

De stuurgroep GIS-Vlaanderen is samengesteld uit vertegenwoordigers van het Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap (zes leden) en de Vlaamse openbare instellingen (vier leden). De voorzitter is een afgevaardigde van de coördinerend minister.

4° Wetenschappelijk Comité GIS-Vlaanderen

Het Wetenschappelijk Comité is belast met het uitbrengen van advies over het GIS-plan, de jaarlijkse uitvoeringsplannen en alle aangelegenheden van wetenschappelijke aard die dienstig kunnen zijn voor de ontwikkeling van GIS in Vlaanderen. Het Wetenschappelijk Comité is samengesteld uit academici van de Vlaamse universiteiten.

5° GI-Raad

De GI-Raad is bedoeld als een hoger, neutraal adviesorgaan over algemene aangelegenheden die te maken hebben met het gebruik en de productie van geografische informatie en de implementatie van deze informatie in GIS-Vlaanderen. De samenstelling weerspiegelt het toekomstig ruimer samenwerkingsverband.

De GI-Raad is samengesteld uit het Wetenschappelijk Comité; drie leden van de stuurgroep; vertegenwoordigers van gemeenten, provincies, Regionale Informatica Centra, het

Nationaal Geografisch Instituut, het kadaster, CARDIB C.V. en koepelverenigingen (FLAGIS V.Z.W., VEV, landmeters).

6° Het Ondersteunend Centrum GIS-Vlaanderen (OC)

Een Ondersteunend Centrum is opgericht als afdeling van de Vlaamse Landmaatschappij. Het OC is belast met de coördinatie, de organisatie en de dienstverlening van GIS-Vlaanderen. De taken van het OC worden jaarlijks vastgesteld in het GIS-plan. Het OC dient ook het secretariaat van de stuurgroep en de GI-Raad te verzorgen.

Het OC fungeert als voortrekker en katalysator voor GIS-Vlaanderen. Het OC dient zowel de ontwikkeling van operationele GIS-toepassingen, als meer organisatorische GIS-vraagstukken te begeleiden en te ondersteunen.

Het OC moet worden gezien als een geheel van apparatuur, programmatuur, procedures, gegevensverzamelingen en deskundigen die ingezet worden als beleidsvoorbereiden, coördinerende en dienstverlenende organisatie.

Het OC heeft de opdracht om volgende taken uit te voeren: algemene ondersteuning van de GIS-gebruikers; verwerven, beheren en distribueren van digitale basisbestanden op verschillende schaalniveaus; afsluiten van samenwerkingsakkoorden voor de opbouw, het beheer en de verwerking van geografische gegevens; ontwikkelen van een metadatabank; verlenen van opleidingsfaciliteiten; totstandbrengen van pilootprojecten; uitbouwen van een informatie- en documentatiecentrum; operationeel maken van een conversieplatform.

E. Geografische informatie-infrastructuur

GIS-Vlaanderen dient een kader te creëren waarbinnen geografische informatie gemeenschappelijk kan worden gebruikt en tijdig, veilig, prijsbewust en gecontroleerd kan worden uitgewisseld.

Om de aanmaak, het beheer, het efficiënt gebruik, de uitwisseling en de communicatie van geografische informatie binnen de overheid in Vlaanderen te bevorderen, is er een geografische informatie-infrastructuur nodig. Het OC heeft de opdracht om deze infrastructuur te helpen realiseren.

Een geografische informatie-infrastructuur is een begrip dat het beleid, de bestuurlijke context, het overleg- en afsprakenkader, de technologie, de gegevensbestanden, de procedures en werkmethoden, de communicatie-faciliteiten, standaarden en de kennis omvat die nodig zijn om te komen tot het gezamenlijk gebruik en de uitwisseling van geografische informatie.

De geografische informatie-infrastructuur komt tot stand door middel van samenwerking en afstemming.

Het is belangrijk dat de beleidsverantwoordelijken bewust worden van het belang van geografische informatie voor politieke besluitvorming, het goed functioneren van de overheid en van de economische draagwijdte ervan. Grotere bewustwording zal op termijn leiden tot een grotere betrokkenheid bij het realiseren van de opdracht van GIS-Vlaanderen.

Samenwerking op het gebied van interbestuurlijke geografische informatievoorziening vindt haar ontstaan in de noodzakelijke uitwisseling van gegevens en de gezamenlijke betrokkenheid met gegevensverwerkende processen. Getuige de vele, ongeordende, afzonderlijke activiteiten en uit-

eenlopende belangen binnen de openbare sector is de gewenste samenwerking ten behoeve van meer afstemming en samenhang in de geografische informatievoorziening lastig voor elkaar te krijgen. Deze problematiek raakt immers aan het spanningsveld tussen samenwerking en autonomie.

Het OC GIS-Vlaanderen heeft de taak om de huidige toestand inzake het gebruik van en de behoeften naar geografische informatie inzichtelijk te maken en te structureren. Op basis van deze inzichten zal kunnen vastgesteld worden welke samenwerkingsvormen kunnen bijdragen tot het realiseren van het efficiënt gebruik van geografische informatie.

Samenwerking vraagt een helder gemeenschappelijk referentiekader. De partners moeten een gezamenlijk richtpunt hebben van hoe GIS-Vlaanderen het best kan functioneren.

Het beschikken over geografische basisbestanden (referentiebestanden) op de drie onderscheiden schaalniveaus is van cruciaal belang om GIS-Vlaanderen efficiënt te laten functioneren. Een meerschallige set van basisbestanden is onontbeerlijk om de opbouw van eigen thematische informatie te ondersteunen en de uitwisseling van afgeleide en toegevoegde informatie vlotter te laten verlopen. Kortom, het aantal en de diversiteit van potentiële uitbatingsmogelijkheden van beschikbare en nog op te bouwen geografische informatie kunnen door het beschikbaar zijn van een uniforme basis gemaximaliseerd worden.

Een onderscheid moet worden gemaakt tussen geografische basisbestanden of referentiebestanden die een rol spelen in een groot aantal toepassingen, en thematische gegevens voor bepaalde taken zoals milieu, verkeer, ruimtelijke ordening....

Het aanbod van geactualiseerde basisbestanden moet continu gegarandeerd zijn. Ze vormen het fundament van het GIS-huis.

Standaardisatie is een belangrijke voorwaarde voor een efficiënte en kostenbesparende geografische informatievoorziening. GIS-Vlaanderen moet standaarden vaststellen maar ook de daadwerkelijke invoering realiseren. Standaarden moeten gemeenschappelijke problemen helpen oplossen. Onder «standaardisatie» wordt verstaan het maken van afspraken over het verzamelen, bewerken, beheren en verstrekken van geografische informatie. Prioriteiten voor de standaardisatie-activiteiten moeten worden vastgelegd op algemeen niveau (alle geledingen van GIS-Vlaanderen, op bepaalde toepassingsgebieden of beleidsvelden (ruimtelijke ordening, milieu,...) en op organisatieniveau.

Afspraken moeten worden gemaakt over metagegevens (gegevens over gegevens), geografische gegevens (datamodellen, relaties, uitwisselingsformaten,...), processen en procedures (verzamelen, verwerken, beheren en distribueren van gegevens,...), GIS-toepassingen en software (protocollen,...).

GIS-Vlaanderen dient het aanbod van geografische informatie af te stemmen op de vraag (behoefte): afspraken en (wettelijke) regelingen induceren rond productie, levering en gebruik van geografische informatie; inperken van de grote verscheidenheid aan ad-hoc afspraken; voorkomen dat registraties van geografische gegevens louter en alleen maar worden totstandgebracht vanuit de informatiebehoefte van de eigen organisatie (afstemmen op de informatiebehoefte van andere partners); instrumenten en communicatiemiddelen introduceren om het overzicht bij de partners ten aan-

zien van de beschikbaarheid van bestanden, procedures, standaarden, enz. te verbeteren.

F. Enkele concrete realisaties

1° Metadatabank

Het OC heeft de metadatabank SPIDI (afkorting van Spatial Information Directory) ontwikkeld. In deze digitale Gouden Gids van geografische informatie worden beschrijvingen van geografische datasets opgeslagen, d.w.z. informatie over de inhoud, de kwaliteit en de toegankelijkheid van ruimtelijke gegevens. Dergelijke beschrijvingen (zie supra) noemt men metadata.

Bedoeling is de metadata te verzamelen van alle beschikbare geografische datasets in Vlaanderen. Dit zal GIS-gebruikers in staat stellen na te gaan of de voor hun toepassing vereiste gegevens al bestaan en of ze geschikt zijn voor hergebruik. De metadatabank moet uitwisseling en hergebruik van (dure) ruimtelijke gegevens in Vlaanderen stimuleren.

Uniek is dat de metadata niet enkel geraadpleegd maar ook ingevoerd kunnen worden via het Web. Raadpleging van de metadatabank is voor iedereen; invoer enkel voor geregistreerde gebruikers (meestal data-producenten).

Uiteindelijk zal de metadatabank de basis vormen van een 'clearinghouse' voor geografische data. De databank zal de ingang vormen naar de consultatie of verwerving van de werkelijke data.

2° Basisbestanden

Het OC heeft in haar twee eerste werkingsjaren (1996-1997) vooral aandacht gehad voor het ter beschikking krijgen van middenschallige basisbestanden voor alle partners van GIS-Vlaanderen.

Zo heeft het OC de analoge topografische kaarten op schaal 1/10 000 van het Nationaal Geografisch Instituut uitgebracht in rasterformaat op CD-ROM. De dubbel-CD omvat alle kaartbladen van het Vlaams en Brussels Hoofdstedelijk Gewest. Deze bestanden worden gratis ter beschikking gesteld van de partners.

Ook een digitale zwart-wit orthofotobedekking (opname 1995) van Vlaanderen en Brussel wordt door het OC verdeeld (27 CD-ROM's). Door de combinatie van de topografische kaart en de orthofoto's krijgt de GIS-gebruiker volledige en actuele topografische referentie-informatie aangeboden.

Het OC heeft tevens het distributierecht verworven van een vectorieel basisbestand van Vlaanderen en Brussel. Dit basisbestand bevat o.m. de assen van wegen en spoorwegen en de administratieve grenzen (fusiegemeenten, deelgemeenten, statistische sectoren).

Belangrijk is dat alle openbare besturen over deze basisbestanden kunnen beschikken. Hiermee zal een grote stap worden gezet naar het bevorderen van de uitwisselingsmogelijkheden van geografische informatie tussen de partners van GIS-Vlaanderen.

Daarnaast worden heel wat inspanningen geleverd om op dit middenschallniveau ook thematische bestanden tot stand te brengen. In 1998 zal o.m. de CD-ROM met de geactualiseerde gewestplannen beschikbaar komen. Verschillende

thema's kunnen nu al door het OC geleverd worden (bodemkaart, waterlopen, MAP-gebieden, vogelrichtlijngebieden,...)

G. Wat onderneemt GIS-Vlaanderen op het gebied van de Vastgoedinformatie?

Uit het bovenstaande blijkt dat GIS-Vlaanderen initiatiefrecht heeft op alle schaalniveaus waar ruimtelijke informatie in omgaat. Op het grootschalig niveau stelt men sinds enige tijd vast dat er heel wat ongecoördineerde lokale initiatieven worden gelanceerd. Vooral gemeentebesturen besluiten op eigen houtje de automatisering van de gegevens over hun grondgebied aan te vatten. Deze situatie leidt zienderogen tot een wildgroei van bestanden en methodes en dit hypothekeert de toekomstige operaties van het samenwerkingsverband. Precies op ditzelfde ogenblik lijkt ook de plan-geörienteerde kartering onder impuls van de nutsbedrijven in ademnood gebracht.

Daarom richt GIS-Vlaanderen zijn aandacht op de problematiek van de grootschalige kartering. Eén van de centrale aspecten hierbij is de opname van de vastgoedinformatie. De volgende, meer technische, benadering verklaart hoe de vastgoedinformatie een essentieel deel vormt van ieder initiatief dat zich met ruimtelijke informatie op grote schaal inlaat.

II. TECHNISCHE ASPECTEN VAN EEN VASTGOED INFORMATIE SYSTEEM

A. Wat is een GIS?

'GIS' is een letterwoord dat staat voor Geografisch Informatie Systeem. De term «geografisch» verwijst naar de aan-

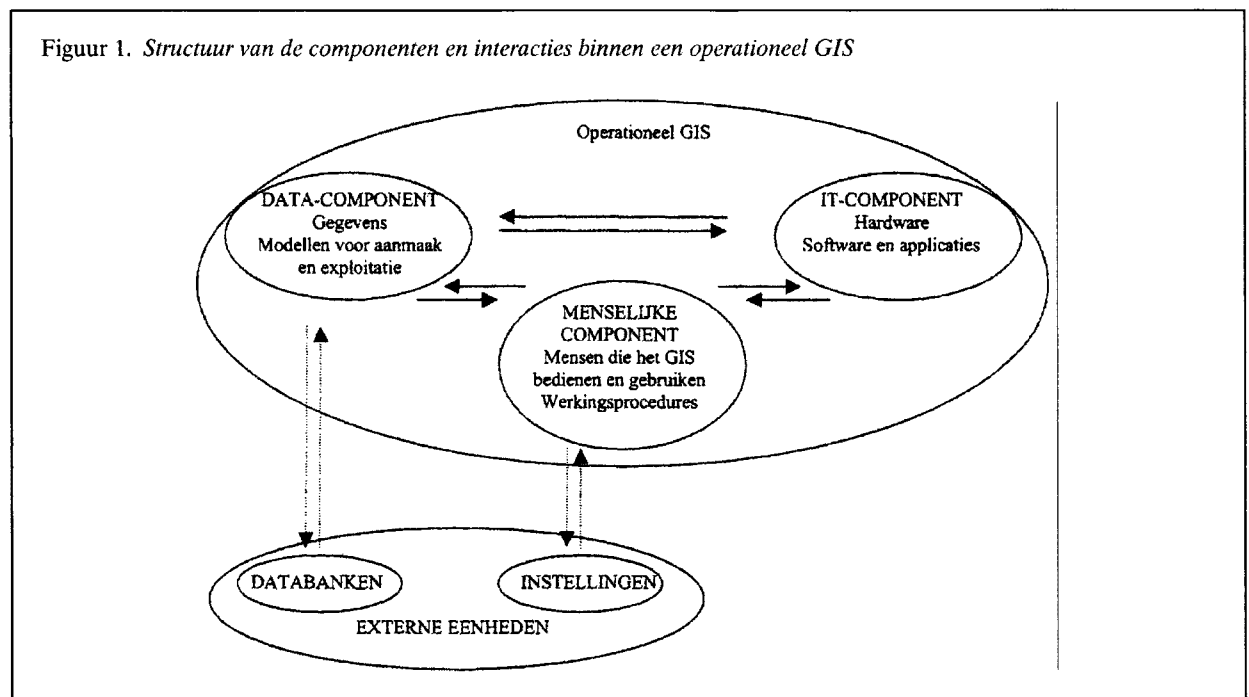
wezigheid van een ruimtelijke dimensie van de gegevens of informatie die in het systeem zijn opgeslagen. In een operationeel digitaal GIS kan men steeds de volgende componenten onderscheiden (Figuur 1):

1. de informatie-component: de opgeslagen gegevens en de modellen die het mogelijk maken deze ruwe gegevens tot specifieke informatie of producten om te vormen;
2. de informatica technologie (IT)-component: het geheel aan hardware (computers, netwerk- en randapparatuur) en software (programma's en specifieke toepassingen);
3. de menselijke component: de personen die de andere componenten beheren of gebruiken en de procedures voor interne en externe interacties.

Om de aspecten van een GIS voor onroerend goed zinvol te beschrijven, moet er voldoende aandacht aan alle componenten worden besteed.

B. De data-component

De gegevens van een GIS worden in een databank opgeslagen. Om de complexe werkelijkheid te transponeren naar een vorm die voor databanken geschikt is, worden de aanwezige terreinelementen (objecten) in meer abstracte definities (entiteiten) gemodelleerd. De kenmerken van de objecten worden als attributen in de bestanden opgeslagen. Een individueel exemplaar omvat de gegevens van een opgenomen entiteit met een waarde voor elk attribuut. Het onderstaande schema stelt de samenhang voor tussen die bovenstaande definities.



WERKELIJK- HEID	OBJECT fenomeen in de werkelijkheid dat onafhankelijk van andere fenomenen bestaat en afzonderlijk is te herkennen	KENMERK beschrijvende eigenschap van een object
MODEL	ENTITEIT abstractie van objecten met gelijkaardige eigenschappen	ATTRIBUUT beschrijvende eigenschap van een entiteit met een domein voor bijbehorende waarden
DATABANK	EXEMPLAAR de voorkomende gegevens van een entiteit met een waarde voor elk attribuut	

De definitie van een entiteit wordt sterk bepaald door de perceptie van een bepaalde gebruikersgroep van het GIS. Iedere gebruiker bekijkt de terreinsituatie vanuit zijn specifieke achtergrond. Zo beschouwt het nutsbedrijf een gebouw als de plaats waar het zijn energie of materiaal moet leveren of als een mogelijke hindernis bij de exploitatie van haar nutsleidingen. Een gemeente is eerder bezorgd om het gebruik en de bestemming van het bouwwerk. Het kadaster interpreteert het gebouw als een bron voor het genereren van inkomsten.

Deze verschillende bekommernissen en behoeften van de gebruikers uiteten zich in een variatie van het model dat de omzetting van terreinobjecten naar databankentiteiten moet mogelijk maken. In de praktijk streeft men er naar om het terreinmodel, de zgn. nominale grondslag, zo op te stellen dat het de goedkeuring van zoveel mogelijk gebruikers mee-

draagt. Uitwisseling van gegevens en dus een kostendelende aanmaak worden dan mogelijk.

Of een aanwezig terreinobject effectief uitgroeit tot een exemplaar in de databank hangt af van de gegevensspecificatie. Zo kan een grootte-criterium de opname van een elektriciteitskabine als gebouw uitsluiten. Tabel 1 beschrijft een uitgewerkt voorbeeld van een dergelijke specificatie voor een gebouw.

Bij vastgoed denkt men niet enkel aan het patrimonium van nutsbedrijven en lokale besturen, want de term is nauw verbonden met het begrip «kadaster». In de Belgische context heeft dit kadaster drie betekenissen: de kadastrale documentatie, de administratie belast met het beheer van deze documentatie en de instelling, het systeem dat de omstandige inventaris van grondeigendommen beheert en bijhoudt. In deze laatste hoedanigheid individualiseert het kadaster de onroerende goederen op tweeërlei wijze. Het kadastraal plan toont de perceelsgrenzen en gebouwen, terwijl de kadastrale legger de eigendommen met hun beschrijving registreert ten behoeve van de fiscale doeleinden, waarbij een onderscheid wordt gemaakt tussen de grond, de bebouwing en de uitrusting (outillage).

Vanuit de verschillende gebruikersgroepen kan nu een nominale grondslag voor een vastgoedinformatiesysteem worden opgesteld dat o.a. de volgende entiteiten bevat: gebouw, kunstwerk, terrein, perceel, leiding en weg.

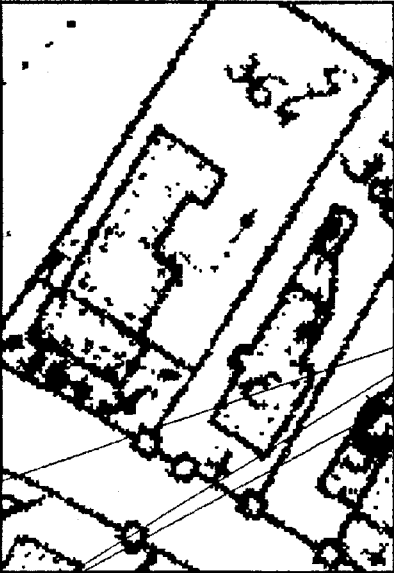
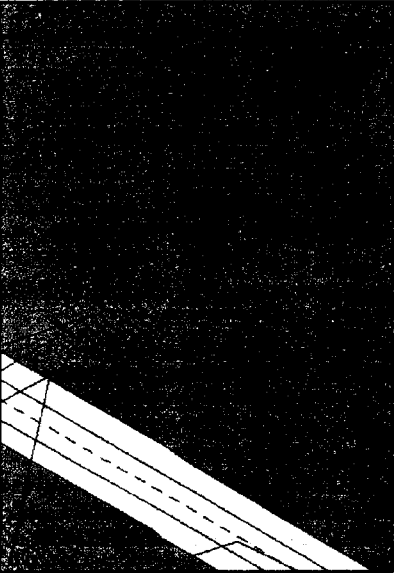
Tabel 2 bevat de definities van enkele entiteiten. Figuur 2 laat zien hoe het terrein in het model vorm krijgt.

Figuur 2 maakt eveneens duidelijk dat men voor ieder exemplaar in de databank twee soorten van attributen kan onderscheiden: er is de geometrische component van de entiteit (de ligging en de vorm, voorgesteld op de kaart) en er zijn de identificerende en beschrijvende attributen (opge-

Tabel 1. *Illustratief voorbeeld van de gegevensspecificatie voor een gebouw*

objectdefinitie	vrijstaande, overdekte en geheel of gedeeltelijk met wanden omsloten ruimte in duurzame materialen, die voor mensen toegankelijk is en direct of indirect met de grond verbonden
structuur van een exemplaar	entiteit: GEBOUW (+ identifier) attributen: TYPE (bv. hoofdgebouw) MATERIAAL (bv. baksteen) GEOMETRIE (bv. vlak)
opnamecriteria	alle gebouwen groter dan 10 m ² worden opgenomen in de nominale grondslag
toegankelijkheid van de informatie	de toestemming om gegevens te mogen benaderen, dan wel te gebruiken (bv. militaire constructies)
geometrische representatie	een gebouw wordt afgebeeld als een vlak, gevormd door de snijlijnen van de gevels met het maaiveld
voorwaarden	een entiteit 'gebouw' moet uniek worden geïdentificeerd
kwaliteit	kwaliteitsaspecten hebben betrekking op de - ruimtelijke accuraatheid: de absolute en relatieve nauwkeurigheid van de ligging; - logische accuraatheid: voldoen alle opgenomen exemplaren aan de specificaties?; - temporele accuraatheid: de databank wordt jaarlijks bijgehouden; - volledigheid: alle gebouwen die aan de voorwaarden voldoen dienen te worden opgenomen; - bedekking: het volledige grondgebied wordt gekarteerd
referentiesysteem en resolutie	- de ruimtelijke gegevens worden opgemeten in Belgische Lambertcoördinaten, afgerond op centimeters
actualiteit	de actualiteitsdatum is het tijdstip waarop voor het laatst is geconstateerd dat de gegevens juist zijn
bijhoudingsbeleid	deze verzameling van exemplaren wordt jaarlijkse geactualiseerd

Figuur 2. Voorbeeld hoe een reële terreinsituatie in de databank wordt opgenomen. Een orthofoto, een geometrisch gecorrigeerde luchtopname en het kadastraal plan vormen ieder een mogelijke bron voor de inventarisatie van de entiteiten-exemplaren van het GIS-bestand. De gegevens voorgesteld op de drie informatiefiches zijn volledig fictief.

orthofoto	kadastraal plan	GIS -bestand
		
ENTITEIT: gebouw <i>Identificator:</i> 2304500111 <i>Type :</i> hoofdgebouw <i>Adres :</i> Sluikberg 8, 1234 Londerzeel <i>Eigenaar :</i> 6202021716 <i>Aard:</i> woonhuis <i>Oppervlakte :</i> 240 m² <i>Materiaal:</i> baksteen <i>Kad. Perceel:</i> 23045B0364f, 23045B0364g	ENTITEIT: perceel <i>Identificator:</i> 2304500234 <i>Aard:</i> woonhuis <i>Kad. Perceel.</i> 23045B0364f <i>Eigenaar:</i> 6202021716 <i>Oppervlakte:</i> 2 a, 21 ca	ENTITEIT: weg <i>Identificator:</i> 230450024 <i>Aard:</i> verbindingsweg <i>Wegnummer:</i> G30345 <i>Naam:</i> Sluikberg <i>Beheerder:</i> gemeente <i>Bestrating:</i> bitumen

Tabel 2: Niet-limitatieve lijst van entiteiten van een vastgoedinformatiesysteem (vrij naar NEN 3610).

entiteit	definitie
gebouw	vrijstaande, overdekte en geheel of gedeeltelijk met wanden omsloten ruimte in duurzame materialen, die voor mensen toegankelijk is en direct of indirect met de grond verbonden
kadastrale indeling	door kadastrale grenzen omgeven gebied, geïdentificeerd op basis van het kadastraal nummer
kunstwerk	civieltechnisch werk ten behoeve van infrastructuur van wegen, water, spoorbanen, waterkeringen en/of leidingen of monumenten en niet bedoeld voor permanent menselijk verblijf
terrein	zichtbaar begremsd stuk grond, niet zijnde een al benoemd opdelend ruimtelijk object
leiding	buis of kabel bestemd voor de voortgeleiding van materie of energie
geul	ruimtebeslag dat door een gemeenschappelijk tracé van één of meer leidingen wordt gevormd
weg	gebaand gedeelte ten behoeve van het wegverkeer te land
spoorbaan	gebaand gedeelte ten behoeve van het verkeer over rails
water	grondoppervlak in principe bedekt met water

nomen in de fiches). Deze laatste worden, samen met de toegelaten domeinen, opgeslagen in tabellen en verbanden van de meer algemene verspreide «relationele databeheersystemen» (Eng.: Relational Database Management System, RDBMS). De structuur van de GIS-databank beantwoordt aan dezelfde regels van databeheer als een RDBMS, zoals vermijden van redundantie, normalisatie, gebruik van toegangsprivileges enzovoort.

Precies omdat de attributen van de in het GIS-opgeslagen entiteiten volledig compatibel zijn met de traditionele informatiesystemen, is het mogelijk hen te koppelen aan externe inventarissen en informatiestelsels via het gebruik van gemeenschappelijke sleutels en codes. Omgekeerd vereist de noodzaak tot koppeling en integratie dat de bouw van een multifunctioneel GIS van bij de conceptiefase rekening houdt met de vele bestaande procedures en informatiestromen waarin ruimtelijke en andere informatie omgaat.

Het mag duidelijk zijn dat de inwinning van de GIS-gegevens op een dergelijke grote schaal een zeer dure aangelegenheid vormt en er wordt daarom gestreefd naar de participatie van zoveel mogelijk sectoren, met als doel een kostendelende aanmaak en bijhouding van de bestanden. De multifunctionele doelstelling vindt uitdrukking in de gegevensspecificaties.

C. De Informatica Technologie

Door de recente vooruitgang in rekencapaciteit en de spectaculaire kostendalingen van computers en hun randapparatuur liggen de IT-aandachtspunten bij de opbouw van een GIS tegenwoordig veel meer op de software en gebruikers-toepassingen.

Een standaard GIS-pakket vervult een vijftal functies: 1. het maakt de inwinning van gegevens mogelijk via digitalisatie- of conversieprocedures; 2. het biedt een beheersysteem voor de opgeslagen informatie; 3. het maakt het mogelijk de gegevens te bevragen en de resultaten voor te stellen in de vorm van rapporten of kaarten; 4. het ondersteunt analyses, meer specifiek ruimtelijke en topologische analyses van de gegevens (omgevingsanalyse, maskering, combinatie van entiteiten) en deze functionaliteiten maken het mogelijk de interacties tussen de verschillende entiteiten of exemplaren van eenzelfde entiteit te modelleren; 5. het verzorgt de koppeling naar gegevens in externe databanken.

Voor de opslag en verwerking van attribuutgegevens zal een GIS-software vaak een beroep doen op de hierboven vermelde RDBMS-technologie.

De kracht van de ruimtelijke analyses is de belangrijkste troef van de GIS-software. De vraag «Welke personen leven binnen een zone van 500 meter rond bedrijfsgebouwen met een bedrijfsvloer groter dan 500 m² en waarin een chemische activiteit gevoerd wordt, onderworpen aan de Seveso-richtlijn?» is moeilijk te beantwoorden indien men niet over de ligginginformatie van de betrokken elementen beschikt. Het GIS-programma verzorgt dit ruimtelijk verband.

Een belangrijke eigenschap van de GIS-software is het vermogen gebruikersvriendelijke eindtoepassingen op te stellen. Immers, net zoals de werkelijkheid een complex gegeven is, blijken de gegevensstructuur van de opgeslagen elementen en de verbanden naar externe gegevens niet eenvoudig te zijn. Een goede gebruikerstoepassing moet een niet GIS-gespecialiseerde eindgebruiker in staat stellen het GIS

een duidelijk omschreven probleem voor te leggen, wat het GIS met eenduidige en bruikbare informatie beantwoordt. Dit is de kern van de automatisering die met GIS mogelijk wordt.

D. De menselijke en organisatorische component

Uit het bovenstaande blijkt dat de GIS-software vooral een instrument is om de gegevens op te slaan en manipuleren. De mensen die onmiddellijk met het GIS in aanraking komen, maken gebruik van specifieke toepassingen die hen moeten in staat stellen de gevraagde informatie efficiënt op te vragen, bijvoorbeeld een uittreksel van een kadastraal plan.

Zoals bij ieder ander instrument, heeft ook het GIS behoefte aan een onderhoudsploeg die het systeem operationeel houdt en die de consistentie en beschikbaarheid van de opgeslagen gegevens waarborgt. Net zoals de programmeurs die de gebruikersapplicaties ontwikkelen, betreft het hier specialisten.

Bijzondere aandacht moet evenwel gaan naar de organisatie van het eindgebruik en de coördinatie van de personen en instellingen die direct of indirect bij het GIS betrokken zijn. Hun bijdrage blijft immers niet beperkt tot het opstellen van de gegevensspecificatie of de medefinanciering. Door de frequente veranderingen op het terrein is het noodzakelijk dat inspanningen met betrekking tot de bijhouding van de gegevens op een kostenefficiënte manier worden georganiseerd. Eén aspect hiervan is dat een bevoegde partij waargenomen wijzigingen registreert en deze mutaties aan het GIS kenbaar maakt. Na verwerking van de mutaties komt de geactualiseerde databank voor iedere gebruiker beschikbaar.

Dit menselijke en organisatorische facet van het GIS is een van de belangrijkste criteria voor de succesvolle implementatie ervan.

E. Een duale implementatie-strategie voor vastgoedinformatie

Uit de beschrijvingen van de drie hoofdcomponenten van een GIS blijkt duidelijk dat de implementatie meer is dan het scheppen van een operationeel technisch kader. De aankoop van specifieke hardware en software is op zich een onvoldoende oplossing. De gegevensinwinning en bijhouding evenals de ontwikkeling van geschikte samenwerkingsverbanden en operationele procedures zijn essentieel. Deze groeiprocessen vergen tijd en vereisen een gefaseerde aanpak.

Om die redenen voert het samenwerkingsverband GIS-Vlaanderen een tweesporenbeleid: een korte termijn initiatief moet de hoogste noden onmiddellijk lenigen; op langere termijn wil men overgaan tot de opbouw van een Vlaams Vastgoed Informatiesysteem met multifunctioneel karakter.

De kortetermijnstrategie houdt ter beschikking stellen in van gedigitaliseerde (gescande) en gegeoreferende kadastrale plans, voorzien van een ruimtelijk ankerpunt waarop de kadastrale referentie wordt aangeduid. Via het ankerpunt wordt de koppeling naar externe gegevens, zoals de kadastrale legger, mogelijk. Deze aanpak combineert zo een middenschakelende ruimtelijke nauwkeurigheid van het kada-

straat plan met het grootschalig karakter van de opgenomen informatie. Door dit compromis wordt de aanmaak van een gebiedsdekkend kadastraal bestand op twee à drie jaar mogelijk en kunnen de eerste digitale toepassingen ontwikkeld worden, bijvoorbeeld de inventaris van leegstaande gebouwen voor het Vlaams Gewest.

Voor de langere termijn wordt gezocht naar een oplossing die de enkelvoudige opslag van een ruimtelijk gegeven mogelijk maakt en waarbij alle potentiële gebruikers zich kunnen aansluiten. De grote uitdaging zit hem initieel in de ontwikkeling van de nominale grondslag (het terreinmodel) en de specificatie die de gegevensinwinning moeten sturen. Er wordt gezocht naar een compromis tussen de functionele behoeften van de gebruikers en de kostprijs voor de aanmaak van het bestand. Gaandeweg zal er steeds meer zorg geïnvesteerd worden in de organisatie van de bijhoudingsprocessen die de bestanden actueel moeten houden.

De langetermijnstrategie komt er in feite op neer dat er een grootschalig referentiebestand voor Vlaanderen opgebouwd wordt, dat de noodzakelijke entiteiten bevat waarop iedere gebruiker zijn of haar specifieke informatie (thema's) kan enten. Zo kan het nutsbedrijf zijn leidingen in de eigen databanken inbrengen met een maataanduiding naar de gevels van het referentiebestand of kan een gemeente vergunningen aan bedrijfsgebouwen koppelen of haar wegmeubilair 'op de kaart' plaatsen.

F. De implicaties van de invoering van een vastgoed informatiesysteem

Een Vastgoed Informatiesysteem biedt een aantal belangrijke technische voordelen:

1. de opgeslagen gegevens moeten maar één enkele keer worden ingegeven, bijvoorbeeld door terreinopmeting, en zijn na verwerking van de mutatie beschikbaar voor alle gebruikers;
2. het gebruik van een gemeenschappelijke referentie vereenvoudigt de communicatie tussen de verschillende actoren en bevordert de onderlinge uitwisseling van specifieke gegevens. Een gecoördineerde planning van bijvoorbeeld wegwerkzaamheden komt dan binnen bereik;
3. de digitale technologie maakt het mogelijk routinematige processen te automatiseren, zoals het opmaken van uittreksels of het berekenen van statistieken.

De informatiestromen worden aldus geoptimaliseerd zodat het mogelijk wordt de meest recente informatie vlotter en goedkoper bij de eindgebruikers te brengen.

Het gebruik van de opgeslagen informatie heeft evenwel belangrijke gevolgen voor de regelgeving en procedures die de traditionele informatiestromen in goede banen leiden. In

zoverre het louter technische werkregels of specifieke informatie betreft, zijn de aanpassingen vaak vlug geïmplementeerd: een nutsbedrijf kan de wijzigingen in de specificaties voor zijn registratieopdrachten op eigen initiatief doorvoeren.

Moeilijker is het gesteld met de informatie waarop een wettelijke of bilaterale regelgeving van toepassing is. Hier moeten de regels nauwgezet worden onderzocht en aangepast met het oog op de continuïteit van de dienstverleningen en de verwijzing naar het historisch archief.

Het aantal problemen dat rijst wanneer men de onnauwkeurige percelen van de kadastrale plans opwaardeert naar entiteiten binnen een grootschalig referentiebestand, «een technisch kadaster», is niet gering. Wie heeft de eindbevoegdheid over de begrenzing van de percelen? Hoe wordt de koppeling van opgenomen gebouwen en het land met de artikelen in de legger verzekerd? Welke informatie zal bij geschillen in overweging worden genomen? Wat is de juridische waarde van een opgenomen rooilijn? Welke partner van het samenwerkingsverband is aansprakelijk voor de gevolgen van foutieve informatie? Het zijn enkele van de vele vragen die in dit bijzonder geval kunnen gesteld worden.

Meer algemeen rijst de vraag hoe de huidige vastgoedinformatie, gebaseerd op eigendomsactes en plans met ernstige visuele tekortkomingen, kan worden geïntegreerd in een technisch verbeterde vastgoedinventaris met nauwkeurige, zichtbare en op het terrein gematerialiseerde begrenzingen. Welke zijn de implicaties van deze overgang voor de processen van eigendomsregistratie?

Het is duidelijk dat op dit terrein nog bijzonder veel werk moet worden verricht om de juridische toestand van de digitale ruimtelijke gegevens te specificeren.

BESLUIT

Het samenwerkingsverband GIS-Vlaanderen neemt op dit ogenblik belangrijke initiatieven op het gebied van de grootschalige ruimtelijke informatie. Op deze schaal komt men onmiddellijk in aanraking met de vastgoedinformatie en is een kostendelende samenwerking met alle betrokken partijen noodzakelijk geworden. Het grootschalig initiatief volgt een tweesporenbeleid met een pragmatische korte termijn strategie en de aanmaak van een Grootschalig Referentie Bestand als oplossing ten gronde op lange termijn. GIS-Vlaanderen handelt in overleg met zijn partners maar staat hierbij eveneens open voor bijdragen van iedere geïnteresseerde uit de vastgoedsector.

*Joris SANDERS
ir. Wim DEVOS*

Ondersteunend Centrum GIS-Vlaanderen

DE BUITENCONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID VAN DE EIGENAAR OF EXPLOITANT VAN EEN ONROEREND GOED EN DE VERZEKERING VAN DIE AANSPRAKELIJKHEID

I. INLEIDING

1. In dit preadvies wordt onderzocht op basis van welke algemene (artt. 1382 e.v. B.W.) en in specifieke rechtsregelen opgenomen buitencontractuele aansprakelijkheidsgronden de eigenaar of exploitant van een onroerend goed door een benadeelde tot schadeloosstelling kan worden aangesproken. Ook de verzekering van die aansprakelijkheid wordt kort behandeld.

In een eerste gedeelte wordt de toepassing van de buitencontractuele foutaansprakelijkheid geschetst ten aanzien van de eigenaar of de exploitant van een onroerend goed.

In het tweede gedeelte wordt een overzicht gegeven van de verschillende objectieve aansprakelijkheidsregelingen die tegen de eigenaar of de exploitant van een onroerend goed kunnen worden ingeroepen. Sommige van deze regelingen vinden hun grondslag in het gemene aansprakelijkheidsrecht en hebben dan ook een ruim toepassingsgebied. De meeste van die objectieve aansprakelijkheidsregelingen vloeien evenwel voort uit specifieke wettelijke bepalingen, die vaak in het domein van het milieurecht terug te vinden zijn. In zoverre het om gewestelijke regelgeving gaat, wordt de stof beperkt tot de rechtsregelen die van toepassing zijn op het grondgebied van het Vlaamse Gewest.

2. Vooraf is het nuttig om twee begrippen die centraal staan in dit preadvies, namelijk «onroerend goed» en «exploitant», even te verduidelijken.

Met «onroerende goederen» worden in dit preadvies de zaken bedoeld die onroerend zijn door hun aard, d.w.z. «de grond en al wat met de grond rechtstreeks of onrechtstreeks, natuurlijk of kunstmatig verenigd is». ¹ Kenmerkend voor onroerende zaken uit hun aard is dat ze een vaste standplaats hebben, dat ze in normale toestand niet voor verplaatsing vatbaar zijn. ² De belangrijkste categorieën van onroerende zaken uit hun aard zijn de grond, zowel de bovengrond als de ondergrond met zijn minerale rijkdom, ³ de met de grond verenigde werken en gebouwen, de in de grond vastzittende beplantingen (gewassen, bomen en beplantingen) en de nog niet ontgonnen delfstoffen. ⁴ De categorie «werken en gebouwen» moet ruim worden opgevat. Het gaat

niet alleen om woningen, appartementen, openbare gebouwen, kantoren, fabrieken, opslagplaatsen, maar ook om bouwwerken die in de grond zijn gebouwd, aan de grond zijn bevestigd, erin vastzitten of er een steun vinden ten behoeve van de stabiliteit (zie art. 44, § 1, 1, tweede lid, Stedenbouwwet), zoals dijken, bruggen, spoorwegen, tunnels, elektrische palen, kelders, benzinepompen, afsluitingsmuren. Tot deze categorie behoort ten slotte ook de uitrusting van gebouwen en bouwwerken (zie art. 523 B.W.), zoals dakgoten, deuren, rolluiken, trappen. ⁵

Er bestaat geen algemeen geldende juridische definitie van het begrip «exploitant». Gelet op het feit dat vele van de in dit preadvies te behandelen objectieve aansprakelijkheidsregelingen behoren tot het domein van het milieurecht, is het verantwoord om het begrip «exploitant» hierna te gebruiken in de betekenis die aan dit begrip wordt gegeven in art. 2, 3°, van het decreet van de Vlaamse Raad van 28 juni 1985 betreffende de milieuvergunning, ⁶ namelijk «elke natuurlijke of rechtspersoon die een inrichting exploiteert of voor wiens rekening een inrichting wordt geëxploiteerd». In art. 2, 2°, van hetzelfde decreet wordt «exploiteren» omschreven als het «in werking stellen of houden, gebruiken, installeren of in stand houden van een inrichting, daaronder begrepen het lozen van afvalwater». Onder «inrichting» worden in art. 2, 1°, van hetzelfde decreet verstaan, voor zover hier van belang, «fabrieken, werkplaatsen, opslagplaatsen, machines, installaties (...)». Op basis van deze begripsomschrijvingen kan men concluderen dat in dit preadvies met «exploitanten van onroerende goederen» hoofdzakelijk worden bedoeld de aannemers van bouwwerken in de ruime zin van het woord en de houders van zakelijke en persoonlijke gebruiksrechten op onroerende goederen, zoals vruchtgebruikers, erfpachters, opstalhouders, concessiehouders, huurders, pachters en bruikleners.

zij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen of werken».

⁵ VAN NESTE, F., o.c., p. 73-74, nr. 41. Aan te stippen valt dat voor sommige goederen van laatstgenoemde categorie, zoals radiatoren van centrale verwarming, buizen van waterleiding, elektriciteitsnetwerk, in de rechtspraak en de doctrine wel betwisting bestaat of ze onroerend door hun aard zijn (zie daarover o.m. VAN NESTE, F., o.c., p. 87-90, nr. 44).

⁶ B.S., 17 september 1985. Aan te stippen valt dat de in dit decreet gegeven omschrijvingen van «exploitant», «exploiteren» en «inrichting» in dezelfde bewoordingen zijn terug te vinden in art. 1, respectievelijk 6°, 5° en 4°, van het Besluit van de Vlaamse regering van 6 februari 1991 «houdende vaststelling van het Vlaams reglement betreffende de milieuvergunning» (B.S., 26 juni 1991) (hierina verkort te citeren als VLAREM I).

¹ VAN NESTE, F., *Zakenrecht*, Boek I, *Goederen, bezit en eigendom*, in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, V. Brussel, Story-Scientia, 1990, p. 70, nr. 38, A.

² VAN NESTE, F., o.c., p. 72, nr. 38, D.

³ VAN NESTE, F., o.c., p. 72, nr. 40.

⁴ VAN NESTE, F., o.c., p. 72, nr. 39. Zie in die zin ook art. 3:3 Nieuw Nederlands B.W.: «Onroerend zijn de grond, de nog niet gewonnen delfstoffen, de met de grond verenigde beplantingen, alsmede de gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verenigd, het-

II. DE TOEPASSING VAN DE BUITENCONTRACTUELE FOUTAANSPRAKELIJKHEID TEN AANZIEN VAN DE EIGENAAR OF DE EXPLOITANT VAN EEN ONROEREND GOED

A. Algemeen

3. De toepassing van de regelen van de buitencontractuele foutaansprakelijkheid ten aanzien van de eigenaar of de exploitant van een onroerend goed, levert geen specifieke juridische problemen op. Het zijn derhalve de gemeenrechtelijke regelen van de artt. 1382-1383 B.W., zoals die door de rechtspraak en de rechtsleer zijn uitgewerkt, die deze materie beheersen. Hierna wordt dan ook vooral ingegaan op die onderdelen van de gemeenrechtelijke buitencontractuele foutaansprakelijkheid die in de rechtspraak vooral aan bod (kunnen) komen bij aansprakelijkheidsvorderingen die worden ingesteld tegen eigenaars en exploitanten van onroerende goederen.

B. De fout

4. Meestal wordt aangenomen dat het buitencontractuele foutbegrip twee elementen omvat, namelijk een objectief element, het onrechtmatigheidsvereiste, en een subjectief element, het toerekenbaarheidsvereiste.⁷ Omdat dit laatste element, dat verwijst naar het onderscheidingsvermogen van de dader, nauwelijks een rol speelt bij de aansprakelijkheid van eigenaars en exploitanten van onroerende goederen, blijft het hier buiten beschouwing.

Voor de toepassing van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht wordt een gedraging als onrechtmatig beschouwd indien ze een inbreuk pleegt op een juridische gedragsnorm, op de niet-naleving waarvan sancties zijn gesteld.⁸ Die norm kan in de eerste plaats een wettelijke of reglementaire norm zijn die een bepaald gebod of verbod oplegt, in welk geval de overtreding van zo'n norm op zichzelf een fout vormt, in zoverre aan het toerekenbaarheidsvereiste is voldaan en behoudens wanneer de overtreder van die norm zich op een rechtvaardigingsgrond kan beroepen.⁹ In

de tweede plaats is het mogelijk dat die norm geen bepaald gebod of verbod oplegt, in welk geval de overtreder van die norm foutief handelt als hij de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid niet in acht neemt, d.w.z. als hij zich niet gedraagt op de wijze waarop een normaal zorgvuldig en omzichtig persoon, de zgn. «goede huisvader», behorende tot dezelfde (professionele, sectorale, industriële ...) categorie, zich in de voorliggende situatie zou gedragen hebben, rekening houdende met de concrete omstandigheden van o.m. plaats en tijd waarin de schadeverwekkende gedraging of gebeurtenis zich heeft voorgedaan.¹⁰

5. De jongste jaren is het aantal *wettelijke en reglementaire normen* die aan eigenaars en exploitanten van onroerende goederen een *bepaald gebod of verbod* opleggen, enorm toegenomen, waardoor deze personen een groter risico lopen om een civielrechtelijke fout te begaan.¹¹

Deze normen treft men vooral aan in het domein van het milieurecht. Zo bepaalt art. 12 van het decreet van de Vlaamse Raad van 2 juli 1981 «betreffende de voorkoming en het beheer van afvalstoffen»,¹² als gewijzigd door het decreet van 20 april 1994,¹³ dat het verboden is «afvalstoffen achter te laten of te verwijderen in strijd met de voorschriften van dit decreet of de uitvoeringsbesluiten ervan». Een ander voorbeeld is art. 2 van de wet van 26 maart 1971 «op de bescherming van oppervlaktewateren tegen verontreiniging»,¹⁴ als nadien gewijzigd, dat het verbod inhoudt voorwerpen of stoffen in de oppervlakte- en de kustwateren of in de openbare riolen te werpen of te deponeren, verontreinigde of verontreinigende vloeistoffen erin te lozen of er gasen in te brengen, behalve de lozing van afvalwater waarvoor een vergunning is verleend en behalve voor het lozen van huishoudelijk afvalwater.

⁷ DALCO, R.O., *Traité de la responsabilité civile*, I, *Les causes de la responsabilité*, in *Les Nouvelles, Droit Civil*, V-1, Brussel, Larcier, 1967, p. 728-729, nrs. 2300-2301; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., «Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1964-1978)», *T.P.R.*, 1980, (1139), p. 1170-1171, nr. 23; CORNELIS, L., *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, I, *De onrechtmatige daad*, Antwerpen, Maklu Uitgevers, en Brussel, Ced. Samsom, 1989, p. 21, nr. 13 en p. 41-44, nrs. 25-28, volgens wie het foutbegrip nog een derde element bevat, namelijk dat van de voorspelbaarheid van de schade.

⁸ DABIN, J. en LAGASSE, A., «Examen de jurisprudence (1939 à 1948). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle», *R.C.J.B.*, 1949, (50), p. 57, nr. 15; FAGNART, J.L., *Examen de la jurisprudence concernant la responsabilité civile (1968-1975)*, Brussel, Larcier, 1976, p. 37, nr. 33; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., *o.c.*, *T.P.R.*, 1980, p. 1147, nr. 3.

⁹ DABIN, J. en LAGASSE, A., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1949, p. 58-59, nrs. 16-17; DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 1964, p. 937, nr. 941; DALCO, R.O., *o.c.*, I, p. 178, nr. 301; FAGNART, J.L., *o.c.*, p. 37, nr. 34; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKEN-

BORNE, M. en HAMELINK, P., *o.c.*, *T.P.R.*, 1980, p. 1148-1149, nrs. 4-5; VELU, J., conclusie voor Cass., 13 mei 1982, *J.T.*, 1982, (772), p. 781, nr. 19; DALCO, R.O., «Unité ou dualité des notions de faute et illégalité» (noot onder Cass., 19 december 1980 en Cass., 13 mei 1982), *R.C.J.B.*, 1984, (19), 22 en 27-31; Cass., 31 januari 1944, *Arr. Verbr.*, 1944, 84; *Pas.*, 1944, I, 178; Cass., 27 juni 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 1292; *Pas.*, 1979, I, 1249; Cass., 22 september 1988, *Arr. Cass.*, 1988-89, 94; *Pas.*, 1989, I, 83; *J.T.*, 1989, 110; *R.W.*, 1989-90, 433, met noot; *R.C.J.B.*, 1990, 203, met noot DALCO, R.O.

¹⁰ DABIN, J. en LAGASSE, A., *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1949, p. 57, nr. 15; DE PAGE, H., *o.c.*, p. 937-940, nr. 941; DALCO, R.O., *o.c.*, I, p. 180, nrs. 307-308; FAGNART, J.L., *o.c.*, p. 38, nr. 35; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., *o.c.*, *T.P.R.*, 1980, p. 1155-1156, nr. 9; DUMON, F., conclusie voor Cass., 19 december 1980, *Arr. Cass.*, 1980-81, (450), 453, en *R.W.*, 1981-82, (1061), 1065; VELU, J., *o.c.*, *J.T.*, 1982, p. 780, nr. 19; CORNELIS, L., *Beginselen ...*, p. 34-37, nr. 21; Cass., 15 december 1958, *Arr. Verbr.*, 1959, 328; *Pas.*, 1959, I, 385; *R.G.A.R.*, 1960, nr. 6483, met noot DALCO, R.O.; Cass., 30 mei 1969, *Arr. Cass.*, 1969, 943; *Pas.*, 1969, I, 879; Cass., 30 april 1976, *Arr. Cass.*, 1969, 980; *Pas.*, 1969, I, 944; *R.W.*, 1976-77, 1709; Cass., 21 maart 1986, *Arr. Cass.*, 1985-86, 1004; *Pas.*, 1986, I, 911.

¹¹ BOCKEN, H., *Het aansprakelijkheidsrecht als sanctie tegen de verstoring van het leefmilieu*, Brussel, Bruylant, 1979, p. 38-39, nr. 23; BOCKEN, H., «Aansprakelijkheid voor milieuschade», *R.W.*, 1987-88, (1269), p. 1273, nr. 10.

¹² *B.S.*, 25 juli 1981.

¹³ *B.S.*, 29 april 1994.

¹⁴ *B.S.*, 1 mei 1971.

Een ander voorbeeld van een wettelijke norm die in de hier behandelde materie een bepaald verbod oplegt, is art. 563, 3° Sw., dat strafbaar stelt degenen «die opzettelijk, doch zonder oogmerk om te beledigen, enig voorwerp op iemand werpen dat hem kan hinderen of bevuilen», en dat door het Hof van Cassatie toepasselijk werd verklaard op «het opzettelijk verspreiden van rook over het erf van een gebuur waardoor deze aangetast wordt». ¹⁵

Een laatste voorbeeld van een wettelijke norm die in de hier besproken materie een bepaald gebod oplegt, is het (toentertijd geldende) art. 465, 1°, A.R.A.B., dat de aannemer van een ruwbouw ertoe verplicht (te) elke door hem in de vloer van het gebouw aangebrachte opening behoorlijk te bedekken of te voorzien van een of meer passende leuningen. Geoordeeld werd dat een aannemer deze verplichting miskent en een fout begaat, wanneer hij een kelderopening in de vloer van een in aanbouw zijnd gebouw niet behoorlijk bedekt. ¹⁶

6. Zoals hierboven reeds vermeld, handelt men niet alleen foutief door de overtreding van een wettelijke of een reglementaire norm die een bepaald gebod of verbod oplegt, maar ook door het niet in acht nemen van de *algemene zorgvuldigheidsnorm*, wat moet worden getoetst aan de hand van het criterium van de goede huisvader. ¹⁷ De toepassing van dit foutcriterium bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van eigenaars en exploitanten van onroerende goederen is minder eenvoudig dan wanneer een beroep kan worden gedaan op het criterium van de overtreding van een wettelijke of een reglementaire norm die een bepaald gebod of verbod oplegt. De algemene zorgvuldigheidsnorm is immers een vaag en relatief begrip, waarvan de betekenis afhangt van de omstandigheden van plaats en tijd waarin men zich bevindt en waarin ook in ruime mate de zich wijzigende maatschappelijke waardeoordelen worden weerspiegeld, zoals thans de grotere aandacht voor de bescherming van het leefmilieu. ¹⁸

Ofschoon de beoordeling van de buitencontractuele aansprakelijkheid volgens het criterium van de algemene zorgvuldigheidsnorm in belangrijke mate samenhangt met de concrete omstandigheden van ieder geval afzonderlijk, kan uit de rechtspraak nochtans worden opgemaakt dat vooral twee elementen daarbij een grote rol spelen, namelijk het vereiste van de voorzienbaarheid van de schade en de naleving van de regelen van het goed vakmanschap, daarin begrepen de aanwending van de best beschikbare technologieën. Het spreekt vanzelf dat, inzonderheid bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van een exploitant van een onroerend goed, deze twee beoordelingselementen voor een deel kunnen samenvallen.

¹⁵ Cass., 12 april 1983, *Arr. Cass.*, 1982-83, 952; *Pas.*, 1983, I, 852; *R.D.P.*, 1984, 399. Zie daarover: BOCKEN, H., «Luchtverontreiniging en het arrest van 12 april 1983», *Leefmilieu*, 1984, 89-95 en 119-125; BOCKEN, H., o.c., *R.W.*, 1987-88, p. 1273, nr. 11; FAURE, M., *Preadvies milieustrafrecht*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu Uitgevers, 1990, p. 48-49, nr. 52.

¹⁶ Antwerpen, 8 maart 1989, *R.W.*, 1991-92, 920.

¹⁷ Zie *supra*, nr. 4 en de verwijzingen aldaar.

¹⁸ BOCKEN, H., *Het aansprakelijkheidsrecht* ..., p. 41, nr. 25, en p. 61-62, nr. 34.

7. Bij de beoordeling van de buitencontractuele aansprakelijkheid volgens het criterium van de algemene zorgvuldigheidsnorm komt uit de rechtspraak en de rechtsleer duidelijk naar voren dat het vereiste van de *voorzienbaarheid van de schade* daarbij een essentieel bestanddeel vormt. ¹⁹ Het criterium dat hierbij wordt aangewend, is dat van de redelijke en niet dat van de feitelijke voorzienbaarheid: wie redelijkerwijze kan voorzien dat zijn handeling of gedraging schade kan berokkenen en niet de nodige maatregelen neemt om die schade te voorkomen, begaat een fout in de zin van de artt. 1382-1383 B.W. ²⁰

In de rechtspraak zijn talrijke voorbeelden te vinden waarin het criterium van de voorzienbaarheid van de schade wordt toegepast bij de beoordeling van de buitencontractuele aansprakelijkheid van eigenaars en exploitanten van onroerende goederen. Zo werd geoordeeld dat de eigenaar van een woning een fout begaat wanneer hij een laaggespannen ijzeren waslijn niet wegneemt bij duisternis, omdat redelijkerwijze kan worden voorzien dat personen die op bezoek komen, deze waslijn niet merken en verwondingen oplopen door ertegen aan te botsen. ²¹ Daarentegen werd beslist dat de eigenaar van een verlaten woning, waarvan een deur niet gesloten was, in redelijkheid niet moet voorzien dat derden zonder zijn toelating die woning zullen betreden, zodat hij niet aansprakelijk kan worden gesteld voor de schade die een kind oploopt tijdens een gevaarlijk spel in deze woning. ²² De eigenaars van een feestzaal moeten echter wel voorzien dat een niet-verlichte holte in een toegang tot een feestzaal een gevaar betekent voor de gebruikers, ook al gaat het niet om de gebruikelijke toegang. ²³ Ten aanzien van een aannemer die in een turfachtige bodem grondwerken uitvoerde, werd geoordeeld dat hij redelijkerwijze moest voorzien dat, gelet op de aard van de bodem en de plaatselijke toestand, er brand kon ontstaan en dat deze brand zich op oncontro-

¹⁹ Cass., 16 juni 1969, *Arr. Cass.*, 1969, 1026; *R.W.*, 1969-70, 473; *R.G.A.R.*, 1970, nr. 8358; Cass., 5 mei 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 869; *Pas.*, 1971, I, 802; Cass., 14 januari 1974, *Arr. Cass.*, 1974, 532; *Pas.*, 1974, I, 505; Cass., 8 maart 1977, *Arr. Cass.*, 1977, 735; *Pas.*, 1977, I, 727; Cass., 8 augustus 1990, *Arr. Cass.*, 1989-90, 1421; *Pas.*, 1990, I, 1259; Cass., 8 oktober 1992, *Arr. Cass.*, 1992-93, 1177; *Pas.*, 1992, I, 1124. Zie daarover uitvoeriger: VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., o.c., *T.P.R.*, 1980, p. 1156, nr. 9; DALCQ, R.O., «La prévisibilité du dommage est-elle une condition nécessaire de la faute?», in *Hommage à Jacques Heenen*, Brussel, Bruylant, 1994, 83-90; HANNEQUART, Y., «Le défaut de prévoyance en droit belge», *R.D.P.*, 1994, (285), 292-299; SCHAMPS, G., «La prévisibilité du dommage en responsabilité civile. De son incidence sur la faute et sur le rapport de causalité», *R.D.P.*, 1994, 375-395; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en WYNANT, L., «Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1985-1993)», *T.P.R.*, 1995, (1115), p. 1173, nr. 14.

²⁰ Cass., 5 mei 1971, Cass., 8 maart 1977 en Cass., 8 augustus 1990, geciteerd in vorige voetnoot. Zie daarover uitvoeriger: VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., o.c., *T.P.R.*, 1980, p. 1156-1158, nrs. 10-11.

²¹ Brussel, 29 oktober 1974, *R.W.*, 1974-75, 1054, waarbij wordt hervormd Rb. Brussel, 3 januari 1973, *R.W.*, 1974-75, 1055.

²² Rb. Brussel, 12 april 1983, *R.G.A.R.*, 1984, nr. 10.824; zie in dezelfde zin voor de opslagplaats van een brouwerij: Rb. Bergen, 30 juni 1981, *Rev. Rég. Dr.*, 1983, 26.

²³ Luik, 2 november 1983, *Jur. Liège*, 1984, 4.

leerbare wijze zou kunnen uitbreiden in de turfslag die ten gevolge van de grondwerken uitermate droog was.²⁴

8. Bij de beoordeling van de buitencontractuele aansprakelijkheid volgens het criterium van de algemene zorgvuldigheidsnorm wordt voorts nagegaan of de aangesprokene de *regelen van goed vakmanschap* heeft nageleefd, m.a.w. of «de vakman met de van hem te verwachten bekwaamheid, kennis en kunde, eigen aan het beroep, is opgetreden». ²⁵ Dit houdt eveneens in dat een normaal zorgvuldig en omzichtig vakman op de hoogte is van de ontwikkelingen in zijn vakgebied en de best beschikbare techniek aanwendt. Terwijl tot voor kort kon worden volstaan met een eenvoudige verwijzing naar een productie- of fabricageprocédé in overeenstemming met de stand van de wetenschap en de techniek, ²⁶ wat aan de rechter nog een vrij grote beleidsvrijheid liet, ²⁷ is dit thans niet meer voldoende en dient toepassing te worden gemaakt van de scherper geformuleerde norm van de «best beschikbare techniek». Vlare I verwijst immers uitdrukkelijk naar deze norm en omschrijft die in art. 1, 29° als «het meest geavanceerd ontwikkelingsstadium van activiteiten, processen en daarbij toegepaste werkwijzen, waarbij met name de praktische bruikbaarheid is aangetoond van bepaalde technieken als grondslag voor emissiegrenswaarden die emissies in het milieu als geheel moeten voorkomen of, indien dat niet haalbaar is, tot een minimum beperken, zonder vooruit te lopen op de keuze van specifieke technologieën of technieken». Er wordt aan toegevoegd dat niet als «best beschikbare technieken» worden beschouwd, de technieken die overmatige hoge kosten meebrengen. De norm van de best beschikbare techniek is strikt genomen weliswaar enkel bedoeld voor de beoordeling van milieuvergunningaanvragen in het Vlaamse Gewest, maar het toepassingsgebied van het decreet van de Vlaamse Raad van 28 juni 1985 betreffende de milieuvergunning en van Vlare I is zo ruim geformuleerd, dat die norm ongetwijfeld een weerslag gaat hebben op de beoordeling of de exploitant van een inrichting die onder het toepassingsgebied van dit decreet valt, de regels van goed vakmanschap heeft nageleefd.

Dit laatste is nog niet aantoonbaar in de rechtspraak, maar deze levert wel talrijke voorbeelden van gevallen waarin de buitencontractuele aansprakelijkheid van *aannemers van bouwwerken* werd beoordeeld volgens het criterium of ze bij de uitvoering van de schadeverwekkende handeling de regels van professionele bekwaamheid en deskundigheid, eigen aan hun beroep, hadden nageleefd. Zo werd geoordeeld dat, ook al dient een beton- en stabiliteitsstudie, uitgevoerd door een gespecialiseerd studie bureau, een goed resultaat te waarborgen, ook een aannemer moet opmerken dat de samenstelling van het beton en de vereiste breukweerstand en draagvermogen van de funderingspunten niet voorkomen op

het funderingsplan van het studie bureau. ²⁸ Voorts werd beslist dat een aannemer, als vakman, bij het plaatsen van leien rekening dient te houden met de dakhelling, ²⁹ en dat een aannemer en een architect moeten voorzien dat, wanneer ze een badkamer plaatsen respectievelijk concipiëren zonder een aangepast verluchtingssysteem, dit tot een ongeval kan aanleiding geven. ³⁰ Ten slotte hoeft het geen betoog dat een gespecialiseerde aannemer die afbraakwerken uitvoert door dynamitering van bestaande gebouwen, gepaste maatregelen moet nemen om te vermijden dat een nabijgelegen pand door wegvliegende brokstukken zwaar beschadigd wordt. ³¹

9. Een aansprakelijkheidsvordering op grond van de artt. 1382-1383 B.W. kan door de schadeveroorzaker met succes worden afgewimpeld als hij het bestaan van een *rechtvaardigingsgrond* kan aantonen. Bij de studie van de buitencontractuele aansprakelijkheid van eigenaars en exploitanten van onroerende goederen rijst de vraag of een onderneming die, ondanks de naleving van de bepalingen van een administratieve vergunning waaraan een hinderverwekkende activiteit onderworpen is (bouwvergunning, lozingsvergunning, milieuvergunning ...enz.), toch schade berokkent, deze administratieve vergunning als rechtvaardigingsgrond kan invoeren. De Belgische rechtspraak en rechtsleer zijn het er nagenoeg unaniem over eens dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord, omdat een administratieve vergunning voor een hinderverwekkende activiteit enkel wordt verleend vanuit het standpunt van het algemeen belang en de toepassing van de regels van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht onverlet laat. ³² De naleving van een norm die een bepaald gebod of verbod inhoudt en die in een administratieve vergunning is neergelegd, biedt immers geen zekerheid dat men niet foutief handelt, aangezien men er steeds toe gehouden blijft de algemene zorgvuldigheidsnorm in acht te nemen, die hogere eisen kan stellen dan de in de

²⁸ Antwerpen, 13 april 1981, *Turnh. Rechtsl.*, 1982, nr. 2, p. 18; Rb. Turnhout, 14 februari 1979, *Turnh. Rechtsl.*, 1982, nr. 2, p. 14.

²⁹ Antwerpen, 8 december 1981, *R.W.*, 1982-83, 2476; Rb. Mechelen, 29 november 1979, *R.W.*, 1982-83, 2480.

³⁰ Brussel, 7 juni 1979, *J.T.*, 1979, 694, waartegen de voorziening tot cassatie werd verworpen door Cass., 5 februari 1981, *Arr. Cass.*, 1980-81, 632; *Pas.*, 1981, I, 613.

³¹ Brussel, 27 september 1986, *J.L.M.B.*, 1987, 362.

³² COUSY, H., *Preadvies over de betekenis van de overheidsvergunning voor de privaatrechtelijke aansprakelijkheid in België*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Zwolle, Tjeenk Willink, 1975, (31), p. 46, nr. 20 en de verwijzingen aldaar; BOCKEN, H., *Het aansprakelijkheidsrecht* ..., p. 77-78, nr. 45 en de verwijzingen aldaar; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., o.c., *T.P.R.*, 1980, p. 1207, nr. 54; BOCKEN, H., o.c., *R.W.*, 1987-88, p. 1274, nr. 18; Cass., 27 april 1962, *Pas.*, 1962, I, 938; *R.W.*, 1962-63, 57, met conclusie van de advocaat-generaal DUMON, F.; Cass., 27 november 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 370; *Pas.*, 1975, I, 341; *R.W.*, 1974-75, 1768; *R.G.A.R.*, 1975, nr. 9475, met noot GLANSORFF, F.; Gent, 25 november 1968, *R.W.*, 1969-70, 429; *R.G.A.R.*, 1970, nr. 8359; *J.T.*, 1970, 205, met noot FAVRESSE, J.M.; Rb. Antwerpen, 25 juni 1981, *Pas.*, 1983, III, 66; zie nochtans: VAN OMME-SLAGHE, P. en CORNELIS, L., «Les faits justificatifs dans le droit belge de la responsabilité aquilienne», in *In memoriam Jean Limpens*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1987, (265), p. 280-281, nrs. 25-26, die een wettelijk verleende administratieve vergunning wel als een rechtvaardigingsgrond in aanmerking nemen.

²⁴ Antwerpen, 4 januari 1989, *Limb. Rechtsl.*, 1989, 88.

²⁵ VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en WYNANT, L., o.c., *T.P.R.*, 1995, p. 1199, nr. 23; vgl. CORNELIS, L., *Beginnelen* ..., p. 260-261, nrs. 150-151.

²⁶ Voor een toepassing, zie b.v. Antwerpen, 17 februari 1988, *R.W.*, 1989-90, 50.

²⁷ BOCKEN, H., o.c., *R.W.*, 1987-88, p. 1273, nr. 14.

administratieve vergunning vervatte norm(en).³³ Recent heeft de Vlaamse decreetgever zich bij deze oplossing aangesloten door in art. 22, tweede lid, van het decreet van 28 juni 1985 betreffende de milieuvergunning te bepalen dat de exploitant van een inrichting, ongeacht de verleende vergunning, «steeds de nodige maatregelen (moet) treffen om schade, hinder en zware ongevallen te voorkomen en om, bij ongeval, de gevolgen ervan voor de mens en het leefmilieu zo beperkt mogelijk te houden».³⁴

C. De schade en het schadeherstel

10. De buitencontractuele aansprakelijkheid van eigenaars en exploitanten van onroerende goederen kan uiteraard betrekking hebben op diverse schadevormen, maar uit de rechtspraak blijkt dat, wanneer men het schadebestanddeel beschouwt in samenhang met het vraagstuk van de schadeloosstelling, vooral de volgende drie problemen naar voren komen: a) de vergoedbaarheid van de herstellingskosten van beschadigde individueel toegeëigende goederen die een ecologische waarde hebben; b) het herstel van en de vergoeding voor de aantastingen van niet individueel toegeëigende delen van de natuur, zoals het zeewater, de in het wild levende dieren; c) de vraag of en in hoeverre de rechter, in het raam van de hem toekomende bevoegdheid om maatregelen van specifiek schadeherstel te bevelen, een hinderverwekkende activiteit die conform een administratieve vergunning wordt uitgeoefend, mag verbieden of aan bijkomende, strengere voorwaarden mag onderwerpen.

11. Bij *materiële schade aan individueel toegeëigende goederen die een ecologische waarde hebben*, zoals een landschapelijk en ecologisch waardevolle boom, kan er een probleem rijzen als de herstellingskosten van die goederen de vervangingswaarde ervan overschrijden. Volgens het gemeenschappelijke buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht moet de vervangingswaarde van een zaak immers als maatstaf voor de schadeloosstelling worden genomen, wat meebrengt dat, wanneer de herstellingskosten de vervangingswaarde van de beschadigde zaak overschrijden, het recht op schadeloosstelling van de benadeelde door die vervangingswaarde wordt begrensd.³⁵ Deze regel kan een hinderpaal vormen voor de herstelling van ecologisch waardevolle zaken, in het bijzon-

der van bomen, die een eerder geringe vervangingswaarde hebben, maar waarvan de herstellingskosten zeer hoog kunnen oplopen. In de mate waarin die herstellingskosten binnen wetenschappelijk verantwoorde perken blijven, lijkt er mij geen bezwaar tegen te bestaan om, in afwijking van het gemene buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, die kosten boven de vervangingswaarde te vergoeden, te meer daar de Dienst voor het Groenplan een formule heeft uitgewerkt voor de evaluatie van schade aan bomen van het openbaar domein, die rekening houdt met de boomsoort, de dikte, de groeiplaats, de conditie ... enz., en die ook kan worden toegepast bij schade aan bomen van particuliere personen.³⁶

12. Het herstel van en de vergoeding van de *aantastingen van niet individueel toegeëigende delen van de natuur* vormt een moeilijk probleem in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. Deze collectieve natuurgoederen behoren immers ofwel tot de categorie van de *res nullius*, zoals het grondwater en de in het wild levende dieren, ofwel tot de categorie van de *res communes*, zoals de lucht en het water van onbevaarbare rivieren, wat meebrengt dat deze goederen niet vatbaar zijn voor private toeëigening en dat geen enkel rechtssubject schadeherstel kan eisen bij aantasting van deze goederen, omdat men slechts schadeloosstelling kan vragen voor schade die men persoonlijk heeft geleden.³⁷ In een recent gepubliceerd doctoraatsproefschrift is Ann Carette op zoek gegaan naar de mogelijkheden die het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht biedt om een adequatere bescherming te verlenen tegen de aantastingen van deze collectieve milieugoederen, om zo het herstel ervan mogelijk te maken. Zij pleit voor de erkenning van een subjectief recht op een kwalitatief hoogstaand leefmilieu, gebaseerd op art. 714 B.W., als de beste oplossing om dit doel te bereiken.³⁸

13. Het derde en laatste probleem inzake schade en schadeloosstelling is de vraag of de rechter, wanneer hij een maatregel van specifiek schadeherstel beveelt, een *hinderverwekkende activiteit die in overeenstemming met een administratieve vergunning* wordt uitgeoefend, mag verbieden of aan bijkomende, strengere voorwaarden mag onderwerpen. Meestal wordt aangenomen dat de rechtscollages van de rechterlijke orde slechts maatregelen mogen nemen om toekomstige schade te voorkomen, in zoverre die niet in strijd zijn met de voorschriften die door de bestuurlijke overheid in het algemeen belang werden opgelegd en in zoverre ze het bestaan zelf van het hinderverwekkend bedrijf niet, zelfs tijdelijk, in het gedrang brengen.³⁹ De rechtstheoretische ver-

³³ BOCKEN, H., *Het aansprakelijkheidsrecht ...*, p. 39, nr. 23, en p. 77, nr. 45; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., o.c., *T.P.R.*, 1980, p. 1154-1155, nr. 8; BOCKEN, H., o.c., *R.W.*, 1987-88, *ibid.*; CORNELIS, L., *Beginselen ...*, p. 32, nr. 20; Antwerpen, 17 oktober 1988, *R.W.*, 1989-90, 50; Bergen, 20 februari 1990, *Rev. Rég. Dr.*, 1990, 389, met noot DEOM, D.; Rb. Gent, 11 oktober 1990, *T.G.R.*, 1990, 121.

³⁴ Zie in dezelfde zin ook art. 43, § 2, Vlarem I, dat bepaalt: «Ongeacht de verleende vergunning en onverminderd het bepaalde in artikel 7 moet de exploitant steeds de nodige maatregelen treffen om schade en hinder te voorkomen».

³⁵ Cass., 9 juli 1956, *Pas.*, 1956, I, 1261, *J.T.*, 1956, 714, *Bull. Ass.*, 1957, 114, met noot S., *R.G.A.R.*, 1957, nr. 5852; RONSE, J., *Schade en schadeloosstelling*, in *A.P.R.*, Brussel, Larcier, 1957, p. 796, nr. 1251; DALCO, R.O., *Traité de la responsabilité civile*, II, *Le lien de causalité, le dommage et sa réparation*, in *Les Nouvelles. Droit Civil*, V-2, Brussel, Larcier, 1962, p. 470-472, nrs. 3471-3472; DE PAGE, H., o.c., p. 109, nr. 133; SCHUERMANS, L., SCHRYVERS, J., SIMOENS, D., VAN OEVERLEN, A. en SCHAMP, H., «Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige

daad. Schade en schadeloosstelling (1977-1982)», *T.P.R.*, 1984, (511), p. 846-847, nr. 84, B.

³⁶ Betreffende deze formule, zie BOCKEN, H., TRAEEST, I. en DE JAGER, L., *Bomen in het recht. Een overzicht van het recht in het Vlaamse Gewest van toepassing op bomen*, Antwerpen, Story-Scientia, 1992, p. 147-148, nr. 221.

³⁷ Voor een recent overzicht, zie CARETTE, A., *Herstel van en vergoeding voor aantastingen aan niet-toegeëigende milieubestanddelen*, Antwerpen, Intersentia, 1998, p. 102-138, nrs. 149-203.

³⁸ CARETTE, A., o.c., p. 536-599, nrs. 870-976.

³⁹ Cass., 27 april 1962, *Pas.*, 1962, I, 938, *R.W.*, 1962-63, 57, met conclusie van de advocaat-generaal DUMON, F.; Cass., 27 november 1974, *Arr. Cass.*, 1975, 370, *Pas.*, 1975, I, 341, *R.W.*, 1974-75, 1768, *R.G.A.R.*, 1975, nr. 9475, met noot GLANDSORFF, F.; Gent, 25 novem-

klaring voor deze traditionele opvatting is dat, als het de rechterlijke macht zou toegestaan zijn de zojuist vermelde maatregelen te bevelen, zij zich in de plaats van de bestuurlijke overheid zou plaatsen en in strijd met het beginsel van de scheiding der machten zou handelen.⁴⁰

Door H. Bocken werd op overtuigende wijze aangetoond dat dit standpunt niet in overeenstemming is met de hedendaagse opvatting aangaande het beginsel van de scheiding der machten, waarin vooral de nadruk wordt gelegd op de scheiding van de functies. Als een door de rechter genomen maatregel in feitelijke tegenstelling komt met een bestuurlijke beslissing, is dit een gevolg van die scheiding van functies en van het beginsel van de rechtsstaat, dat inhoudt dat ook de overheid aan de rechtsregelen is onderworpen.⁴¹ Deze moderne opvatting omtrent het beginsel van de scheiding der machten vindt men terug in een arrest van het Hof van Cassatie van 26 juni 1980, waarin beslist wordt dat de hoven en rechtbanken zich niet mengen in de uitoefening van de aan de overheid voorbehouden machten wanneer ze, om de benadeelde partij volledig in haar rechten te herstellen, het herstel *in natura* van de schade bevelen en aan de overheid maatregelen opleggen om een einde te maken aan de schadeverwekkende onwettigheid.⁴² Uit dit arrest kan worden afgeleid dat, als de rechter niet ingaat tegen het beginsel van de scheiding der machten door aan de overheid zelf het bevel op te leggen om een einde te maken aan een schadeverwekkende onwettigheid, men *a fortiori* niet langer kan beweren dat dit wel het geval is bij een bevel aan de houder van een administratieve vergunning.⁴³ Een deel van de rechtspraak en rechtsleer, zij het nog een minderheid, gaat thans in die richting.⁴⁴

D. Het oorzakelijk verband

14. Onder meer bij buitencontactuele aansprakelijkheidsvorderingen die worden ingesteld tegen eigenaars en exploitanten van onroerende goederen komt geregeld het causaliteitsprobleem aan de orde of de *kosten van saneringsmaatregelen* die de terzake bevoegde overheden (Staat, Gewesten, provincies, gemeenten) hebben genomen om de gevol-

ber 1968, *R.W.*, 1969-70, 429, *J.T.*, 1970, 205, met noot FAVRESSE, J.-M.; Antwerpen, 15 november 1978, *Turnh. Rechtsl.*, 1978-79, 230; zie voorts de auteurs geciteerd bij BOCKEN, H., *Het aansprakelijkheidsrecht* ..., p. 157, voetnoot 516.

⁴⁰ Zie vooral: DUMON, F., conclusie voor Cass., 27 april 1962, *R.W.*, 1962-63, (57), 60-61; FLAMME, M.-A., «Les établissements, dangereux face à l'administration et aux voisins», in *L'entreprise dans la cité*, Luik, Faculté de Droit, en Den Haag, Martinus Nijhoff, 1967, (231), p. 273-279, nrs. 32-35, en p. 281-282, nrs. 37-38.

⁴¹ BOCKEN, H., *Het aansprakelijkheidsrecht* ..., p. 160-161, nr. 98; BOCKEN, H., *o.c.*, *R.W.*, 1987-88, p. 1275, nr. 22.

⁴² Cass., 26 juni 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 1365, *Pas.*, 1980, I, 1341, met conclusie van de advocaat-generaal VELU, J., *J.T.*, 1980, 707, *R.W.*, 1980-81, 1661, *R.C.J.B.*, 1983, 173, met noot DELPERÉE, F.

⁴³ BOCKEN, H., *o.c.*, *R.W.*, 1987-88, p. 1275, nr. 22.

⁴⁴ Zie o.m. Rb. Turnhout, 14 juni 1977, *Turnh. Rechtsl.*, 1977-78, 111, *T.Aann.*, 1978, 292, met noot SLOOTMANS, J.; Vred. Gent, 17 januari 1989, *T.G.R.*, 1989, 56; DERINE, R., VAN NESTE, F. en VANDENBERGHE, H., *Zakenrecht*, in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, V, Deel I-A, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1974, p. 518, nr. 277, B; GLANSDORFF, F., noot onder Cass., 26 november 1974, *R.G.A.R.*, 1975, nr. 9475.

gen van hinder en milieuverontreiniging weg te ruimen, kunnen worden verhaald op de veroorzaker van die hinder. Als de betrokken overheid immers wettelijk verplicht is bepaalde saneringswerken uit te voeren,⁴⁵ kan er voor de terugvordering van die kosten een juridische hinderpaal ontstaan ten gevolge van de sinds 1978 ontwikkelde rechtspraak van het Hof van Cassatie waarin wordt geoordeeld dat degene die, zoals *in casu* de overheid, kosten doet enkel en alleen om zich te kwijten van een wettelijke of reglementaire verplichting, door de loutere vervulling van die verplichting geen schade lijdt die in oorzakelijk verband staat met de eventuele fout van een derde. Geoordeeld wordt dat de door de betrokken overheid als «schade» aangevoerde kosten niet door de eventuele fout van een derde zijn veroorzaakt, maar hun «eigen juridische oorzaak (vinden) in de aan die overheid opgelegde wettelijke of reglementaire verplichting».⁴⁶

Vanaf zijn arresten van 13 april 1988 en 15 november 1990 heeft het Hof van Cassatie deze rechtspraak in die zin verijnd, dat geoordeeld wordt dat het oorzakelijk verband niet verbroken wordt door de aan de overheid opgelegde wettelijke of reglementaire verplichting, als die verplichting slechts secundair is ten opzichte van de verplichting die op de dader van een onrechtmatige daad rust om een door hem in het leven geroepen toestand, die niet kan blijven voortbestaan, te doen ophouden.⁴⁷ Wanneer men deze leer toepast op de kosten van saneringsmaatregelen die een bestuur wettelijk verplicht was te nemen om de gevolgen van hinder en verontreiniging weg te ruimen, kan men concluderen dat dit bestuur die kosten kan terugvorderen van degene die op foutieve wijze deze hinder of verontreiniging heeft veroorzaakt, indien deze zijn primaire wettelijke verplichting niet is nagekomen om de door hem veroorzaakte schadelijke toestand zelf te verhelpen. Zo'n primaire wettelijke verplichting lijkt vervat te liggen in art. 12 van het Vlaamse Afvalstoffende-

⁴⁵ Zie o.m. artt. 1, 2 en 4 van de wet van 31 december 1963 «op de civiele bescherming» (*B.S.*, 16 januari 1964), art. 2 van het K.B. van 23 juni 1971 «houdende organisatie van de opdrachten van de civiele bescherming en coördinatie van de operaties bij rampspoedige gebeurtenissen, catastrofes en schadegevallen» (*B.S.*, 24 juli 1971) en art. 37 van het Vlaamse Afvalstoffendecreet van 2 juli 1981.

⁴⁶ Cass., 28 april 1978, *Arr. Cass.*, 1978, 1004, met conclusie van de eerste advocaat-generaal DUMON, F., *Pas.*, 1978, I, 994, *R.W.*, 1978-79, 1695, met voormelde conclusie, *R.C.J.B.*, 1979, 261, met noot LIMPENS-MEINERZHAGEN, A., *R.G.A.R.*, 1979, nr. 10.101, met voormelde conclusie en met noot MALHERBE, Ph. Zie nadien in dezelfde zin: Cass., 7 maart 1979, *Arr. Cass.*, 1978-79, 796, *Pas.*, 1979, I, 802, *R.W.*, 1978-79, 2663; Cass., 13 februari 1980, *Arr. Cass.*, 1979-80, 702, *Pas.*, 1980, I, 690, *R.W.*, 1981-82, 23.

⁴⁷ Cass., 13 april 1988, *Arr. Cass.*, 1987-88, 1020, *Pas.*, 1988, I, 943, met conclusie van de advocaat-generaal JANSSENS DE BISTHOVEN, J.T., 1988, 649, met conclusie, *J.L.M.B.*, 1988, 764, met noot HENRY, P., *T.B.B.R.*, 1988, 436, met noot DELVOIE, G., *R.W.*, 1988-89, 1126, *R.C.J.B.*, 1989, 631, met noot GLANSDORFF, F. en DALCQ, C.; Cass., 15 november 1990, *Arr. Cass.*, 1990-91, 313, *Pas.*, 1991, I, 282, *J.L.M.B.*, 1991, 866, met noot SCHAMPS, G., *De Verz.*, 1991, 659. Zie over deze rechtspraak, naast de annotaties bij deze twee arresten: FAES, K., «De theorie van het verbreken van het oorzakelijk verband door de tussenkomst van een wettelijke of een contractuele verplichting», *T.P.R.*, 1993, 429-463; BOCKEN, H., «Actuele problemen inzake het oorzakelijk verband», in *Recht halen uit aansprakelijkheid*, STORME, M. (ed.), Gent, Mys & Breesch, 1993, (81), p. 112-119, nrs. 52-53; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en WYNANT, L., *o.c.*, *T.P.R.*, 1995, p. 1502-1506, nr. 189.

creet, dat het verbod inhoudt afvalstoffen achter te laten of te verwijderen in strijd met de voorschriften van dit decreet of de uitvoeringsbesluiten ervan.

Het hier besproken causaliteitsprobleem rijst uiteraard niet wanneer de wetgever of decreetgever zelf uitdrukkelijk bepaalt dat de kosten van door een overheid genomen saneringsmaatregelen door die overheid kunnen worden verhaald op de in de wet of het decreet aangeduide persoon die de hinder of de verontreiniging heeft veroorzaakt. Dit is het geval voor vele door een bestuurlijke overheid ondernomen milieusaneringswerken.⁴⁸

E. De verzekering van de buitencontractuele foutaansprakelijkheid van de eigenaar of de exploitant van een onroerend goed

15. De onder deze hoofding te behandelen verzekering levert weinig juridische problemen op. Voor een goed begrip verdient het aanbeveling een onderscheid te maken naargelang het onroerend goed toebehoort aan een particuliere persoon of door de gebruiker niet wordt aangewend voor de uitoefening van een beroepsactiviteit dan wel of dat goed door de exploitant wordt gebruikt voor de uitoefening van een beroeps- of bedrijfsactiviteit.

16. Indien een onroerend goed toebehoort aan een particuliere persoon of door de gebruiker niet wordt aangewend voor de uitoefening van een beroepsactiviteit, kan de buitencontractuele foutaansprakelijkheid van die eigenaar of gebruiker worden gedekt door een *gezinsaansprakelijkheidsverzekering*. Deze verzekering wordt beheerst door de wet op de landverzekeringsovereenkomst van 25 juni 1992 en door het K.B. van 12 januari 1984 «tot vaststelling van de minimumgarantievoorwaarden van de verzekeringsovereenkomsten tot dekking van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid buiten overeenkomst met betrekking tot het privé-leven».⁴⁹ Op te merken valt dat krachtens art. 6, 8°, van dit K.B. van deze verzekering kan worden uitgesloten, «de schade veroorzaakt door het gebouw of een deel van het gebouw dat door de verzekeringnemer niet gebruikt wordt als hoofdverblijf». Op grond van art. 6, 11°, van dit K.B. kan eveneens van deze verzekering worden uitgesloten, de stoffelijke schade veroorzaakt door vuur, brand, ontploffing of rook ingevolge vuur of brand ontstaan in of overgeslagen van het gebouw waarvan de verzekerde eigenaar, huurder of bewoner is. Deze facultatieve uitsluiting is hierdoor te verklaren dat voor deze risico's dekking kan worden verkregen door het aangaan van een brandverzekering waarin meestal ook begrepen is de verzekering van de buitencontractuele aansprakelijkheid van de eigenaar of de gebruiker van het verzekerde gebouw voor de door een brand aan derden veroorzaak-

te schade.⁵⁰ Ten slotte kan op grond van art. 6, 12° van dit K.B. ook worden uitgesloten de schade veroorzaakt door gebouwen ter gelegenheid van de bouw, wederopbouw, of aanpassingswerken. Deze voor de praktijk belangrijke facultatieve uitsluiting wordt door sommige kredietinstellingen ondervangen doordat zij ten gunste van hun kredietnemer een bouwverzekering aangaan die voor dit risico wel dekking verschaft.⁵¹

17. Indien een onroerend goed door de exploitant wordt gebruikt voor de uitoefening van zijn beroeps- of bedrijfsactiviteit, kan zijn buitencontractuele foutaansprakelijkheid als exploitant van dat goed worden gedekt door de waarborg «burgerlijke aansprakelijkheid uitbating» in de beroepsaansprakelijkheidsverzekering c.q. door de *algemene bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering*, die de buitencontractuele aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar c.q. de onderneming verzekert voor de schade aan derden veroorzaakt. Voor de aannemers van bouwwerken gaat het meestal om de zgn. «A.B.R.-verzekering», d.w.z. de verzekering «alle bouwwerken risico's». Daarnaast kan ook een beroep worden gedaan op de afdeling «burgerlijke aansprakelijkheid gebouw» in de brandverzekeringspolis van de eigenaar of de gebruiker van een onroerend goed, die hun buitencontractuele aansprakelijkheid verzekert voor de schade aan derden veroorzaakt door de brand van het verzekerde gebouw.⁵²

Voor wat de algemene bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering betreft, dient te worden aangestipt dat in de meeste polissen het milieurisico wordt behandeld als een afzonderlijk risico, waarvoor meestal specifieke voorwaarden en begrenzingen zijn uitgewerkt.⁵³ In dezelfde verzekering vallen de preventiekosten, die gemaakt zijn ter voorkoming of vermindering van het schadegeval, in beginsel buiten de basiswaarborg, maar sommige polissen breiden de dekking uit tot de kosten die de verzekerde op rechtmatige wijze heeft gedaan om een onmiddellijk dreigend gevaar of een imminent schadegeval te voorkomen of te verminderen, zij het met een beperking tot een bepaald bedrag of tot een bepaald percentage.⁵⁴ De kosten van saneringswerken die gemaakt zijn buiten de vervuilende onderneming, worden echter wel gedekt, maar enkel indien de veroorzaakte schade valt binnen de categorie van de door de polis gedekte schade en indien de aansprakelijkheid van die onderneming wordt aangenomen.⁵⁵ Zoals in randnummer 14 werd uiteengezet, zal in een aantal gevallen die aansprakelijkheid niet voorhanden zijn wegens het ontbreken van een oorzakelijk ver-

⁴⁸ Zie o.m. art. 85 van de wet van 24 december 1976 «betreffende de budgettaire voorstellen 1976-77», B.S., 28 december 1976, *erratum* B.S., 21 januari 1977; artt. 37, derde lid, en 59, § 2, eerste lid, van het Vlaams Afvalstoffendecreet van 2 juli 1981; art. 46, § 3, van het Vlaamse Bodemsaneringsdecreet van 22 februari 1995 (B.S., 29 april 1995, *err.*, B.S., 3 oktober 1995).

⁴⁹ B.S., 31 januari 1984.

⁵⁰ COLLE, P., *Bijzonder gereguleerde verzekeringscontracten in hoofdlijnen*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu Uitgevers, 1993, p. 59, nr. 79, en p. 98-99, nr. 157.

⁵¹ COLLE P., o.c., p. 99, nr. 159.

⁵² Zie daarover uitvoeriger: COLLE, P., o.c., p. 67-69, nrs. 93-102.

⁵³ Zie daarover o.m.: ROGGE, J., «Verzekering van milieuschade», in *Rechtspraak en milieubescherming*, Eerste Antwerps Juristencongres, Centrum voor Beroepsvervolmaking in de Rechten (ed.), Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1991, (189), p. 196-212, nrs. 4-29.

⁵⁴ ROGGE, J., o.c., *Rechtspraak en milieubescherming*, p. 200, nr. 11.

⁵⁵ ROGGE, J., o.c., *Rechtspraak en milieubescherming*, p. 200-203, nrs. 12-13.

band tussen de fout van de onderneming en de door een bestuurlijke overheid als «schade» gekwalificeerde kosten van saneringswerken.

III. DE OBJECTIEVE AANSPRAKELIJKHEIDSREGELINGEN DIE VAN TOEPASSING KUNNEN ZIJN OP DE EIGENAAR OF DE EXPLOITANT VAN EEN ONROEREND GOED

A. Algemeen

18. Zoals bekend, worden met «objectieve aansprakelijkheidsregelingen» een aantal aansprakelijkheidsregelen bedoeld op grond waarvan een persoon tot schadeloosstelling kan gehouden zijn, zonder dat bewezen is dat hij een fout beging die de oorzaak is van de schade en zonder dat hij aan die aansprakelijkheid kan ontkomen door te bewijzen dat hij geen fout heeft begaan of dat zijn foutieve gedraging geen oorzakelijk verband met de schade vertoont.⁵⁶ In navolging van H. Bocken worden die objectieve aansprakelijkheidsregelingen hierna ingedeeld in twee grote groepen, volgens de mate waarin ze afwijken van het gemene recht van de buitencontractuele foutaansprakelijkheid.⁵⁷ In de eerste groep van gevallen, die men kan aanduiden met de benaming «objectieve aansprakelijkheid voor eigen rechtmatige daad», dient het slachtoffer nog wel het bewijs te leveren van het oorzakelijk verband tussen de schade en de schadeverwekkende daad of gebeurtenis, terwijl dit bewijs van het causaal verband niet meer hoeft geleverd te worden in de tweede groep van gevallen, die men kan aanduiden met de benaming «risico-aansprakelijkheid».⁵⁸

B. Objectieve aansprakelijkheidsregelingen voor eigen rechtmatige daad die van toepassing kunnen zijn op de eigenaar of de exploitant van een onroerend goed

1° De evenwichtsleer

19. Voor de eigenaars en exploitanten van onroerende goederen vormt de *evenwichtsleer* of de theorie van de abnormale burenhinder de belangrijkste toepassing van de objectieve aansprakelijkheid voor eigen rechtmatige daad. Deze leer, die in het Belgische recht werd geïntroduceerd door de zgn. kanaal- en schoorsteenarresten van het Hof van Cassatie van 6 april 1960,⁵⁹ houdt in essentie in dat degene die,

zonder foutief te handelen, het tussen naburige eigendommen bestaande evenwicht verstoort door aan een naburige eigenaar hinder te veroorzaken die de maat van de gewone buurschapsnadelen overschrijdt, hem een rechtmatige en passende compensatie verschuldigd is, waardoor het verbroken evenwicht wordt hersteld.⁶⁰

Het criterium voor de toepassing van de evenwichtsleer is dus dat er overlast werd veroorzaakt, d.i. volgens de casuatierresten van 6 april 1960, «een stoornis die de maat van de gewone buurschapsnadelen overschrijdt». Of een bepaalde stoornis al dan niet deze grens overschrijdt, dient telkens *in concreto* en in feite te worden beoordeeld door de bodemrechter, op basis van de intensiteit van de hinder en rekening houdende met een aantal bijkomende omstandigheden, zoals de plaats en het tijdstip van de hinderverwekkende activiteit, de stand van de technologie, de graad van industrialisatie en urbanisatie in een bepaalde streek.⁶¹

Een omstandigheid die vaak in deze beoordeling wordt betrokken, is de zgn. «collectieve eerstingebruikneming». Hiermee wordt bedoeld dat een groep van personen zich vóór anderen in een bepaalde omgeving is komen vestigen en dat daardoor een bepaalde streek of wijk een industrieel, agrarisch of residentieel karakter heeft gekregen, die meebrengt dat een bepaalde maat van hinder als «normaal» moet worden geduld.⁶² Terwijl in de vroegere rechtspraak en rechtsleer overwegend werd aangenomen dat naburen in een handels- of industriezone meer hinder moeten gedogen dan in een rustige woonwijk⁶³ en dat men in een landelijke omgeving

BIN, J., *R.G.A.R.*, 1960, nr. 6557, met noot DALCQ, R.O., *J.T.*, 1960, 339, met noot DE MEULDER, A.

⁶⁰ Zie daarover vooral: DERINE, R., VAN NESTE, F. en VANDENBERGHE, H., *o.c.*, I-A, p. 437-541, nrs. 243-278; FLAMME, M.-A. en FLAMME, P., «Chronique de jurisprudence. Les troubles de voisinage», *T. Ann.*, 1974, 197-225; BERENBOOM, A., «Chronique de jurisprudence. Droits réels (1967-1972)», *J.T.*, 1974, (273), p. 274-278, nrs. 11-21; HANNEQUART, Y., «La responsabilité et les troubles de voisinage», in *Le droit de la construction et de l'urbanisme*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1976, 103-179; BOCKEN, H., *Het aansprakelijkheidsrecht* ..., p. 267-304, nrs. 155-175; CHANDELLE, J.-M., «La réparation du dommage en matière de troubles de voisinage», *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1980, p. 85-126; DERINE, R., «Hinder uit nabuurschap en rechtsmisbruik», *T.P.R.*, 1983, p. 261-286, nrs. 2-41; HANSENNE, J., «Le point sur la théorie des troubles de voisinage», *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1985, 141-194; CORNELIS, L., *Beginselen* ..., p. 670-714, nrs. 422-451; KOKELINBERG, J. VAN SINAY, T. en VUYE, H., «Overzicht van rechtspraak. Zakenrecht (1980-1988)», *T.P.R.*, 1989, p. 1714-1745, nrs. 38-69.

⁶¹ DERINE, R., VAN NESTE, F. en VANDENBERGHE, H., *o.c.*, I-A, p. 489-490, nr. 269; BOCKEN, H., *Het aansprakelijkheidsrecht* ..., p. 284-285, nr. 163; DERINE, R., *o.c.*, *T.P.R.*, 1983, p. 265, nr. 11.

⁶² DERINE, R., VAN NESTE, F. en VANDENBERGHE, H., *o.c.*, I-A, p. 492, nr. 271, en p. 500, nr. 274, A; DE PAGE, H. en DEKKERS, R., *Traité élémentaire de droit civil belge*, V. Brussel, Bruylant, 1975, p. 820-821, nr. 928; HANSENNE, J., *o.c.*, *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1985, p. 154-156, nr. 10; BOES, M., «Burenhinder en de leer van de eerstingebruikneming», *T.M.R.*, 1996, 222-227.

⁶³ DERINE, R., VAN NESTE, F. en VANDENBERGHE, H., *o.c.*, I-A, p. 492-494, nr. 271 en de aldaar geciteerde rechtspraak; *adde*: Rb. Nijvel, 3 juni 1981, *J.T.*, 1982, 45; Vred. Eghée, 29 september 1986, *T. Agr. R.*, 1986, 233; Vred. Hannuit, 24 maart 1987, *T. Vred.*, 1987, 299.

⁵⁶ VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., *o.c.*, *T.P.R.*, 1980, p. 1147, nr. 2; DE DECKER, H. en SCHAUTTEET, M., «De objectieve aansprakelijkheid naar Duits en Belgisch recht - Een rechtsvergelijkende studie», in *Wie zal dat betalen*, IUS, nr. 5. Antwerpen, Kluwer, 1983, (69), p. 71-72, nrs. 2-3; BOCKEN, H., «Van fout naar risico. Een overzicht van de objectieve aansprakelijkheidsregelingen naar Belgisch recht», *T.P.R.*, 1984, (329), p. 331, nr. 4; CORNELIS, L., *Beginselen* ..., p. 357, nr. 215.

⁵⁷ BOCKEN, H., *o.c.*, *T.P.R.*, 1984, p. 331-332, nrs. 4-5.

⁵⁸ BOCKEN, H., *o.c.*, *T.P.R.*, 1984, p. 333, nr. 7; vergelijk de indeling bij DE DECKER, H. en SCHAUTTEET, M., *o.c.*, *Wie zal dat betalen?*, p. 93-94, nr. 39.

⁵⁹ Cass., 6 april 1960, *Arr. Verbr.*, 1960, 722, *Pas.*, 1960, I, 915, met conclusie van de advocaat-generaal MAHAUX, P., *R.C.J.B.*, 1960, 257, met conclusie van de advocaat-generaal MAHAUX, P. en met noot DA-

meer moet verdragen dan in een stedelijke, ⁶⁴ blijkt uit een deel van de recente rechtspraak dat strenger wordt toegezien op de hinder die men dient te gedogen in een industriezone en in een plattelandswijk. ⁶⁵

Betwist is of bij de beoordeling van wat overlast is, rekening dient te worden gehouden met de zgn. «individuele eerstingebruikneming», waarmee de situatie wordt bedoeld dat in een relatie tussen twee naburen de ene als eerste een bepaald gebruik van zijn eigendom heeft gemaakt en dat dit de tolerantiegrens voor de normale buurschapsnadelen verhoogt. ⁶⁶ Ook in de recente rechtspraak komt die verdeeldheid tot uiting. ⁶⁷

20. Ofschoon de cassatiearresten van 6 april 1960 uitdrukkelijk gewag maken van de gelijke rechten van naburige eigenaars, wordt thans algemeen aangenomen dat een op de evenwichtslaar gebaseerde vordering tot compensatie kan worden ingesteld tegen al degenen die, ingevolge een door de eigenaar verleend zakelijk of persoonlijk recht, over een van de attributen van het eigendomsrecht beschikken, zoals vruchtgebruikers, huurders en concessiehouders. ⁶⁸ Tegen de aannemers van bouwwerken kan deze vordering daarentegen niet worden ingesteld indien ze bij de uitvoering van het werk geen fout hebben begaan, ⁶⁹ maar niets belet dat in de aannemingsovereenkomst een beding wordt opgenomen waarbij de bouwheer zich door de aannemer laat vrijwaren

voor de compensatie die hij op grond van de evenwichtslaar aan schadelijgende naburen zou verschuldigd zijn. ⁷⁰

21. Wanneer een vordering op basis van de evenwichtslaar wordt ingewilligd, heeft dit tot gevolg dat degene die het tussen naburige eigendommen bestaande evenwicht zonder fout verbroken heeft, compensatie verschuldigd is wegens overlast, d.w.z. in de mate waarin de gewone buurschapsnadelen werden overschreden. Dit is, althans in theorie, minder omvangrijk dan de integrale schadeloosstelling op grond van de buitencontractuele foutaansprakelijkheid, ⁷¹ maar in de praktijk blijkt dit verschil minder groot te zijn. ⁷²

In verband met het schadeherstel houdt de evenwichtslaar nog deze beperking in dat de rechter bij een bovenmatige, niet-foutieve hinder geen maatregelen mag nemen die de bron van de hinder zelf beïnvloeden. Zo mag de rechter aan de hinderveroorzaker niet het verbod opleggen om met zijn activiteiten voort te gaan, b.v. door de afbraak of de verwijdering van het hinderveroorzakende gebouw of de stopzetting van de hinderveroorzakende activiteit te bevelen. ⁷³ De verklaring hiervoor is dat de hinderveroorzakende activiteit bij hypothese niet foutief is, zodat er geen rechtsgrond is op basis waarvan de rechter deze niet onrechtmatige activiteit zou kunnen verbieden. ⁷⁴

22. Op het stuk van de verzekering van de compensatieplicht op grond van de evenwichtslaar moet erop worden gewezen dat deze aansprakelijkheid in principe niet valt onder het toepassingsgebied van de gezinsaansprakelijkheidsverzekering, omdat het geen op de fout gebaseerde, maar

⁶⁴ DERINE, R., VAN NESTE, F. en VANDENBERGHE, H., o.c., I-A, p. 494-495, nr. 271 en de aldaar geciteerde rechtspraak; *adde*: Rb. Antwerpen, 25 juni 1981, *Pas.*, 1982, III, 66; Rb. Nijvel, 31 maart 1982, *R.G.A.R.*, 1984, nr. 10.828; Vred. Hoei, 28 november 1985, *Jur. Liège*, 1986, 57.

⁶⁵ Bergen, 20 februari 1990, *Rev. Rég. Dr.*, 1990, 389, met noot DEOM, D.; Rb. Gent, 11 oktober 1990, *T.G.R.*, 1990, 121; Vred. Louveigné, 19 juni 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 66; Vred. Sint-Truiden, 26 november 1991, *Limb. Rechtsl.*, 1993, 120. Zie echter in de zin van de klassieke opvatting van een hogere tolerantiegrens in een landelijke omgeving: Vred. Beveren, 10 april 1990, *T. Vred.*, 1990, 374.

⁶⁶ Voor een overzicht van de verschillende opvattingen daarover, zie DERINE, R., VAN NESTE, F. en VANDENBERGHE, H., o.c., I-A, p. 500-505, nr. 274, B en de verwijzingen aldaar.

⁶⁷ Zie in de zin van het rekening houden met de factor van de individuele eerstingebruikneming: Vred. Beveren, 10 april 1990, *T. Vred.*, 1990, 374; zie in andere zin: Bergen, 20 februari 1990, *Rev. Rég. Dr.*, 1990, 389, met noot DEOM, D. Voor een kritische bespreking van deze rechtspraak, zie BOES, M., o.c., *T.M.R.*, 1996, 224-227.

⁶⁸ Cass., 31 oktober 1975, *Arr. Cass.*, 1976, 285, *Pas.*, I, 276, *R.W.*, 1975-76, 1571, met noot VAN OEVELEN, A., *T. Aann.*, 1976, 48, met noot MATHEI, P., *Rev. Not. B.*, 1977, 606; Cass., 26 mei 1983, *R.W.*, 1983-84, 1133, met noot DERINE, R.; Antwerpen, 20 december 1976, *R.W.*, 1976-77, 2156, met noot; Vred. Gent, 17 januari 1989, *T.G.R.*, 1989, 56.

⁶⁹ Cass., 28 januari 1965, *R.W.*, 1964-65, 2117, met noot C.C.; *J.T.*, 1965, 259, met noot FLAMME, M.-A., *Pas.*, 1965, I, 521, met conclusie van de advocaat-generaal MAHAUX, P., *R.G.A.R.*, 1965, nr. 7424, met noot DALCO, R.O.; Cass., 5 mei 1967, *Arr. Cass.*, 1967, 1081, *Pas.*, 1967, I, 1049, *R.W.*, 1967-68, 79, *R.G.A.R.*, 1969, nr. 8153; Cass., 14 juni 1968, *Arr. Cass.*, 1968, 1247, *Pas.*, 1968, I, 1177; *R.C.J.B.*, 1968, 387, met noot DABIN, J., *R.G.A.R.*, 1969, nr. 8177, met noot DALCO, R.O., *T. Aann.*, 1969, 15, met noot BRICMONT, G.

⁷⁰ Cass., 5 mei 1967, geciteerd in vorige voetnoot; Cass., 29 mei 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 1033, *Pas.*, 1975, I, 934, *R.W.*, 1975-76, 915; Cass., 8 september 1978, *Arr. Cass.*, 1978-79, 28, *Pas.*, 1979, I, 25.

⁷¹ DABIN, J., «Le devoir d'indemnisation en cas de troubles de voisinage» (noot onder Cass., 6 april 1960), *R.C.J.B.*, 1960, (286), 300-301; DALCO, R.O., o.c., I, p. 293-294, nr. 705 *quinquies*; DE PAGE, H. en DEKKERS, R., o.c., V, p. 822, nr. 929; DERINE, R., VAN NESTE, F. en VANDENBERGHE, H., o.c., I-A, p. 451, nr. 247, en p. 519, nr. 277; BERENBOOM, A., o.c., *J.T.*, 1974, p. 275-276, nr. 13; CHANDELLE, J.-M., o.c., *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1980, p. 116-117, nr. 34.

⁷² DALCO, R.O., o.c., I, p. 293-294, nrs. 705 *quinquies* en 705 *sexies*; BOCKEN, H., *Het aansprakelijkheidsrecht* ..., p. 296, nr. 170.

⁷³ DABIN, J., o.c., *R.C.J.B.*, 1960, 293-296; DALCO, R.O., o.c., I, p. 291, nr. 705 *bis*; BERENBOOM, A., o.c., *J.T.*, 1974, p. 277, nr. 21; DE PAGE, H. en DEKKERS, R., o.c., V, p. 822-823, nr. 929; BOCKEN, H., *Het aansprakelijkheidsrecht* ..., p. 146-149, nr. 91, en p. 291, nr. 168; FAGNART, J.-L., «Les faits générateurs de responsabilité. Aperçu des principales tendances actuelles», in *Responsabilité et réparation des dommages*, Brussel, Editions du Jeune Barreau, 1983, (7), p. 60-62, nr. 72; CORNELIS, L., *Beginnelsen* ..., p. 694, nr. 437; Cass., 10 april 1981, *Arr. Cass.*, 1981, 930, *Pas.*, 1981, I, 906; Cass., 14 december 1995, *Arr. Cass.*, 1995, 1125, met conclusie van de advocaat-generaal BRESSELEERS, *J.L.M.B.*, 1996, 966, met noot HENRY, P., *A.J.T.*, 1995-96, 525, met noot SNAET, S., *R.W.*, 1996-97, 188. Zie nochtans DERINE, R., VAN NESTE, F. en VANDENBERGHE, H., o.c., I-A, p. 522, nr. 277, B; CARETTE, A., o.c., p. 92-93, nr. 129.

⁷⁴ DABIN, J., o.c., *R.C.J.B.*, 1960, 295-300; BERENBOOM, A., *ibid.*; DE PAGE, H. en DEKKERS, R., o.c., V, p. 822, nr. 929, voetnoot 3; BOCKEN, H., *Het aansprakelijkheidsrecht* ..., p. 292, nr. 168; FAGNART, J.-L., o.c., *Responsabilité et réparation des dommages*, p. 60-61, nr. 72.

een objectieve aansprakelijkheid is.⁷⁵ Niets belet de verzekeraar evenwel deze verzekering contractueel uit te breiden tot de aansprakelijkheid wegens bovenmatige burenhinder, in zoverre die het gevolg is van een plotse en onvoorziene gebeurtenis.⁷⁶ In de bedrijfsaansprakelijkheidsverzekeringen is de aansprakelijkheid wegens bovenmatige burenhinder meestal wel bedongen, zij het vaak onder dezelfde voorwaarden en met dezelfde begrenzingsen als wanneer het om milieuschade gaat.⁷⁷ In zoverre een aannemer van bouwwerken krachtens een vrijwaringsbeding door de bouwheer kan worden aangesproken om hem te vrijwaren voor de tegen hem uitgesproken veroordelingen tot schadevergoeding op grond van de evenwichtsleer, doet die aannemer er goed aan dit risico mee te laten verzekeren,⁷⁸ wat mogelijk is in de reeds vermelde A.B.R.-verzekering.⁷⁹

2° Bijzondere aansprakelijkheden bij de exploitatie van de ondergrond

23. Een tweede categorie van objectieve aansprakelijkheidsregelingen voor eigen rechtmatige daad, die van toepassing is op eigenaars en exploitanten van onroerende goederen, wordt gevormd door een aantal in bijzondere wetten opgenomen aansprakelijkheidsregelen voor bepaalde *gevaarlijke activiteiten bij de exploitatie van de ondergrond*.⁸⁰ Dat in dit domein een aantal objectieve aansprakelijkheidsregelen zijn ingevoerd, is te verklaren vanuit twee overwegingen, die voor bepaalde gevallen met elkaar samenhangen. Aan de ene kant zijn er een aantal activiteiten die, zoals grondwaterwinning en mijnexploitatie, steeds schade zullen veroorzaken, welke voorzorgsmaatregelen de exploitant ook in acht neemt, of activiteiten waarvoor de benadeelde zeer moeilijk de precieze omstandigheden van het schadegeval kan aantonen.⁸¹ Aan de andere kant speelt hier ook de idee van het geschapen risico: de persoon of de onderneming die een gevaarvolle activiteit uitoefent en er voordeel uit haalt, dient ook de schadelijke gevolgen te dragen die de verwezenlijking van dit risico meebrengt.⁸²

24. Een eerste objectieve aansprakelijkheidsregeling in dit domein is de *vergoeding van mijnschade*, geregeld door art. 58 van de bij K.B. van 15 september 1919 gecoördineerde wetten op de mijnen, groeven en graverijen.⁸³ waarin wordt bepaald dat de concessionaris van een mijn van rechtswege gehouden is tot vergoeding van elke schade veroorzaakt door

in de mijn uitgevoerde werken. Omdat de benadeelde geen fout moet bewijzen om vergoeding van zijn schade te verkrijgen, gaat het duidelijk om een geval van objectieve aansprakelijkheid.⁸⁴ Aangezien mijnschade een grote omvang kan aannemen en zich nog kan voordoen lang nadat de exploitatie werd stopgezet, werden bijzondere maatregelen genomen om de effectieve vergoeding van de slachtoffers te waarborgen. Met dat doel werd bij de wet van 12 juli 1939⁸⁵ het Nationaal Waarborgfonds inzake kolenmijnschade opgericht, dat tot taak heeft in te staan voor de vergoeding van de schade veroorzaakt door in de mijn uitgevoerde werken in het geval de concessiehouder insolvent is.⁸⁶

25. Een tweede objectieve aansprakelijkheidsregeling die onder deze hoofding moet worden vermeld, is art. 13, derde lid, van de wet van 12 april 1965 «betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidningen»,⁸⁷ dat de houder van een gasvervoervergunning of -toelating verplicht de schade te vergoeden die zowel aan de eigenaar van de bovengrond als aan derden wordt veroorzaakt door de uitvoering van werken voor de *oprichting, de benutting en de exploitatie van zijn gasvervoerinstallaties*. Meestal wordt aangenomen dat we hier te maken hebben met een regel van objectieve aansprakelijkheid.⁸⁸

26. Een derde objectieve aansprakelijkheidsregeling die in de hier behandelde categorie thuishoort, is art. 13 van de wet van 18 juli 1975 «betreffende het *opsporen en exploiteren van ondergrondse bergruimten in situ*, bestemd voor het *opslaan van gas*»,⁸⁹ waarin wordt bepaald dat de houder van een opsporings- of exploitatievergunning van rechtswege verplicht is elke schade te vergoeden die wordt veroorzaakt door de opsporing en de exploitatie van bergruimten. Aangenomen wordt dat deze bepaling eveneens een objectieve aansprakelijkheidsregel formuleert.⁹⁰

27. Een laatste objectieve aansprakelijkheidsregeling waarvan onder deze hoofding melding moet worden gemaakt, is de wet van 10 januari 1977 «houdende een regeling van de schadeloosstelling voor schade veroorzaakt door het win-

⁷⁵ COLLE, P., o.c., p. 90, nr. 134 en de verwijzingen aldaar in voetnoot 139.

⁷⁶ COLLE, P., o.c., p. 90, nr. 134, en p. 92-93, nr. 141.

⁷⁷ ROGGE, J., o.c., *Rechtspraktijk en milieubescherming*, p. 197-199, nrs. 5 en 7.

⁷⁸ DERINE, R., o.c., *T.P.R.*, 1983, p. 275, nr. 23; BAERT, G.J.A., *Privaatrechtelijk bouwrecht*, Brussel, Story-Scientia, 1989, 759.

⁷⁹ BAERT, G.J.A., o.c., 788-789.

⁸⁰ BOCKEN, H., o.c., *T.P.R.*, 1984, p. 343-344, nr. 22.

⁸¹ BOCKEN, H., o.c., *T.P.R.*, 1984, p. 364, nr. 50.

⁸² SIMOENS, D., «Hoofdpijnen in de evolutie van het aansprakelijkheidsrecht (deel 1)», *R.W.*, 1980-81, (1961), kol. 1972-1976, nrs. 10-13.

⁸³ B.S., 3 maart 1920. De bepalingen betreffende de vergoeding van mijnschade werden nadien nog herhaaldelijk gewijzigd.

⁸⁴ Cass., 5 februari 1925, *Pas.*, 1925, I, 125; DALCQ, R.O., o.c., I, p. 152, nr. 204; FAGNART, J.-L., o.c., *Responsabilité et réparation des dommages*, p. 46, nr. 55; BOCKEN, H., o.c., *T.P.R.*, 1984, p. 364, nr. 51; FAURE, M. en VAN DEN BERGH, R., *Objectieve aansprakelijkheid, verplichte verzekering en veiligheidsregulering*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1989, p. 173, nr. 167.

⁸⁵ B.S., 31 juli-1 augustus 1939. Deze wet werd nadien nog herhaaldelijk gewijzigd.

⁸⁶ Voor meer details, zie BOCKEN, H., o.c., *T.P.R.*, 1984, p. 365-366, nr. 52.

⁸⁷ B.S., 7 mei 1965.

⁸⁸ BOCKEN, H., o.c., *T.P.R.*, 1984, p. 367-368, nr. 54, met verwijzing naar de parlementaire voorbereidingsstukken; FAURE, M. en VAN DEN BERGH, R., o.c., p. 174, nr. 169; zie echter in de zin van de gemeenrechtelijke buitencontractuele foutaansprakelijkheid: LOUVEAUX, M., «Energie, électricité et gaz», in *R.P.D.B., Complément IV*, Brussel, Bruylant, 1974, nr. 391.

⁸⁹ B.S., 14 augustus 1975.

⁹⁰ BOCKEN, H., o.c., *T.P.R.*, 1984, p. 368, nr. 55.

nen en pompen van grondwater», ⁹¹ waarvan de bepalingen van toepassing blijven tot op het ogenblik waarop krachtens een beslissing van de Vlaamse regering hoofdstuk IV van het decreet van 24 januari 1984 «houdende maatregelen inzake het grondwaterbeheer» ⁹² in werking treedt (zie art. 30 van dit decreet). Luidens art. 1, eerste lid, van voornoemde wet van 10 januari 1977 zijn de *exploitant van een grondwaterwinning* en de *bouwheer* van openbare of private werken, die door hun toedoen de *daling van de grondwaterlaag veroorzaken*, objectief aansprakelijk voor de schade die daardoor bovengronds aan onroerende goederen wordt aangebracht of die aan bestaande grondwaterwinningen van meer dan 10 m³ per dag wordt veroorzaakt. Omdat deze bepaling zelf de woorden «objectief aansprakelijk» gebruikt, is het duidelijk dat de benadeelde niet de fout van de in de wet vermelde personen hoeft te bewijzen om van hen schadeloosstelling te kunnen verkrijgen. ⁹³ Hij dient echter nog wel aan te tonen dat de schade werd veroorzaakt door de daling van het grondwaterpeil en dat dit laatste het gevolg is van het pompen van grondwater. ⁹⁴ Dit brengt mee dat de kansen op schadeloosstelling voor het slachtoffer in de praktijk niet veel groter zijn dan onder gelding van het gemene buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. ⁹⁵

Krachtens art. 1, tweede lid, van voornoemde wet van 10 januari 1977 zijn degenen die door hun gezamenlijk toedoen de daling van de grondwaterlaag veroorzaken, hoofdelijk aansprakelijk voor de daardoor veroorzaakte schade. De personen op wie deze hoofdelijke aansprakelijkheid rust, zijn enkel de exploitanten van een grondwaterwinning en de bouwheren van openbare en private werken, maar niet de architecten, de studiebureaus en de aannemers van bouwwerken, die voor die schade alleen kunnen worden aangesproken op basis van de gemeenrechtelijke regelen van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. ⁹⁶

Ten slotte zij nog aangestipt dat krachtens art. 7, § 1, van voornoemde wet van 10 januari 1977 een «Voorschottenfonds voor schadeloosstelling voor schade veroorzaakt door het winnen en pompen van grondwater» is opgericht, dat tot

taak heeft om, in geval van een dagvaarding door de schadelijder, hem reeds naar billijkheid een voorschot uit te keren, in afwachting van een rechterlijke einduitspraak, indien uit een summier onderzoek is gebleken dat er tussen de schade, de daling van het grondwater en de waterwinning een onderling verband bestaat (art. 8, § 1, van de wet van 10 januari 1977).

C. Risico-aansprakelijkheidsregelingen die van toepassing kunnen zijn op de eigenaar of de exploitant van een onroerend goed

1° Algemeen

28. Anders dan bij de objectieve aansprakelijkheid voor eigen rechtmatige daad, hoeft de benadeelde in de gevallen van risico-aansprakelijkheid niet te bewijzen dat de schade door de aansprakelijke werd veroorzaakt. Deze schadelast wordt juridisch aan hem toegerekend, omdat hij een bepaald aanknopingspunt blijkt te hebben met een van de risicofactoren die een rol spelen in het ontstaan van de schade. ⁹⁷ De reden waarom de wetgever deze schadelast juridisch «kanaliseert» naar deze of gene persoon, is meestal dat de betrokkene een zeggenschap heeft over de belangrijkste risicofactoren en uit de werking ervan ook voordeel haalt, maar kan ook zijn dat de wetgever een effectieve schadeloosstelling wil waarborgen, b.v. door een bij onderstelling solvabele schuldenaar aan te duiden of door een verplichte verzekering op te leggen. ⁹⁸

De door de wet of de rechtspraak als aansprakelijke aangewezen persoon kan niet aan zijn aansprakelijkheid ontkomen door te bewijzen dat hij geen fout heeft begaan of dat er geen causaal verband bestaat tussen zijn eigen optreden en de schade. Om van zijn aansprakelijkheid bevrijd te zijn, dient hij aan te tonen dat de wettelijke vereisten inzake de schadeverwekkende gebeurtenis niet vervuld zijn (b.v. geen gebrek van de zaak in de zin van art. 1384, eerste lid, B.W.) of dat hij niet de vereiste band heeft met de door de wetgever in aanmerking genomen aansprakelijkheidsfactor (b.v. geen bewaarder van de gebrekkige zaak in de zin van art. 1384, eerste lid, B.W.). ⁹⁹

2° De buitencontractuele aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken (art. 1384, eerste lid, B.W.)

29. Art. 1384, eerste lid, B.W. wordt in België in die zin geïnterpreteerd dat het de *bewaarder van een gebrekkige zaak* aansprakelijk stelt voor de schade die door dat gebrek aan derden wordt veroorzaakt. Voor de benadeelde is het voldoende dat hij zijn schade, het gebrek van de zaak en het causaal verband tussen beide aantoot, om de bewaarder van die zaak te kunnen aansprakelijk stellen. ¹⁰⁰ Deze laatste kan aan zijn aansprakelijkheid slechts ontkomen door te bewijzen

⁹¹ B.S., 8 februari 1977. Zie daarover o.m.: HANOTIAU, M., «La loi du 10 janvier 1977 organisant la réparation des dommages provoqués par les prises et pompages d'eau souterraine», *T. Aann.*, 1977, 187-198; BOCKEN, H., o.c., *T.P.R.*, 1984, p. 368-372, nrs. 56-60; SCHUERMANS, L., «Grondwaterbemaling - Enkele juridische beschouwingen naar aanleiding van de tiende verjaardag van de wet van 1977», *T. Aann.*, 1987, 240-249; FAURE, M. en VAN DEN BERGH, R., o.c., p. 176-178, nrs. 174-175; BOCKEN, H., «Het proces zonder einde: aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door grondwaterwinning en bronbemaling», *T.P.R.*, 1995, 1633-1678.

⁹² B.S., 5 juni 1984.

⁹³ HANOTIAU, M., o.c., *T. Aann.*, 1977, 188; BOCKEN, H., o.c., *T.P.R.*, 1984, p. 369, nr. 56; SCHUERMANS, L., o.c., *T. Aann.*, 1987, 242; BOCKEN, H., o.c., *T.P.R.*, 1995, p. 1649-1650, nr. 19.

⁹⁴ Cass., 8 december 1983, *Arr. Cass.*, 1983-84, 405, *Pas.*, 1984, I, 388, *R.W.*, 1984-85, 1487, *R.G.A.R.*, 1985, nr. 10.862; HANOTIAU, M., o.c., *T. Aann.*, 1977, 192 en 194; BOCKEN, H., o.c., *T.P.R.*, 1984, *ibid.*; SCHUERMANS, L., o.c., *T. Aann.*, 1987, 242-243; FAURE, M. en VAN DEN BERGH, R., o.c., p. 177, nr. 174; BOCKEN, H., o.c., *T.P.R.*, 1995, p. 1655, nr. 24.

⁹⁵ HANOTIAU, M., o.c., *T. Aann.*, 1977, 193; BOCKEN, H., o.c., *T.P.R.*, 1984, *ibid.*, en *T.P.R.*, 1995, p. 1656, nr. 25.

⁹⁶ Cass., 21 januari 1983, *Arr. Cass.*, 1982-83, 628, *Pas.*, 1983, I, 602, *R.W.*, 1983-84, 701.

⁹⁷ BOCKEN, H., o.c., *T.P.R.*, 1984, p. 373, nr. 62.

⁹⁸ BOCKEN, H., o.c., *T.P.R.*, 1984, p. 377, nr. 65.

⁹⁹ BOCKEN, H., o.c., *T.P.R.*, 1984, p. 374, nr. 64.

¹⁰⁰ DALCO, R.O., o.c., I, p. 685, nr. 2162; CORNELIS, L., *Beginnelsen* ..., p. 458-459, nr. 280; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en WYNANT, L., o.c., *T.P.R.*, 1995, p. 1281, nr. 57 en de aldaar geciteerde rechtspraak.

zen dat de schade in werkelijkheid niet werd veroorzaakt door het gebrek van de zaak waarover hij het toezicht had, maar het gevolg is van een vreemde oorzaak, namelijk overmacht, de fout van de benadeelde zelf of de fout van een derde.¹⁰¹

Algemeen wordt aangenomen dat art. 1384, eerste lid, B.W. ook van toepassing is op onroerende goederen, zowel bebouwde als onbebouwde.¹⁰² Zo is de in deze bepaling geregelde aansprakelijkheid herhaaldelijk toegepast voor wegen, voetpaden, waterwegen, bomen, weiden en akkers, rotsen, zandbakken en speeltuinen.¹⁰³ Enkel indien voldaan is aan de toepassingsvoorwaarden van art. 1386 B.W., d.w.z. een gebouw dat instort ingevolge een verzuim in het onderhoud of een gebrek in de bouw, en waardoor aan derden schade wordt veroorzaakt, wordt aan deze laatste bepaling de voorrang gegeven.¹⁰⁴

De belangrijkste toepassingsvoorwaarde van art. 1384, eerste lid, B.W. is dat de schade moet veroorzaakt zijn door een *gebrek van de zaak*. Volgens de jongste rechtspraak van het Hof van Cassatie is een zaak gebrekkig indien ze een abnormaal kenmerk vertoont waardoor in bepaalde omstandigheden schade kan ontstaan.¹⁰⁵ De aanwezigheid van een vreemd element in een groter geheel, de zgn. complexe zaak, maakt die zaak slechts gebrekkig indien dat vreemde element een deel en daardoor een kenmerk van die complexe zaak is geworden en indien de aanwezigheid van dat deel een abnormaal kenmerk van de complexe zaak is.¹⁰⁶ Zo werd een openbaar bestuur, als beheerder van een waterweg, op grond van art. 1384, eerste lid, B.W. aansprakelijk gesteld voor de schade aan schepen veroorzaakt door in het water

drijvende balken¹⁰⁷ en werd een terrein dat met stookolie was doordrenkt en daardoor infiltraties in de bodem bij de burens veroorzaakte, als een gebrekkige zaak in de zin van deze wetsbepaling beschouwd.¹⁰⁸

De in art. 1384, eerste lid, B.W. geregelde aansprakelijkheid rust op de bewaarder van de gebrekkige zaak, d.i. de persoon die in feite voor eigen rekening van de zaak gebruik maakt, het genot ervan heeft of voor het behoud ervan zorgt, met het recht er toezicht, leiding en controle over uit te oefenen.¹⁰⁹ Afhankelijk van de concrete omstandigheden van ieder geval afzonderlijk kan dit zowel de eigenaar zijn als de bezitter, de concessiehouder, de exploitant, de huurder, de bruiklenner, ..., enz.¹¹⁰

De verzekering van de aansprakelijkheid van de bewaarder van een gebrekkige zaak levert geen bijzondere juridische problemen op, aangezien deze aansprakelijkheid, naargelang het geval, gedekt wordt door de gezinsaansprakelijkheidsverzekering, de beroeps- of de bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering.¹¹¹

3° De buitencontractuele aansprakelijkheid van de eigenaar van een gebouw voor de instorting van het gebouw (art. 1386 B.W.)

30. Krachtens art. 1386 B.W. is de eigenaar van een gebouw tegenover derden aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door de instorting van dat gebouw ingevolge een verzuim van onderhoud of een gebrek in dat gebouw.

Voor de toepassing van deze bepaling is in de eerste plaats vereist dat schade is veroorzaakt door de instorting van een gebouw. Het begrip «gebouw» wordt ruim opgevat als iedere constructie die door de mens is opgericht door verbinding van diverse materialen en die op duurzame wijze met de grond is verbonden.¹¹² Zo werd art. 1386 B.W. toepasselijk verklaard op woonhuizen, openbare gebouwen, afsluitingsmuren e.d.m.¹¹³ Ook ondergrondse bouwwerken komen in aanmerking.¹¹⁴ Onder «instorting» dient volgens de

¹⁰¹ DALCO, R.O., o.c., I, p. 686, nr. 2164; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., o.c., T.P.R., 1980, p. 1348, nr. 88, B; CORNELIS, L., *De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door zaken*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1982, p. 187-188, nrs. 200-201; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en WYNANT, L., o.c., T.P.R., 1995, p. 1332-1333, nr. 81 en de aldaar geciteerde rechtspraak.

¹⁰² DALCO, R.O., o.c., I, p. 644-648, nrs. 2050-2054 en nrs. 2056-2057; CORNELIS, L., *Beginnelsen* ..., p. 517, nr. 319; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en WYNANT, L., o.c., T.P.R., 1995, p. 1292, nr. 66, A.

¹⁰³ Zie de rechtspraak geciteerd bij VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELEN, K. en DE COSTER, S., «Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1979-1984)», T.P.R., 1987, (1255), p. 1379, nr. 66, A, en bij VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en WYNANT, L., o.c., T.P.R., 1995, p. 1292-1293, nr. 66, A.

¹⁰⁴ DALCO, R.O., o.c., I, p. 643, nr. 2048; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., o.c., T.P.R., 1980, p. 1274, nr. 110; CORNELIS, L., *De buitencontractuele aansprakelijkheid* ..., p. 249, nr. 257; MEULDERS, L., «Le concours des différents régimes de responsabilité prévus aux articles 1384 à 1386bis du Code civil», R.G.A.R., 1984, nr. 10.842/Trecto; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELEN, K. en DE COSTER, S., o.c., T.P.R., 1987, p. 1438, nr. 102; CORNELIS, L., *Beginnelsen* ..., p. 666-667, nr. 419.

¹⁰⁵ Zie de rechtspraak geciteerd bij VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en WYNANT, L., o.c., T.P.R., 1995, p. 1313-1314, nr. 73, B; *adde*: Cass., 1 maart 1996, Arr. Cass., 1996, 214, *De Verz.*, 1996, 464, R.W., 1997-98, 774.

¹⁰⁶ CORNELIS, L., «Extra-contractuele aansprakelijkheid voor zaken. Het gebrek van de zaak en de causaliteitsbeoordeling», T.P.R., 1984, (299), p. 317-318, nr. 23.

¹⁰⁷ Cass., 12 februari 1976, Arr. Cass., 1976, 666, Pas., 1976, I, 636, J.T., 1976, 325, R.G.A.R., 1977, nr. 9814, met noot GLANSDOFF, F.

¹⁰⁸ Kh. Sint-Niklaas, 2 december 1958, R.W., 1959-60, 1904.

¹⁰⁹ Vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie sinds Cass., 25 maart 1943, Arr. Verbr., 1943, 68, Pas., 1943, I, 110. Zie de recente rechtspraak in die zin geciteerd bij VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en WYNANT, L., o.c., T.P.R., 1995, p. 1294-1295, nr. 67, A.

¹¹⁰ Zie de toepassingen vermeld bij VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en WYNANT, L., o.c., T.P.R., 1995, p. 1300-1309, nr. 70.

¹¹¹ Zie *supra*, nrs. 16-17 en de verwijzingen aldaar.

¹¹² DALCO, R.O., o.c., I, p. 715-716, nr. 2256; CORNELIS, L., *De buitencontractuele aansprakelijkheid* ..., p. 250-251, nr. 258; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELEN, K. en DE COSTER, S., o.c., T.P.R., 1987, p. 1442, nr. 107; CORNELIS, L., *Beginnelsen* ..., p. 638, nr. 397; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en WYNANT, L., o.c., T.P.R., 1995, p. 1363, nr. 107.

¹¹³ Zie de rechtspraak geciteerd door VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., o.c., T.P.R., 1980, p. 1278, nr. 116, en door VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELEN, K. en DE COSTER, S., o.c., T.P.R., 1987, p. 1443, nr. 107.

¹¹⁴ CORNELIS, L., o.c., *De buitencontractuele aansprakelijkheid* ..., p. 251, nr. 259; BOCKEN, H., o.c., T.P.R., 1984, p. 380, nr. 67; VANDEN-

klassieke definitie van het Hof van Cassatie te worden verstaan het vallen van hetzij het geheel hetzij een gedeelte van de materialen die het gebouw vormen.¹¹⁵ In de rechtspraak werden o.m. als «instorting» beschouwd: het instorten van het dak van een gebouw,¹¹⁶ het neervallen van een ballustradebalk,¹¹⁷ het neervallen van een schoorsteen.¹¹⁸

Voor de toepassing van art. 1386 B.W. is vervolgens vereist dat de instorting van het gebouw te wijten is aan ofwel een verzuim in het onderhoud ofwel een gebrek in het gebouw. Het is noodzakelijk maar voldoende dat de benadeelde een van beide oorzaken van de instorting aantoonst.¹¹⁹ Het verzuim in het onderhoud of het gebrek in het gebouw hoeven niet noodzakelijk aan de persoonlijke fout van de eigenaar te wijten te zijn, maar kunnen het gevolg zijn van het slechte onderhoud door de huurder respectievelijk een constructiefout van de aannemer en/of een toezichtsfout van de architect.¹²⁰

Indien aan deze voorwaarden is voldaan, is de eigenaar tegenover derden aansprakelijk voor de schade veroorzaakt door de instorting van het aan hem toebehorende gebouw. Hij kan niet aan zijn aansprakelijkheid ontkomen door aan te tonen dat hem geen persoonlijke fout treft of dat een vreemde oorzaak ten grondslag ligt aan het verzuim in het onderhoud of aan het gebrek in het gebouw. Om van zijn aansprakelijkheid bevrijd te zijn, moet de eigenaar bewijzen dat de toepassingsvoorwaarden van art. 1386 B.W. niet vervuld zijn, m.a.w. dat de schade in werkelijkheid veroorzaakt werd door een vreemde oorzaak, namelijk overmacht, de fout van de benadeelde zelf of de fout van een derde.¹²¹

De verzekering van de aansprakelijkheid van de eigenaar van een gebouw ex art. 1386 B.W. levert geen bijzondere ju-

ridische problemen op, aangezien deze aansprakelijkheid, naargelang het geval, gedekt wordt door de gezinsaansprakelijkheidsverzekering, de beroeps- of de bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering.¹²²

4° Brand en ontploffing in voor het publiek toegankelijke gebouwen

31. Krachtens art. 8, eerste lid, van de wet van 30 juli 1979 «betreffende de preventie van brand en ontploffing en betreffende de verplichte verzekering van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid in dergelijke gevallen»¹²³ zijn de exploitanten van de inrichtingen die gewoonlijk voor het publiek toegankelijk zijn,¹²⁴ objectief aansprakelijk voor de lichamelijke en de materiële schade aan derden veroorzaakt door brand of ontploffing in deze gebouwen, en dit onverminderd het gemeenrechtelijke regresrecht op de voor het schadegeval aansprakelijke persoon. Deze objectieve aansprakelijkheid, die per schadegeval begrensd is tot 600 miljoen frank voor letselschade en tot 30 miljoen voor zaakschade,¹²⁵ is ingegeven door de overweging dat de beste preventiemaatregelen nooit volledig zullen kunnen verhinderen dat zich een brand of ontploffing voordoet, zodat het van essentieel belang is te zorgen voor een behoorlijke vergoeding van de slachtoffers van dergelijke schadegevallen. Daarbij komt dat, wanneer hier de gemeenrechtelijke foutaansprakelijkheid zou worden toegepast, het voor de slachtoffers zeer moeilijk zou zijn om een fout te bewijzen en de aansprakelijke te identificeren. Wegens de mogelijke omvang van de toegebrachte schade lopen die slachtoffers bovendien het risico te worden geconfronteerd met de insolventie van de aansprakelijke.¹²⁶

Om die eventuele insolventie te ondervangen, dienen de exploitanten van de inrichtingen die gewoonlijk voor het publiek toegankelijk zijn, hun in de vorige alinea vermelde objectieve aansprakelijkheid ten belope van de aldaar ver-

BERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELEN, K. en DE COSTER, S., *ibid.*; CORNELIS, L., *Beginselen* ..., p. 638, 397 en de aldaar in voetnoot 682 geciteerde rechtspraak; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en WYNANT, L., o.c., *TPR.*, 1995, p. 1363, nr. 107.

¹¹⁵ Cass., 8 mei 1924, *Pas.*, 1924, I, 328; Cass., 18 april 1975, *Arr. Cass.*, 1975, 917, *Pas.*, 1975, I, 828, *R.W.*, 1975-76, 159.

¹¹⁶ Zie o.m. Luik, 30 juni 1988, *R.G.A.R.*, 1992, nr. 12.010; Rb. Mechelen, 29 december 1987, *T.B.B.R.*, 1989, 415; Rb. Charleroi, 16 mei 1975, *R.G.A.R.*, 1976, nr. 9553.

¹¹⁷ Antwerpen, 13 september 1983 en Rb. Antwerpen, 19 maart 1981, *De Verz.*, 1984, 459; Luik, 24 juni 1988, *Ann. Dr. Liège*, 1990, 25, met noot KEEFER, F.; Rb. Marche-en-Famenne, 10 juli 1986, *R.G.A.R.*, 1989, nr. 11.545.

¹¹⁸ Zie o.m. Rb. Bergen, 2 maart 1987, *De Verz.*, 1987, 493, met noot LAMBERT, M.; Rb. Brussel, 18 april 1989, *Res. Jur. Imm.*, 1991, 143, met noot; Rb. Charleroi, 24 februari 1992, *Rev. Rég. Dr.*, 1993, 18.

¹¹⁹ VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELEN, K. en DE COSTER, S., o.c., *TPR.*, 1987, p. 1444, nr. 109; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en WYNANT, L., o.c., *TPR.*, 1995, p. 1365, nr. 109.

¹²⁰ VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELEN, K. en DE COSTER, S., o.c., *TPR.*, 1987, p. 1444-1445, nr. 109; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en WYNANT, L., o.c., *TPR.*, 1995, p. 1366-1367, nr. 109.

¹²¹ VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINK, P., o.c., *TPR.*, 1980, p. 1282, nr. 120; BOCKEN, H., o.c., *TPR.*, 1984, p. 380, nr. 67; VANDENBERGHE, H. en VAN QUICKENBORNE, M., m.m.v. GEELEN, K. en DE COSTER, S., o.c., *TPR.*, 1987, p. 1446-1447, nr. 110; VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en WYNANT, L., o.c., *TPR.*, 1995, p. 1368, nr. 110.

¹²² Zie *supra*, nrs. 16-17 en de verwijzingen aldaar.

¹²³ B.S., 20 september 1979. Zie over deze wet: ROGGE, J., «Preventie van brand en ontploffing en verplichte burgerrechtelijke aansprakelijkheidsverzekering», *B.R.H.*, 1980, 21-32; VAN OEVELEN, A. en VANDEPLAS, A., «Preventie van brand en ontploffing, objectieve aansprakelijkheid en verplichte burgerlijke aansprakelijkheidsverzekering», *R.W.*, 1980-81, 217-252; MAHIEU, M., «La loi du 30 juillet 1979 relative à la prévention des incendies et des explosions, ainsi qu'à l'assurance obligatoire de la responsabilité civile dans les mêmes circonstances», *R.G.A.R.*, 1981, nr. 10.325; BOCKEN, H., o.c., *TPR.*, 1984, p. 380-382, nr. 68.

¹²⁴ De categorieën van inrichtingen waarop deze objectieve aansprakelijkheid van toepassing is, worden opgesomd in art. 1 van het K.B. van 28 februari 1991 «betreffende de inrichtingen die onder de toepassing vallen van hoofdstuk II van de wet van 30 juni 1979 betreffende de preventie van brand en ontploffing en betreffende de verplichte verzekering van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid in dergelijke gevallen», *B.S.*, 13 april 1991.

¹²⁵ Zie art. 1 van het K.B. van 5 augustus 1991 «tot uitvoering van de artikelen 8, *bis* en 9 van de wet van 30 juli 1979 betreffende de preventie van brand en ontploffing en betreffende de verplichte verzekering van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid in dergelijke gevallen», *B.S.*, 30 augustus 1991.

¹²⁶ Zie daarover uitvoeriger: VAN OEVELEN, A. en VANDEPLAS, A., o.c., *R.W.*, 1980-81, kol. 230-231, nrs. 19-20; BOCKEN, H., o.c., *TPR.*, 1984, p. 380, nr. 68.

melde bedragen te laten verzekeren (art. 8, derde lid, van de wet van 30 juli 1979 en art. 3, eerste lid, van het in voetnoot 125 geciteerde K.B. van 5 augustus 1991). Aan de benadeelde wordt een rechtstreekse vordering tegen de verzekeraar toegekend (art. 8, zevende lid, van de wet van 30 juli 1979).

Op de bepalingen van de wet van 30 juli 1979 is een beroep gedaan door de slachtoffers en hun nabestaanden van de brand in het Switel-hotel in Antwerpen met Nieuwjaar 1995 en van de brand op het vliegveld van Oostende in augustus 1997. Bij de afwikkeling van het eerstgenoemde schadegeval is o.m. de vraag gerezen of het verzekerde bedrag wel toereikend is.

5° Kosten van milieusaneringswerken

32. Door art. 85, eerste lid, van de wet van 24 december 1976 «betreffende de budgettaire voorstellen 1976-77»¹²⁷ wordt de schade die voor de Staat en de gemeenten voortvloeit uit de kosten die zij hebben moeten maken wanneer zij verplicht zijn milieusaneringswerken uit te voeren, b.v. op grond van de wetgeving betreffende de civiele bescherming,¹²⁸ ten laste gelegd van de eigenaars van de vervuilde producten. Aangenomen wordt dat deze bepaling een objectieve aansprakelijkheid ten laste legt van de eigenaars van vervuilde producten.¹²⁹ Recent werd op deze bepaling een aantal malen een beroep gedaan om de kosten van het optreden van de gemeentelijke brandweer en van de civiele bescherming ter bestrijding van olieverontreiniging, te verhalen op de exploitant van het onroerend goed waarin zich een lekkende olietank bevond.¹³⁰

6° Bodemsanering

33. De artt. 25 tot 29 van het decreet van de Vlaamse Raad van 22 februari 1995 betreffende de bodemsanering,¹³¹ hierna verkort te citeren als «Bodemsaneringsdecreet», bevatten een bijzondere aansprakelijkheidsregeling voor de kosten die overeenkomstig dit decreet worden gemaakt voor het oriënterend bodemonderzoek, het beschrijvend bodemonderzoek of de andere maatregelen, evenals voor de schade die wordt veroorzaakt door deze activiteiten of maatregelen alsook door gebruiksbeperkingen of voorzorgsmaatregelen opgelegd krachtens art. 5 van dit decreet. Deze bijzondere aansprakelijkheidsregelen zijn niet van toepassing op de schade veroorzaakt door de bodemverontreiniging zelf. Voor laatstgenoemde schade gelden de gemeenrechtelijke

lijke en de specifieke buitencontractuele aansprakelijkheidsregelen die hierboven werden uiteengezet.¹³²

Voor de toepassing van deze bijzondere aansprakelijkheidsregelen, zoals voor de meeste andere bepalingen van het Bodemsaneringsdecreet, is het van essentieel belang een onderscheid te maken tussen de nieuwe en de historische bodemverontreiniging, d.w.z. naargelang de bodemverontreiniging is totstandgekomen na of vóór de inwerkingtreding van dit decreet (zie art. 2, 4° en 5°, Bodemsaneringsdecreet). Deze bijzondere aansprakelijkheidsregelen zijn in werking getreden op 29 oktober 1995, d.w.z. zes maanden na de publicatie van het Bodemsaneringsdecreet in het Belgisch Staatsblad (art. 52 Bodemsaneringsdecreet). Indien het gaat om een gemengde bodemverontreiniging, d.w.z. een bodemverontreiniging die gedeeltelijk vóór en gedeeltelijk na de inwerkingtreding van het Bodemsaneringsdecreet is totstandgekomen (zie art. 2, 6°, Bodemsaneringsdecreet), worden de respectieve aansprakelijkheidsregelen die gelden voor de historische en voor de nieuwe bodemverontreiniging op iedere soort bodemverontreiniging toegepast, voor zover de twee soorten bodemverontreiniging kunnen worden onderscheiden (art. 34, eerste lid, Bodemsaneringsdecreet). Als de verschillende soorten bodemverontreiniging niet kunnen worden onderscheiden, gelden uitsluitend de aansprakelijkheidsregelen aangaande de nieuwe bodemverontreiniging (art. 34, tweede lid, Bodemsaneringsdecreet).

34. In het geval van *nieuwe bodemverontreiniging* geldt als *algemene regel* dat, wie door een emissie bodemverontreiniging heeft veroorzaakt, aansprakelijk is voor de in het vorige randnummer vermelde schade (art. 25, § 1, Bodemsaneringsdecreet). Aangenomen wordt dat hier een regel van objectieve aansprakelijkheid voor eigen daad wordt geformuleerd.¹³³ Om zich op deze aansprakelijkheid te kunnen beroepen, is het voldoende dat de benadeelde aantoonde dat de emissie heeft veroorzaakt, zonder dat hij een fout van deze persoon hoeft te bewijzen. Deze aansprakelijkheid geldt zowel voor bedrijven als voor privé-personen wier emissies bodemverontreiniging veroorzaken.¹³⁴

In het geval van een *nieuwe bodemverontreiniging* geldt voorts als *bijzondere regel* dat, indien de emissie waardoor de bodemverontreiniging werd veroorzaakt, afkomstig is van een inrichting of het gevolg is van een activiteit die vergunnings- of meldingsplichtig is krachtens het Milieuvergun-

¹²⁷ B.S., 28 december 1976, *erratum* B.S., 21 januari 1977.

¹²⁸ Krachtens artt. 1, 2 en 4 van de wet van 31 december 1963 op de civiele bescherming en art. 2 van het K.B. van 23 juni 1971 «houdende organisatie van de opdrachten van de civiele bescherming en coördinatie van de operaties bij rampspoedige gebeurtenissen, catastrofes en schadegevallen» (B.S., 24 juli 1971) zijn de diensten van de civiele bescherming en de gemeentelijke brandweer verplicht saneringswerken uit te voeren bij elke vervuiling van enige omvang.

¹²⁹ BOCKEN, H., o.c., *T.P.R.*, 1984, p. 389, nr. 76.

¹³⁰ Zie o.m. Kortrijk, 3 maart 1992, *T.M.R.*, 1993, 46; Rb. Gent, 14 april 1993, *T.M.R.*, 1994, 117; Corr. Gent, 2 juni 1994, *T.M.R.*, 1995, 507.

¹³¹ B.S., 29 april 1995; *erratum* B.S., 3 oktober 1995.

¹³² DEKETELARE, M., «Aansprakelijkheid voor historische, nieuwe en gemengde bodemverontreiniging», in *Het decreet betreffende de bodemsanering*, DE KETELAERE, K. (ed.), Brugge, Die Keure, 1995, (111), p. 131, nr. 49; RYCKBOST D. en DELODDERE, S., *Bodemsanering in Vlaanderen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1997, p. 99, nr. 112.

¹³³ RYCKBOST, D. en DELODDERE, S., o.c., p. 100, nr. 115; zie ook DEKETELAERE, M., o.c., *Het decreet betreffende de bodemsanering*, p. 129, nr. 42. Vanuit deze optiek ware het misschien meer verantwoord om deze aansprakelijkheid te behandelen onder de hoofding III, B (nrs. 19 e.v.), maar wegens de nauwe samenhang met de hierna te bespreken bijzondere aansprakelijkheidsregel voor vergunningsplichtige of meldingsplichtige inrichtingen, waarin het wel om een geval van risico-aansprakelijkheid gaat, verdient het de voorkeur om alle bijzondere aansprakelijkheidsregelen inzake bodemsanering onder deze laatste hoofding te bespreken.

¹³⁴ DEKETELAERE, M., o.c., *Het decreet betreffende de bodemsanering*, p. 129-130, nr. 44; RYCKBOST, D. en DELODDERE, S., *ibid.*

ningsdecreet van 28 juni 1985, de exploitant van deze inrichting of activiteit aansprakelijk is (art. 25, § 2, Bodemsaneringsdecreet). De benadeelde die deze aansprakelijkheidsregel wil invoeren, hoeft niet te bewijzen wie de emissie heeft veroorzaakt; het is voldoende dat hij aantoont dat er een emissie heeft plaatsgehad vanuit of naar aanleiding van een vergunnings- of meldingsplichtige inrichting of activiteit.¹³⁵ Men staat hier voor een regel van eigenlijke risico-aansprakelijkheid,¹³⁶ die hoofdzakelijk hierdoor wordt verantwoord dat het exploiteren van een vergunnings- of meldingsplichtige inrichting of activiteit een bijzonder risico teweegbrengt, dat de identiteit van de exploitant door de benadeelde meestal vrij gemakkelijk kan worden achterhaald, dat de exploitant ook de controle heeft over de verontreinigende activiteit of inrichting, dat hij er het economische voordeel van heeft en dat hij kennis heeft van de gebruikte procédés en de mogelijke risico's kan inschatten, zodat hij het productieproces in gunstige zin kan aanpassen.¹³⁷

De toepassing van de bijzondere aansprakelijkheidsregel van art. 25, § 2, Bodemsaneringsdecreet sluit de toepassing van de algemene aansprakelijkheidsregel van art. 25, § 1, Bodemsaneringsdecreet uit. Een cumulatieve toepassing van beide regelen is dus uitgesloten.¹³⁸

Indien verscheidene personen op grond van het Bodemsaneringsdecreet aansprakelijk zijn voor eenzelfde bodemverontreiniging, zijn zij hoofdelijk aansprakelijk (art. 27, § 1, Bodemsaneringsdecreet). Als verschillende emissies evenwel de oorzaak zijn van onderscheiden delen van bodemverontreiniging, speelt deze hoofdelijke aansprakelijkheid niet, maar is iedere veroorzaker (cfr. art. 25, § 1, Bodemsaneringsdecreet) c.q. exploitant (cfr. art. 25, § 2, Bodemsaneringsdecreet) aansprakelijk voor het aan hem toe te rekenen deel van de bodemverontreiniging.¹³⁹

Indien verscheidene personen op grond van het Bodemsaneringsdecreet hoofdelijk aansprakelijk zijn voor eenzelfde bodemverontreiniging, kan degene onder hen die de benadeelde heeft vergoed, een regres uitoefenen tegen de andere aansprakelijken, in de mate waarin de verschillende emissies waarvoor zij aansprakelijk zijn, bijgedragen hebben tot het veroorzaken van de bodemverontreiniging (art. 27, § 2, Bodemsaneringsdecreet), en dit onverminderd de mogelijkheid om nog op basis van een andere rechtsgrond regres uit te oefenen (art. 27, § 3, Bodemsaneringsdecreet).

Vanuit maatschappelijke overwegingen en op grond van billijkheidsmotieven heeft de decreetgever de aansprakelijkheid van de «onschuldige» eigenaar of bezitter gemilderd.¹⁴⁰ Met de «onschuldige» eigenaar of bezitter wordt de

persoon bedoeld die aan de in art. 10, § 2, Bodemsaneringsdecreet gestelde voorwaarden voldoet om niet tot sanering te moeten overgaan, d.w.z. dat hij de bodemverontreiniging niet zelf heeft veroorzaakt, dat hij, op het ogenblik waarop hij aan de voorwaarden voldeed om tot sanering over te gaan, niet op de hoogte was noch behoorde te zijn van de verontreiniging, en dat hij sinds 1 januari 1993 op zijn grond geen inrichting noch activiteit heeft gevestigd die voorkomt op de door de Vlaamse regering opgestelde lijst van inrichtingen en activiteiten die bodemverontreiniging kunnen veroorzaken. Voor de schade bedoeld in art. 25, § 1, Bodemsaneringsdecreet wordt de aansprakelijkheid van die «onschuldige» eigenaar of bezitter in die zin gemilderd, dat de aansprakelijkheid die hij kan oplopen krachtens de geldende regelen die de aansprakelijkheid vestigen op de loutere eigendom of loutere bewaking van de grond, beperkt wordt tot het bedrag van de kosten dat nodig is om te voorkomen dat de bodemverontreiniging zich verder verspreidt of een onmiddellijk gevaar vormt (art. 26 Bodemsaneringsdecreet). Deze bepaling is voor de «onschuldige» eigenaar of bezitter gunstiger dan de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregeling, aangezien de bewaker van een stuk grond dat met een gebrek behept is, uit hoofde van die hoedanigheid alleen, op basis van art. 1384, eerste lid, B.W. aansprakelijk kan worden gesteld voor de kosten van de bodemsanering.¹⁴¹ Dit gunststelsel belet evenwel niet dat de «onschuldige» eigenaar of bezitter op grond van de regelen van de buitencontractuele foutaansprakelijkheid (artt. 1382-1383 B.W.) tot schadeloosstelling kan worden aangesproken indien hij, nadat hij op de hoogte is van de vervuiling, nalaat de nodige maatregelen te nemen om te verhinderen dat derden door deze verontreiniging verdere schade lijden.¹⁴²

35. Op een geval van *historische bodemverontreiniging* is de in het vorige randnummer uiteengezette aansprakelijkheidsregeling niet van toepassing, aangezien deze geen terugwerkende kracht heeft.¹⁴³ In dat geval wordt de aansprakelijkheid voor de in art. 25, § 1, Bodemsaneringsdecreet bedoelde kosten en verdere schade geregeld door de regelen die van toepassing waren vóór de inwerkingtreding van dit decreet, d.w.z. vóór 29 oktober 1995 (art. 32, § 1, Bodemsaneringsdecreet). Naargelang het geval kan dan een beroep worden gedaan op de andere aansprakelijkheidsregelen die in dit preadvies zijn behandeld.

Ook bij een historische bodemverontreiniging wordt de aansprakelijkheid van de «onschuldige» eigenaar of bezitter voor de in art. 25, § 1, Bodemsaneringsdecreet bedoelde schade beperkt tot het bedrag van de kosten dat nodig is om te voorkomen dat de bodemverontreiniging zich verder verspreidt of een onmiddellijk gevaar vormt (art. 32, § 2, Bodemsaneringsdecreet). De omschrijving van het begrip «onschuldige» eigenaar of bezitter is hier enigszins gunstiger dan

¹³⁵ DEKETELAERE, M., o.c., *Het decreet betreffende de bodemsanering*, p. 129-130, nrs. 44 en 48; RYCKBOST, D. en DELODDERE, S., o.c., p. 100-101, nr. 116.

¹³⁶ RYCKBOST, D. en DELODDERE, S., o.c., p. 101, nr. 116.

¹³⁷ Zie het verslag H. BROUNS inzake het «ontwerp van decreet betreffende de bodemsanering», *Gedr. St., Vl. R.*, 1993-94, nr. 587/10, p. 42.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ Verslag H. BROUNS inzake het «ontwerp van decreet betreffende de bodemsanering», *Gedr. St., Vl. R.*, 1993-94, nr. 587/10, p. 44.

¹⁴⁰ Verslag H. BROUNS inzake het «ontwerp van decreet betreffende de bodemsanering», *Gedr. St., Vl. R.*, 1993-94, nr. 587/10, p. 31.

¹⁴¹ Verslag H. BROUNS inzake het «ontwerp van decreet betreffende de bodemsanering», *Gedr. St., Vl. R.*, 1993-94, nr. 587/10, p. 30-31; RYCKBOST, D. en DELODDERE, S., o.c., p. 102, nr. 120.

¹⁴² RYCKBOST, D. en DELODDERE, S., o.c., p. 102-103, nr. 120.

¹⁴³ Memorie van toelichting bij het «ontwerp van decreet betreffende de bodemsanering», *Gedr. St., Vl. R.*, 1993-94, nr. 587/1, p. 44; DEKETELAERE, M., o.c., *Het decreet betreffende de bodemsanering*, p. 135, nr. 60; RYCKBOST, D. en DELODDERE, S., o.c., p. 100, nr. 113 en p. 103, nr. 121.

in het geval van een nieuwe bodemverontreiniging, in die zin dat daarmee de persoon wordt bedoeld die aan de in art. 31, § 2 of § 3, Bodemsaneringsdecreet vermelde voorwaarden voldoet om niet tot sanering te moeten overgaan, d.w.z. dat hij ofwel de bodemverontreiniging niet zelf heeft veroorzaakt en op het ogenblik waarop hij eigenaar of gebruiker werd van de grond, niet op de hoogte was noch behoorde te zijn van de verontreiniging, ofwel, in geval van verwerving van een vóór 1 januari 1993 historisch verontreinigde grond, de verontreiniging niet zelf heeft veroorzaakt en de grond sinds de verwerving niet heeft gebruikt voor zijn beroep of bedrijf.¹⁴⁴

36. Zowel bij nieuwe als bij historische bodemverontreiniging dient degene die overgaat tot bodemsanering of tot andere maatregelen ter behandeling van bodemverontreiniging, op verzoek van de Openbare Afvalstoffenmaatschappij voor het Vlaamse Gewest (OVAM) de *financiële zekerheden* te stellen tot waarborg van zijn verbintenissen tot betaling van schadeloosstelling overeenkomstig respectievelijk artt. 25 en 32 Bodemsaneringsdecreet (art. 29, eerste lid, respectievelijk art. 33 Bodemsaneringsdecreet). In art. 43, § 1, 1° en § 2, van het Besluit van de Vlaamse regering van 5 maart 1996 «houdende vaststelling van het Vlaams reglement betreffende de bodemsanering»,¹⁴⁵ hierna verkort als VLAREBO te citeren, wordt bepaald dat, als een saneringsplichtige door de OVAM wordt verzocht financiële zekerheden te stellen voor zijn mogelijke aansprakelijkheid voor de schade veroorzaakt door de bodemsanering, door de gebruiksbeperkingen of de voorzorgsmaatregelen opgelegd krachtens art. 5 Bodemsaneringsdecreet, deze financiële zekerheid de vorm aanneemt van een garantie van een financiële instelling, maar dat OVAM bovendien de mogelijkheid heeft een aansprakelijkheidsverzekering en/of een borgstelling als financiële zekerheid te aanvaarden. OVAM bepaalt tevens de hoogte van de financiële zekerheid, rekening houdende met een voorlopige evaluatie van de risico's op schade die de bodemsanering, de gebruiksbeperkingen of de voorzorgsmaatregelen opgelegd krachtens art. 5 Bodemsaneringsdecreet, kunnen opleveren (art. 43, § 3, VLAREBO).

IV. BESLUIT

37. Uit het voorgaande kunnen de volgende conclusies worden getrokken op het stuk van de buitencontractuele aansprakelijkheid van de eigenaar en de exploitant van een onroerend goed.

In de eerste plaats komt uit dit preadvies naar voren dat deze aansprakelijkheid nog in ruime mate wordt beheerst door de gemeenrechtelijke regelen van de buitencontractuele aansprakelijkheid (artt. 1382 e.v. B.W.). De toepassing van deze regelen op de eigenaar en de exploitant van een onroerend goed levert weinig specifieke juridische problemen op, behoudens het causaliteitsprobleem of de kosten van saneringsmaatregelen die de terzake bevoegde over-

heden hebben moeten nemen om de gevolgen van hinder weg te werken, kunnen worden verhaald op de veroorzaker van die hinder, maar dat in toenemende mate door specifieke wettelijke of decretale bepalingen zelf wordt opgelost.¹⁴⁶ Voorbehoud moet eveneens worden gemaakt voor het probleem van het herstel van en de vergoeding voor de aantastingen van niet individueel toegeëigende delen van de natuur, waarvoor een wettelijke regeling nodig is.¹⁴⁷

Uit dit preadvies blijkt in de tweede plaats dat de buitencontractuele aansprakelijkheid van de eigenaar en de exploitant van een onroerend goed in toenemende mate wordt beheerst door in bijzondere wetten opgenomen objectieve aansprakelijkheidsregelingen voor specifieke schadevormen. De reden voor dit toenemend beroep op objectieve aansprakelijkheidsregelingen verschillen van geval tot geval, maar kunnen in vier grote groepen worden ondergebracht: de ene keer gaat het om grondgebonden activiteiten die bijna steeds schade zullen veroorzaken, welke voorzorgsmaatregelen de exploitant ook in acht neemt; de andere keer wil de wetgever aan de bewijsproblemen van de benadeelde tegemoetkomen wanneer de identiteit van de schadeveroorzaker of de precieze omstandigheden van het schadegeval moeilijk kunnen bewezen worden;¹⁴⁸ nog een andere keer speelt het idee van het geschapen risico, in die zin dat degene die een risicovolle activiteit uitoefent en daaruit een voordeel haalt, ook de schadelijke gevolgen dient te dragen die de verwezenlijking van dit risico meebrengt;¹⁴⁹ ten slotte is het mogelijk dat de wetgever een effectieve schadeloosstelling van de benadeelde wil waarborgen.¹⁵⁰

Uit dit onderzoek vloeit ten slotte voort dat vele van deze in bijzondere wetten opgenomen objectieve aansprakelijkheidsregelingen de volgende vier gemeenschappelijke kenmerken vertonen: a) dat ze het beroep, door het slachtoffer, op de gemeenrechtelijke buitencontractuele foutaansprakelijkheid onverlet laten;¹⁵¹ b) dat wanneer verscheidene personen voor eenzelfde schade objectief aansprakelijk worden gesteld, ze vaak hoofdelijk tot schadeloosstelling gehouden zijn;¹⁵² c) dat, in de lijn van de Belgische rechtstraditie, er aan de vergoedbare schade geen beperkingen worden aangebracht, noch naar aard, noch omvang, behalve wanneer het gaat om catastrofale risico's;¹⁵³ d) dat de wet- of decreetgever de nodige maatregelen heeft genomen om een effectieve schadeloosstelling van de slachtoffers te waarborgen, hetzij door de verzekering van de objectieve

¹⁴⁶ Zie *supra*, nr. 14 en de verwijzingen aldaar.

¹⁴⁷ Zie *supra*, nr. 12.

¹⁴⁸ Zie *supra*, nr. 23.

¹⁴⁹ Zie *supra*, nrs. 23 en 28.

¹⁵⁰ Zie *supra*, nr. 28.

¹⁵¹ Zie o.m. de wet van 10 januari 1977 «houdende een regeling van de schadeloosstelling voor schade veroorzaakt door het winnen en pompen van grondwater»; art. 8, eerste lid, van de wet van 30 juli 1979 «betreffende de preventie van brand en ontploffing en betreffende de verplichte verzekering van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid in dergelijke gevallen»; art. 28 Bodemsaneringsdecreet.

¹⁵² Zie o.m. art. 1, tweede lid, van de in vorige voetnoot vermelde wet van 10 januari 1977; art. 27, § 1, Bodemsaneringsdecreet.

¹⁵³ Voor wat deze uitzondering betreft, zie *supra*, nr. 31 en de verwijzing in voetnoot 125.

¹⁴⁴ Zie daarover uitvoeriger: DEKETELAERE, M., o.c., *Het decreet betreffende de bodemsanering*, p. 137-138, nrs. 64-66.

¹⁴⁵ B.S., 27 maart 1996.

aansprakelijkheid verplicht te maken,¹⁵⁴ hetzij door de aansprakelijke te verplichten financiële zekerheden te stellen,¹⁵⁵ hetzij door schadefonds op te richten.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Zie b.v. art. 8, derde lid, van de in voetnoot 151 vermelde wet van 30 juli 1979 en art. 3, eerste lid, van het in voetnoot 125 geciteerde K.B. van 5 augustus 1991.

¹⁵⁵ Zie vooral artt. 29 en 33 Bodemsaneringsdecreet en art. 43 VLAREBO.

A. VAN OEVELEN
Gewoon hoogleraar aan de Universiteit Antwerpen
(*UIA en UFSIA*)

¹⁵⁶ Zie o.m. het bij wet van 12 juli 1939 opgerichte Nationaal Waarborgfonds inzake Kolenmijnschade (zie *supra*, nr. 24) en het krachtens art. 7, § 1, van de voornoemde wet van 10 januari 1977 nog op te richten «Voorschottenfonds voor schadeloosstelling voor schade veroorzaakt door het winnen en pompen van grondwater» (zie *supra*, nr. 27).