

Matthias E. STORME

buitengewoon hoogleraar KU Leuven
buitengewoon hoogleraar Universiteit Antwerpen
advocaat bij de balie te Brussel

**HANDBOEK VERMOGENSRECHT :
GOEDEREN- EN INSOLVENTIERECHT**

DEEL II.

**VERKRIJGING EN VERLIES VAN
GOEDEREN**

Uitgave 2010

KORTE INHOUD DEEL II

DEEL I. - VERKRIJGING EN VERLIES VAN GOEDEREN	240
<i>HOOFDSTUK I. VERKRIJGING VAN BEZIT</i>	<i>240</i>
AFDELING A. Inleiding - BEZITSVORMEN.....	240
AFDELING B. BEZITSVERKRIJGING ZONDER INSTEMMING VAN DE VORIGE BEZITTER	241
AFDELING C. BEZITSVERKRIJGING ONDER ALGEMENE TITEL.....	242
AFDELING D. BEZITSVERKRIJGING BIJ SUBROGATIE.....	243
AFDELING E. DECLARATIEVE VERKRIJGING DOOR AANWAS.....	243
AFDELING F. BEZITSVERKRIJGING onder bijzondere titel MET INSTEMMING VAN DE VORIGE BEZITTER	243
AFDELING G. BEZITSVERLIES	243
AFDELING H. VERMOEDEN VAN BEZITSVERKRIJGING	244
<i>HOOFDSTUK II. DE WIJZEN VAN OORSPRONKELIJKE (NIET-AFGELEIDE) VERKRIJGING VAN GOEDEREN.....</i>	<i>245</i>
AFDELING A. Inleiding.....	245
AFDELING B. verkrijging op grond van bezit.....	246
AFDELING C. Eigendomsverkrijging op grond van het eenheids-, bepaaldheids- of specialiteitsbeginsel.....	251
AFDELING D. Eigendomsverkrijging op grond van publiekrechtelijke regels	256
AFDELING E. Eigendomsverkrijging bij namaking, op grond van regels tot bescherming van intellectuele eigendom.....	257
AFDELING F. Ontstaan van erfdiensbaarheden uit de wet	258
AFDELING G. Verkrijging van niet-zakelijke vermogensrechten door het ontstaan ervan.....	259
AFDELING H. Het verschil met afgeleide wijzen van eigendomsverkrijging	262
<i>HOOFDSTUK III. DE WIJZEN VAN VERKRIJGING VAN GOEDEREN ONDER ALGEMENE TITEL</i>	<i>263</i>
AFDELING A. Inleiding.....	263
AFDELING B. OVERZICHT VAN DE WIJZEN VAN VERKRIJGING ONDER ALGEMENE TITEL	264
AFDELING C. DE VERKRIJGING VAN RECHTEN OP EEN VERMOGEN.	266
AFDELING D. Gevolgen van de overgang onder algemene titel tegenover de overgang onder bijzondere titel	267
<i>HOOFDSTUK IV. Overdracht VAN GOEDEREN EN VESTIGING VAN ZAKELIJKE RECHTEN.....</i>	<i>270</i>
AFDELING A. INLEIDING OP DE BESPREKING VAN DE OVERDRACHT	270
AFDELING B. HET VEREISTE VAN EEN GELDIGE TITEL (<i>IUSTA CAUSA ADQUIRENDI</i>).....	286
AFDELING C. DE UITVOERING VAN DE VERBINTENIS TOT GEVEN: “LEVERING” IN RECHTELIJKE ZIN - VERHOUDING MET BEZITSVERKRIJGING.....	411
AFDELING D. BESCHIKKINGSBEVOEGDHEID EN BESCHERMING VAN VERKRIJGERS TEGEN BESCHIKKINGSONBEVOEGDHEID	460

<i>HOOFDSTUK V. ANDERE AFGELEIDE WIJZEN VAN VERKRIJGING ONDER BIJZONDERE TITEL.</i>	493
AFDELING A. AFDELING A. De verkrijging van wettelijke hypothecken, wettelijke pandrechten en ten slotte het beslag en gelijkgestelde figuren als verkrijging van een recht met een zekere zakelijke werking	493
AFDELING B. ONEIGENLIJKE NATREKKING VAN BESTAANDE GOEDEREN	496
AFDELING C. PERSOONLIJKE SUBROGATIE (<i>CESSIO LEGIS</i>)	498
AFDELING B. De zakelijke werking van een herroeping of ontbinding zonder terugwerkende kracht.	499
<i>HOOFDSTUK VI. ANDERE WIJZEN VAN VERLIES VAN GOEDEREN.</i>	500
AFDELING A. Het wegvallen van een beperkt zakelijk recht door het verstrijken van de termijn, de niet-hernieuwing van de inschrijving of andere wettelijke gronden	501
AFDELING B. De zakelijke werking van een herroeping of ontbinding zonder terugwerkende kracht.	502
AFDELING A. Tenietgaan van een recht door tenietgaan van het goed waarop het recht is gevestigd of tenietgaan van het goed waarbij het recht accessoor is	503
AFDELING B. Afstand (in ruime zin)	504
AFDELING C. Tenietgaan van beperkte zakelijke rechten door vermenging IN HOOFDE VAN EEN PERSOON.	508
<i>HOOFDSTUK VII. ONZELFSTANDIGE OF DECLARATIEVE WIJZEN VAN VERKRIJGING, M.I.V. VERDELING EN ZAKELIJKE SUBROGATIE.</i>	509
AFDELING A. INLEIDING	509
AFDELING B. DECLARATIEVE VERKRIJGING DOOR HET WEGVALLEN VAN SAMENLOPENDE RECHTEN VAN ANDEREN BIJ PLURALITEIT VAN RECHTEN OP EENZELFDE GOED OF VERMOGEN	510
AFDELING C. Zakelijke SUBROGATIE	526

DEEL I. - VERKRIJGING EN VERLIES VAN GOEDEREN

In dit Deel bespreken we de verschillende wijzen van verkrijging (*acquisition*, *Erwerb*) en verlies van goederen, alsmede ook de verkrijging van zakelijke rechten door het ontstaan ervan.

Aangezien het bezit in ons recht niet als een zakelijk recht s.s. is te beschouwen, wordt afzonderlijk de bezitsverkrijging kort besproken (Hst. I).

Vervolgens komen overeenkomstig de traditionele indeling de oorspronkelijke eigendomsverkrijging aan bod, de afgeleide verkrijging onder algemene titel, de verschillende vormen van afgeleide verkrijging onder bijzondere titel (waaronder de overdracht) en andere wijzen van verlies van goederen. Tenslotte wordt afzonderlijk aandacht besteed aan de wijzen van verkrijging die o.i. declaratief zijn, waaronder de aanwas en de subrogatie.

HOOFDSTUK I. VERKRIJGING VAN BEZIT

AFDELING A. Inleiding - BEZITSVORMEN

Aangezien het bezit een rol speelt bij de verkrijging van eigendom of andere zakelijke rechten past het eerst aandacht te besteden aan de verkrijging van bezit.

Uitgangspunt daarbij is de opvatting van ons recht dat men voor iemand anders kan bezitten en omgekeerd dat men door iemand anders kan bezitten. Dit betekent dat men zowel rechtstreeks als onrechtstreeks bezit kan verwerven.

Bij onrechtstreeks bezit is er aan de ene zijde de bezitter voor wie men bezit en aan de andere zijde de houder (*detentor*) die voor een ander bezit. Het materieel element van het bezit (*corpus*, de “macht” over de zaak) ligt bij de tweede, het intentioneel element (de *animus*) bij de eerste.

Uit dit onderscheid vloeien reeds minstens drie types situaties voort :

1° Rechtstreeks bezit : een persoon heeft feitelijke macht over een zaak en houdt die voor zichzelf. Wat die feitelijke macht inhoudt, komt verder ter sprake.

2° Houderschap : een persoon heeft feitelijke macht over een zaak, die hij voor iemand anders houdt. Het is een vorm van *possessio naturalis*, maar geen bezit in juridische zin (*possessio civilis*).

3° Onrechtstreeks bezit : dezelfde situatie gezien vanuit de positie van de andere partij. Hij bezit de zaak via een houder die de zaak voor hem houdt. Een bijzonder geval hiervan is het bezit van zaken via het bezit van een door de houder ervan uitgegeven waardepapier (zie hoger Algemeen deel).

Van het eigenlijke houderschap kan men verder onderscheiden, de situatie waarin de zaak in handen is van een persoon die de zaak slechts als ondergeschikte houdt en geen recht heeft om de zaak te houden (verwarrend ook “bezitsrecht” genoemd). In het Duits noemt men deze persoon een “*Besitzdiener*” en de bezitter dan “*Besitzherr*”, in het Engels een *custodian*. Men beschouwt het bezit van de *Besitzherr* in dat geval als een rechtstreeks en geen onrechtstreeks bezit.

Daartegenover staat dan het houderschap in enge zin, waarbij de houder een bezitsrecht heft (wat niet uitsluit dat naargelang de rechtsverhouding dit bezitsrecht elk ogenblik kan herroepen worden). Klassieke voorbeelden daarvan zijn de bruikleen, huur, bewaargeving e.d.m. Ook is de titularis van een zakelijk recht zoals het vruchtgebruik van de zaak of pandrecht op een zaak (bij vuistpand) ten aanzien van de blote eigendom een houder. In het Engels heet deze situatie *bailment*.

De wijzen van bezitsverkrijging kunnen, zoals we verder ook zullen zien voor de eigendomsverkrijging, grofweg ingedeeld worden in vier categorieën: oorspronkelijke bezitsverkrijging, rechtsopvolging onder algemene titel, afgeleide bezitsverkrijging onder bijzondere titel, en tenslotte declaratieve verkrijging door het wegvallen van het medebezit van anderen. Afgeleide bezitsverkrijging onder bijzondere titel kan daarbij geschieden met instemming van de vorige bezitter of zonder zijn instemming. We geven een kort overzicht.

AFDELING B. BEZITSVERKRIJGING ZONDER INSTEMMING VAN DE VORIGE BEZITTER

Bezitsverkrijging zonder de instemming van de vorige eigenaar geschiedt door inbezitneming in de ruime zin, in één van zijn vormen dus, waardoor men de zaak in zijn macht krijgt. Anders dan de bezitsverkrijging met instemming van de vorige bezitter wordt de omvang van het bezit restrictief uitgelegd. Wel kan de macht over de zaak verkregen worden door middel van instrumenten waarmee men die macht kan uitoefenen, ingegrepen bv. het bezit van de sleutels van de plaats waar ze zich bevinden.

In beginsel vindt de inbezitneming persoonlijk plaats en veronderstelt zij dus het verkrijgen van rechtstreeks bezit, tenzij de inbezitneming geschiedt door een vertegenwoordiger die voor de vertegenwoordigde in bezit neemt.

De inbezitneming kan zowel de eigendom (of mede-eigendom) van de zaak betreffen als een beperkt recht op de zaak. Bij dit laatste moet men ook denken aan een het collectief pandrecht van de schuldeisers, dat verkregen wordt door middel van een

beslag en gelijkaardige handelingen. Dit verschaft de schuldeisers geen juridisch bezit van de zaak zelf, maar wel een bezit ten titel van (collectief) pand.

Een specifieke beperkende regel vinden we bij onroerend goed, waar de bezitsverkrijging zonder medewerking van de vorige bezitter diens bezit eerst na één jaar doet verloren gaan (vgl. Art. 2243 BW en 1370, 4° GerW).

Een andere beperkende regel houdt in dat men slechts uitzonderlijk bezitter kan worden zonder instemming van de vorige bezitter wanneer men aangevangen heeft voor die persoon te houden : *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* (art. 2240 BW). In dat geval kan men slechts zelf bezitter worden (in plaats van houder) door een “*interversio tituli*” (“*intersion de titre*”), en daarvoor gelden nadere eisen. De feitelijke wil om voortaan voor zichzelf te houden in plaats van voor de vorige bezitter is niet voldoende. Zolang men gebonden is om voor de vorige bezitter te houden, blijft men in beginsel houder. Een omkering van titel wordt slechts erkend:

1° wanneer het recht van de bezitter voor wie men houdt publiekelijk wordt onkend, of

2° wanneer men de zaak verkrijgt van een derde (art. 2238 BW).

Wie begonnen is te bezitten voor een ander, wordt vermoed nog steeds voor die andere te bezitten tot hij een *interversio tituli* aantoont (art. 2231 BW).

AFDELING C. BEZITSVERKRIJGING ONDER ALGEMENE TITEL

Wanneer men opvolgt in een geheel vermogen of een abstract aandeel daarin, d.i. verkrijgt onder algemene titel (zie voor een opsomming de bespreking bij de eigendomsverkrijging onder algemene titel), geschiedt de bezitsverkrijging krachtens de wet (bv. bij erfopvolging) dan wel met instemming van de vorige bezitter (bv. vorming van een algemene huwelijksgemeenschap). In die gevallen behoudt het bezit de kenmerken die het had in hoofde van de vorige bezitter (bezit of houderschap, goede of kwade trouw, enz.) (zie *a contrario* uit art. 2237 BW).

Een goed begrip wordt bemoeilijk doordat er in die gevallen, en in het bijzonder bij de erfopvolging, er naast het bezit in juridische zin ook sprake is van een “bezitsrecht” dat niet het bezit in juridische zin betreft, maar het houden van de zaak, de feitelijke macht erover en toegang ertoe. Een dergelijk (overigens collectief) “bezitsrecht” vinden we met name in de “*saisine*” van de wettige erfgenamen en – bij gebreke van reservataire erfgenamen – algemene legatarissen. Zij verkrijgen krachtens de wet een houderschap over de nalatenschap, dat meer omvat dan enkel het recht van de bewaarnemer, aangezien het ook een bewindsrecht omvat (vgl. ...). Of zij daarmee ook een juridisch bezit in eigenlijke zin verkrijgen over die goederen van de nalatenschap die hen niet toekomen, is een complexe vraag, die verderop ter sprake komt.

AFDELING D. BEZITSVERKRIJGING BIJ SUBROGATIE

Een andere vorm van bezitsverkrijging krachtens de wet vinden we bij zakelijke subrogatie, die nader besproken wordt als wijze van eigendomsverkrijging.

AFDELING E. DECLARATIEVE VERKRIJGING DOOR AANWAS

Zoals verder nader wordt uitgewerkt voor de eigendomsverkrijging, kennen wij ook bij bezit gevallen van gezamenlijk bezit, waarbij er een “aanwas” plaatsvindt wanneer het medebezit van een van de andere bezitters wegvalt, door bezitsafstand op het geheel of een deel van de goederen door een medebezitter (bv. in het kader van een verdeling van het gemeenschappelijk bezit).

AFDELING F. BEZITSVERKRIJGING onder bijzondere titel MET INSTEMMING VAN DE VORIGE BEZITTER

Is er geen inbezitneming zoals hierboven aangegeven, noch bezitsverkrijging onder algemene titel (krachtens de wet of met instemming van de vorige bezitter), of krachtens subrogatie, dan kan men in beginsel slechts bezit verkrijgen met de instemming van de vorige bezitter. Deze bezitsverkrijging valt samen met de “levering” van de zaak, die verder uitvoerig wordt besproken bij de eigendomsverkrijging. Het belangrijkste verschil met de eigendomsverkrijging is dat voor deze laatste behalve de levering ook nog een geldige titel (rechtsgrond) vereist is, alsook beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder dan wel vervulling van de vereisten voor bescherming tegen diens beschikkingsonbevoegdheid, zoals verder uitvoeriger wordt besproken. Bezitsverkrijging daarentegen is niet causaal: wie bezit krachtens een achteraf vernietigde of ontbonden overeenkomst, is intussen toch bezitter geworden ook al is hij nooit eigenaar geworden.

AFDELING G. BEZITSVERLIES

Bezit wordt verloren doordat men:

- ofwel het materieel bezit verliest doordat iemand anders een grotere macht krijgt over de zaak, zonder dat hij deze voor de bezitsverliezer houdt;
- ofwel het onrechtstreeks bezit verliest omdat de houder het feitelijk bezit aan iemand anders heeft verschaft, of bij *interservio tituli* door de houder;
- ofwel zichzelf tot houder voor iemand anders aanstelt (houderschapsverklaring, *constitutum possessorium*).

Bij onroerend goed gaat het bezit bij inbezitneming door een ander slechts verloren na één jaar, en onder voorbehoud van behoud ervan door middel van een bezitsvordering.

AFDELING H. VERMOEDEN VAN BEZITSVERKRIJGING

Het belang van de wijzen van bezitsverkrijging is in de praktijk beperkt door het bezitsvermoeden dat uit de feitelijke heerschappij wordt afgeleid.

Wanneer iemand feitelijk de macht heeft over een zaak, wordt vermoed:

- dat hij die zaak voor zichzelf houdt en niet in detentie (voor een ander) (art. 2230 BW);
- dat het bezit “deugdelijk” is en niet gebrekkig, d.w.z. ook voldoet aan de voorwaarden waardoor het bezit samen met het tijdsverloop tot verkrijgende verjaring leidt (zie daarover verder).

Dit is de eerste procesrechtelijke functie van het bezit.

Het bezit (zij het vermoed, zij het bewezen) heeft vervolgens op zijn beurt rechtsgevolgen, die verderop ter sprake komen (tweede procesrechtelijke functie en materieelrechtelijke functie).

HOOFDSTUK II. DE WIJZEN VAN OORSPRONKELIJKE (NIET-AFGELEIDE) VERKRIJGING VAN GOEDEREN

AFDELING A. Inleiding

Goederen kunnen op verschillende wijzen “originair” verkregen worden, d.i. zonder dat men zijn recht van een rechtsvoorganger afleidt.

“Oorspronkelijke verkrijging” is per definitie de wijze van verkrijging bij goederen die voorheen niet bestonden, onder meer doordat goederen krachtens de wet ontstaan (erfdienstbaarheden krachtens de wet, schuldvorderingen, intellectuele rechten).

Maar ook ten aanzien van reeds bestaande goederen is een oorspronkelijke verkrijging in een aantal gevallen mogelijk. Deze verkrijging is meer bepaald gegrondd:

- op het bezit (verkrijgende verjaring, toe-eigening (*occupatio*) en aanverwante (schatvinding, vinding), vruchtdraging en –trekking);
- op de beginselen van eenheid, specialiteit en bepaaldheid (natrekking (*accessio*), *confusio* en zaaksvorming (*specificatio*); vermenging (*commixtio*)).

Bij deze wijzen staat de verkrijging geheel los van zowel de bevoegdheid van de vorige gerechtigde om over het goed te beschikken (de eigendom over te dragen of er rechten op te vestigen) als van een verbintenis daartoe of de uitvoering van die verbintenis door een levering, drie kenmerken van “overdracht” die hieronder verder ter sprake komen. Het recht van de verkrijger (*acquéreur*, *Erwerber*, *acquirer*) is niet afhankelijk van het recht van een persoon van wie het zou zijn afgeleid.

Dit geldt althans voor de verkrijging op grond van bezit of natrekking, in mindere mate bij verkrijging krachtens publiekrechtelijke regels. Deze (onteigening en aanverwante figuren - opeising, ruilverkaveling, verbeurdverklaring) is in beginsel oorspronkelijk, doch er gelden bijzondere regels wanneer de persoon tegen wie de maatregel gericht is niet de eigenaar is.

Vergelijkbaar met de natrekking is ook de “aangroei” van een recht door het wegvallen van een beperkt recht erop (zie verder de wijzen van verlies van goederen).

AFDELING B. verkrijging op grond van bezit.

1. Algemeen – functies van het bezit

Het bezit heeft een publiciteitsfunctie in ons recht, zij het vooral ten aanzien van roerende zaken. Om die reden kan het een grond zijn voor oorspronkelijke verkrijging van goederen.

In sommige rechtsstelsels kent men ook de oorspronkelijke verkrijging van onroerend goed door het verkrijgen van een inschrijving als eigenaar in het grondboek – d.w.z. dat die inschrijving op zichzelf de eigendom doet verkrijgen (Torrens stelsel, vgl. verder Deel VIII) en de vergelijkbare verkrijging van schepen door het verkrijgen van een inschrijving als eigenaar in het scheepsregister, of van intellectuele rechten door het verkrijgen van een inschrijving als titularis in de desbetreffende registers. In ons recht daarentegen is de verkrijging van onroerend goed, van bestaande schepen en van bestaande intellectuele rechten in beginsel afgeleid.

Bij dit alles moet men wel een onderscheid maken tussen de twee functies van het bezit (we bedoelen hier het juridisch bezit en niet de detentie):

a) de (tweede) procesrechtelijke functie: wanneer iemand voor zichzelf bezit, geldt een wettelijk vermoeden dat de bezitter een titel heeft (dit is de tweede procesrechtelijke functie, de eerste werd hoger al besproken). Het begrip titel wordt hier in de ruime zin begrepen (elke wijze van eigendomsverkrijging) aangezien niet een bepaalde titel vermoed wordt, maar het feit dat er een of andere eigendomstitel is.

Dit vermoeden kan ontkracht worden door:

- te bewijzen dat er géén enkele titel is (bijna onmogelijk bewijs);
- te bewijzen dat het bezit gebrekkig is (in de zin van art. 2229 BW), waardoor het vermoeden van titel wegvalt;

Gebrekkig is het bezit als het niet voortdurend is, gestoord, niet openbaar (heimelijk), dubbelzinnig, of gebaseerd op louter gedogen of op geweld. Gebrekkigheid kan ook bewezen worden door aan te tonen dat de door de bezitter ingeroepen titel afwezig of ongeldig is¹, wat zo moet worden verklaard dat dit als het ware op zichzelf het bewijs van dubbelzinnigheid en dus gebrekkigheid van het bezit meebrengt². Pas op: het is nog altijd niet zo dat de bezitter die een bepaalde titel inroept, die moet bewijzen³.

¹ Bv. Hof Gent 20 februari 2003, *NjW* 2003, 1304 n. B.W.; Rb. Bergen 24 oktober 2001, *JLMB* 2001, 1022 n. J. SACE.

² In die zin bv. R. JANSSEN, “Soms geldt bezit als vermoeden van titel, soms als termijn”, *RW* 2008-2009, (826) 827.

³ Cass. 14 maart 1889, *Pas.* I 147; Hof Antwerpen 7 oktober 1996, *AJT* 1997-98, 82 n. S. SNAET; A. HEYVAERT, “Bezit geeft verscheiden titels”, *TPR* 1983 (169) 187 nr. 27; R. JANSSEN, *RW* 2008-2009, (826) 827.

b) de materieelrechtelijke functies:

1° in een aantal gevallen leidt het bezit als dusdanig tot eigendomsverkrijging; zij worden hieronder bij 2 en 3 besproken;

2° onder bepaalde voorwaarden leidt het bezit (tenzij de ondeugdelijkheid ervan is aangetoond) tezamen met het verstrijken van een termijn tot verkrijgende verjaring; de termijn verschilt naargelang de bezitter een wettige titel heeft en te goeder trouw is (en de verjaring dus enkel de beschikkingsonbevoegdheid moet helen), dan wel de verjaring ook het gebrek aan titel en/of goede trouw moet helen (zie 4.);

3° wanneer wordt aangetoond dat de bezitter van een roerende zaak zijn bezit van een beschikkingsonbevoegde heeft verkregen of althans niet van een beschikkingsonbevoegde heeft verkregen, kan deze beschikkingsonbevoegdheid geheeld worden door het te goeder trouw verkregen bezit; dan geldt het bezit als verkrijgende verjaring zonder termijn (derdenbeschermingsfunctie); evenwel heelt het bezit als dusdanig (anders dan de lange verkrijgende verjaring) een gebrek aan titel niet (de titel wordt vermoed, maar bij afwezigheid van titel is er in beginsel geen verkrijging zonder verjaring). Hierbij zijn enkele nuances nodig, die verderop in Hoofdstuk IV Afdeling D. (overdracht, derdenbescherming) en meer specifiek in het Bijzonder Deel roerende zaken (Deel V.) aan bod komen.

2. De toe-eigening

Het betreft de volgende gevallen:

- de schatvinding (art. 716 BW; althans wat betreft de helft die aan de vinder toekomt, de andere helft komt toe aan de grondeigenaar en is dus veeleer een soort natrekking; dit alles onder voorbehoud van de regels inzake oudheidkundig erfgoed); "schatten" zijn toevallig ontdekte verborgen of bedolven zaken.
- de toe-eigening van andere goederen dan "schatten" die gevonden worden op het erf dat men bezit, indien de eigenaar ervan ze verlaten heeft. Is het geen "*res nullius*", dan gelden de regels inzake verjaring: indien de eigenaar te goeder trouw is (wat veronderstelt dat hij ervan uitgaat dat de zaak aan niemand toebehoort), verjaart de revindicatie na 3 jaar, zoniet na 30 jaar. Het gaat hier niet om toevertrouwde goederen – daarvoor bestaan er wel bijzondere regels in de Wet van 21 februari 1983 op de achtergelaten voorwerpen.
- Worden de goederen gevonden op het openbaar domein, dan is het de gemeente die ze gevonden heeft of aan wie ze is afgegeven, die er eigenaar van wordt bij gebreke aan opeising ervan binnen de 6 maanden (art. 2 en 4 Wet 30 december 1975). Is de op het openbaar domein gevonden zaak evenwel een "*res nullius*", d.i. een verlaten of onbeheerde (roerende)⁴ zaak of dier, dan kan ze door de vinder

⁴ In sommige rechtsstelsels is ook toe-eigening van onbeheerd onroerend goed mogelijk (bv. Zwitsers, Duits en Zuid-Afrikaans recht).

toegeëigend worden (onder meer de “goederen buiten een woning geplaatst om te worden opgehaald, of op een vuilnisbelt geworpen”⁵). Dit betreft ook de (territoriale zee) (visrecht).

- In de territoriale zee gelden er wel bijzondere regels voor wrakken en wrakstukken: de vondst moet gemeld en bekendgemaakt worden en de eigenaar kan zijn eigendom gedurende één jaar opvorderen (tegen vergoeding aan de vinder). Nadien worden ze eigendom van de vinder, tenzij de overheid ze zich toe-eigent wegens hun archeologische of historische waarde en mits vergoeding van de vinder. Zie voor dit alles de Wet van 9 april 2007 betreffende de vondst en de bescherming van wrakken.

- Als *curiosum* kan men vermelden dat het Belgische recht ook nog een wetgeving heeft op de kaping of neming (*prise*) van vreemde schepen (Wet van 26-okt-1919).

3. De vruchtdraging en -trekking.

De vruchtdraging is eveneens gegrond op het bezit (mits vervulling van nadere voorwaarden en zolang het te goeder trouw is) (bezit als eigenaar dan wel als vruchtgebruiker)⁶ (art. 547-550 BW). Vruchten zijn zowel natuurlijke vruchten (met inbegrip van vruchten van de grond, jongen van dieren e.d.) als burgerlijke vruchten (bv. rente van kapitalen, dividenden van aandelen), vanaf het ogenblik waarop ze afzonderlijke zaken vormen.

Vruchten komen in beginsel aan de eigenaar toe, maar de bezitter te goeder trouw heeft het recht de vruchten te trekken volgens het normale gebruik en ze te behouden.

In het BW wordt dit een vorm van natrekking genoemd (zie art. 547 BW), maar even verder (art. 549) blijkt dat men ook op grond van bezit te goeder trouw van andermans goederen eigenaar kan worden van de vruchten. Beter ware het hier niet van natrekking te spreken; de vruchttrekking doorbreekt precies de natrekking; vanaf de vruchttrekking is de vrucht juist geen *accessorium* meer, maar een zelfstandig goed, dat afzonderlijk overdraagbaar is (dit geldt ook voor de vruchten van schuldvorderingen, bv. de afgeknipte “coupon” van een aandeel aan toonder). Strikt genomen is het ook niet de vruchttrekking die de wijze van verkrijging is, aangezien nog niet getrokken vruchten *pro rata temporis* aan de bezitter te goeder trouw toekomen⁷. Daarom spreek ik van vruchtdraging.

Bij de vruchtdraging kan men ook het jachtrecht (inbegrepen recht van visvangst en vogelvangst) op private gronden en privaat domein vermelden, dat op dezelfde wijze en met dezelfde uitzonderingen

⁵ Art. 1 lid 2 Wet 30 december 1975 betreffende goederen buiten particuliere eigendommen gevonden.

⁶ Een geldige titel is daarbij niet vereist, mits men maar te goeder trouw ten aanzien van de gebreken van zijn titel.

⁷ Zie bv. DE PAGE, IV nr. 176. Voor vruchten van schuldvorderingen kan daarvan worden afgeweken, wanneer dit in de verhouding met de schuldenaar is overeengekomen. Dit is met name zo wanneer het gaat om aandelen en obligaties : de dividenden en uitkeringen daarop worden niet *pro rata* verdeeld.

aan de eigenaar toekomt⁸, maar aan derden kan worden verkocht of verhuurd (zodat derden kunnen toe-eigenen), dit los van de - niet zakenrechtelijke - vraag of men een jachtvergunning heeft en of op de desbetreffende dieren mag worden gejaagd. Vgl. ook art. 564 BW voor duiven, konijnen en vissen.

Dit recht houdt op zodra de bezitter niet meer te goeder trouw is, d.i. zodra hij de gebreken van zijn recht kent. Vanaf dan moet hij de vruchten afstaan, ook diegene die het gevolg zijn van de door de bezitter aangebrachte verbeteringen (voor die laatste heeft hij wel recht op vergoeding onder bepaalde voorwaarden)⁹.

4. Verkrijgende verjaring.

a. Verkrijging krachtens bezit te goeder trouw én geldige titel:

Bezitters te goeder trouw zullen vaak beschermd worden, ook al hebben zij niet verkregen van een beschikkingsbevoegde vervreemder. In een aantal gevallen is daartoe ook het verloop van een verjaringstermijn vereist, zodat dit ook als een vorm van verkrijgende verjaring kan worden beschouwd. Aangezien daartoe evenwel ook andere voorwaarden moeten worden vervuld, zoals – in beginsel – met name ook een wettige verkrijgingstitel (rechtsgrund), worden deze gevallen van verjaring besproken in het hoofdstuk over de overdracht van goederen (en verder in de Bijzondere delen naargelang de categorie van goederen). Is de bezitter te goeder trouw, dan is verkrijging van onroerend goed mogelijk op grond van 10 of 20 jaar bezit krachtens een geldige titel (zie verder). Bij roerend goed is er geen verkrijgende verjaring ten gunste van de bezitter te goeder trouw, wel een verjaring van de revindicatie na 3 jaar. In de meeste gevallen echter wordt de bezitter te goeder trouw onmiddellijk beschermd (zie verder).

De “lange” verjaring daarentegen vereist geen titel noch goede trouw en is in die zin een zuiver oorspronkelijke wijze van verkrijging¹⁰.

b. Verkrijging krachtens deugdelijk bezit en tijdsverloop:

Verkrijging door verjaring vereist in beginsel een "verjaringsbezit" gedurende 30 jaar. "verjaringsbezit" is bezit dat voldoet aan de vereisten van art. 2229 BW: bezit

⁸ Zie art. 4, lid 1 Jachtwet 1882; art. 6 Wet 1 juli 1954 riviervisvangst voor de (nader omschreven) niet-bevaarbare waterlopen breidt het visvangstrecht van de eigenaar uit tot de niet-bevaarbare waterlopen van de oever waarvan hij eigenaar is.

In Frankrijk daarentegen behoort het jachtrecht niet aan de individuele eigenaar, maar is een gemeenschappelijke bijzaak van alle onroerende goederen van een bepaald jachtgebied.

⁹ Zie voor dit alles Cass. 2 oktober 2008, *RW* 2009-2010 617, n. J. DEL CORRAL "Wie zaait, maait ... Over de toepassing van artike 549 B.W.".

¹⁰ Bij wijze van uitzondering kan de korte verjaring ook op andere dan overdrachtstitels gegrond worden, bv. in het geval van art. 45 Veldwetboek (afpaling in afwezigheid van de wederpartij, goedgekeurd door de bestendige deputatie van de provincie).

voor zichzelf, voortdurend, ongestoord, openbaar (niet heimelijk) en ondubbelzinnig, niet gebaseerd op louter gedogen noch op geweld.

c. Verkrijging krachtens deugdelijk bezit alleen:

Tenslotte heeft de regel dat bezit (te goeder trouw) geldt als titel nog een ruimere betekenis. Het bezit kan namelijk niet alleen worden ingeroepen tegen een persoon jegens wie men een derde is, maar zelfs jegens een persoon van wie men het bezit zou verkregen hebben en diens rechtsopvolgers. Het komt dan aan die persoon toe om te bewijzen dat het bezit niet deugdelijk is of dat de bezitter te goeder trouw is of dat er een restitutieplicht bestaat. De bezitter moet niet verklaren wat de rechtsgrond is voor zijn bezit¹¹.

¹¹ Bv. Cass. 24 september 2007, C.06.0094F.

AFDELING C. Eigendomsverkrijging op grond van het eenheids-, bepaaldheids- of specialiteitsbeginsel

1. Natrekking in enge zin, zaaksvorming, *confusio*.

a. Algemeen

De natrekking in enge zin (natuurlijke natrekking) en de zaaksvorming (art. 551-577 BW) zijn toepassingen van het zgn. zakenrechtelijk "eenheidsbeginsel", dat reeds bij de algemene begrippen werd besproken (zakelijke rechten hebben geen betrekking op onzelfstandige delen van een zaak). Wanneer iets een onderdeel wordt van een andere zaak (bv. door incorporatie), dan verliest het zijn zelfstandigheid als zaak en deelt het automatisch het lot van de zaak in zijn geheel.

Het eenheidsbeginsel bepaalt in eerste instantie enkel de omvang van voorwerp van het eigendomsrecht, en niet zozeer wie eigenaar is. Het sluit dus ook niet uit dat er mede-eigendom ontstaat. Er zijn dus meer concrete regels inzake "natrekking" die bepalen aan wie het eigendomsrecht toekomt; deze regels zijn mede te verklaren door het publiciteitsbeginsel.

In ons recht vinden we aldus nadere regels voor de meest typische vormen van natrekking.

b. Natuurlijke onroerende natrekking

Deze worden geregeld in art. 556-563 BW. Deze regels bepalen enerzijds de zakenrechtelijke vraag van de eigendom en anderzijds de verbintenisrechtelijke vragen van vergoedingsrechten.

Zakenrechtelijk is het uitgangspunt de verticale natrekking, die slechts kan worden doorbroken door een opstalrecht (zelfstandig opstalrecht dan wel accessoir aan een ander recht, zoals bv. inbegrepen in een erfpachtrecht). De eenheid van eigendom wordt vermoed, het opstalrecht moet bewezen worden.

Of er ook horizontale natrekking mogelijk is, bv. een ondergrondse constructie die een deel vormt van de gebouwen van het naburige perceel, is betwist¹².

c. Kunstmatige onroerende natrekking en zaaksvorming

¹² Een positief antwoord kan men afleiden uit Cass. 8 mei 1886, *Pas.* I 193. In Nederland is dit onbetwist mogelijk, zie art. 5:20 e NBW.

Art. 553 e.v. BW. regelen deze gevallen. In beginsel is de grondeigenaar door natrekking eigenaar van alle gebouwen, werken en beplantingen op of onder zijn erf, tenzij er een opstalrecht op rust (mogelijks geïmpliceerd in een erfpachtrecht). De rechtspraak interpreteert de incorporatie, waardoor een werk of gebouw onroerend wordt (en in beginsel natrekking geldt), vrij ruim (zie bv. het rolkranenarrest¹³).

In geval van opstalrecht zal de grondeigenaar door natrekking eigenaar worden bij de beëindiging van dat opstalrecht. Gaat het evenwel om een bebouwd erf dat gesplitst is in kavels bestaande uit een privaat gedeelte en een aandeel in gemeenschappelijke delen, dan vormt de privaat kavel in zekere zin de hoofdzaak (zie art. 577-2 BW, appartementsmede-eigendom). Bijzaak zijn verder meer algemeen onroerende goederen die bestemd zijn tot het gemeenschappelijk gebruik van meerdere erven die aan verschillende eigenaars toebehoren (art. 577-2 § 9)¹⁴. Zo ook behoort de gemene of gemeen te maken muur noodzakelijk toe aan de eigenaars van de naburige erven¹⁵.

Onder voorbehoud van de bezwaring met een opstalrecht of splitsing in kavels zijn de regels inzake natrekking dwingend. Voor onroerend goed volgt dit duidelijk uit het cassatie-arrest van 19 mei 1988, krachtens hetwelk de afstand van natrekking niet mogelijk is, tenzij in de vorm en grenzen van een opstalrecht (ook dit is overigens verboden binnen het toepassingsgebied van de Woningbouwwet van 9 mei 1971 - zie art. 5 I).

De natrekking sluit niet uit dat de eigenaar mogelijks een wegnamerecht moet toestaan aan de partij wiens zaken geïncorporeerd werden (*ius tollendi*), en doet ook geen uitspraak over eventuele wegnameverplichtingen en vergoedingsplichten.

d. Roerende natrekking en zaaksvorming

Ook bij roerende natrekking en zaaksvorming is de eenheid van het eigendomsrecht op de zaak dwingend, maar zijn de regels die bepalen wie dan wel eigenaar is (dan wel of er mede-eigendom ontstaat) suppletief.

Men kan daarbij voornamelijk volgende situaties onderscheiden:

- de *confusio*, (in het Duits *Vermischung*) waarbij vloeistoffen of andere materialen vermengd zijn geworden tot één geheel, zodanig dat zij normaal niet meer terug kunnen gescheiden worden, en dit zonder dat er sprake is van hoofd- en bijzaak;

¹³ Cass. 14 februari 2008, *RW* 2008-2009, 456 n. V. SAGAERT “Onroerendmaking door incorporatie: over het verschil tussen beweegbaarheid en verplaatsbaarheid”.

¹⁴ De “bestemming” van goederen tot gemeenschappelijk gebruik is een translatieve handeling, tenzij ze geschiedt vooraleer de goederen aan verschillende eigenaars toekomen (een basisakte (= splitsingsakte) bv. is geen translatieve, maar een declaratieve handeling, zodat er bv. in beginsel geen overdrachtbelasting verschuldigd is). Voor de registratierechten speelt de gunstiger regel van art. 14 RegistratieW. (afhankelijke verbintenissen).

¹⁵ Cass. 7 september 1972, *RCJB* 1974, 5 noot J. HANSENNE, “Réserve de mitoyenneté ou cession de créance future”.

- de roerende natrekking (*accessio*), waarbij men een hoofdzaak kan onderscheiden, die de geïncorporeerde bijzaken “natrekt”;
- de zaaksvorming (*specificatio*), waarbij door arbeid een nieuwe zaak is gevormd uit materialen die geheel of gedeeltelijk aan één of meer anderen toebehoorden.

Ontstaat er een mede-eigendom, dan betekent dit eigenlijk dat er geen hoofdzaak is die de andere delen van de zaak “natrekt” ten gunste van de eigenaar, maar veeleer een vorm van zakelijke subrogatie, waardoor de tenietgegane eigendomsrechten op de afzonderlijke bestanddelen van de zaken nu gehandhaafd blijven; dan gaat het niet helemaal om een nieuw recht maar om de voortzetting van het bestaande recht in een nieuwe vorm, op een nieuw voorwerp. Het kan ook zijn dat de zaaksvormer produceert voor rekening van de eigenaar van de materialen (loonfabricage); ook dan ontstaat de eigendom van de nieuwe zaak rechtstreeks in hoofde van de opdrachtgever.

2. Vermenging (*commixtio*, *Vermengung*)

a. Vermenging in enge zin (vermenging van soortgoederen).

Worden soortzaken vermengd, niet op dusdanige wijze dat zij niet meer gescheiden kunnen worden (zodat er geen afzonderlijk eigendomsrecht meer mogelijk is), maar wel in die zin dat niet meer kan worden bepaald van wie elk van de afzonderlijke zaken oorspronkelijk was, dan gaan de afzonderlijke eigendomsrechten eveneens teniet (*commixtio*), niet op grond van het eenheidsbeginsel, maar omwille van het bepaaldheidsbeginsel.

Zolang de soortgoederen een afgezonderd geheel vormen (een “hoop”), dat niet in het algemeen vermogen van een persoon vermengd is, vormt dit geheel een voorwerp van een afgezonderd eigendomsrecht als een “feitelijke algemeenheid”. Het kan daarbij gaan om de eigendom van één persoon (die aan een andere persoon is toevertrouwd), dan wel om een mede-eigendom tussen verschillende personen (waaronder mogelijks ook de houder van de zaken). Dat er een mede-eigendom ontstaat door de vermenging van zaken van meerdere personen in één hoop, is een toepassing van het beginsel van zakelijke subrogatie, waardoor het eigendomsrecht omgezet wordt in een mede-eigendomsrecht op een groter geheel¹⁶.

Door die afzondering kan men aldus bv. vermijden dat de bruikleen van soortzaken een verbruiklening wordt, de bewaargeving ervan een onregelmatige bewaargeving wordt, het vruchtgebruik ervan een quasi-vruchtgebruik wordt, e.d.m. – en dit los van de vraag of de bruiklener, bewaarnemer of vruchtgebruiker het recht heeft te beschikken over zaken die deel uitmaken van die hoop mits ze vervangen worden door zaken van gelijke waarde.

¹⁶ Vgl. V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, in het bijzonder nr. 449.

Zo bv. is een vruchtgebruik van een handelszaak geen quasi-vruchtgebruik, omdat de handelszaak voldoende afgezonderd is (als feitelijke algemeenheid), meer nog: een feitelijke algemeenheid vormt.

Onder soortzaken dient men daarbij bv. ook niet-geïndividualiseerde waardepapieren aan toonder te begrijpen. Dit wordt uitvoeriger besproken in Deel VII.

Bij chartaal geld (muntstukken en biljetten) daarentegen gaat ons recht ervan uit dat er altijd een onbepaalde vermenging is: de *confusio nummorum*¹⁷. Wordt een geldsom overhandigd tot zekerheid, dan gaat het om die reden ook niet om een pand of quasi-pand maar om een overdracht in volle eigendom met zekerheidsoogmerk (zie cassatie 4 april 2003¹⁸).

De regel dat bij gebreke aan afzondering het eigendomsrecht tenietgaat, is eveneens van dwingend recht; de vermenging kan evenwel worden vermeden door de zaken afgezonderd te houden. Er kan bij overeenkomst natuurlijk wel bepaald worden dat de bewaarnemer enz. verplicht is de zaken afgezonderd te houden om zo de vermenging te vermijden, maar zo deze verplichting niet wordt nagekomen, zal ze toch intreden.

Als vuistregel kan men daarbij hanteren dat er sprake is van een mede-eigendomsrecht zolang de eigendomsaanspraken van de verschillende partijen in procenten kunnen worden bepaald (in relatieve cijfers), en niet of niet alleen in absolute getallen (hoeveelheden); dat de rechten van partijen *post factum* (bv. bij faillissement) in procenten zouden kunnen worden uitgedrukt op grond van de feitelijke aanwezige hoeveelheid, is niet voldoende voor het behoud van eigendomsrechten.

NB. Gaat de eigendom door vermenging teniet, dan rijst de vraag of daarvoor een vergoeding verschuldigd is (in beginsel wel); bij gebreke aan een contractuele regeling gaat het hier om de regels inzake ongegronde verrijking. In beginsel zal de verkrijger de verplichting hebben om eenzelfde hoeveelheid soortgoederen terug te geven.

b. Boedelmenging

Men spreekt ook soms van vermenging in een ruimere zin, wanneer het niet meer gaat om goederen van dezelfde soort die vermengd zijn geraakt, maar om

¹⁷ Deze regel heeft geen betrekking op giraal geld, vermits giraal geld een schuldvordering op de rekeningvoerder betreft.

¹⁸ Cass. 4 april 2003, *TBH* 2003, 393 = *RW* 2003-2004, 1689 noot M.E. STORME: "'De zakenrechtelijke kwalificatie en de verbintenisrechtelijke gevolgen van de betaling hiervan een geldsom tot zekerheid' = *F.F. Bank&Fin.R.* 203, 375 noot I. PEETERS 'Een verdere stap naar een coherent juridisch kader voor de fiduciaire eigendom tot zekerheid': ook de opbrengst van het geld, als die er is, komt in beginsel toe aan de eigenaar en niet aan de zekerheidsgever - tenzij er natuurlijk op andere gronden een verbintenis is van de eigenaar om die opbrengst te vergoeden aan de zekerheidsgever.

uiteenlopende goederen die feitelijk voorwerp zijn van medebezit en aldus een “feitelijke gemeenschap” vormen. Zie bv. art. 1468 lid 2 BW in geval van wettelijke samenwoning. Ook hier gaat het exclusief eigendomsrecht teniet door een vorm van vermenging, en wordt het tegelijk gehandhaafd door een vorm van zakelijke subrogatie (die maakt dat men omgekeerd ook mede-eigenaar wordt van door de andere partner aangebrachte goederen).

AFDELING D. Eigendomsverkrijging op grond van publiekrechtelijke regels

Het betreft de onteigening en aanverwante figuren (opeising, ruilverkaveling, verbeurdverklaring).

Zoals bij andere oorspronkelijke wijzen van verkrijging is ook voor de onteigening is niet als dusdanig vereist dat de onteigenaar verkrijgt van een beschikkingsbevoegde. De onteigeningswet bepaalt een afzonderlijk stel regels voor het conflict tussen de onteigenaar en derden met een ouder zakelijk recht (bv. art. 5, 6, 18 en 19 § 1 Onteigeningswet 26 juli 1962; bijzondere regels bv. in de wetgevingen inzake monumenten en landschappen), die maken dat de onteigening ergens tussenin de oorspronkelijke en afgeleide wijzen van verkrijging te plaatsen valt.

Ook bij verbeurdverklaring (art. 42 Strafwetboek) gelden er bijzondere regels¹⁹. Het gaat normaal om een afgeleide verkrijging onder bijzondere titel, want ze gebeurt niet ten nadele van de zakelijke rechten van derden, maar soms gebeurt ze wel *in rem* (ongeacht het eigendomsrecht). Onder art. 42, 1° SW. gaat het enkel om goederen die aan de strafrechtelijk veroordeelde toebehoren, maar volgens de rechtspraak omvat dit ook de gevallen waarin deze slechts mede-eigenaar is²⁰. De mogelijke toewijzing van de verbeurdverklaring aan de benadeelde (andere dan de eigenaar van de inbeslaggenomen goederen) is een vorm van zakelijke subrogatie.

Andere bijzondere regels zijn te vinden in de wetgeving op cultuurgoederen (bv. art. 23 en 25 Topstukkendecreet, d.i. Decreet van 24 januari 2003 houdende bescherming van het roerend cultureel erfgoed van uitzonderlijk belang) e.d.m.

Ook de gedwongen overdracht van aandelen of activa krachtens de regels ingevoerd door de Wet van 2 juni 2010 tot uitbreiding van de herstelmaatregelen voor de ondernemingen uit de bank- en financiële sector is veeleer een bijzondere vorm van eigendomsverkrijging krachtens publiekrechtelijke regels dan een overdracht in strikte zin (overdracht krachtens een titel); de eigendomsovergang vindt plaats door de rechterlijke uitspraak zelf. De regeling is te vinden in art. 26 bis Controlewet verzekeringen, art. 57 bis van de Bankwet en 23 bis de WFSFD.

¹⁹ Zie onder meer E. DIRIX, “De verbeurdverklaring met toewijzing aan de benadeelde”, in *Om deze redenen, Liber amicorum Vandeplas*, Mys & Breesch Gent 1994, 185 v.

²⁰ Cass. 16 september 2009, nr. 09.0845.F, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20090916-2.

AFDELING E. Eigendomsverkrijging bij namaking, op grond van regels tot bescherming van intellectuele eigendom.

Zowel werd in het merkenrecht (Art. 2.22 BWIE) als in het tekeningen- en modellenrecht (Art. 3.18 BWIE) werd een bijkomende wijze van oorspronkelijke eigendomsverkrijging ingevoerd, die een toe-eigening mogelijk maakt, niet op grond van bezit noch van natrekking, en dus een afzonderlijke vermelding verdient. De merk-, tekening- of modelhouder heeft op grond van deze bepalingen het recht om roerende zaken, waarmee inbreuk op zijn recht wordt gemaakt of zaken die gebruikt zijn bij de productie van die zaken als zijn eigendom op te vorderen (dan wel daarvan de vernietiging of onbruikbaarmaking te vorderen).

AFDELING F. Ontstaan van erfdienstbaarheden uit de wet

Behalve door vestiging (waarover verder) kunnen erfdienstbaarheden ook uit de wet ontstaan. Denken we meer bepaald aan erfdienstbaarheden die ontstaan uit de ligging van de plaatsen (art. 640 BW). Soms ontstaat de erfdienstbaarheid door een rechterlijke beslissing krachtens de wet (bv. recht van uitweg²¹). Men kan deze erfdienstbaarheden in vele gevallen ook als een begrenzing van het eigendomsrecht beschouwen.

²¹ Een conventionele regeling van het recht van uitweg moet wel aan alle vereisten voor een vestiging krachtens titel voldoen.

AFDELING G. Verkrijging van niet-zakelijke vermogensrechten door het ontstaan ervan

1. Algemeen

In zekere zin is ook elk feit waaruit een nieuwe schuldvordering, intellectueel recht of ander niet-zakelijk vermogensrecht ontstaat tegelijk een soort eigendomsver­krijging van dat onlichamelijk goed.

Ook indien de schuldvordering bv. ontstaat door de toestemming van de schuldenaar (rechtshandeling), is zij in zakenrechtelijke zin niet afgeleid verkregen²². Wel zal het recht de andere schuldeisers van de schuldenaar een bepaalde bescherming bieden, door middel van bepaalde waarborgen voor het behoud van het “vermogen” van de schuldenaar (in de ruimst mogelijk zin van het woord), bv. door middel van de *actio pauliana*. Deze mechanismen kwamen reeds in Deel I ter sprake.

Deze ontstaanswijzen worden echter niet in het zakenrecht besproken, maar in het verbintenissenrecht, rechtspersonenrecht, familiaal vermogensrecht, recht van de intellectuele eigendom, e.d., dit in tegenstelling tot de latere verkrijging van dergelijke goederen, die in dit werk wel aan bod komt (in het bijzonder ook in Deel VI).

Wel in dit werk besproken is de situatie waarin de schuldvordering *ab initio* op grond van zakenrechtelijke regels geheel of gedeeltelijk aan een andere persoon toekomt dan diegene op wiens naam ze ontstaat (met gedeeltelijk bedoelen we dat die andere persoon slechts een deelrecht heeft op de vordering, bv. een pandrecht). Zie onder 2.

Het onderscheid tussen het ontstaan van een nieuwe schuldvordering en de overgang van een bestaande zien we bv. in dat tussen enerzijds een overdracht van schuldvordering aan een derde (afgeleide verkrijging) en anderzijds het beding ten

²² Er is zonder twijfel een zekere gelijkenis, en het is op grond van die gelijkenis dat bv. Hugo de GROOT zijn leer van de overeenkomst (contractsvrijheid en consensualisme) heeft gebouwd. Zij bouwt voort op de metafoor waarmee GROTIUS de categorie "rechtshandeling" heeft gesticht door beloften te beschouwen als een vorm van vervreemding, meer bepaald in zijn *Inleidinge tot de Hollandse rechtsgeleerdheid* III.1.12.: "ghelijckerwijs de macht die iemand heeft over zijn eighen goed zoo veel werckt dat hy door levering ofte toelating een ander mag eigenaer maecken, alzoo oock vermag een mensch een deel, ofte veel eer een gevolg, sijns vrijheids aen een ander zulcks aenneemende over te draghen, zoo dat die andere eenig recht daer over werd geboren, welck recht inschuld werd genoemd". Zie hierover verder G. GORLA, "Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico", *Rivista di diritto commerciale* 1956, I, 18, herdrukt in *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè Milaan 1981; M. DIESSELHORST, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, p. 34 v.; mijn bijdragen "De bindende kracht van de overeenkomst tussen autonomie en vertrouwen", in *Liber amicorum Paul De Vroede*, Kluwer Antwerpen 1994, 1201 v. en "Rechtszekerheid en vertrouwensbeginsel in het Belgisch verbintenissenrecht", Preadvies VVSRBN 20-11-1997, in *Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in België*, Tjeenk Willink 1997, p. 1 v.

gunste van een derde of een delegatieovereenkomst (zie ook Deel I inzake beperkingen van de overdraagbaarheid), of nog in het verschil tussen het ontstaan van een kwalitatieve schuldvordering *ab initio* in hoofde van een derde, en de overgang van een dergelijke reeds bestaande schuldvordering tezamen met de hoofdzaak waartegenover ze afhankelijk is.

2. Het “ab initio” toekomen van schuldvorderingen e.d. aan andere personen dan diegene op wiens naam zij ontstaan; i.h.b. kwalitatieve vorderingen.

a. Situering tussen gelijkaardige rechtsfiguren

Zoals gezegd komt het in ons recht ook voor dat schuldvorderingen die ontstaan op naam van een bepaalde persoon krachtens bepaalde rechtsfiguren “*ab initio*” toekomen aan een andere persoon, zodat ze geacht wordt rechtstreeks in diens hoofde (vermogen) te zijn ontstaan.

We vinden dit met name :

- bij de middellijke vertegenwoordiging. Deze figuur werd in Deel I reeds besproken en komt verder nog nader aan bod. De schuldvorderingen die de vertegenwoordiger verkrijgt voor rekening van zijn opdrachtgever staan op zijn naam, maar vallen in het vermogen van de opdrachtgever. Wanneer een schuldvordering aldus ontstaat op naam van een middellijk vertegenwoordiger, zijn de rechten van zijn principaal op die schuldvordering ouder dan rechten die erop zouden worden toegekend door de vertegenwoordiger. Dat is niet het geval voor bestaande schuldvorderingen die de middellijke vertegenwoordiger aankoopt.
- Wanneer de schuldvordering ontstond als een gezamenlijke schuldvordering (in collectieve eigendom) die door het wegvallen van het mede-eigendomsrecht van de ene gerechtigde aan de andere toekomt, namelijk door een toebedeling (verdeling) of de werking van een aanwasbeding.
- Wanneer de schuldvordering betrekking heeft op een goed (vordering tot geven) en ze door de uitoefening van een naastings- of uitkooprecht t.a.v. dat goed, geacht wordt *ab initio* te zijn ontstaan in hoofde van de naastingsgerechtigde. Het gaat dan om een schuldvordering tot geven, die wordt genaast door een derde die krachtens de wet de voorkeur krijgt. De belangrijkste voorbeelden hiervan vinden we bij de uitoefening van het uitkooprecht van de mede-erfgenamen (art. 841 BW) en bij overdracht van een betwist recht (art. 1699 BW) en bij naasting in geval van miskenning van een wettelijk voorkooprecht (bv. van de pachter of de overheid). Zij komen verderop nog ter sprake.
- Bij “kwalitatieve schuldvorderingen”; dit zijn schuldvorderingen die nauw verbonden zijn met een goed en daarom krachtens het recht geheel of gedeeltelijk toekomen aan de persoon die de vereiste hoedanigheid (kwaliteit) van gerechtigde tot

dat goed heeft. Daarbij kunnen zich twee situaties voordoen: enerzijds is er de situatie waarbij kwalitatieve schuldvorderingen die reeds bestaan gebeurlijk als accessoire rechten “meegaan” bij de eigendomsovergang van dat goed. Anderzijds kan het zijn dat een schuldvordering ontstaat op naam van een persoon die niet ten volle die hoedanigheid heeft tot dat goed; wanneer die schuldvordering evenwel uit haar aard kwalitatief is, dan komt zij vanaf haar ontstaan geheel of gedeeltelijk toe aan de gerechtigde van dat goed, al is ze op naam van iemand anders ontstaan. Eenvouigheidshalve worden beide situaties samen besproken in Deel VI.

Ter vergelijking: bij een derdenbeding ontstaat het recht van de begunstigde ook rechtstreeks in zijn hoofde, en niet ten gevolge van een overgang uit het vermogen van de bedinger, maar in dat geval ontstaat het ook rechtstreeks op naam van de derde, en daardoor verschilt het derdenbeding van de zopas besproken rechtsfiguren.

AFDELING H. Het verschil met afgeleide wijzen van eigendomsverkrijging

Tegenover de oorspronkelijke eigendomsverkrijging is de afgeleide eigendomsverkrijging steeds in enige mate gebonden aan de bevoegdheid om erover te beschikken van die persoon van wie de eigendom wordt afgeleid, kortom de "beschikkingsbevoegdheid" van die persoon (zie verder voor nadere uitleg van dit begrip) of minstens aan de schijn daarvan. Dat goederen buiten de genoemde oorspronkelijke wijzen om in beginsel slechts kunnen verkregen worden vanwege iemand die bevoegd was erover te beschikken, wordt - onvolmaakt - uitgedrukt in het oude adagium "*Nemo plus iura transferre potest quam ipse habet*" (niemand kan meer rechten overdragen dan hij zelf heeft). Bij schijn van beschikkingsbevoegdheid speelt de publiciteit een grote rol.

Bij de oorspronkelijke wijzen van verkrijging is er in sommige gevallen een "natuurlijke" publiciteit (bv. bezit), in sommige gevallen geen werking ten aanzien van de derde verkrijger.

HOOFDSTUK III. DE WIJZEN VAN VERKRIJGING VAN GOEDEREN ONDER ALGEMENE TITEL

AFDELING A. Inleiding

Ons recht onderscheidt bij de afgeleide wijzen van eigendomsverkrijging deze onder bijzondere titel en onder algemene titel.

Bij verkrijging onder bijzondere titel gaat het steeds om de verkrijging van afzonderlijke goederen ("*ut singuli*"), waarbij de vereisten voor elk goed afzonderlijk moeten zijn vervuld.

Bij overgang onder algemene titel (Fr. *transmission à titre universel*, Du. *Gesamtnachfolge*) gaat het daarentegen om een geheel vermogen - of een onverdeeld aandeel erin²³ - dat in eigendom wordt overgedragen of waarop een beperkt zakelijk recht wordt gevestigd (een vb. van het laatste is het erven van vruchtgebruik) krachtens één enkele titel. Dit is een uitzondering op het specialiteitsbeginsel.

Dit sluit niet uit dat bepaalde baten of lasten niet overgaan omdat zij tenietgaan bij het overlijden of ander feit dat de overgang onder algemene titel bewerkstelligt (bv. verbintenissen of schuldvorderingen die strikt *intuitu personae* zijn).

Wanneer we spreken van een vermogen kan het daarbij zowel om het "enige" vermogen van een natuurlijke of rechtspersoon gaan, als om een afgescheiden vermogen in de hoger (Deel I) reeds besproken zin. Zoals hoger ook reeds besproken is het recht op een afgescheiden vermogen of een aandeel daarin overigens op zijn beurt als een onlichamelijk goed te beschouwen (met bijzondere kernmerken), dat onder bijzondere titel kan worden verkregen.

Verkrijging onder algemene titel nu vinden we in ons recht slechts in een beperkt aantal (*numerus clausus*) gevallen, namelijk erfopvolging (en legaat onder algemene titel), vorming van een gemeenschap, sommige verrichtingen met vennootschappen of bedrijfstukken, sommige gevallen van ontbinding van een rechtspersoon, en zo men wil ook het algemeen beslag²⁴. Een natuurlijke persoon kan dus afzonderlijke delen van zijn vermogen – *ut singuli* – vervreemden en niet zijn hele vermogen als geheel tenzij in de wettelijk toegelaten vormen (testament, algemene maatschap, ouderlijke boedelverdeling e.d.m.).

²³ In uitzonderlijke gevallen gaat het om het geheel van de roerende of van de onroerende goederen alleen.

²⁴ Tot in 1972 kende ons recht nog de regels van art. 305 BW krachtens dewelke bij echtscheiding door onderlinge toestemming de helft van alle goederen van de (ex-)echtgenoten overging op de kinderen uit het huwelijk. Het ging hier om een vorm van verkrijging onder algemene titel.

NB. In internationale verhoudingen is de aanknopingsfactor hiervoor vaak geheel of gedeeltelijk verschillend van de *lex rei sitae* (bv. voor de erfopvolging van roerende goederen); daarop wordt hier niet nader ingegaan.

AFDELING B. OVERZICHT VAN DE WIJZEN VAN VERKRIJGING ONDER ALGEMENE TITEL

1. Erfopvolging (en legaat onder algemene titel)

Een verkrijging onder algemene titel vindt vooreerst plaats krachtens erfopvolging (andere dan de “anomale nalatenschap” van de ascendenten), algemeen legaat en legaat onder algemene titel, ouderlijke boedelverdeling of contractuele erfstelling onder algemene titel. Het kan gaan om de erfopvolging van een overledene, dan wel van een gelijkgestelde afwezige.

Vergelijkbaar is ook het omgekeerde geval, nl. dat van de afwezige die terugkomt na de definitieve inbezitstelling van de erfgenamen (art. 132 BW); de definitieve inbezitstelling wordt immers niet met terugwerkende kracht ongedaan gemaakt. Bij afwezigheid blijft de verkrijging door de erfgenamen wel voorwaardelijk, doch de voorwaarde werkt niet terug.

In vele andere rechtsstelsels verkrijgen de erfgenamen niet onder algemene titel, maar slechts onder bijzondere titel door toebedeling van goederen uit de nalatenschap, die op naam komt te staan van een vereffenaar (Engelse stelsel van de *trustee/personal representative*, die formeel het hele vermogen verkrijgt (onder algemene titel dus)) of als naamloos vermogen wordt beheerd en vereffend door een bewindvoerder.

De verkrijging onder algemene titel kan een verkrijging in eigendom zijn of in vruchtgebruik en blote eigendom, voor erfopvolging indien de wet zulks bepaalt, dan wel bij legaat²⁵.

Bij een erfstelling over de hand (voor zover toegelaten) die betrekking heeft op de hele nalatenschap of een abstract aandeel ervan, verkrijgen zowel de voorerfgenamen als de verwachters/na-erfgenamen onder algemene titel van de erflater, de eersten in dadelijke eigendom, de volgende in een soort eigendom op termijn (zie Deel I).

In zoverre men aanvaardt dat de na-erfgenamen reeds een zakenrechtelijk beschermde verwachting hebben (een *Anwartschaftsrecht*) en het om de door het BW toegelaten erfstellingen ten voordele van

²⁵ Cass. 2 mei 1952, *T. Not.* 119 = *RW* 1951-52, 1819, bevestigt dat ook een legaat van het vruchtgebruik op alle goederen een legaat onder algemene titel is, waarbij de legataris, anders dan de legataris onder bijzondere titel, in verhouding tot het vruchtgebruik gehouden is tot de schulden afhangelende van de nalatenschap, d.w.z. gehouden is tot de interesten van de schulden.

alle bestaande en toekomstige kleinkinderen c.q. neven en nichten gaat, gaat het om een collectief recht van de na-erfgenamen, waarbij ieders aandeel verandert telkens wanneer er nog een na-erfgenaam geboren wordt – een zeer zeldzame situatie in ons recht.

2. De vorming van een gemeenschap (huwgemeenschap, algemene maatschap)

Dit betreft met name:

- (a) de boedelmenging door de vorming van een huwelijksgemeenschap (art. 1452-1453 BW); en
- (b) de vorming van een algehele maatschap.

De vorming van een gemeenschap kan zowel tot gevolg hebben dat er ten tijde van de vorming een overgang onder algemene titel plaatsvindt, als dat op grond van die vorming later bepaalde goederen van rechtswege door de gemeenschap worden verkregen in plaats van door de verkrijgende partij voor eigen rekening alleen.

3. Sommige verrichtingen met vennootschappen of bedrijfstakken

Dit betreft met name:

- vooreerst de fusie van rechtspersonen (art. 671 Wb.Venn.)
- de splitsing van rechtspersonen (art. 673 Wb.Venn.)
- de inbreng van een algemeenheid (d.i. van het gehele vermogen van een vennootschap) in een andere vennootschap (art. 678 Wb. Venn.)²⁶;
- de inbreng in vennootschap van een bedrijfstak door een andere vennootschap (art. 679 en 759 Wb.Venn.) of door een natuurlijke persoon;
- de inbreng door een vzw of stichting (Titel IIIbis met art. 58 VZW-wet);
- de “overdracht” van een bedrijfstak wanneer gekozen wordt voor de gelijkstelling van de operatie met de inbreng van bedrijfstak (art. 770 Wb.Venn.) (bedoeld wordt de overdracht krachtens een andere overeenkomst dan inbreng). Dit is een bijzonder geval, dat ook kenmerken van de overgang onder bijzondere titel vertoont; hier gaat het niet om een geheel vermogen of een onverdeeld aandeel daarin²⁷.

Buiten de toepassing van art. 679 en 759 v. Wb. Venn. (inbreng van een bedrijfstak) om, vormt de overdracht van een handelszaak daarentegen privaatrechtelijk onbetwistbaar een overdracht van de afzonderlijke bestanddelen ervan *ut singuli*. Anders dan de “bedrijfstak” sinds de wet van 13 april 1995 (wijziging Venn.W., intussen Wb. Venn.), is de handelszaak geen rechtelijke algemeenheid.

²⁶ Art. 682, 3° spreekt in het Nederlands terecht van “overgang” en niet van “overdracht” (de franse tekst is minder nauwkeurig), maar art. 683, lid 3 spreekt dan weer verkeerdelijk van overdracht. Zie over de zakenrechtelijke kwalificatie onder meer F. ‘t KINT & I. CORBISIER, “La transmission des contrats et la protection des créanciers”, *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, 1995, p. 161 v.

²⁷ Literatuur, zie o.m. A. GOEMINNE & N. VERBIST, “De overdracht van een algemeenheid of van een bedrijfstak”, *TRV* 1998, 355 v.

Bij de vzw en stichting is de mogelijkheid van fusie door de wet niet voorzien, en is er dus een vereffening nodig, waarbij de schulden worden vereffend en goederen onder bijzondere titel worden toebedeeld.

4. Sommige gevallen van ontbinding van een rechtspersoon.

Bij vennootschappen met onbeperkte aansprakelijkheid (m.i.v. de economische samenwerkingsverbanden) is het mogelijk dat er na ontbinding een verkrijging onder algemene titel plaatsvindt, nl. door toebedeling in gemeenschap van alle (of alle resterende) goederen door de vereffenaar aan de vennoten *c.q.* leden (de hypothese van art. 129, 2 W. Registr.²⁸), die dan ook hoofdelijk aansprakelijk blijven voor alle schulden. Aangezien de rechtspersoon voort bestaat tot aan de afsluiting van de vereffening en het vermogen van de ontbonden rechtspersoon dan ook géén onverdeeldheid is, kan deze overgang onder algemene titel wel maar plaatsvinden op het ogenblik van de afsluiting van de vereffening²⁹.

AFDELING C. DE VERKRIJGING VAN RECHTEN OP EEN VERMOGEN.

Hoger werd reeds uitvoeriger ingegaan op de afgescheiden vermogens die ons recht kent (Deel I hoofdstuk IX), alsook op de aard van rechten op een dergelijke vermogen – met name aandelen in een gemeenschappelijk vermogen, collectieve pandrechten op een vermogen, *saisine*, *Anwartschaftsrechte* onder algemene titel e.d.m - als een bijzondere categorie van onlichamelijke goederen. Meer bepaald werden de regels besproken inzake de overdraagbaarheid en beslagbaarheid van dergelijke rechten en hun belastbaarheid met beperkte zakelijke rechten.

Hier wensen we daarboven nog de aandacht te vestigen op de aard van de overgang van dergelijke rechten of bezwaring ervan met beperkte zakelijke rechten (vruchtgebruik of pand). Immers, een overdracht, een vestiging van pand of vruchtgebruik, een beslag, een vererving, een aanwas van zo'n aandeel (bij het aandeel van anderen) heeft een dubbele aard :

- enerzijds is het recht zelf een onlichamelijk goed, dat voorwerp kan zijn van uiteenlopende wijzen van verkrijging, bezwaring, of verlies of van een declaratieve

²⁸ In die veronderstelling is deze bepaling dan ook geenszins overbodig, nu er naar gemeen recht geen overdracht plaatsvindt, maar enkel een verdeling.

²⁹ Cass. 2 december 1952, *B. Staat t. Van Grootenbrul*, *RCJB* 1953, 288 noot J. HEENEN, die deze regel bekritiseert voor het geval dat intussen slechts één vennoot meer overbleef. Zie meer algemeen over dit vraagstuk J. VAN BAEL, "De ontbinding en vereffening van een vennootschap met rechtspersoonlijkheid en de toedeling resp. verdeling van haar vermogen, met of zonder voorafgaande vereffening van dit vermogen. Commentaar bij art. 178 Venn.W.", in *Facetten van ondernemingsrecht, Liber amicorum prof. Frans Bouckaert*, Univ. Pers Leuven 2000, 77 v.

operatie, onder meer van verkrijging onder algemene titel (bv. vererving) of onder bijzondere titel (overdracht);

- anderzijds betekent elke operatie op zo'n recht ook dat indirect er een wijziging intreedt in het eigendomsrecht van een geheel van goederen (het vermogen waarop men een recht heeft). De overdracht van een dergelijk recht onder bijzondere titel brengt net zoals een verkrijging onder algemene titel geen wijziging aan in de titel krachtens dewelke de goederen van het vermogen gehouden worden. De verkrijger van het aandeel zet in die zin de titel van zijn rechtsvoorganger voort (dus de titel op grond waarvan het goed ging deel uitmaken van de gemeenschap).

AFDELING D. Gevolgen van de overgang onder algemene titel tegenover de overgang onder bijzondere titel

Bij overgang onder algemene titel (erfopvolging, fusie en opslorping, algemene gemeenschap van goederen e.d.m.) gaat het zoals gezegd om de overgang van een geheel vermogen of een onverdeeld aandeel erin.

Kenmerkend is dat naast activa ook passiva, naast goederen ook schulden mee overgaan. De gebondenheid van de verkrijger aan de rechtstoestand van de rechtsvoorganger is hier het grootst. dit betekent niet noodzakelijk dat de rechtsopvolger ook persoonlijk verbonden is voor de schulden, maar wel dat deze schulden verhaalbaar zijn op de onder algemene titel verkregen goederen. Noch derden met een zakelijk recht, noch schuldeisers worden in hun verhaal door die overgang aangetast. Daarom kan deze verkrijging van rechtswege geschieden, zonder dat daartoe een levering of publiciteit moet worden vereist.

Dit verklaart ook dat het recht krachtens hetwelk deze verkrijging geschiedt niet noodzakelijk de *lex rei sitae* hoeft te zijn. De toepasselijke wet heeft minstens voor roerende goederen veelal universele werking, zij het dat voor bepaalde vragen de *lex rei sitae* doorslaggevend blijft.

Derdenbeschermingsmaatregelen zijn wel verantwoord doordat de schuldenaars van de oude boedel (nalatenschap, opgeslorpte rechtspersoon) nu in concurrentie komen met schuldenaars van de nieuwe boedel (vermogen van de erfgenamen, opslorpande vennootschap). Zie daarvoor dan ook:

- de boedelscheiding van art. 878 BW;
- de regels van art. 1399 en 1410 BW inzake de huwelijksgemeenschap³⁰;
- die van art. 683 Wb. Venn. in geval van fusie of splitsing³¹;
- die van art. 766 Wb. Venn. inzake de inbreng van een algemeenheid of een

³⁰ Zie evenwel H. TIELEMANS, "Het huwelijk van de schuldenaar. Een ongelukstijding voor de schuldeiser ?", *TPR*, 1981, 301 e.v.

³¹ Zie o.m. F. 't KINT & I. CORBISIER, "La transmission des contrats et la protection des créanciers", *Le nouveau droit des fusions et des scissions de sociétés*, 1995, p. (161) 202 v. Bijzondere regels gelden er voor onder meer verzekeringsondernemingen, zie daarvoor de Controlewet verzekeringsondernemingen.

bedrijfstak in één of meer vennootschappen).

Verder kunnen schuldeisers bescherming behoeven in sommige gevallen doordat een partij zich daardoor verarmt³² (voor de toepassing van sommige regels kan het van belang zijn of verkrijging onder algemene titel kan daarbij als handeling om niet dan wel onder bezwarende titel wordt beschouwd).

Daarbuiten zijn er een aantal publiciteitsmaatregelen voor bepaalde goederen die in de overgang zouden zijn begrepen, meer bepaald onroerende goederen (zie bv. art. 683 Wb. Venn.). De niet-tegenwerpbaarheid lijkt gevolgen te hebben voor de vraag wie met wie in samenloop komt alsook voor de bescherming van derdeverkrijgers (dit laatste althans voor zover het niet gaat om een geval verdwijning van de oude eigenaar, zoals bij overlijden, fusie, of opslorping).

Omgekeerd bestaan er ook regels ter bescherming van de verkrijger onder algemene titel tegen verplichtingen waarvan ze onkundig zouden zijn.

Het belangrijkste voorbeeld hiervan is het voorrecht van boedelbeschrijving der erfgenamen (mogelijkheid tot beneficiaire aanvaarding, d.i. aanvaarding van de schulden slechts tot beloop van de baten, Lat. *beneficium inventarii*). Een bijzonder geval is de bescherming van de verkrijger tegen niet-ingeschreven hypotheek door art. 82 II HypW (inschrijving kan maar binnen 3 maanden na het overlijden) alsook meer algemeen de bescherming tegen niet ingeschreven voorrechten en hypotheek door de mogelijkheid tot zuivering (zie art. 112 HypW). Deze bescherming wordt wel eens onvoldoende geacht, evenals het ontbreken ervan in de andere gevallen³³.

Bij verkrijging van goederen onder bijzondere titel daarentegen, waaronder ook de eigendomsoverdracht, gaan de schulden niet mee over op de verkrijger van een goed onder bijzondere titel³⁴, tenzij a) deze daarin toestemt en de verbintenissen op zich neemt of b) de verbintenis rehtens als kwalitatieve verbintenis wordt beschouwd (bv. die van de verhuurder, zie de bespreking in Deel I).

Daarom rijst telkens de vraag onder welke voorwaarden de schuldeisers van de vervreemder zich moeten neerleggen bij het verdwijnen van een goed uit het vermogen van hun schuldenaar. Ook vereist het rechtsverkeer dat derden onder bepaalde voorwaarden (bv. goede trouw e.d.) beschermd worden wanneer zij goederen hebben verkregen van een niet-gerechtigde en dat het *nemo-plus*-beginsel dus in die gevallen wordt doorbroken.

³² Bv. de toebedeling van praktisch alle goederen aan één echtgenoot in een regelingsakte voor echtscheiding bij onderlinge toestemming of bij scheiding van goederen. Zie hierover onder meer A. VERBEKE, "Bescherming van schuldeisers bij wijziging van huwelijksvermogensstelsel van gemeenschap van goederen naar scheiding van goederen", *T. Not.*, 1993, 91 v.

³³ Zie over deze problematiek meer algemeen I. CORBISIER, "Les différents tiers au contrat", in *Les effets du contrat à l'égard des tiers, Comparaisons franco-belges*, L.G.D.J. Paris 1992, p. 100 v.

³⁴ Zie voor het beginsel (en toepassing ervan op een legaat onder bijzondere titel) Cass. 6 februari 1913, *Pas.* 93; Cass. 16 september 1966, *Arr.* 1967, 67.

Uitzonderingen:

- a) wanneer de verkrijger van het goed erin toestemt de verbintenis op zich te nemen (schuldovername, schuldtoetreding, enz.), of
- b) wanneer de verbintenis rechtens als kwalitatieve verbintenis wordt beschouwd (zie Deel I).

HOOFDSTUK IV. Overdracht VAN GOEDEREN EN VESTIGING VAN ZAKELIJKE RECHTEN

Bij verkrijging onder bijzondere titel gaat het steeds om de verkrijging van afzonderlijke goederen ("*ut singuli*"), waarbij de vereisten voor elk goed afzonderlijk moeten zijn vervuld. Is deze verkrijging afgeleid, dan blijft ze in beginsel beperkt tot de rechten die de persoon had van wie ze worden afgeleid.

Een dergelijke verkrijging vinden we bij de "overdracht" (*transfert, transfer, Übertragung*) van goederen en de "vestiging" van zakelijke rechten, rechtsfiguren die we in dit hoofdstuk bespreken.

Verder kent ons recht nog een afgeleide verkrijging:

- wanneer een zekerheidsrecht krachtens de wet ontstaat (of althans krachtens een éézijdige rechtshandeling van de begunstigde schuldeiser) – wettelijke hypotheek, sommige onroerende voorrechten, sommige roerende voorrechten, rechtstreekse vorderingen e.d.;
- bij de oneigenlijke natrekking (ingevolge waarvan goederen met een ander goed meegaan doordat ze als bijzaak ervan worden bestempeld, met name als kwalitatief recht); en
- bij de persoonlijke subrogatie.

Deze wijzen van verkrijging komen in hoofdstuk V aan bod.

AFDELING A. INLEIDING OP DE BESPREKING VAN DE OVERDRACHT

1. Plaats van de overdracht in ons zakenrecht, definitie

"Eigendomsoverdracht" (*transfert de propriété, transfer of ownership, Eigentumsübertragung*) is een bepaalde wijze van "eigendomsovergang" (*transmission de propriété, transmission of property, Eigentumsübergang*) of "eigendomsverkrijging" en kan dus vooreerst geplaatst worden tussen de andere vormen van eigendomsverkrijging³⁵. Het kan gaan om de verkrijging in eigendom of om de verkrijging van een zakelijk recht.

Overdracht door levering krachtens een verbintenis is in ons recht zonder twijfel de belangrijkste wijze van eigendomsverkrijging, en meer in het algemeen van verkrijging van goederen. En toch is zij ons omzeggens geheel onbekend. Zij wordt nauwelijks vermeld in de handboeken zakenrecht. Meer nog, volgens sommige klassieke auteurs bestaat ze gewoon niet in ons recht, behalve misschien voor

³⁵ Strikt genomen is "overdracht" de naam van het rechtsgevolg en niet van de wijze waarop dit totstandkomt. Doch metonymisch betekent "overdracht" ook het geheel van de voorwaarden die voor dit rechtsgevolg moeten worden vervuld, samengevat als "wijze van verkrijging".

soortgoederen. Spontaan zouden wij niet de overdracht als een wijze van eigendomsverkrijging beschouwen, maar de koop, de schenking, het legaat, de inbreng e.d.m. Nochtans gaat de eigendom niet over door de koop, de schenking e.d. als obligatoire overeenkomst, maar door de uitvoering ervan, zelfs al vindt die in vele gevallen in beginsel op hetzelfde ogenblik plaats (althans tussen partijen). Ik zou de overdracht dan ook een "*cryptotype*" willen noemen in ons recht: een rechtsfiguur die een geheim bestaan leidt³⁶. Zij zit verborgen onder de uitdrukking "uit kracht van verbintenissen" in art. 711 BW.

Nu worden omzeggens alle opzichten van de overdracht uit kracht van verbintenissen natuurlijk wel behandeld in onze rechtsboeken, doch niet als geheel. Deze verschillende opzichten van de overdracht komen ter sprake bij de meest uiteenlopende andere vragen van ons privaatrecht. Ook de belangrijkste wettelijke bepalingen zijn her en der verspreid: ze bevinden zich ten dele in het verbintenissenrecht (art. 1138, 1141, 1604-1607 BW), ten dele in de hypotheekwet, ten dele in het faillissementsrecht, ten dele in de titel over bezit en verjaring. Ook inhoudelijk zijn ze vaak fragmentair, minstens schijnbaar in tegenspraak met elkaar.

In deze inleidende bespreking situeren we de "overdracht uit kracht van verbintenissen" (uitdrukking van art. 711 BW) tussen de andere wijzen van eigendomsverkrijging.

Overdracht onderscheidt zich van die andere afgeleide wijzen van eigendomsverkrijging onder bijzondere titel – die in Hoofdstuk V. worden besproken, nl. enerzijds de wettelijke hypotheek of pandverkrijging, beslag of onderbewindstelling en dergelijke, anderzijds de (persoonlijke) subrogatie e.d.m., - doordat zij:

- geschiedt krachtens en door middel van de uitvoering van een verbintenis (die verbintenis wordt de titel genoemd en de uitvoering ervan levering, zie verder),
- en doordat ons recht daaraan een heel stelsel van bescherming van verkrijgers te goeder trouw tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder heeft vastgeknoopt, stelsel dat sterk samenhangt met de publiciteit die aan de levering kan worden gegeven.

Ook de gebondenheid van de schuldeisers van partijen aan het al dan niet geleverd zijn, en dus aan de vermogensverschuiving, hangt daarbij sterk af van de publiciteit van die levering. Anders dan bij een overgang onder algemene titel gaan de schulden immers niet mee over op de verkrijger van een goed onder bijzondere titel (uitgezonderd de zogenaamde kwalitatieve verbintenissen).

³⁶ De uitdrukking komt van R. SACCO, "Un cryptotype en droit français : la remise abstraite ?", in *Etudes offertes à René Rodière*, Dalloz Paris 1981, p. 273 e.v.

Bij de reeds genoemde andere afgeleide wijzen van eigendomsverkrijging onder bijzondere titel zijn deze regels soms gelijkaardig, maar toch ook vaak verschillend. Zij komen hier in beginsel niet verder ter sprake.

2. Grondvereisten.

a. Overzicht.

Hieruit volgen dan ook reeds een viertal vereisten waaraan voor de geldigheid van een overdracht moet zijn voldaan:

- een geldige titel (verbintenis);
- levering krachtens die titel (uitvoering van die verbintenis);
- beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder, dan wel vervulling van de vereisten voor derdenbescherming tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder;
- de vereisten voor het bestaan van een zakelijk recht in het algemeen.

Anders dan in het Belgische recht, vinden we de eerste drie vereisten op bijzonder gevatte wijze terug in art. 3:84 lid 1 NBW : "Voor overdracht van een goed wordt vereist een levering krachtens geldige titel, verricht door hem die bevoegd is over het goed te beschikken"³⁷.

Vervulling van deze vier vereisten leidt tot het rechtsgevolg "overdracht" (van een goed) dan wel "vestiging" (van een beperkt zakelijk recht) (zie daarover verder).

b. Geldige titel

Er moet een "geldige titel" zijn, d.i. een onderliggende overeenkomst of andere verbintenis tot overdracht (of vestiging van het zakelijk recht) (La. *iusta causa adquirendi*, Fr. *juste titre*, Dui. *Rechtsgrund* - meestal een zgn. *Verpflichtungsgeschäft*). Die titel is meestal afkomstig uit een overeenkomst, soms uit de wet. Omwille van deze titelvereiste noemt men ons zakenrecht "causaal" en niet abstract. Ook al dient de overdracht of vestiging zelf te worden onderscheiden van de onderliggende verbintenis (zie volgende punt hieronder), ze is daarvan niet "geabstraheerd": de geldigheid van de eerstgenoemde is afhankelijk van de geldigheid van die onderliggende verbintenis.

c. Levering

³⁷ Voor de vestiging van zakelijke rechten beperkter dan eigendom, bepaalt art. 3:98 NBW : "Tenzij de wet anders bepaalt, vindt al hetgeen in deze afdeling omtrent de overdracht van een goed is bepaald, overeenkomstige toepassing op de vestiging, de overdracht en de afstand van een beperkt recht op zodanig goed".

Er moet een levering (*livraison*; Dui. *Verfügungsgeschäft*, bij roerende zaken *Übergabe* of *Übergabesurrogat*, bij onroerende goederen *Auflassung*; En. *conveyance*) plaatsvinden krachtens die titel, d.i. een uitvoering van die verbintenis. Als levering volstaat normaal in ons recht het akkoord van partijen over de totstandkoming van het zakelijk recht (en niet alleen over de verbintenis tot vestiging). Hoewel beiden in beginsel consensueel zijn en ook in tijd vaak samenvallen, moet men een onderscheid maken tussen de onderliggende overeenkomst (de verbintenis tot geven) en de levering in uitvoering daarvan (met als rechtsgevolg - indien ook aan de andere vereisten is voldaan - de overdracht of vestiging).

d. Beschikkingsbevoegdheid

De vervreemder moet tot die beschikking bevoegd zijn; zoniet moeten de vereisten voor derdenbescherming tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder vervuld zijn. Daartoe is omzeggens steeds vereist dat de verkrijger te goeder trouw is ten aanzien van de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder.

e. Overdraagbaarheid en andere objectieve vereisten uit beginselen van ons zakenrecht

1° Uitgangspunt

Daarnaast is de overdracht ook onderworpen aan de basisbeginselen van ons zakenrecht die in Deel I. reeds werden besproken. Daaruit vloeien een aantal objectieve vereisten voort, die volstrekt gelden (in de zin dat ze niet slechts de verhouding tussen partijen of ten aanzien van bepaalde derden op het oog hebben).

Sommige daarvan gelden voor alle goederen, omdat zij uit de algemene beginselen van ons zakenrecht volgen, andere hebben slechts op welbepaalde soorten goederen betrekking. Doch het gaat telkens om louter zakenrechtelijke vereisten. Verwijzingsrechtelijk geldt dan ook de wet van de ligging.

Allen hebben ze tot gevolg dat de overdracht niet kan ingaan zolang aan deze vereisten niet is voldaan. Het zijn echter geen “voorwaarden” zoals de modaliteiten van een verbintenis, en hun vervulling werkt in beginsel niet terug. Zolang er niet aan is voldaan, heeft de verkrijger dan ook nog geen recht op het goed, ook niet onder opschortende voorwaarde, maar slechts een gebeurlijk (eventueel) recht.

Dergelijke volstreekte vereisten voor overdraagbaarheid kunnen niet conventioneel worden bedongen - onder voorbehoud van wat hieronder gezegd wordt betreffende schuldvorderingen.

Deze overdrachtsbeperkingen gelden niet noodzakelijk voor andere wijzen van verkrijging van goederen (zoals de wijzen van verkrijging onder algemene titel, i.h.b. de erfopvolging). De regels daarvoor kunnen enigszins verschillen (vb. niet-overdraagbaarheid van schuldvorderingen valt niet noodzakelijk samen met van rechtswege vervallen bij overlijden).

Volgende vereisten kan men onder deze noemer brengen :

2° Het vereiste dat het om een erkend zakelijk recht gaat (*numerus clausus*-beginsel).

Wanneer de rechtshandeling erin zou bestaan een niet-erkend zakelijk recht te scheppen, heeft zij geen effect of althans niet dat effect. Wat betreft de vraag of men een “zekerheidseigendom” kan scheppen, zie de bespreking in Deel IV.

3° Toepassing van het eenheidsbeginsel, het specialiteitsbeginsel en het bepaaldheidsbeginsel.

Deze beginselen werden hoger reeds besproken.

Vereist voor overdracht is dat het goed geïndividualiseerd (gespecificeerd) is, dus noch vermengd met andere goederen (bepaaldheidsbeginsel), noch een deel uitmaakt van een ander goed (eenheidsbeginsel). Zakelijke rechten kunnen namelijk in beginsel slechts betrekking hebben op ofwel juridische algemeenheden (handelingen onder algemene titel) ofwel op individuele (specifieke) goederen, zoals blijkt uit de regels betreffende de natrekking, zaaksvorming en vermenging als wijzen van eigendomsverkrijging³⁸. Andere algemeenheden zijn geen voorwerp van een zakelijk recht (specialiteitsbeginsel). Wanneer een zaak of recht als een bijzaak wordt beschouwd, leidt zij zakenrechtelijk geen eigen leven, maar volgt zij noodzakelijkerwijze de hoofdzaak (eenheidsbeginsel)

Behoudens uitzonderingen op deze beginselen kan de overdracht of vestiging dus geen uitwerking hebben zolang de specificatie niet is geschied. Ook heeft deze geen terugwerkende kracht.

Een algemene uitzondering wordt gevormd door de juridische algemeenheden, dit zijn meer bepaald de “boedels” of afgescheiden vermogens die ons recht erkent. Zij komen elders nader ter sprake.

Ook andere schakeringen bij de toepassing van deze beginselen werden hoger reeds besproken, waaruit onder meer volgt :

- dat er voor onroerende goederen die niet reeds geïndividualiseerd zijn eerst een splitsingshandeling vereist is;
- dat bij roerende zaken de overdracht geen uitwerking heeft zolang de goederen niet gespecificeerd of verzelfstandigd zijn (tenzij de overdracht tezamen met de

³⁸ Vgl. hierover onder meer G. van HECKE, “La spécification comme condition du transfert des risques de la vente”, *R.C.J.B.*, 1952, (253) 259.

hoofdzaak gebeurt of voor een geheel van soortzaken ineens), behoudens enkele uitzonderingen (inpandgeving handelszaak, overdracht van bedrijfstak, beslag op tak- en wortelvaste vruchten), maar het wel mogelijk is om over te dragen "bij de hoop" alsook om een onverdeeld aandeel in een afgezonderd geheel (hoop) van soortgoederen over te dragen (uitgezonderd geld).

4° Overdraagbaarheid.

De overdraagbaarheid van goederen en de wettelijke beperkingen daaraan - inbegrepen objectieve vereisten die voor overdraagbaarheid moeten worden vervuld - kwamen eveneens reeds ter sprake in Deel I. Of in die gevallen van niet-overdraagbaarheid enkel de overdracht niet kan, dan wel ook een verbintenis daartoe ongeldig is, is een vraag die niet hier behandeld wordt, maar bij de nadere uitwerking van de gebreken van de titel (in Afdeling B.; bv. goederen buiten de handel kunnen normaal ook niet het voorwerp vormen van een verbintenis tot overdracht, tenzij mogelijks voor zover ze onder opschortende voorwaarde van het in de handel geraken wordt aangegaan).

In ieder geval kan de overdracht geen uitwerking hebben zolang aan die objectieve vereisten ervoor niet is voldaan.

De werking van onvervreemdbaarheidsbedingen werd dan ook reeds in Deel I besproken, zowel wat betreft de vereisten voor hun verbintenisrechtelijke geldigheid, als hun gebrek aan zakelijke werking (behoudens mechanismen waardoor zij onrechtstreeks een zakelijke werking verkrijgen), onder voorbehoud van de bijzondere regels voor schuldvorderingen in Deel VI.

5° Het bestaan van de verkrijger.

Ook dit werd in Deel I reeds besproken.

6° Het vereiste van bestaan van het goed.

Zoals in het algemeen deel reeds uitgewerkt, kunnen er geen zakelijke rechten worden gevestigd op goederen die nog niet bestaan en is ook de overdracht (als rechtsgevolg) van niet bestaande goederen niet mogelijk. Een overdracht of vestiging kan dus maar plaatsvinden op het ogenblik waarop het goed als goed totstandkomt, al heeft de leveringshandeling eerder plaatsgehad. Voordien heeft de verkrijger geen zakelijk recht, maar slechts een persoonlijk recht. Waar een verbintenis betreffende een toekomstig goed reeds een verbintenis is, is eigendom van een toekomstig goed nog geen eigendom.

3. Overdracht als generieke figuur

a. Generiek karakter

Vooraleer op de drie bovengenoemde vereisten voor de eigendomsoverdracht *c.q.* vestiging van beperkte zakelijke rechten in te gaan, is het goed nog enkele algemene kenmerken van ons recht dienaangaande te verwoorden.

Een eerste belangrijk kenmerk is dat overdracht (*c.q.* vestiging) een generieke figuur is, in die zin dat de grondregels bij overdracht (*c.q.* vestiging) in beginsel niet verschillen naargelang de meer concrete aard van de titel (de aard van de overeenkomst in het raam waarvan de verbintenis tot geven op grond waarvan de eigendom verkregen wordt, ontstaat: koop, ruil, inbreng, schenking, legaat, zekerheidsovereenkomst, beheersovereenkomst, e.d.), maar wel vrij grondig verschillen naargelang de aard van het goed (onroerend goed, roerende zaken, schuldvorderingen, e.d.). Dit betreft dan voornamelijk de regels betreffende de bescherming van de verkrijger tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder en de regels betreffende conflicten tussen één der partijen en de schuldeisers van de wederpartij.

Zo bv. is de overdracht van schuldvordering (*cessie*) een generieke rechtsfiguur in die zin dat zij kan geschieden krachtens een verkoop van die schuldvordering, een inbreng ervan, een schenking ervan, e.d., en de regels betreffende de *cessie* in al die gevallen in beginsel dezelfde zijn³⁹.

Omwille van dit generiek karakter van de overdracht heeft het zin de overdracht als dusdanig te behandelen - in het zakenrecht, en niet in het verbintenissenrecht, of uitgestrooid over allerlei bijzondere overeenkomsten -, iets wat in onze rechtsleer tot nog toe evenwel nauwelijks is gebeurd.

Het gemeenschappelijk karakter van de overdracht wordt vaak verduisterd, doordat men ervan uitgaat dat de eigendom, verkregen wordt door de verbintenis tot geven, of zelfs gewoon door het sluiten van een verbintenisrechtelijke overeenkomst alleen⁴⁰, en niet eerst door de uitvoering ervan, wat nochtans juist is⁴¹, al is de

³⁹ Zie voor het nut van het beschouwen van de *cessie* als generieke figuur onder meer C. WITZ, "Analyse critique des règles régissant le transfert de propriété en droit français à la lumière du droit allemand", in *Festschrift Jahr*, 1993, p. (533) 547 v.

⁴⁰ Een bepaalde franse rechtsleer ontwikkelde zelfs de stelling dat de verbintenis tot geven niet bestaat (bv. D. TALLON, "Le surprenant réveil de l'obligation de donner", *Dalloz* 1992, C. 68; M. FABRE-MAGNAN, "Le mythe de l'obligation de donner", *R.T.D.Civ.*, 1996, 85 v.); de eigendomsoverdracht zou niet het gevolg zijn van de daarop gerichte wil der partijen, maar een gevolg dat de wet hecht aan bepaalde handelingen (b.v. het sluiten van een verkoop). Weliswaar kan het onderscheid tussen verbintenissen tot geven en andere verbintenisrechtelijk misschien niet veel betekenis hebben, zakenrechtelijk is het verschil groot. Genoemde stelling is een gevolg van de meer algemene verwarring die in de franse (en Belgische) rechtsleer bestaat over de verhouding tussen obligatoire overeenkomst en eigendomsoverdracht. Verder is ze duidelijk in strijd met de voorstelling van zaken in het BW (bv. artt. 711, 1101, 1136 v.). Zie dan ook in Frankrijk P. BLOCH, "L'obligation de transférer la propriété dans la vente", *R.T.D.Civ.*, 1988, 673 v.; F. ZENATI, *Les biens*, PUF Parijs 1988, nr. 137, p. 153; en C. WITZ, in *Festschrift Jahr*, 1993, p. 533 v. Genoemde stelling is echter wel juist in een andere zin,

verwarring begrijpelijk omdat ontstaan en uitvoering van dergelijke verbintenis heel vaak samenvallen (met name in beginsel bij *species*-zaken, en in zekere zin zelfs bij soortzaken, zie verder ...). Dit is het gevolg van twee regels, die verder uitvoeriger worden besproken, namelijk:

- dat de uitvoering van de verbintenis tot geven in beginsel tussen partijen *solo consensu* kan gebeuren, behoudens enkele uitzonderingen, en
- dat bij contractuele verbintenissen tot geven partijen, behoudens andersluidende afspraak, in beginsel vermoed worden deze uitvoering *solo consensu* reeds te hebben voltooid zodra zij die verbintenis aangaan.

Men kan dan spreken van een "samenvall van rechtsmomenten"⁴². Maar ook al is er (vaak) geen chronologisch onderscheid, dan nog moet men logisch onderscheiden, omdat de regels voor verbintenisrechtelijke handelingen en die voor zakenrechtelijke handelingen nu eenmaal niet volledig dezelfde zijn. Het onderscheid tussen beiden wordt hieronder uiteengezet aan de hand van het begrip "levering".

Het nut van een begrippelijke onderscheiding moge blijken uit meerdere problemen die in dit werk ter sprake komen⁴³. Zo lost het onderscheid tussen de voorwaarden en termijnen die de verbintenis betreffen en de voorwaarden en termijnen die de zakenrechtelijke handeling betreffen een aantal aporieën op, zoals die van de rechtspraak betreffende het eigendomsvoorbehoud⁴⁴ (dat ten onrechte als een "termijn" wordt gekwalificeerd), die van de kwalificatie van een beding waarbij partijen de eigendomsoverdracht uitstellen tot de vervreemder een bepaalde rechtshandeling stelt, of die van de wijze waarop de eigendomsoverdracht wordt bewerkstelligd bij verbintenissen tot geven die niet bij overeenkomst zijn aangegaan.

b. Verduidelijking : het begrip "levering"

1° Plaatsing tussen de verbintenissen van de verkoper.

namelijk dat de verbintenis tot feitelijke levering, zoals bv. omschreven in art. 1604 BW voor de verkoper, eigenlijk een verbintenis tot doen is en geen verbintenis tot geven. Maar daarnaast bestaat ook de verbintenis tot geven, die niet op de eerste plaats een materiële handeling, maar een rechtshandeling vereist.

⁴¹ Vgl. hierover De PAGE, *Traité*, II nr. 442; LIMPENS, *La vente*, nr. 22. Vgl. eerder MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, IV p. 388 v. nr. 481 v.; BAUDRY-LACANTINERIE & BARDE, *Des obligations*, I (1897), p. 338 v.

⁴² De uitdrukking komt van J. EGGENS, "Samenvall van momenten in rechtshandelingen", *Themis* 1930, in *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, I, p. 168 v. Anderen hebben het veeleer over een "logische seconde", waarbij zij twee gebeurtenissen die gelijktijdig plaatsvinden als niet-samenvallend, maar integendeel juridisch opeenvolgend voorstellen (zie daarover F. WIEACKER, "Die juristische Sekunde", in *Existenz und Ordnung. Festschrift für Erik Wolf zum 60. Geburtstag*, Klostermann Frankfurt a.M., 421 e.v.; W. MAROTZKE, "Die logische Sekunde - ein Nullum mit Dauerwirkung ?", *AcP* 1991, 177 v.).

⁴³ Zie voor de voordelen van dit onderscheid (door hem dualisme) genoemd tegenover een leer die dit onderscheid niet maakt (monisme) verder ook C. ATIAS-LETREMY, *Le transfert conventionnel de propriété immobilière*, thèse Poitiers 1974, p. 56 v., 72 v., 77 v., 88 v., 107 en *passim*.

⁴⁴ Vgl. F. ZENATI, *Les biens*, PUF Parijs 1988, nr. 137, p. 153; C. WITZ, in *Festschrift Jahr*, 1993, p. (533) 544-547.

Het generiek karakter van de overdracht vooropstellen, ongeacht de concrete aard van de overeenkomst of andere titel ervoor, betekent ook dat de uitvoering van een verbintenis tot geven op een generieke wijze kan worden ontleed. Daartoe moet goed worden nagegaan waaruit die uitvoering precies bestaat, en een onderscheid worden gemaakt tussen de verschillende betekenissen van het woord “levering”.

Vertrekken we van het voorbeeld van de koop-verkoop, dan kunnen we daarbij volgende verbintenissen van de verkoper onderscheiden.

a) De verbintenis tot geven

Deze omvat :

1° een verplichting om ervoor te zorgen *dat de eigendom overgaat* (wat in beginsel kan door loutere instemming, gebeurlijk door vervulling van nadere vormen die daarvoor zijn voorgeschreven); dit is het hoofdbestanddeel van een verbintenis tot geven en de uitvoering daarvan noemen we de “levering” in juridische (rechtelijke) zin (*livraison*). Het kan zijn dat de schuldenaar dit niet zelf kan bewerkstelligen, maar dan staat hij ervoor in dat een derde die overdracht bewerkstelligt; zelf leveren is dus niet de enig mogelijke wijze waarop de schuldenaar aan de verplichting kan voldoen.

2° in beginsel ook de verplichting om die levering en daarmee het recht van de verkrijger *tegenwerpbaar te maken* aan derden, wat meestal een of andere vorm van publicatie vereist, die soms samenvalt met de levering in feitelijke zin. Naargelang de vereiste handelingen kan men hierin een afzonderlijke verbintenis tot doen zien of niet (bv. de verplichting tot het verlijden van de notariële akte is een bijkomende verbintenis tot doen⁴⁵).

3° verder de verplichting om ervoor te zorgen dat aan de andere, objectieve, vereisten voor overdracht (bv. specificatie, doen ontstaan van niet bestaande zaak) is voldaan;

4° de (verplichting tot) *vrijwaring wegens uitwinning* is een gevolg van deze verplichting tot geven.

5° mogelijks een verplichting om *accessoria* te leveren, wanneer de eigendom daarvan niet rechtswege meegaat met die van de hoofdzaak.

Op de wijze waarop deze uitvoering (in natura) van deze verbintenis kan worden afgedwongen wordt hier niet ingegaan (zuiver verbintenisrechtelijke vraag).

⁴⁵ De medewerking aan het verlijden van de notariële akte is een verplichting voor de verkoper en de koper, tot uitvoering in natura waarvan hij kan worden veroordeeld; het vonnis kan ook desgevallend als titel gelden voor overschrijving – Cass. 31 januari 2008, *RW* 2008-2009, 573 n. R. JANSSEN.

b) De verbintenis tot doen.

Deze omvat in beginsel de verplichting om het goed (en de accessoria) ter beschikking te stellen van de koper (levering in feitelijke zin (*délivrance*), rechtstreeks bezit verschaffen). Of dit moet gebeuren, waar en wanneer, is evenwel een vraag die los staat van de verbintenis tot geven zelf⁴⁶. Zij vormt het voorwerp van een verbintenis tot doen⁴⁷.

2° Levering en bezit; rechtelijk en feitelijk begrip.

De uitvoering van de verplichting tot geven in enge zin (los van de terbeschikkingstelling) geschiedt door een handeling die gericht is op de overgang van het goed of het ontstaan van het zakelijk recht. Deze heet traditioneel levering (volgens het BW *livraison*, soms *tradition*, in het Latijn *traditio* in de ruime zin, in het Duits *Übergabe*⁴⁸) (of dit een rechtshandeling is, wordt verder besproken). Maar levering (en hetzelfde geldt voor de termen in andere talen) wordt ook - en heden ten dage bij ons zelfs op de eerste plaats - gebruikt in een meer feitelijke zin.

Om dit beter te begrijpen willen we eerst de verhouding tussen de leveringshandeling (rechtelijk) en het bezit nagaan. Bezit en levering hebben namelijk gemeenschappelijk dat zich bij beiden in de loop der geschiedenis een rechtelijk begrip (van bezit *c.q.* levering) is gaan onderscheiden van het oorspronkelijke “feitelijke” begrip.

Wat het bezit betreft, kan men rechtstreeks bezitten (*corpore suo*), dan wel middellijk, dit is via iemand die het goed voor de bezitter houdt (*animo suo, corpore alieno*, zie art. 2228 BW). Wie het goed voor een ander houdt, is dan in onze terminologie geen bezitter meer, maar slechts houder voor die ander (*detentor*)⁴⁹. Het

⁴⁶ Vgl. DE PAGE, *Traité* IV nr. 25.

⁴⁷ Het onderscheid tussen de levering in rechtelijke zin als uitvoering van een verbintenis tot geven en de levering in feitelijke zin als uitvoering van een verbintenis tot doen vinden we zeer duidelijk bij N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, LGDJ Parijs 1961, nr. 37.

⁴⁸ Althans voor roerende goederen. Voor onroerende goederen gaat het om de *Eintragung* (in het *Grundbuch*). Strikt genomen heeft het Duitse recht geen eenvormige term die correspondeert aan de “levering” in rechtelijke zin, en wordt deze normaal ontleed in twee bestanddelen, die steeds allebei worden vernoemd, namelijk de *Einigung* én de *Übergabe* (voor roerend goed) *c.q.* *Eintragung* (voor onroerend goed). Dit heeft te maken met de verschillende wijze waarop de levering wordt begrepen als rechtshandeling (en dit is weer grotendeels het gevolg van het abstracte stelsel van eigendomsoverdracht). Het Oostenrijkse recht, dat het abstractiebeginsel niet kent, gebruikt de term *Übergabe* dan wel in dezelfde algemene betekenis van (rechtelijke) “levering” (zie ABGB § 425 v.).

⁴⁹ Sommige rechtsstelsels, zoals bv. het Duitse, maken nog een subtiel onderscheid tussen de “*Besitzdiener*”, dit is de houder die een goed louter in een ondergeschikte positie in handen heeft, en geen enkel recht heeft jegens de bezitter (*Besitzherr*) om de zaak te houden - bv. een werknemer -, waardoor het bezit van de bezitter als een onmiddellijk bezit wordt beschouwd, en de gevallen waarin de houder een recht heeft om de zaak te houden, waardoor een middellijk bezit tot stand komt (zie BGB § 855 en 973). In ons recht komt het begrip “bezitter ter bede” daarmee min of meer overeen, doch zonder dat dit dezelfde rechtsgevolgen heeft m.b.t. de mogelijkheid van verkrijging *a non domino* (in het Duitse recht wordt verkrijging uit handen van een *Besitzdiener* gelijkgesteld met verlies of diefstal,

BW heeft het bij houderschap ook meermaals over de zaak “in zijn macht” hebben (bv. art. 1604 BW). Het juridische bezit ("civiel bezit", *possessio civilis*) valt dus niet noodzakelijk samen met het meer feitelijke “houderschap”.

Voor een goed begrip van de levering is vooral de situatie van belang waarin een zaak, die de verkoper voor zichzelf houdt, wordt verkocht en partijen het erover eens zijn dat de eigendom al overgaat (wat overigens wordt vermoed), maar de koper nog geen rechtstreeks bezit heeft van de zaak. Welnu, in zo’n geval heeft de koper reeds het middellijk bezit van de zaak; hij heeft dan het bezit *animo suo, corpore alieno*, terwijl de verkoper dan niet meer het rechtelijk bezit heeft, maar slechts nog houder (*detentor*) is voor de koper⁵⁰: hij houdt de zaak niet voor zichzelf (*animo domini, pro suo*), maar voor een ander. Uit dit voorbeeld blijkt dat het onjuist is te veronderstellen dat de verkoper, die de zaak onder zich houdt en ze voor zichzelf houdt, niet op het ogenblik waarop hij instemt met een onmiddellijke eigendoms-overgang, aan de koper het bezit zou verschaffen. Alleen verschaft hij de koper geen rechtstreeks, maar een middellijk bezit.

Zo ook heeft de instemming met de eigendomsovergang in zo’n geval (waar de verkoper de zaak onder zich houdt en ze voor zichzelf houdt), waar middellijk bezit wordt verschaft, ook levering te heten, niet in de zuiver feitelijke zin, maar in rechtelijke zin. Waar de verkoper de zaak bij het aangaan van de verkoop onder zich heeft en voor zichzelf houdt, valt deze levering noodzakelijk samen met bezitsverschaffing, omdat men niet tegelijk ermee kan instemmen dat de eigendom overgaat op de koper en toch nog de zaak voor zichzelf houden. Ook het feit dat de vruchten vanaf de eigendomsovergang voor de koper zijn (art. 1614 BW) wijst erop dat deze reeds (civiel) bezitter is. Het is dus een verkeerde voorstelling van zaken te zeggen dat voor de overdracht van bezit een levering nodig zou zijn en voor de overdracht van eigendom niet⁵¹. Weliswaar gaan verschaffing van juridisch bezit en eigendomsoverdracht objectief gesproken niet steeds samen, maar zij kunnen niet door de partijen worden gescheiden.

Behalve wanneer de vervreemder weliswaar eigenaar is, doch het bezit verloren heeft (verloren en gestolen goederen), valt de levering noodzakelijk samen met bezitsverschaffing (civiel bezit), omdat men niet tegelijk ermee kan instemmen dat de eigendom overgaat op de koper en toch nog de zaak voor zichzelf houden en evenmin eigendom kan overdragen van goederen waarvan men noch eigenaar is, noch bezitter, noch houder.

Wel is het zo dat in het woordgebruik ook de beperktere betekenis van levering, net als die van bezit, is blijven voortbestaan.

en niet behandeld als vrijwillig bezitsverlies).

⁵⁰ Vgl. F. van NESTE, *Zakenrecht*, tweede uitgave, I, nr. 137 B. Detentor is juister dan "bezitter ter bede", gezien beide begrippen niet samenvallen - zie H. VUYE, in *Het zakenrecht, absoluut niet een rustig bezit*, nr. 18. Bezitter ter bede is eerder de “*Besitzdiener*” (zie vorige noot).

⁵¹ Zo evenwel F. van NESTE, *Zakenrecht*, I nr. 133 en noot 251.

Jammer genoeg gebruikt het BW de term “leveren” (*livrer*) in de beide betekenissen zonder daarbij met een nadere term te duiden welke betekenis wordt gebruikt :

- enerzijds in de ruime betekenis van rechtelijke levering (inbegrepen de levering *constituto possessorio* - zie verder), d.w.z. de uitvoering van een “verbintenis tot geven” (bv. in art. 1138 BW) door middel van een handeling, die vaak een loutere rechtshandeling is;

- anderzijds in de veelal engere betekenis van levering die feitelijk bezit meebrengt (de *traditio* van het Romeins recht in één van zijn vormen), d.w.z. de uitvoering van een verbintenis tot doen, die evenwel in de meeste gevallen ook vereist is opdat de verbintenis tot geven behoorlijk en volledig (namelijk aan derden tegenwerpbaar) zou zijn uitgevoerd (bv. in 1136, 1583 en 1604-1606 BW). Het gaat hier in beginsel om een zuiver feitelijke handeling.

In de franse terminologie zou men nog de lijn kunnen trekken dat in de eerste betekenis van “*livraison*” wordt gesproken, in de tweede van “*délivrance*”, waar het in het Nederlands allebei “levering” heet. Omgekeerd is ook de franse terminologie onnauwkeurig omdat voor “overgave” soms - ten onrechte - van “*tradition*” wordt gesproken, soms - terecht - van “*tradition réelle*” (vgl. art. 1138 en 1606 BW).

Wezenlijk voor de uitvoering van de verbintenis tot geven is echter wel de levering in juridische zin, die in beginsel samengaat met de verschaffing van het bezit in juridische zin. Het is daardoor, en niet door het sluiten van bv. de koopovereenkomst, dat de eigendom in beginsel overgaat (mits aan mogelijke andere, objectieve, vereisten is voldaan). De feitelijke levering, die overeenstemt met de Romeinse *traditio* in zijn verschillende vormen (met uitsluiting van het *constitutum possessorium*) (zie voor uitwerking verder), waarvan de overgave (“*tradition réelle*”) er één is, heeft zakenrechtelijk⁵² maar betekenis (zij het een belangrijke betekenis) als een vorm van publicatie van de levering, en komt als dusdanig verder in Deel V. nader ter sprake (bij de bespreking van de derdenbescherming bij roerende zaken). Verbintenisrechtelijk kan zij daarnaast ook de uitvoering zijn van de bijkomende verplichting tot terbeschikkingstelling, die normaal (maar niet altijd) uit de verbintenis tot geven voortvloeit.

Dat de eigendom in ons recht tussen partijen overgaat door de - rechtelijke - “levering” - althans wanneer ook aan de andere eisen is voldaan - en niet door de obligatoire overeenkomst op zichzelf, betekent dan ook natuurlijk niet dat de eigendom tussen partijen slechts zou overgaan op het ogenblik van de (feitelijke) “overgave” (term van art. 1138 en 1606 BW, *tradition réelle*); art. 1138 BW stelt duidelijk het tegengestelde door het woord “levering” te gebruiken in een betekenis die ook de *traditio ficta* (*tradition feinte*)⁵³ mee omvat (“levering” ook zonder

⁵² Verbintenisrechtelijk is zij een verbintenis van de verkoper, enz., ook nadat de levering in rechtelijke zin heeft plaatsgevonden, voor zover de goederen daardoor nog niet in macht en bezit van de koper zouden zijn geraakt.

⁵³ Dat de gedachte aan een *traditio ficta* nog duidelijk gold bij de auteurs van de C.C., blijkt bv. uit art. 1919 BW

“overgave”)⁵⁴. Ook art. 938 BW zegt niet dat er geen *traditio* is vereist, maar wel dat er geen *andere* is vereist dan een louter consensuele *traditio*.

c. Afwijkende regels

Afwijkende regels zijn er voornamelijk voor overdracht of vestiging *mortis causa* / "ter zake des doods" (nl. bijzondere legaten), en, in zekere mate, krachtens schenking en krachtens zekerheidsovereenkomst. Vandaar dat art. 711 BW de schenking en het testament opsommen naast de overdracht uit kracht van verbintenissen, hoewel ze een vorm van overdracht inhouden (althans de schenking en het bijzonder legaat).

d. Toepassing op (vestiging van) beperkte zakelijke rechten

De regels van de overdracht uit kracht van verbintenissen gelden in beginsel (met enkele uitzonderingen) ook voor de vestiging van beperkte zakelijke rechten (zakelijke rechten beperkter dan eigendom), zowel genotsrechten (vruchtgebruik, erfpacht, opstal, erfdienstbaarheid) als zekerheidsrechten (vnl. pand en hypotheek).

Bij overdracht spreekt men van "translatieve" handeling, bij vestiging van beperkte zakelijke rechten van "constitutieve" handeling (zie art. 1 HypW). Bij het laatste gaat het niet om de overdracht van een bestaande zaak of recht, maar om de afsplitsing van een niet eerder bestaand zakelijk recht (hoofdzakelijk afsplitsing t.a.v. de eigendom).

Deze vestiging geschiedt in beginsel op dezelfde wijze als de overdracht van de eigendom, waarvan het beperkt zakelijk recht een afsplitsing is, voor dezelfde soort van goederen. Zij dient meer algemeen als een gedeeltelijke (kwalitatief gedeeltelijk) overdracht te worden beschouwd.

Net als de overdracht is ook de vestiging van beperkte zakelijke rechten een generieke rechtsfiguur. Daarom is het onjuist om de onderliggende overeenkomst bij vestiging van bv. een erfpachtrecht of een erfdienstbaarheid als een overeenkomst *sui generis* te beschouwen.

Net zoals bij de overdracht van goederen moet ook bij de vestiging van zakelijke rechten (bv. erfpacht, erfdienstbaarheid, e.d.m.) onderscheiden worden tussen:

1° de overeenkomst tot vestiging (titel), die verbintenisrechtelijk is (verkoop, schenking, inbreng e.d.),

2° de levering zelf als zakenrechtelijke handeling, en

⁵⁴ Dit alles wordt een stuk duidelijker door rechtsvergelijking. Zo bv. maakt de Zwitserse leer steeds duidelijk dat de eigendom overgaat door de *Übergabe* / *tradition*, maar verhindert dat niet dat de levering consensueel kan geschieden en zelfs veelal geïmpliceerd wordt gezien in de verkoopovereenkomst zelf (zoals art. 1138 van ons BW) (Zie F. FERRARI, “Vom Abstraktionsprinzip und Konsensualprinzip zum Traditionsprinzip”, *ZEuP* 1993, (52) 61 v., 64 met verwijzingen naar P. LIVER en HAAB / SIMONIUS.

3° de publicatie van de levering, die het gevestigde recht tegenwerpbaar maakt aan derden te goeder trouw (met een concurrerend recht).

Een bijzonder geval van overdracht of vestiging is de afstand van rang (*cession de rang*) van een zakelijk zekerheidsrecht (hypotheekrecht, voorrecht of pandrecht), die een uitzondering vormt op de regel dat zekerheidsrechten wegens hun afhankelijk karakter als dusdanig niet het voorwerp kunnen zijn van een overdracht.

Wat betreft de zgn. declaratieve handelingen, zie verder *infra* Hoofdstuk VII.

e. Verkrijging van een beperkt recht door voorbehoud in plaats van overdracht.

Bij beperkte zakelijke rechten die ontstaan uit een rechtshandeling (conventionele of impliciet conventionele zakelijke rechten) moet men ook het onderscheid in het oog houden tussen:

- enerzijds zakelijke rechten die gevestigd worden krachtens een (in beginsel contractuele) verbintenis (vb. inpandgeving, waar mogelijk fiduciaire cessie), en
- anderzijds zakelijke rechten die men zich bij een overdracht voorbehoudt in overeenstemming met de aangegane verbintenissen (uit overeenkomst) (vb. eigendomsvoorbehoud, voorrecht verkoper).

Voorbeelden: voorbehoud van vruchtgebruik bij de overdracht van eigendom, voorbehoud van hypotheek (in de vorm van een onroerend voorrecht) bij overdracht van onroerende eigendom, vestiging van een erfdienstbaarheid door voorbehoud bij overdracht van het lijdend erf, eigendomsvoorbehoud).

Bij zakelijke rechten door voorbehoud (vb. eigendomsvoorbehoud) gaat het om een zakelijk recht dat de vervreemder (zich voor)behoudt op een zaak bij vervreemding van die zaak (of van een ruimer recht op de zaak). Het is een recht dat men voordien reeds had (*c.q.* deel uitmaakte van een recht dat men voordien had), en dat men dus behoudt na de vervreemding van het goed. Het goed wordt dus niet in volle eigendom vervreemd, want de vervreemder behoudt er nog zakelijke rechten op. Die rechten zijn dus niet afgeleid van de verkrijger.

Bij zekerheidsrechten door vestiging in eigenlijke zin (bv. pandrecht) gaat het om een zakelijk recht dat de schuldenaar ten titel van zekerheid verschaft aan zijn schuldeiser, een recht dat die schuldeiser niet reeds voordien had op de zaak, en dat ook niet reeds besloten lag in een recht dat de schuldeiser voordien reeds had op de zaak.

Het onderscheid is op meerdere punten van belang:

1° Wanneer het gaat om een zakelijk recht dat niet wordt “gevestigd”, maar wordt “voorbehouden” gelden de regels voor overdracht van eigendom en vestiging van beperkte zakelijke rechten slechts ten dele. In die gevallen is er geen eigenlijke titel nodig voor die verkrijging: de “verkrijger” had het recht immers reeds, zij het als

deel van een uitgebreider recht. In hoeverre de regels voor tegenwerpbaarheid aan derden van een overdracht of verkrijging ook gelden voor het behoud van een dergelijk recht, komt nader ter sprake bij de bespreking van die regels.

2° Ook zal een voorbehouden recht op een goed altijd een “ouder” recht zijn dan de rechten die wel zijn overgedragen aan de wederpartij of door deze laatste zijn verschaft aan derden (zie de bespreking van de consequentie hiervan bij de regels inzake derdenbescherming).

3° Het voorbehouden recht zal het statuut hebben dat het goed voordien had:

- maakte het vervreemde goed deel uit van een huwgemeenschap, dan geldt dat ook voor het vruchtgebruik (zodat het voor het geheel blijft bestaan ten gunste van de langstlevende vruchtgebruiker indien er een verblijvensbeding is);
- was het goed in mede-eigendom onder een regime van aanwas (zie de bespreking verder), dan blijft dat gelden voor het resterende vruchtgebruik.

4° Bovendien gelden bij zekerheidsrechten meermaals afwijkende (soepeler) regels bij voorbehouden zekerheden vergeleken met gevestigde zekerheden. Dat heeft ten dele ook te maken met de functie van die zekerheidsrechten, die meestal een “warenkrediet” en geen “geldkrediet” verzekeren (voor uitleg, zie Deel IV).

4. Relativiteit van de eigendomsoverdracht

Dat de overdracht ondanks haar generiek karakter toch een *cryptotype* is gebleven in ons recht hangt samen met het vaak voorkomen van de genoemde samenval van rechtsmomenten, doch ook met een ander kenmerk van ons recht, namelijk de relativiteit van de eigendomsovergang.

De overdracht van eigendom is ons recht relatief in die zin, dat zij verschillend kan zijn naargelang de rechtsverhouding die ter sprake komt, zoals meer bepaald tussen partijen, ten aanzien van derden met een ouder zakelijk recht, ten aanzien van de (in samenloop komende) schuldeisers, e.d., dan nog schakerend naargelang de goede trouw van die derden.

Daarbij is het wel zo dat de regels die de overdracht tussen partijen betreffen wel als vertrekpunt dienen voor de bespreking van de overdracht in andere verhoudingen. Dit blijkt bv. in een tweetal basisregels bij derdenbescherming. Zo moeten derden in beginsel de eigendomsverhouding tussen partijen erkennen zo ze die kenden of behoorden te kennen (goede-trouw-eis, zie verder). En zo moet de goede trouw van de derde-verkrijger in beginsel aanwezig zijn op het ogenblik waarop deze tussen partijen eigenaar is geworden. Het blijkt ook uit het feit dat de tegenwerpbaarheid van de overdracht aan derden steeds minstens veronderstelt dat de verbintenis tot geven tussen partijen is uitgevoerd, met andere woorden dat er tussen partijen “levering” in rechtelijke zin heeft plaatsgevonden (zie verder ...).

Van de vier vereisten speelt vooral het vereiste van een geldige titel tussen partijen een grote rol (Afdeling B). De vereiste levering (in rechtelijke zin) (Afdeling C) speelt tussen partijen een kleinere, maar toch vaak onderschatte rol (zij kan meestal zuiver consensueel kan geschieden en vindt in beginsel dadelijk plaats, maar er zijn belangrijke uitzonderingen). De vereiste overdraagbaarheid geldt in alle verhoudingen gelijk en werd reeds in Deel I. besproken. De vereiste beschikkingsbevoegdheid ten slotte (Afdeling D) heeft tussen partijen nauwelijks een zelfstandige betekenis en komt pas in de verhouding met derden aan bod.

Een beetje rechtsvergelijking doet overigens de vraag rijzen of het eigenlijk relevante onderscheid wel dat is tussen partijen en ten aanzien van derden, en of er niet veeleer gewoon een onderscheid kan worden gemaakt tussen enerzijds de verkrijging in afwezigheid van conflicterende rechten (dus van een volledig beschikkingsbevoegde) en overdracht door een partij die zijn beschikkingsbevoegdheid te buiten is gegaan (waarbij er dus een conflict is tussen beweerde zakelijke rechten).

Aan de vier genoemde vereisten moet cumulatief zijn voldaan. Bij onzorgvuldig redeneren vergeet men dat soms. Zo bv. heeft een opschortende voorwaarde in de titel in beginsel terugwerkende kracht; desondanks zal bij de vervulling van die voorwaarde, de overdracht (met terugwerkende kracht) niet plaatsvinden indien er ook nog een andere belemmering geldt (bv. dat de overdracht nog niet kon plaatsvinden omdat het goed nog niet bestaat).

De vraag, bij onlichamelijke goederen en meer bepaald schuldvorderingen, wie jegens de (gecedeerde) schuldenaar geldt als schuldeiser van een schuldvordering daarentegen is - behoudens voor het probleem van de schuldvergelijking - een zuiver verbintenisrechtelijke vraag.

Laat mij deze uiteenzetting over algemene kenmerken afsluiten met een terminologische opmerking. In onze rechtsleer wordt omzeggens steeds in algemene termen gesproken over de tegenwerpbaarheid van overeenkomsten of rechtshandelingen aan derden. Deze terminologie is onwenselijk, en het valt te verkiezen te spreken over de tegenwerpbaarheid van bepaalde rechtsgevolgen aan derden: de tegenwerpbaarheid van de overdracht van eigendom, de tegenwerpbaarheid van (de vestiging van) een beperkt recht, de tegenwerpbaarheid van de huur, van een bepaalde verbintenis, e.d. Een van de redenen daarvoor is dat de regels voor die tegenwerpbaarheid precies verschillen naargelang de aard van het recht(sgevolg), en meer bepaald naar gelang het om zakelijke of obligatoire rechten gaat (zie verder).

In de volgende drie afdelingen bekijken we nader in bepaalde aspecten van de overdracht van goederen en vestiging van zakelijke rechten, zoals gedefinieerd in het vorige deel:

- Het vereiste van een geldige titel en de gevolgen van titelgebreken (B)
- De uitvoering van de overdracht of levering in juridische zin (C)
- De vereiste beschikkingsbevoegdheid en de bescherming van derde-verkrijgers bij beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder (D).

AFDELING B. HET VEREISTE VAN EEN GELDIGE TITEL (IUSTA CAUSA ADQUIRENDI)

1. Het causaal karakter van de overdracht, relativering ervan en uitzonderingen.

a. Beginsel

Zoals hoger reeds uiteengezet is er voor overdracht of vestiging eerst en vooral een geldige verbintenis tot geven nodig.

Verbintenis tot "geven" gebruik ik hier in de traditionele, romeinsrechtelijke, zin van het woord, d.i. verbintenis tot overdracht of vestiging van goederen of zakelijke rechten. Het kan zowel gaan om het geven van een soortgoed, een specifieke zaak, een schuldvordering of ander onlichamelijk goed. Het kan zowel gaan om het geven in eigendom als in vruchtgebruik, in pand of hypotheek, enz. Waaruit een dergelijke verbintenis zoal kan ontstaan, wordt onder B. uitgewerkt. Een verbintenis tot loutere terbeschikkingstelling, zoals bij verhuring of uitleenbelofte van speciesgoederen, is daarentegen geen verbintenis tot geven *s.s.* en dus geen titel (*titre*, *titulus ad acquirendum*, *Rechtsgrund* of *Grundgeschäft*⁵⁵) voor overdracht of vestiging.

Dit vereiste van een geldige verbintenis noemt men ook het "causale" karakter van de overdracht in ons recht: de overdracht vereist een rechtsverhouding die de verkrijging rechtvaardigt, meer bepaald een verbintenis tot geven als "*iusta causa (adquirendi)*". Ons BW spreekt van (wettige) titel (*juste titre*) (zie art. 1141 en 2265 BW) voor de overdracht.

Een *causaal* stelsel van overdracht is een stelsel waarin de levering in rechtelijke zin wordt beschouwd als een voortbouwende handeling, in uitvoering van een verbintenis. Het stelsel van overdracht heet daarentegen *abstract* indien de levering in rechtelijke zin wordt beschouwd als een zelfstandige rechtshandeling, waarvan de geldigheid onafhankelijk is van de onderliggende verbintenis. Sommige andere rechtsstelsels, bv. het Duitse (zie BGB § 929), kennen een "abstracte" overdracht. Ons recht daarentegen wordt steeds beschouwd als een causaal stelsel⁵⁶, en de levering dus als een voortbouwende handeling, als een handeling die voortbouwt op een "titel" (term van bv. art. 1141 en 2265 BW), een handeling die meer bepaald uit-

⁵⁵ De terminologie in het Duits verschilt naargelang het om een causaal stelsel gaat (bv. Oostenrijk: *titulus* = *Rechtsgrund*), dan wel een abstract (Duitsland: *Grundgeschäft*).

⁵⁶ Zie S. DAVID-CONSTANT, "Le transfert de la propriété par actes entre vifs", in *Rapports belges au Xe Congrès international de droit comparé Budapest 1978*, Bruylant Brussel 1978, nr. 13; F.H.J. MIJNSSEN, *Causale en abstracte rechtshandelingen in het vermogensrecht*, aanvaardingsrede Amsterdam 1979, Tjeenk Willink Alphen/Rijn 1979.

voering is van een verbintenis welke er minstens logisch (niet steeds chronologisch) aan voorafgaat. De meeste rechtsstelsels in Europa zijn causaal⁵⁷.

Het causale karakter van de overdracht maakt dat het tenietgaan van een verbintenis anders dan door de nakoming of een daarmee gelijkgestelde figuur, in beginsel zakelijke werking heeft: de eigendom keert in beginsel automatisch terug naar de vervreemder - zo bv. bij nietigverklaring of ontbinding van de koop. Gebreken of beperkingen in de titel maken dus ook de eigendom die of het zakelijk recht dat op grond daarvan is geleverd, gebrekkig of beperkt. Vermogensverschuivingen moeten in ons recht "gegrond" zijn, en de enkele levering, het enkele feit dat iemand vrijwillig een goed verschafft aan een ander, wordt daartoe op zichzelf niet voldoende geacht. Dit alles wordt verder nader uiteengezet.

De algemene aanvaarding van het causaal karakter van de levering in ons recht, betekent niet dat dit beginsel ook onverkort geldt. Zo zullen we bij de bespreking van de bescherming van een bezitter te goeder trouw tegen de *verus dominus* (zie verder Hoofdstuk III) zien dat ons recht ten aanzien van roerende zaken in zekere zin abstract is⁵⁸.

Men mag het "causaal" karakter niet verwarren met de oorzaak-problematiek in het verbintenisrecht, zoals nog te vaak gebeurt, ook al zijn beide problemen gedeeltelijk vergelijkbaar. "Causaal" is niet een algemeen kenmerk van een bepaalde rechtstak, maar slechts een kenmerk dat men kan toeschrijven aan welbepaalde handelingen, waardoor men deze handelingen vastkoppelt aan andere handelingen. Omgekeerd kan men niet over abstractie *überhaupt* spreken, maar slechts van abstractie van een bepaalde handeling tegenover andere feiten of handelingen, waarvan ze losgekoppeld worden.

De vraag of er voor een geldige overdracht al dan niet een geldige titel is vereist, is in het internationaal privaatrecht een vraag van zakenrecht, en dus beheerst door de *lex rei sitae*. De geldigheid van de titel zelf is echter in beginsel een verbintenisrechtelijke vraag, op te lossen volgens het recht dat die ("onderliggende") verbintenis beheerst - onverminderd bepaalde ongeldigheden die uit de toepassing van andere rechtstakken (bv. erfrecht) kunnen voortvloeien.

⁵⁷ Niet alleen het Franse, Luxemburgse, Portugese en het Italiaanse (die gelijkaardig zijn aan het Belgische), maar ook het Oostenrijkse, Spaanse, (Staats)Nederlandse (bevestigd in HR 5 mei 1950, nu uitdrukkelijk in art. 3:84, lid 1 NBW), Zwitserse (sinds de rechtspraak van het SBG vanaf 1929), Poolse, enz. Abstract zijn, behalve het Duitse, bv. ook het Griekse, Tsjechische of het Zuid-Afrikaanse recht.

⁵⁸ Allerlei schakeringen vinden we ook in het Zwitserse recht, waar de levering van roerende goederen bepaalde kenmerken heeft van het abstracte stelsel.

b. Relativering.

In de hedendaagse rechtsleer wordt het belang van het onderscheid tussen een causaal en een abstract stelsel gerelativeerd.

Wordt het abstracte stelsel ten top gedreven, dan wordt de levering dusdanig zelfstandig bekeken dat enkel van belang is of de levering (rechtshandeling) gericht is op de eigendomsoverdracht. Dit betekent bv. dat wie levert in de onjuiste veronderstelling schuldig te zijn (dwaling), toch geleverd heeft, en een *condictio* (schuldvordering tot teruggave) moet instellen wegens dwaling. Doch wanneer men aanvaardt dat de levering een rechtshandeling is waarop ook de regels van de dwaling van toepassing zijn, dan zitten we in een variante van het abstract stelsel, waarbij het verschil met een causaal stelsel heel miniem is⁵⁹. Dan is het eigenlijk enkel nog de vraag of een levering die geschiedt zonder dwaling, doch ook zonder dat er een schuld was, geldig is of niet (vgl. de vraag van het dwalingvereiste bij onverschuldigde betaling)⁶⁰.

In beide stelsels, het causale en het gematigd abstracte, kan men stellen dat indien de levering geschiedt als uitvoering van een verbintenis, haar werking afhangt van de geldigheid van die verbintenis. Maar als iemand nu iets levert "*sans donner ni payer*" en zonder dwaling? Is die levering dan noodzakelijk ongeldig, of minstens onverschuldigd?

Uit deze vragen blijkt dat het onderscheid niet zo volstrekt is als wel eens wordt gesteld. Men kan dit ook zien bij de afstand van recht: indien de afstand geschiedt in uitvoering van een verbintenis, hangt haar werking af van de geldigheid van die verbintenis; maar men kan ook afstand doen zonder enige verbintenis daartoe.

c. Uitzondering: overboeking van effecten.

Bij wijze van uitzondering kent ons recht ook de abstracte levering, namelijk de girale levering in het raam van een effectenverrekeningsstelsel - "overboeking" genaamd. De abstractie is hier ingevoerd door de Wet van 28 april 1999 in omzetting van Richtlijn 98/26/EG van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen. Dit alles wordt nader besproken in het Deel VII over waardepapieren.

⁵⁹ Het verschil wordt m.i. overschat door F.H.J. MIJNSSEN, *Causale en abstracte rechtshandelingen*, p. 14. Zie voor de relativering van het abstracte stelsel in Duitsland o.m. W. WIEGAND, "Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht", 190. *AcP* 1990, (112) 121 e.v.; F. FERRARI, *ZEuP* 1993, (52) 63 v.

⁶⁰ Zie R. SACCO, in *Etudes offertes à René Rodière*, p. (273) 284-286.

2. Het vereiste van een schuldeiser (van de verbintenis tot geven)

a. Het vereiste bestaan van de schuldeiser, alsmede de titel in complexe of meerpartijenverhoudingen

1° Beginsel en uitzondering (geoorloofde erfstellingen over de hand)

Voor een geldige verbintenis is er in beginsel steeds een bestaande (bepaalde of bepaalbare) schuldeiser vereist.

De enige echte uitzondering op het vereiste dat de begunstigde bestaat, vinden we in art. 1048 v. BW bij de geoorloofde erfstellingen over de hand ten voordele van de kleinkinderen of de kinderen van broers en zusters, waarbij de verwachters niet noodzakelijk reeds moeten geboren zijn, terwijl er toch kan worden gesproken van onherroepelijke verbintenissen jegens hen⁶¹.

Het verschil met het Anglo-Amerikaanse *trustrecht* is bij dit alles kleiner dan het lijkt. Ook in de *trust* moet er steeds een partij zijn jegens wie de *trustee* verbintenissen heeft, ofwel - bij een onherroepelijke begunstiging - jegens een of meerdere *beneficiaries*, ofwel - bij herroepbare begunstiging of een zuiver discretionaire *trust* - jegens een “*enforcer*”. De verschillen veeleer elders te vinden, nl. - naast het reeds besproken verschil in zakenrechtelijke rechtsgevolgen - bij het niet gelden van de erfrechtelijke reserve (voorbehouden erfdeel), en door een soepeler houding ten aanzien van beperkingen die aan de beschikkingsbevoegdheid van de *trustee* over de *trustgoederen* worden opgelegd (vgl. daarover verder).

2° Verkrijging krachtens titel in meerpartijenverhoudingen

In een aantal andere gevallen is er geen uitzondering op genoemd beginsel, maar zijn er wel meerdere personen betrokken, bv. omdat schuldeiser en verkrijger niet dezelfde zijn, of schuldeiser en bedinger. In beginsel moet er dus wel een schuldeiser bestaan opdat de verbintenis tot geven kan ontstaan, maar de schuldeiser moet niet noodzakelijk de begunstigde zijn. Ons recht kent ook meerdere rechtsfiguren waardoor men een derde, zelfs een nog niet bestaande derde, kan begunstigen, i.h.b. het derdenbeding en de stichting. Aangezien de derde geen schuldeiser kan zijn zolang hij niet bestaat, maar - om het in *common law* termen te zeggen - slechts “*object of a power*” - moet er wel een andere (“tweede”) persoon betrokken zijn.

Ter verduidelijking overlopen we de belangrijkste van deze gevallen.

⁶¹ Het *fideicommiss de residuo* daarentegen is - als niet wettelijk geregelde rechtsfiguur - volgens de heersende opvatting slechts mogelijk ten gunste van een bij het openvallen van de nalatenschap reeds bestaande verwachter. Zie bv. A. KLUYSKENS, *Schenkingen en testamenten*, nr. 283, 2°; M. van QUICKENBORNE, “Het legaat de residuo”, *TPR* 1972, (621) 646 nr. 43.

a) Onmiddellijke vertegenwoordiging

Bij gewone of onmiddellijke vertegenwoordiging, warabij de vertegenwoordiger optreedt in naam van de opdrachtgever, is deze laatste de partij. De vertegenwoordiger is geen partij.

De opdrachtgever kan ook een nader genoemde meester zijn, wanneer de contractant bedingt dat hij voor een ander te noemen meeste optreedt en vervolgens deze door middel van een zgn. commandverklaring benoemt binnen de overeengekomen termijn.

Het kan ook gaan om een promotor van een nog op te richten vennootschap; indien deze binnen de 2 jaar wordt opgericht en binnen de 2 maanden de rechtshandeling overneemt wordt de vennootschap geacht vanaf het begin de contractant te zijn geweest (zie art. 60 Wb.Venn.).

In al deze gevallen is de tussenpersoon civielrechtelijk geen partij of wordt hij geacht het nooit te zijn geweest⁶² (wel kunnen er afwijkende fiscale regels zijn, m.b. bij de commandverklaring).

b) Middellijke vertegenwoordiging

De figuur van de middellijke vertegenwoordiging (*représentation indirecte* of *imparfaite*, *mittelbare Vertretung*) werd in Deel I reeds gedefinieerd. Zoals daar uiteengezet gaat bij middellijke vertegenwoordiging de eigendom van goederen die via de middellijke vertegenwoordiger worden vervreemd of verkregen in ons recht rechtstreeks over tussen wederpartij en opdrachtgever, althans voor zover aan de overige voorwaarden voor dergelijke eigendomsoverdracht is voldaan (zie verder).

Bij lichamelijke goederen is daartoe bv. in beginsel vereist dat deze geïndividualiseerd zijn, maar als dat niet het geval is, dan kan het nog zijn dat er toch een rechtstreekse eigendomsovergang plaatsvindt, maar dan wel van een onverdeeld aandeel in een bepaalde hoop goederen (dit zien we duidelijk bij een giraal effectendepot: effecten die onder het giraal effectenverkeer vallen⁶³ worden door de beursmakelaar aangekocht voor rekening van zijn opdrachtgever; deze verwerft in werkelijkheid een onverdeeld aandeel van het giraal depot van effecten van die aard - juister nog een aandeel in een aandeel van een effectendepot).

⁶² Bv. voor de oprichting van een rechtspersoon Vred. Zomergem 12 december 2008, *RW* 2009-2010, 1739.

⁶³ D.i. het stelsel van KB Giraal effectenverkeer (herhaaldelijk gewijzigd). De effecten vallen daaronder wanneer de beursmakelaar is aangesloten bij een erkende centrale depositaris voor financiële instrumenten of effectenvereffeningsinstelling (met name de Interprofessionele Kas, afgekort CIK, dochter van Euronext, en het effectenvereffeningsstelsel van de Nationale Bank) en de deponent heeft ingestemd met het vervangbaar stellen van de effecten.

De rechtstreekse verkrijging van goederen door de opdrachtgever via de middellijke vertegenwoordiger blijft niet noodzakelijk beperkt tot gevallen waarin er een levering (overdracht) plaatsvindt door de derde aan de middellijke vertegenwoordiger. Er zijn ook gevallen van oorspronkelijke eigendomsverkrijging door de opdrachtgever via een middellijke vertegenwoordiger, zoals bv. wanneer goederen in opdracht van en voor rekening van een opdrachtgever worden vervaardigd (loonfabricage, *façonnage*).

Rechtstreekse verkrijging van vermogensvoordelen door middel van een middellijk vertegenwoordiger vinden we ook wanneer de vertegenwoordiging uitsluitend het optreden ten processe betreft.

Niet alleen wordt de begunstigde daardoor eigenaar en dus zakenrechtelijk beschermd. Nog belangrijker wellicht is dat door het toekennen van het eigendomsrecht aan de opdrachtgever en niet aan de tussenpersoon, de schuldeisers van de opdrachtgever niet in de kou komen te staan⁶⁴. Omgekeerd wordt de tussenpersoon meestal zakenrechtelijk beschermd door zijn retentierecht.

Zowel aan de zijde van de vervreemder als van de verkrijger is middellijke vertegenwoordiging mogelijk (verkoopcommissionair *c.q.* aankoopcommissionair). Bij middellijke vertegenwoordiging aan de zijde van de verkrijger is de schuldeiser van de levering niet de verkrijger. De vertegenwoordiger is de schuldeiser, maar hij verkrijgt voor rekening van zijn opdrachtgever.

Bij onroerend goed vergt loutere aankoop in eigen naam voor andermans rekening, dus met middellijke vertegenwoordiging, weliswaar niet het akkoord van de verkoper, maar wordt het fiscaal afgestraft (art. 188 Reg.) en komt als dusdanig dus in de praktijk nauwelijks voor. In plaats daarvan werkt men met een commandverklaring of met de techniek van de optie (in het bijzonder de gekruiste opties).

c) Derdenbeding.

i) Geldigheid

De begunstigde kan ook een derde-begunstigde zijn ten gunste van wie bedongen is (een beding ten gunste van derden leidt immers tot een eigen recht van de derde-begunstigde). In dat geval ontstaat er een verbintenis van de belover jegens de derde-begunstigde, krachtens dewelke deze rechtstreeks van de belover kan verkrijgen. Het recht van de derde ontstaat rechtstreeks in zijn hoofde en passeert niet langs het vermogen van de bedinger⁶⁵. De bedinger of zijn erfgenamen hebben dus in beginsel géén aanspraak op die prestatie⁶⁶.

⁶⁴ Zie verder mijn genoemde bijdrage in *RW* 1996-97, 137 v., nr. 13 en 22 = *Le trust et la fiducie / De trust en de fiduciaire overeenkomst*, p. 277 v., nr. 13 en 22.

⁶⁵ Cass. 16 januari 2006, nr. C.04.0302.F, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20060116-8

⁶⁶ Voor levensverzekering zo beslist in Cass. 16 januari 2006, *RW* 2008-2009, 868.

NB. Het derdenbeding kan in hoofde van de bedinger *animo donandi* zijn (zie verder de bespreking van de onrechtstreekse schenking), maar ook *animo solvendi*⁶⁷.

ii) (On)herroepelijkheid

De derde-begunstigde moet niet noodzakelijk bestaan opdat de verbintenis tot geven zou kunnen ontstaan, maar wel opdat de begunstiging onherroepelijk zou kunnen worden. De derde partij, d.i. de bedinger, is vereist opdat er een verbintenis zou ontstaan, en kan ook een rol spelen om te beletten dat deze herroepen wordt vooraleer de begunstigde kan aanvaarden.

Bij een derdenbeding rijst overigens meer algemeen de vraag wanneer het recht van de derde onherroepelijk wordt, en over het antwoord bestaat er betwisting.

Er zijn namelijk vele gevallen waarin twee partijen een overeenkomst sluiten, waarvan deel uitmaakt dat de ene iets zal presteren ten gunste van een derde, maar waarbij de partijen nog steeds de mogelijkheid hebben om bij onderling akkoord deze overeenkomst te wijzigen of te beëindigen, zonder dat de derde zich daartegen kan verzetten (bv. de aanwijzing van de begunstigde in een levensverzekering). Eén zaak is dus de gebondenheid jegens elkaar, een andere die jegens de derde. De vraag naar de herroepbaarheid ligt hier dus duidelijk anders dan bij een gewone tweepartijenovereenkomst.

Traditioneel wordt geleerd - op grond van een weinig creatieve uitleg van art. 1121 II BW - dat de derde-begunstigde een subjectief recht verkrijgt wanneer de partijen de intentie hadden de derde te begunstigen, doch dat dit recht maar onherroepelijk wordt wanneer de derde-begunstigde het heeft aanvaard⁶⁸.

Deze opvatting is m.i. onjuist.

Nu het recht van de derde-begunstigde, zoals algemeen wordt aanvaard, rechtstreeks aan de derde-begunstigde toekomt en niet eerst passeert via het vermogen van de bedinger⁶⁹, is deze opvatting m.i. strijdig met de algemene regels van ons verbintenissenrecht, zeker omdat in het Belgische recht ook de verbindende kracht van een eenzijdige belofte in het algemeen is aanvaard (recent nog Cass. 24

⁶⁷ zie voor het laatste bv. Cass. 30 maart 2009, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20090330-10: in een overname-overeenkomst bedingt de verkoper dat de koper de door de verkoper aan een tussenpersoon verschuldigde commissie zal betalen

⁶⁸ I.a. DEKKERS-VERBEKE, p. 83; met dan nog die nuance dat enkel de bedinger zelf de begunstiging kan herroepen, en niet zijn erfgenamen (o.m. W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht* (2006) p. 235. Deze opvatting wordt verworpen door CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, p. 355, die evenwel het recht maar doet ontstaan door de aanvaarding, omdat hij de verbintenis uit eenzijdige wilsuiking in het algemeen niet erkent zonder aanvaarding.

⁶⁹ Zie o.m. Cass. 16 januari 2006, nr. C.04.0302.F, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20060116-8.

december 2009⁷⁰). Aldus is de aanvaarding van een belofte irrelevant voor de bindende kracht ervan; de aanvaarding door de derde een rol toekennen is een overblijven uit de tijd dat de éézijdige belofte niet bindend werd geacht. In het huidige recht is echter relevant of de belofte al dan niet tot de begunstigde was gericht, d.w.z. of partijen beoogden hem een subjectief recht te verschaffen, en of zij beoogden dit recht dadelijk te verschaffen, dan wel slechts vanaf de kennisgeving aan de derde. Zolang dat niet is beoogd, blijft de belofte ten aanzien van de derde herroepbaar (ook al zou ze tussen partijen niet eenzijdig herroepbaar zijn); of die herroeping dan door één partij alleen kan gebeuren, dan wel enkel door beiden, hangt af van hun onderlinge overeenkomst. Er wordt vermoed dat het een eenzijdig recht is van de bedinger, tenzij anders overeengekomen⁷¹ (bv. in de levensverzekering bepaalt de wet dat de wijziging van begunstigde eenzijdig kan gebeuren door de verzekeringnemer⁷²), zodat de kennisgeving – wanneer zij vereist is – van de bedinger moet uitgaan.

Wel kan de kennisgeving krachtens de vertrouwensleer de belofte onherroepelijk maken jegens de derde, ook al was dit tussen partijen niet beoogd.

Ik zie dus niet in wat er aan de aanvaarding relevant kan zijn: ofwel was de begunstiging reeds zonder de aanvaarding onherroepelijk, en voegt deze daar niets aan toe; ofwel was ze niet onherroepelijk omdat ze dit volgens de overeenkomst tussen bedinger en belover niet was of eerst na kennisgeving aan de begunstigde, en dan kan ook de aanvaarding door de begunstigde ze niet onherroepelijk maken.

Ook kan de wet bepalen dat de begunstiging, hoewel herroepelijk gedaan, op een bepaald ogenblik onherroepelijk wordt (bv. bij de levensverzekering bij het opeisbaar worden van de prestaties; de erfgenamen kunnen de begunstiging niet meer wijzigen). Daarbuiten is dat enkel het geval wanneer zulks de bedoeling is van partijen (bedinger en belover). Vandaar dat sommige rechtsstelsels de regel formuleren dat de begunstiging onherroepelijk is indien partijen dat zijn overeengekomen, terwijl andere (bv. het Duitse recht) juist stellen dat ze onherroepelijk is tenzij anders bedongen. Zolang de begunstiging herroepbaar blijft (zij het door bedinger en belover, zij het door één van beiden), zijn er wel rechten en plichten tussen bedinger en belover, maar heeft de derde slechts een gebeurlijk recht.

Wanneer een derdenbeding eerst op een tijdstip na iemands overlijden uitwerking moet of kan vinden (bv. overeenkomst met overdracht van goederen aan de belover - gebeurlijk op termijn of met voorbehoud van blote eigendom - en beding van begunstiging van nog niet geboren), is het van belang de overeenkomst zo op te stellen dat de rechtsopvolgers van de begunstiger het recht van de begunstigde niet kunnen herroepen, nl. door te bepalen dat deze niet eenzijdig kan gebeuren, doch

⁷⁰ http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20091224-3, C.09.0024.N.

⁷¹ Dit is bv. anders in het Engelse recht.

⁷² Art. 112 LVO 1992.

slechts met de instemming van de wederpartij (zoals wettelijk is bepaald in de levensverzekering).

iii) Vormvereisten

De vraag of de begunstiging door middel van een derdenbeding vormvrij bindend is, komt verderop aan bod.

d) Stichting.

Een andere rechtsfiguur waarmee derden kunnen begunstigd worden, is de stichting met rechtspersoonlijkheid. Daarbij wordt een rechtspersoon opgericht aan wie goederen toekomen om daarmee een ander bepaald doel moet verwezenlijken. Dat doel kan ook de begunstiging van derden inhouden.

Bij de stichting verkrijgen de begunstigden van de stichting nooit een onherroepelijk recht uit de stichtingshandeling zelf; het is eerst door een handeling van de gestichte rechtspersoon zelf, die de goederen beheert, dat zij subjectieve rechten kunnen verkrijgen. De begunstigde van de stichting-rechtspersoon moeten om die reden nog niet bestaan op het ogenblik van de stichtingshandeling, juist omdat zij geen begunstigden zijn van die handeling. Maar de onherroepelijkheid van de begunstiging zelf aan de stichting-rechtspersoon (gezien vanuit het oogpunt van de vervreemder) is nog sterker: eenmaal de stichting is bekrachtigd, is het niet meer mogelijk bij overeenkomst tussen de stichting en de stichter de stichting op te doeken en de gelden of goederen te doen terugkeren naar de stichter (behoudens het bepaalde in art. 28, 6° van de VZW-wet zoals gewijzigd door de Wet van 2 mei 2002).

e) Alternatieve schuldeisers

Partijen kunnen bij een overeenkomst bedingen dat de partij aan de ene kant alternatief wordt benoemd, d.w.z. meerdere mogelijke partijen worden genoemd, waarbij later de uiteindelijke partij onder hen zal worden gekozen⁷³.

f) Levering als last van een andere handeling.

Verder is er ook nog de mogelijkheid dat de verbintenis tot geven een last is die aan de schuldenaar ervan is opgelegd in het kader van een andere transactie. In de eerste overeenkomst wordt bv. de last opgelegd om iets te geven aan een derde, of de last om een stichting op te richten (of althans rechtspersoonlijkheid te verlenen, dit in het geval van stichting bij authentiek testament). Wanneer de last om te geven evenwel ook een vervreemdingsverbod inhoudt, kan men in botsing komen met dwingende regels die hoger reeds ter sprake kwamen. Meer nog is dit het geval wanneer de last

⁷³ Zie hierover o.m. L. WEYTS, "De verkoopovereenkomst met alternatieve koper(s): oplossing bij een onbeslistheid wie uiteindelijke koper wordt bij de notariële akte", in *Liber amicorum Jacques Herbots*, Kluwer Deurne 2002, 579 v.

betrekking heeft op dezelfde goederen die de belaste persoon in de eerste overeenkomst heeft verkregen (beschikkingen “over de hand”) - ook dat werd hoger reeds besproken.

g) Schuldeiser als rechtsopvolger van de bedinger in een schuldvordering tot geven.

De schuldeiser kan ook een rechtsopvolger van de bedinger zijn zoals bv. de cessionaris zijn van een schuldvordering tot geven, of de persoon die daarin is opgevolgd krachtens persoonlijke subrogatie (twee vormen van rechtsopvolging onder bijzondere titel) of krachtens *accessio* (*accessorium sequitur principale*).

h) Declaratieve verkrijging van een schuldvordering tot geven.

De schuldeiser kan tenslotte ook de schuldvordering tot geven verkregen hebben door middel van een declaratieve operatie, ten gevolge waarvan ze geacht wordt rechtstreeks in zijn hoofde te zijn ontstaan. De “declaratieve” verkrijging van goederen wordt meer algemeen besproken in Hoofdstuk VII hieronder. Daar bespreken we met name:

- de verdeling en verwante vormen van declaratieve toebedeling van goederen;
- de zakelijke subrogatie.

Naast deze twee gevallen kan de schuldeiser zijn recht ook door naasting verkregen hebben.

We lichten deze gevallen kort toe.

i) Toebedeling uit een gezamenlijke eigendom.

De schuldeiser kan de schuldvordering verkregen hebben door verdeling of een andere vorm van toebedeling uit een gezamenlijke eigendom, ook al is ze niet op zijn naam ontstaan. De verschillende gevallen waarin dit kan worden in Hoofdstuk VII besproken.

ii) Door de uitoefening van een naastingsrecht

Hier komt de vordering krachtens de wet (of een door de wet mogelijk gemaakte eenzijdige rechtshandeling) toe aan een andere persoon die in de plaats wordt gesteld van de persoon op wiens naam ze ontstaat door de uitoefening van een naastings- of uitkooprecht.

Hier ontstaat dit rechtsgevolg niet doordat de partij op wiens naam de vordering ontstaat ze voor rekening van een principaal heeft bedongen, dan wel heeft gecedeerd, maar doordat een derde zich krachtens een *wettelijk* naastings- of uitkooprecht in de plaats stelt van de schuldeiser op wiens naam de vordering tot geven is ontstaan.

Inderdaad doet de uitoefening van een *wettelijk voorkeur-, voorkoop- of uitkooprecht* geen nieuwe verbintenis tot geven ontstaan, maar stelt zij de naastingsgerechtigde in

de plaats van de schuldeiser van een reeds bestaande (en soms reeds uitgevoerde) verbintenis tot geven. Nu kan het zijn dat op grond van het voorkeepsrecht de verbintenis rechtstreeks jegens de gerechtigde wordt aangegaan (en er helemaal geen overeenkomst met miskenning van dat recht wordt gesloten, of enkel een overeenkomst onder opschortende voorwaarde); voor zover er evenwel wel eerst met een andere partij een overeenkomst is gesloten, doet de naasting de titel niet ontstaan, maar plaatst ze de uitkoper in de rechten van de oorspronkelijke schuldeiser. In elk geval vindt er slechts één overdracht plaats⁷⁴; een overdracht aan de gebeurlijke eerste koper wordt geacht nooit te hebben plaatsgevonden.

Het naastingsrecht vinden we typisch in een aantal gevallen waar de gerechtigde geen zakelijk recht in enge zin bezit, dat door middel van zakelijke subrogatie zou kunnen worden gehandhaafd, maar een recht of belang dat niet van strikt zakelijke aard is. Het naastingsrecht is overigens een recht dat door de wet wordt geïmpliceerd in een contractuele rechtsverhouding, zodat dergelijk recht contractueel is in een ruimere zin, of in een rechtsverhouding die traditioneel quasi-contractueel wordt genoemd. Daaraan voorafgaand zijn er vaak andersoortige verbintenissen van de eigenaar (schuldenaar van de verbintenis tot geven) jegens de voorkeeps- of uitkoopgerechtigde (verbintenis niet te doen, in een aantal gevallen specifieke verplichtingen tot kennisgeving aan de gerechtigde).

In ons recht vinden we naastings- of uitkooprechten ten gunste van:

- a) mede-erfgenamen bij vervreemding door een erfgenaam van zijn erfdeel aan een niet-erfgerechtigde (art. 841 BW, naar analogie van toepassing bij andere boedelgemeenschappen zoals de maatschap);
- b) de beherende vennoten in een landbouwvennootschap (art. 806 Wb. Venn.);
- c) de persoon tegen wie een betwist recht wordt uitgeoefend bij overdracht van dit recht aan een derde (art. 1699 BW);
- d) de pachter, bij miskenning van zijn voorkeepsrecht (art. 47 v. Pachtwet); en
- e) de overheid, bij miskenning van een voorkeepsrecht - waarvan er een hele reeks zijn (zie verder).

Het lot van de oorspronkelijke overeenkomst in geval van uitoefening van het recht, wordt verderop besproken onder de titelgebreken. Daar wordt ook nader ingegaan op deze verschillende naastingsrechten.

iii) Bij zakelijke subrogatie in de vordering tot geven.

Ook bij zakelijke subrogatie (in het algemeen nader besproken in Hoofdstuk VII) komt de schuldvordering krachtens de wet (of een door de wet mogelijk gemaakte eenzijdige rechtshandeling) toe aan een andere persoon die in de plaats wordt gesteld van de persoon op wiens naam ze ontstaat.

⁷⁴ En is dus slechts eenmaal het evenredig registratierecht verschuldigd.

Het gevolg hiervan is vergelijkbaar met het gevolg van middellijke vertegenwoordiging. Anders dan bij middellijke vertegenwoordiging ontstaat dit rechtsgevolg evenwel niet doordat de partij op wiens naam de vordering ontstaat ze voor rekening van een principaal heeft bedongen, noch doordat deze persoon de vordering heeft gecedeerd, maar krachtens de wet (normatief) omwille van een objectief “causaal verband” tussen het ontstaan van de vordering en de aantasting van een zakelijk recht van de gesubrogeerde⁷⁵.

Qua gevolgen is er wel een grote gelijkenis:

- de subrogatie in een door de subrogant verkregen vordering tot geven gelijk op de verkoopcommissie. Zoals de verkoopcommissie de prijsvordering op de koper kan innen, maar deze in geval van samenloop toch aan de principaal toekomt, zal na subrogatie ook vaak de subrogant de vordering verder kunnen innen die aan de gesubrogeerde toekomt.
- De subrogatie in een door de subrogant aangekochte zaak gelijk op de aankoopcommissie.

b. De rechtsbekwaamheid van de schuldeiser

Zie de bespreking verderop bij de nietigheden.

3. De vereisten betreffende het “voorwerp” van de verbintenis tot geven.

De vereisten gesteld aan het “voorwerp” van de verbintenis tot geven betreffen in feite enkel verbintenissen uit rechtshandeling. Het gaat hier om enkele uiteenlopende bepalingen die weinig gemeen hebben, maar traditioneel onder het "voorwerp-vereiste" worden samengebracht; dat laatste is veeleer een "kapstok" voor de wetgever dan dat het werkelijk een afzonderlijk positief vereiste zou zijn voor een rechtshandeling.

a. Bepaalbaarheid

De inhoud van een verbintenis moet in het algemeen voldoende bepaalbaar zijn opdat zij door middel van een rechtshandeling zou kunnen ontstaan (uitleg van art. 1129 BW).

Bij een verbintenissen tot geven (en ook bij afstand doen, waarover verder meer) houdt dit ook in dat het goed zelf dat moet worden gegeven of waarop beperkte rechten moeten worden gegeven, voldoende bepaalbaar is⁷⁶. Zoniet kan het hooguit om een verbintenis tot doen gaan. Zo bv. moeten schuldvorderingen voldoende be-

⁷⁵ Vgl. V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, pr., nr. 297

⁷⁶ Vgl. art. 3:84 lid 2 NBW.

paald of bepaalbaar zijn om het voorwerp te kunnen uitmaken van een verkoop of een andere overeenkomst tot cessie⁷⁷.

Wel bestaat de mogelijkheid van een alternatieve verbintenis.

Voor het ontstaan van een verbintenis is het voldoende dat goederen naar hun aard bepaalbaar zijn. Het eerder besproken zakenrechtelijk beginsel dat zakelijke rechten slechts op specifieke zaken (of op een rechtelijke algemeenheid) betrekking kunnen hebben, geldt niet in het verbintenissenrecht.

b. Regel en beperkingen bij toekomstige goederen

Ook toekomstige goederen kunnen in beginsel het voorwerp vormen van een verbintenis tot geven (art. 1130 BW), mits ze voldoende bepaalbaar zijn.

Wel zijn er nadere regels die perken stellen aan de mogelijkheid van bepaalde verbintenissen tot het geven (of afstand doen) van toekomstige goederen in het algemeen of van verbintenissen tot het geven (of afstand doen) van bepaalde toekomstige goederen. Toekomstig goed wordt daarbij meestal in ruime zin gebruikt (zowel absoluut toekomstige goederen als relatief toekomstige, dit zijn diegene die reeds bestaan maar die nog niet van de belover zijn).

Zie meer bepaald:

- art. 943 BW - nietigheid van de schenking van toekomstige goederen (met uitzonderingen, meer bepaald de toegelaten contractuele erfstellingen bij huwelijkscontract, art. 1082 en 1093 BW en alle schenkingen tussen echtgenoten, zie de verwijzing in art. 947 BW);
- art. 3 § 1 VI Auteurswet 1994 - een overdracht van de rechten betreffende nog niet bestaande uitbatingsvormen is nietig (overdracht van vermogensrechten betreffende toekomstige werken daarentegen kan wel onder de nadere voorwaarden van art. 3 § 2).

De nietigheid van de schenking van toekomstige goederen treft enkel goederen die niet als tegenwoordig, maar als toekomstig zijn geschonken; het feit dat de schenker geen eigenaar is van de goederen die hij als “bestaande” eigendom schenkt, maakt de overeenkomst niet nietig

Vergelijkbaar is ook de rechtspraak inzake overdreven vestiging van zekerheid op toekomstige goederen of op omzeggens het hele vermogen van de schuldenaar, wat in strijd kan worden geacht met de openbare orde of goede zeden (zie Deel IV). Verder denke men aan de beperkingen inzake overdraagbaarheid van loon, uitkeringen, e.d., die ook een nietigheid inhoudt van de verbintenis daartoe. Het gaat telkens om de bescherming van de schenker, belover, e.d. jegens zichzelf.

Het verbod van overeenkomsten betreffende niet opengevallen nalatenschappen (art. 1130 II BW) is van een andere aard en wordt verderop besproken.

⁷⁷ Zie Cass. 9 april 1959, *RW* 1959-60, 655 = *RCJB* 1961, 32 noot J. HEENEN.

c. Beperking tot het geven van een erkend zakelijk recht (*numerus clausus*)

Wat het “geven” betreft, d.i. de overdracht of vestiging van zakelijke rechten, speelt verder ook de zgn. *numerus clausus* van zakelijke rechten. Dit werd in Deel I reeds besproken, en in Deel IV gaan we nader in op de (niet-erkenning van) de loutere zekerheidseigendom. Wel rijst nog de vraag of een redelijke uitleg van de daartoe strekkende overeenkomst niet inhoudt dat partijen geacht worden een overeenkomst te hebben gesloten tot vestiging van een zekerheidsrecht dat wel wordt erkend, meer bepaald (in de meeste gevallen) tot inpandgeving. Deze “conversie”vraag⁷⁸ komt verder aan bod bij de bespreking van de zekerheidsovereenkomst als mogelijke titel.

⁷⁸ Zie over conversie meer algemeen J. RONSE, “Gerechtelijke conversie van nietige rechtshandelingen“, *TPR*, 1965, 199; W. van GERVEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht, Algemeen deel*, nr. 134.

4. Overzicht van mogelijke verkrijgingstitels

a. Inleiding

1° Titel en oorzaak

Titel voor eigendomsoverdracht (*c.q.* vestiging van zakelijke rechten) is in ons recht in beginsel elke geldige verbintenis tot geven.

Deze verbintenis wordt niet zuiver op zichzelf bekeken, maar in het kader van de rechtsverhouding waarvan ze deel uitmaakt, in het kader van de handeling, de operatie waarmee die verbintenis ontstaat. Vandaar dat we bv. zeggen dat de titel van een bepaalde overdracht een koop(overeenkomst) of een schenking(overeenkomst) is, in plaats van te zeggen dat het de verbintenis van de verkoper of schenker is (wat m.i. juist is)⁷⁹. Vandaar ook kunnen we zeggen dat de titel een kosteloze of een bezwarende titel is: de verbintenis tot geven dient namelijk omwille van een aantal redenen in samenhang te worden gezien met de “oorzaak” van die verbintenis (zijnde, vereenvoudigd gezegd, de toegezegde of geleverde tegenprestatie of de plechtige vorm).

Het gaat hier om de oorzaak van de verbintenis die m.i., anders dan men doorgaans leert, goed moet worden onderscheiden van de oorzaak van de rechtshandeling.

Oorzaak van de rechtshandeling is de reden waarom iemand een rechtshandeling stelt, zo bv. de reden waarom iemand een verbintenis aangaat; deze redenen worden in het recht traditioneel geschematiseerd volgens de types van overeenkomsten:

1° *donandi causâ*, d.i. uit vrijgevigheid,

2° *credendi causâ*, d.i. om een tegenprestatie te verkrijgen,

3° *solvendi causâ*, d.i. tot betaling, of nog

4° tot zekerheid.

Dit betekent daarom nog niet dat de oorzaak van de rechtshandeling, of oorzaak in subjectieve zin, daarom tot die kenmerkende oorzaken kan worden beperkt. Zo aanvaardt onze rechtspraak elk determinerend motief als oorzaak in deze betekenis.

Hier gaat het evenwel niet om oorzaak in de zin van reden voor het stellen van rechtshandeling, maar om de objectieve oorzaak voor het ontstaan van een verbintenis, d.i. de reden die maakt dat een promissaris (de persoon jegens wie een belofte wordt gedaan) door het recht wordt beschermd, de reden waarom het recht iemand aan een belofte e.d. houdt. Dit betreft op de eerste plaats de afdwingbaarheid van de verbintenis - rechtsgevolg waarvoor in ons recht vandaag nog slechts zeer geringe vereisten worden gesteld, andere dan de toestemming van een bekwame partij.

In dit hoofdstuk overlopen we kort de belangrijkste mogelijke titels voor overdracht. We bekijken meer bepaald welke titels er zijn voor verkrijging van andere goederen

⁷⁹ Zie voor deze discussie onder meer O.K. BRAHN & W. REEHUIS, *Overdracht*, in Monografieën Nieuw BW, deel B 6a, (3) 1997, nr. 18-19 p. 17-18.

dan enkel een geldsom (of een tegoed (schuldvordering) in geld). Voor het verkrijgen van een geldsom is namelijk in beginsel geen titel nodig, omdat de verkrijger ervan eigenaar wordt door vermenging (*confusio nummorum*), die een oorspronkelijke (geen afgeleide) wijze van verkrijging van goederen is. Hetzelfde geldt meestal ook voor tegoeden in geld, tenzij het om een welbepaald, afzonderlijk geboekt tegoed zou gaan. Wel zal de verkrijger die geen titel heeft, daardoor de schuldenaar worden van een verbintenis tot teruggave of vergoeding van een onverschuldigde betaling (behoudens het geval van art. 1238, lid 2 BW).

2° Indeling van de titels

De mogelijke titels worden traditioneel naargelang hun oorzaak ingedeeld in kosteloze en bezwarende titels. Deze objectieve kwalificatie heeft weliswaar in beginsel geen belang tussen partijen. Ze heeft natuurlijk belang voor het belastingrecht (registratierechten). Maar ze blijft ook in het privaatrecht van belang, namelijk voor de toepassing van de regels betreffende sommige vormen van derdenbescherming, met name inbreng in nalatenschap, inkorting, *actio pauliana*, verdachte periode, herroepbaarheid van schenkingen tussen echtgenoten (art. 1096 BW), e.d.m. - de zgn. materiële (niet formele) titelgebreken. Deze regels maken de titel “om niet” onder nadere voorwaarden gebrekkig, en komen daardoor ter sprake onder 5.

Men moet opletten daar het onderscheid tussen “bezwarende titel” en “om niet” op twee verschillende wijzen werkt in ons recht, en het onderscheid in beide gevallen niet gelijk is. Hier gaat het over de vraag of een handeling om niet is in materiële zin. Daarnaast wordt het onderscheid ook gebruikt om te weten of een overeenkomst bindend is zonder vormvereisten (met name of een plechtige schenkingsakte vereist is, schenking in formele zin). Bij handelingen die om niet zijn in vormelijke zin is de titel gebrekkig omwille van de vormvereisten. Er zijn meerdere handelingen die ontsnappen aan de vormvereisten voor schenking, maar niet aan de regels toepasselijk op handelingen om niet in materiële zin.

3° Titels voor vestiging van zakelijke rechten

Op grond van dergelijke titels kunnen niet alleen goederen worden overgedragen, maar veelal ook beperkte zakelijke rechten worden gevestigd. De vestiging van beperkte zakelijke rechten kan dus gebeuren op grond van een verkoop (vestiging geschiedt tegen betaling van een prijs), een inbreng, een ruil, e.d.m.

Ten onrechte zegt men soms dat het bij de vestiging van bv. een erfdienstbaarheid of een erfpachtrecht om een overeenkomst *sui generis* zou gaan⁸⁰. Een erfpachtrecht is immers een zelfstandig onlichamelijk goed (zelfstandig zakelijk recht), dat dus in beginsel het voorwerp kan zijn van een

⁸⁰ Zo nog bv. DE PAGE, *Traité*, IV nrs. 4B en 18.

verkoop of van een andere overeenkomst. Die overeenkomst moet worden gekwalificeerd naargelang de tegenprestatie waartoe de toekomstige erfpachter zich verbindt⁸¹.

Omgekeerd kan men zich bij het aangaan van een verbintenis tot geven ook bepaalde zakelijke rechten voorbehouden, bv. voorbehoud van vruchtgebruik of erfdienstbaarheid. Een dergelijk voorbehoud van erfdienstbaarheid wordt overigens vermoed in geval van bestemming van de huisvader (zie art. 692 en 694 BW). Zo ook kan men zich zekerheidsrechten voorbehouden, en wordt ook dit meermaals vermoed (onroerende voorrechten zijn bv. een vorm van hypotheek bij wijze van voorbehoud) (zie verder nr.).

b. Overeenkomst (onder levenden) onder bezwarende titel

Gezien we het hier hebben over titels voor overdracht van een goed moet het gaan om een overeenkomst die een verbintenis tot geven (dit is tot eigendomsoverdracht of overdracht of vestiging van zakelijke rechten) van het goed of een goed van die aard bevat - dit is een translatieve of constitutieve overeenkomst.

Gaat het om een declaratieve overeenkomst die leidt tot de toebedeling van een goed, dan komt die onder Hoofdstuk VII ter sprake.

1° Overzicht van soorten overeenkomsten (translatief en constitutief)

Behalve mogelijks voor de beheersovereenkomst (zie verder onder c) zijn de overeenkomsten onder bezwarende titel die een verbintenis tot geven omvatten of kunnen omvatten digene die hieronder van 2° tot 10° worden besproken.

Deze overeenkomsten zijn steeds onder bezwarende titel, maar de modaliteiten ervan, zoals bv. een aanwasbeding tussen de verkrijgers, kunnen maken dat zij tegelijkertijd ook een onrechtstreekse schenking inhouden tussen de verkrijgers onderling. We bespreken dat eenvoudigheidshalve bij de koop-verkoop en de inbreng, ook al rijst die vraag ook bij andere titels.

Overeenkomsten onder bezwarende titel zijn in beginsel vormvrij. Bij bepaalde overeenkomsten moet de overeenkomst zelf echter toch aan bijkomende vereisten voldoen. Voor zover het om overeenkomsten onder bezwarende titel gaat (voor de andere, zie verder), gelden er vormvereisten (voor de obligatoire overeenkomst):

- bij vooruitbetalingsovereenkomsten betreffende te bouwen of in aanbouw zijnde woningen is een geschrift vereist (impliciet in art. 7 W. 9 mei 1971);
- bij huwelijkscontracten en overeenkomsten tot wijziging van het huwelijksvermogensstelsel (notariële akte: art. 1392 BW);

⁸¹ Dit belet niet dat de vestiging van erfpacht of opstal voor de registratierechten in beginsel aan het gunstiger regime van de huur wordt onderworpen (art. 83, lid 2 W.Reg.). Maar de vestiging van een vruchtgebruik onder bezwarende titel wordt ook daarvoor als een verkoop behandeld.

- bij bepaalde verbruikersovereenkomsten (bv. verkopen gesloten buiten de onderneming, art. 60 WMPC, voorheen 88 WHPC 1991);
- bij overdracht van bepaalde soorten effecten (zie bv. art. 508 Wb.Venn. voor winstbewijzen en soortgelijke effecten; betrekkelijke nietigheid)
- bij afstand van bepaalde rechten waarop men dwingend recht heeft.

Daarnaast gelden er soms vormvereisten voor bepaalde bijzondere bedingen in dergelijke overeenkomsten. Andere vormvereisten betreffen niet de verbintenis (titel) maar de overdracht zelf of leveringshandeling.

2° Koop-verkoop en bijzondere modaliteiten ervan

a) Overzicht

De meest voorkomende overeenkomst tot geven onder bezwarende titel is natuurlijk de koop-verkoop.

i) Gemengd met een andere overeenkomst

De (ver)koop kan de hoofdovereenkomst zijn of vermengd met een andere overeenkomst, zoals bv. de aanneming. In het laatste geval wordt traditioneel de verbintenis tot doen als de belangrijkste beschouwd, wat van belang is voor de vraag of art. 1138 BW al dan niet van toepassing is (zie verder).

De (ver)koop kan ook de vorm aannemen van afstand van een goed of kapitaal tegen een rente voor een bepaalde duur of een lijfrente (altijddurende rente daarentegen is wezenlijk aflosbaar: wanneer betaling wordt stopgezet heeft de begunstigde recht op terugbetaling van het kapitaal).

ii) Voorwerp van de (ver)koop

Het kan gaan om de koop-verkoop van een aandeel in een goed (overeenkomst van gemeenmaking). Wanneer een afzonderlijk goed in mede-eigendom aan één van de mede-eigenaars wordt toebedeeld bij overeenkomst, gaat het omgekeerd eveneens om de verkoop van een aandeel (het is slechts anders wanneer de verdeling declaratief is, d.i. van die aard is dat een mede-eigenaar afstand doet van zijn rechten en die bij het recht van de andere mede-eigenaars aanwassen).

De verkoop kan ook beperkt zijn tot de blote eigendom. Wel wordt de verkoop aan een erfgerechtigde in rechte lijn, met voorbehoud van vruchtgebruik, last van lijfrente of afstand van kapitaal gedaan, bij aanwezigheid van reservataire erfgenamen *iuris et de iure* vermoed een handeling om niet te zijn, tenzij jegens de (andere) reservataire erfgenamen die hebben toegestemd (art. 918 BW, zie verder bij de inkorting).

iii) Pluraliteit van kopers

Ook kan de aankoop door meerdere personen tegelijk gebeuren, gebeurlijk met bijzondere bedingen zoals een tontine- of aanwasbeding (zie hieronder iii).

iv) Vrijwillige v. executoriale verkoop (gedwongen verkoop)

De verkoop kan ook een executoriale verkoop zijn, d.i. verkoop van in beslag genomen goed door een bewindvoerder - notaris, gerechtsdeurwaarder, gerechtelijk pandverzilveraar, curator, enz.); in dat geval is het weliswaar niet de eigenaar die de verbintenissen van de verkoper aangaat en de eigendom overdraagt, maar een bewindvoerder belast met de vereffening (*qualitate qua*), die voor rekening van de schuldeisers handelt en daartoe de bevoegdheid heeft gekregen. De schuldeisers op hun beurt halen deze bevoegdheid uit een bijzonder pand- of hypotheekrecht (of bijzonder voorrecht), dan wel uit het gezamenlijk pandrecht dat zij in geval van samenloop bezitten.

NB. W.b. de nietigheid van koop en ruil tussen echtgenoten (art. 1595 BW), zie verder.

b) Modaliteiten van de (ver)koop

De (ver)koop kan in beginsel onder modaliteiten worden aangegaan, zoals opschortende of ontbindende voorwaarden of een opschortende termijn. Ze komen verder ter sprake; daarbij wordt er ook aan herinnerd dat zuiver potestatieve opschortende voorwaarden nietig zijn, maar zuiver potestatieve ontbindende voorwaarden bij overeenkomsten onder bezwarende titel in beginsel geldig (zij het mogelijks beperkt in tijd, bv. maximum 5 jaar voor een conventioneel beding van wederinkoop, art. 1660 BW).

Ook de wederzijdse verkoop van goederen onder opschortende voorwaarde is mogelijk, evenals de wederzijdse verkoop onder ontbindende voorwaarde (bv. van vooroverlijden van de andere partij).

Bij verkoop onder voorbehoud van vruchtgebruik gaat het om een verkoop van de blote eigendom (vgl. hierboven).

Het kan ook omgekeerd om een "gesplitste aankoop" gaan (in blote eigendom door de ene koper en in vruchtgebruik door de andere)⁸².

⁸² In geval de koper van de blote eigendom van een onroerend goed een afstammeling is van de koper van het vruchtgebruik is er fiscaal wel een weerlegbaar vermoeden dat het om een onrechtshtreekse schenking van het onroerend goed gaat, art. 9 W.Succ.

Naast de eigenlijke modaliteiten kunnen er bijkomende verbintenissen van de koper bedongen worden, waaronder bv. ook een vervreemdingsverbod (zie de bespreking in Deel I).

c) In het bijzonder de gezamenlijke aankoop onder aanwas- of tontinebeding

i) Hier besproken gevallen

De aankoop door meerdere personen tegelijk kan gebeuren met een tontine- of aanwasbeding, meestal gekoppeld aan het vooroverlijden van de ene partij t.a.v. de andere⁸³. Fiscaal worden beide constructies (tontine en aanwas) gelijkgesteld, maar civielrechtelijk verschillen ze.

Doorgaans worden beide bedingen daarbij als volgt onderscheiden, dat:

- bij een tontine elk van de verkrijgers afzonderlijk een voorwaardelijk recht verkrijgt van de vervreemder; de verkrijging door de eerstoverledene valt met terugwerkende kracht (*ex tunc*) weg door de vervulling van een ontbindende voorwaarde⁸⁴;
- terwijl bij een aanwasbeding de verkrijgers gezamenlijke in mede-eigendom verkrijgen en bij het vervullen van de voorwaarde (van vooroverlijden) het mede-eigendomsrecht van de ene wegvalt en zijn aandeel aanwast bij dat van de langstlevende door het eenvoudigweg wegvallen van de rechten van de vooroverledene (*ex nunc*)⁸⁵.

De terminologie ius evenwel niet constant, en zo vinden we bv. bij De Page onder de naam totntine een definitie van een aanwasovereenkomst⁸⁶.

De tontineconstructie werd daarbij vooral ontwikkeld om te ontsnappen aan de rechtspraak die, althans in Frankrijk⁸⁷, de aanwasovereenkomst in alle gevallen beschouwde als een verboden beding over een niet opengevallen nalatenschap. Aangezien de belgische rechtspraak dat verbod enger interpreteert⁸⁸, is alvast dat

⁸³ Zie daarover onder meer de grondige bijdrage van D. MICHIELS, "Bedingen van tontine en aanwas", *R.W.* 1995-96, 969 v., met verdere literatuur in voetnoot 1; D. MICHIELS, *Tontine en aanwas*, Kluwer Mechelen 2008; S. MAES, "bedingen van aanwas en tontine. Opnieuw rechtsfiguren uit grootvaders tijd ?", *NjW* 2008, 378. Wat doorgaans als een tontinebeding wordt beschreven heet bij anderen quasi-tontine (DU FAUX, "Tontine, een onduidelijk begrip", *T.Not.* 1994, p. (451) 452).

⁸⁴ Zodat de langstlevende geacht wordt rechtstreeks het geheel van de vervreemder te hebben verkregen. Men spreekt ook van de clause-Defrénois of -Savatier, of wanneer de tontine enkel het vruchtgebruik betreft, de clause-Raudent.

⁸⁵ Indien het goed geen deel uitmaakt van een gemeenschap tussen de verkrijgers, is de aanwas bij het overlijden van de eerststervende niet declaratief, zodat er voor het aandeel van de vooroverledene een dubbele overdracht plaatsvindt.

⁸⁶ DE PAGE, *Traité* V (1975) nr. 54 p. 351. Ook in de eerste bijdrage van F. BOUCKAERT, "Tontine: een rechtsfiguur uit grootvaders tijd", *T. Not.* 1982, 241, worden beide termen als synoniem gebruikt.

⁸⁷ Cass. (Fr.) 24 januari 1928, *D.P.* 1928 I 157.

⁸⁸ Voor argumentatie waarom ook een aanwasbeding geen beding over een niet opengevallen nalatenschap is, zie onder meer M. COENE, "Voortdurende liefde, voortdurende gulheid ? Nog maar eens over bedingen van aanwas en tontine, een ander verhaal dat nooit eindigt", *T.Not.* 2007, (262) 267 v.; D. MICHIELS, "Over de principiële geldigheid van het beding van aanwas naar belgisch recht", *Cahiers ABG* 2006/6, 2.

geen reden om bij ons de meer artificiële constructie van de tontine s.s. te gebruiken. De tontineconstructie heeft enkele nadelen, meer bepaald doordat de twee kopers geen wederpartij zijn van elkaar, maar elk de vervreemder als wederpartij heeft; een wijziging moet dus in beginsel met de vervreemder worden overeengekomen (tenzij deze daartoe een onherroepelijke volmacht heeft gegeven).

Bovendien is een aanwasovereenkomst ook mogelijk tussen personen die reeds mede-eigenaar zijn.

De overeenkomst waarbij een goed niet bij gezamenlijke verkrijging, maar op een andere wijze in mede-eigendom met aanwas wordt ondergebracht, wordt verderop onder f) en g) nader besproken.

ii) Betreffende de volle eigendom dan wel enkel het vruchtgebruik

De tontine- of aanwasregeling kan betrekking hebben op de volle eigendom, dan wel beperkt zijn tot het vruchtgebruik⁸⁹. Wat hieronder in termen van mede-eigendom wordt uiteengezet, geldt in het laatste geval *mut. mut.* voor het vruchtgebruik alleen.

iii) Aard van de handeling (om niet/onder bezwarende titel)

Bij deze bedingen is de koop-verkoop op zichzelf natuurlijk een overeenkomst onder bezwarende titel. Het beding kan evenwel *a posteriori* gezien (met name bij toebedeling van het geheel aan een van de verkrijgers) een onrechtstreekse schenking tussen de verkrijgers onderling vormen. Dit hangt af van de vraag of het een kansovereenkomst vormt of niet. In beginsel zal het beding een kansovereenkomst vormen en de uiteindelijke verkrijging om die reden niet om niet zijn. Indien de kans van de langstlevende op verkrijging van het geheel (dus op overleven) niet evenredig is met het aandeel dat hij betaalt bij de aankoop⁹⁰, zal de overeenkomst achteraf (op het ogenblik dat ze onrechtstreeks leidt tot de verkrijging door middel van die aanwas of tontine) toch als een overeenkomst om niet gelden in materiële zin (vgl.

⁸⁹ Een variante daarop is de zgn. clause-Istas of "gekruid vruchtgebruik", onder meer besproken door D. MICHIELS, "Tontine et accroissement en 2005", *Liber amicorum Paul Delnoy*, Larcier Brussel 2005, 365. Daarbij verkrijgt elk van beide partijen een helft in blote eigendom en de andere helft in vruchtgebruik. Er vindt dus geen aanwas plaats, maar door het wegvallen van het vruchtgebruik van de eerststervende heeft de langstlevende de helft in volle eigendom, maar vruchtgebruik op het geheel. De geldigheid van deze constructie is betwist - zie bv. D. MICHIELS, "Bedingen van tontine en aanwas", *RW* 1995-96, (969) 970 nr. 5; men kan betogen dat er vermenging optreedt en er dus een gewone onverdeeldheid in volle eigendom ontstaat. Een van de voordelen - indien ze geldig is - is dat dit een betere bescherming zou bieden tegen niet-gemeenschappelijke schuldeisers, naast een fiscaal voordeel. Zie verder S. MAES, *NjW* 2008, (378) 384.

Een andere variante is een onverdeeldheid in blote eigendom met daarop een gezamenlijke vruchtgebruik (met aanwas wat betreft het vruchtgebruik alleen).

⁹⁰ Ongelijke kansen kunnen gecompenseerd worden door een groter aandeel in de prijs, vgl. onder meer H. CASMAN, "Conventions entre titulaires de droits actuels", in KFBN, *De notaris met U, nu en morgen*, Bruylant Brussel 1992, (234) 235; S. MAES, "Bedingen van aanwas en tontine", *NjW* 208, (378) 382 nr. 22.

onder)⁹¹. In het laatste geval gelden heel andere regels, die de hele constructie op de helling zetten.

iv) Aard van de mede-eigendom voor het tijdstip van aanwas

Wordt het goed verkregen voor een gemeenschappelijk vermogen, dan volgt het de regels die gelden voor dat vermogen. Hier bespreken we dus enkel het geval waarin een of meer afzonderlijk goederen buiten een huwgemeenschap (of ander gemeenschappelijk vermogen) om worden aangekocht met een aanwas- of verblijvensbeding.

In dat geval ontstaat er voor elk afzonderlijk goed een zaaksgemeenschap (mede-eigendom van een afzonderlijk goed)⁹² van een bijzondere aard. Het beding kan géén betrekking hebben op een (juridische) algemeenheid zoals bv. het geheel van de roerende goederen, omdat het dan wel degelijk om een verboden erfovereenkomst gaat, alsook omdat een mede-eigendom van een geheel van goederen enkel kan gebeuren in de wettelijke vormen (zoals huwgemeenschap, maatschap e.d.)⁹³.

v) Gebonden mede-eigendom (geen recht op verdeling)

Op de eerste plaats is het een gebonden mede-eigendom (de verdeling kan niet ten allen tijde worden gevorderd).

De mede-eigendom die op deze wijze ontstaat is een conventionele mede-eigendom, waarop art. 815 BW niet van toepassing is, aangezien die bepaling onverzoenbaar is

⁹¹ Zie verder M. PUELINCKX-COENE, "Moet men beducht zijn voor inkorting bij tontine, bedingen van aanwas of van terugvallend vruchtgebruik tussen echtgenoten of tussen samenwoners?", *NFM* 1996, 61 v. Kritisch J. BAEL, "De bedingen van aanwas en de tontinebedingen", in KFBN, *Familie op maat*, p. 229 nr. 226-227.

⁹² Dat het om een mede-eigendom gaat wordt in overgrote meerderheid aanvaard, onder meer in de verschillende publicaties van D. MICHIELS, o.m. "Actuele ontwikkelingen inzake bedingen van tontine en aanwas", *NFM* 2001, 221; L. WEYTS, "Tontine voor alle roerende goederen: een toverformule of een flop", *TPR* 2004, p. 983 v.; V. SAGAERT, in *Familiale vermogensplanning*, p. (205) 211 (wat de aanwas betreft, niet de tontine s.s.); G. RASSON, "Tontine aspects civil et fiscal", *R.Not.b.* 1990, 286 v. ;L. BARNICH, "Les clauses d'accroissement en usage sont-elles à l'abri de tout soupçon ?", *R.Not.* 2003, 592 v.; S. BRAT & A.Ch. VAN GYSEL, "La copropriété et l'union libre - les rapports des concubins entre parties et avec les tiers", in *Les copropriétés*, Bruylant Brussel 1999, p. 301; Y.H. LELEU, "Clause de tontone ou d'accroissement temporaire ou renouvelable: une grande complication inutile ?", *R.Not.* 2001, p. 84-85; J.F. ROMAIN, "De quelques questions pratiques en matière de tontine", *Div. act.* 2003, 21; N. VERHEYDEN-JEanmart, "Le ménage de fait", *RPDB Compl.* VIII, nr. 472-473; D. STERCKX, "Tontines et clauses d'accroissement. le dur désir d'en sortir", *JT* 2006, 794.

Bij de tontine veronderstelt een mede-eigendom in beginsel dat beide partijen de helft verkregen hebben onder opschortende voorwaarde en de andere helft onder ontbindende voorwaarde, dus niet de klassieke-clausule Defrénois, maar de variante-Bael, uiteengezet in J. BAEL, "De tontinebedingen en de bedingen van aanwas in het licht van de het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen", *Liber amicorum Christian Dewulf*, Die Keure Brugge 2003, p. 24 nr. 66 v.

⁹³ Zo ook o.m. L. WEYTS, "Tontine voor alle roerende goederen: een toverformule of een flop", *TPR* 2004, p. 983 v.; D. MICHIELS, "Aanwas of erfenis ? Over aanwasbedingen met optie", *NFM* 2007, 133.

met de aanwasregeling en dus impliciet door partijen is uitgesloten⁹⁴ (wat bij conventionele mede-eigendom kan krachtens art. 577-2 BW)⁹⁵.

vi) Een bijzondere vorm van mede-eigendom; aanwas als gevolg daarvan; keuzebedingen

Uit de rechtspraak kan ook worden afgeleid dat het ook in andere opzichten geen gewone zaaksgemeenschap is, maar deze mede-eigendom kenmerken heeft van de mede-eigendom van een gemeenschappelijk vermogen: de partijen hebben tijdens de periode van tontine of aanwas immers geen aandeel in het goed, maar zijn elk eigenaar voor het geheel. Wanneer iemand vooroverlijdt, gaat zijn recht teniet en wast het in de zin aan bij dat van de andere(n), niet krachtens erfrecht maar door het wegvallen van het recht van de vooroverledene (dat dus ook niet in diens nalatenschap terechtkomt) (dat volgt reeds uit een cassatie-arrest van 1833⁹⁶). Die toebedeling is declaratief: de uiteindelijke exclusieve eigenaar heeft zijn recht geheel verkregen van de oorspronkelijke vervreemder, en niet ten dele van de medebegiftigden. Die toebedeling vergt ook geen nieuwe rechtshandeling, maar gebeurt van rechtswege; dit sluit niet uit dat het onder omstandigheden nuttig kan zijn hiervan een (declaratieve) akte te laten opmaken (en deze over te schrijven indien het om onroerend goed gaat)⁹⁷.

Ook wanneer partijen de bijzondere mede-eigendom zouden omzetten in een gewone onverdeeldheid (waarna zij elk een eenvoudig aandeel hebben dat ze als dusdanig kunnen vervreemden) is dit declaratief. In het omgekeerde geval evenwel vindt er een overdracht plaats van een aandeel in het goed (zie onder g).

Kortom, wordt het goed gezamenlijk verkregen onder een regime van aanwas, dan vindt er ook bij het ontstaan van de mede-eigendom geen translatieve handeling

⁹⁴ Onder meer Hof Brussel 21 oktober 2006, *JT* 2006, 793 n. D. STERCKX, verbroken (doch om aan andere reden) door Cass. 2 april 2009, nr. C.07.0112.F; D. MICHIELS, "Actuele ontwikkelingen inzake bedingen van tontine en aanwas", *NFM* 2001, 221 nr. 17; M. DE BACKER, "De tontine en het beding van aanwas en de mogelijkheid van vereffening-verdeling", *NFM* 1997, 205 nr. 14; V. SAGAERT, in *Familiale vermogensplanning*, p. (205) 211; F. BAUDONCQ & V. GUFFENS, "Bouwen op andermans grond in het specifieke geval van concubinaat", *T.Not.* 2003, p. (318) 325.

Anders S. BRAT & A.Ch. VAN GYSEL, "La copropriété et l'union libre - les rapports des concubins entre parties et avec les tiers", in *Les copropriétés*, Bruylant Brussel 1999, p. 304 v.; Rb. Verviers 6 januari 2003, *R.Not.* 2003, 179 n. D.S.

⁹⁵ Zie bv. Hof Gent 3 september 1999, *T.Not.* 2001, 609 n. F. BOUCKAERT; Hof Brussel 18 oktober 2006, *JT* 2006, 793 n. D. STERCKX; Hof Luik 23 januari 2008, *JT* 2008, 272; Hof Antwerpen 19 maart 2008, *RW* 2008-09, 1436, n. D. MICHIELS; J. KOKELENBERG, Enige verdeelde bedenkingen omtrent onverdeeldheid", *TBBR* 1999, 243 v.; G. RASSON, "Tontine aspects civil et fiscal", *R.Not.b.* 1990, 286 v.

⁹⁶ Cass. 27 maart 1833, *Pas* 68, dat besliste dat het in hoofde van de vervreemder (in casu schenker en geen verkoper) niet om een erfstelling over de hand ging, maar om een schenking onder voorwaarde.

⁹⁷ Zie verder D. MICHIELS, "De verklaring van aanwas en de fiscale gevolgen", *T.Not.* 2008, 319 v., die m.i. evenwel ten onrechte stelt dat door de aanwas de langstlevende rechten verkrijgt die deze voordien niet had, wat civielrechtelijk niet juist is (al kan het fiscaal wel zo behandeld worden).

plaats tussen de mede-eigenaars (dat laatste is anders wanneer een goed pas later in mede-eigendom met aanwas wordt gebracht, zie onder g).

NB. 1. Omdat de verkrijging door aanwas in sommige gevallen fiscaal minder interessant is dan de verkrijging door erfenis, voorzien aanwasovereenkomsten soms een optiebeding⁹⁸; dat geeft dan met name aan de langstlevende de optie om zich al dan niet op de aanwasovereenkomst te beroepen, dan wel er afstand van te doen indien men het goed sowieso krachtens erfenis of legaat verkrijgt en dit (fiscaal) voordeliger is (in het bijzonder w.b. de gezinswoning). Men kan ook bepalen dat de langstlevende bijkomend nog de keuze heeft om te opteren voor een aanwas in eigendom of in vruchtgebruik. Best is het beding zo opgesteld dat de optie voor de aanwas binnen een bepaalde termijn wordt uitgeoefend en bij niet-handelen de optie niet gelicht wordt en men terugvalt op de verkrijging krachtens erfenis of legaat⁹⁹ (en niet omgekeerd).

2. Net zoals een verblijfsbeding in een huwelijkscontract kan men de uitwerking van het aanwasbeding koppelen aan de aanwezigheid of afwezigheid van afstammelingen bij het vooroverlijden van een van beide mede-eigenaars.

vii) Gronden voor voortijdige beëindiging

Gezien er geen recht is om uit onverdeeldheid te treden, dienen partijen in hun overeenkomst/beding zelf de eventuele ontbindingsgronden op te nemen, op grond waarvan ze uit onverdeeldheid zouden kunnen treden (bv. beëindiging van de samenwoning in een geval van aanwas of tontine tussen samenwoners). Deze vraag rijst ook meer algemeen, bv. bij verblijfsbedingen in huwelijkscontracten, waar het gebruikelijk is dat bedongen wordt dat deze maar volle uitwerking hebben zolang de echtgenoten niet gescheiden zijn¹⁰⁰.

Soms aanvaardt de rechtspraak wel dat er impliciet is overeengekomen dat de gebondenheid eindigt bij het beëindigen van de relatie tussen de mede-eigenaars¹⁰¹ -

⁹⁸ De zogenaamde clause-Taymans, naar F. TAYMANS, "Clauses commentées. Faut-il encore faire des convention de tontine ?", *R.Not.B.* 2003, 263 v.; zie verder o.m. J. BAEL, "Bedingen van aanwas met optie", *T.Not.* 2005, 50 v.; J. BAEL, "De bedingen van aanwas en de tontinebedingen", in KFBN, *Familie op maat*, Kluwer Mechelen 2005, 119 v.; D. MICHIELS, "Aanwas of erfenis ? Over aanwasbedingen met optie", *NFM* 2007, 133 v.; S. MAES, *NjW* 2008, (378) 392 nr. 92 v. Kritisch daarentegen F. BOUCKAERT, "Clauses d'accroissement alternatives" in *Notamus* 2003/3, 48. Zie ook J. VERSTRAETE, "Verblijfsbeding en keuzebedingen onder last", in *Liber amicorum Paul Delnoy*, Larcier Brussel 2005, 549 v.

⁹⁹ Uitvoerige modellen zijn te vinden bij D. MICHIELS, "Aanwas of erfenis ? Over aanwasbedingen met optie", *NFM* 2007, (133) 135 v.

¹⁰⁰ Sinds de wijziging van art. 299 BW in 2007 vervallen overigens alle huwelijksvoordelen bij echtscheiding, tenzij anders overeengekomen.

¹⁰¹ Bv. Rb. Brussel 12 september 1997, *JLMB* 1999, 1018; Rb. Brugge 16 januari 2004, *T. Not.* 2005, 415, n. F. BOUCKAERT; Rb. Gent 18 april 2006, *T. Not.* 2006, 539; Ph. DE PAGE, "Les clauses de réversion et d'accroissement portant sur un usufruit ou une rente"; *R.Not.b.* 2006, 71; R. BARBAIX, *RW* 2008-2009, (1666) 1677 nr. 26.

Verworpen door o.m. Hof Brussel 28 juni 2002, *R.Not.B.* 2002? 845; Hof Antwerpen 24 december

voor zo'n stilzwijgende *gemeenschappelijke* bedoeling moeten er toch voldoende aanwijzingen zijn -, of althans dat er sprake is van rechtsmisbruik als men de beëindiging weigert bij echtscheiding of andere scheiding¹⁰² of wanneer het vooroverlijden het gevolg is van een (*in casu* weliswaar niet toerekenbare) doodslag door de andere partij¹⁰³.

Wat indien uitdrukkelijk bepaald is dat elke partij eenzijdig de onderlinge overeenkomst kan opzeggen (zonder nadere ontbindingsgrond)?

Dat betreft dan een potestatieve ontbindende voorwaarde, die - anders dan een louter potestatieve opschortende voorwaarde - in beginsel geldig is voor zover het om een handeling onder bezwarende titel gaat (wat het geval is bij een kansovereenkomst, zie hoger)¹⁰⁴. Volgens bepaalde rechtspraak zou het dan echter weer gaan om een beding over een niet opengevallen nalatenschap en zou die bepaling (d.i. het recht eenzijdig uit onverdeeldheid te treden) om die reden nietig zijn – waarbij volgens sommige rechtspraak het beding van aanwas zelf blijft bestaan (zonder de opzegmogelijkheid)¹⁰⁵ en volgens andere enkel de onverdeeldheid blijft bestaan¹⁰⁶; deze rechtspraak gaat ervan uit dat door die potestatieve voorwaarde partijen zich tot niets verbinden en enkel eventuele rechten toekennen; deze stelling is evenwel sterk bekritiseerd¹⁰⁷ - partijen gaan wel degelijk verbintenissen aan tot behoud van het goed die minstens duren zolang de samenwoning duurt en willen helemaal niet dat hun nalatenschap nog zou gebonden zijn als zij dat niet meer zijn.

Om die rechtspraak te pareren wordt aangeraden de clause zo te formuleren dat de ontbinding van de mede-eigendom niet louter eenzijdig kan geschieden. Wanneer ze gekoppeld wordt aan de beëindiging van een veelomvattende relatie, wordt vandaag

2003, *Cahiers ABG* 2006/6, p. 40 n. D. MICHIELS "Over de onmogelijkheid tot uit onverdeeldheidstreding bij de tontine"; Hof Antwerpen 19 maart 2008, *RW* 2008-09, 1436, met op dit punt afkeurende noot D. MICHIELS "De beëindiging van aanwasbedingen"; H. CASMAN, "Recente ontwikkelingen in het familiaal vermogensrecht: beëindiging van de relatie tussen ongehuwde samenwoners", in F. Moeykens (red.), *De Praktijkjurist*, X, Story Gent 2006, 6,

¹⁰² Hof Gent 24 maart 2005, *T. Not.* 2005, 403, n. F. BOUCKAERT, in bevestiging van Rb. Gent 2 september 2003, *T. Not.* 2005, 409; Rb. Gent 18 april 2006, *T. Not.* 2006, 542; beiden met als argument dat het misbruik van recht is om na echtscheiding de handhaving van de tontine te eisen; F. BOUCKAERT, "Hoe tontine- en aanwasbedingen kunnen worden beëindigd", *T. Not.* 2005, 387 v.; Rb. Hasselt 17 april 2007, *RW* 2008-09, 376; *Vastgoed Info* 2009, 3, noot D. DHAENENS (uitvoering eisen van een overeenkomst die zijn bestaansreden heeft verloren is rechtsmisbruik) maar hervormd door Hof Antwerpen 19 maart 2008, *RW* 2008-09, 1436, n. D. MICHIELS.

¹⁰³ Rb. Gent 18 april 2006, *T. Not.* 2006, 539.

¹⁰⁴ Zie algemeen Cass. 18 januari 1993, *Arr.* 54, en voor de toepassing op deze voorwaarde en kwalificatie ervan als een ontbindende voorwaarde onder meer M. COENE, *T. Not.* 2007, (262) 269 v., met onder meer het argument *a contrario* uit art. 943 v. BW inzake schenkingen.

¹⁰⁵ Rb. Antwerpen 28 juni 2002, *T. Not.* 2007, 291.

¹⁰⁶ In die zin Hof Gent 16 december 2004, *T. Not.* 2006, 126 n. F. BOUCKAERT "Oppassen geblazen voor aanwasbedingen: kanttekeningen bij het arrest van het Hof van Beroep te Gent van 16 december 2004" = *CABG* 2006/6, 12 n. D. MICHIELS; Rb. Mechelen 26 oktober 2005, *T. Not.* 2006, 418 n. L. WEYTS "Laat uw fantasieën niet te zeer gaan bij tontine- en aanwasclausules: artikel 1130 tweede lid BW ligt op de loer"; Rb. Mechelen 7 mei 2008, *T. Not.* 2009, 240.

¹⁰⁷ Onder meer door M. COENE, *T. Not.* 2007, (262) 268-269.

doorgaans aanvaard dat de voorwaarde overigens niet potestatief is omdat die beëindiging veel meer omvat dan enkel het wegvallen van die overeenkomst¹⁰⁸.

Een alternatief is om omgekeerd te voorzien dat de regeling vervalt na een bepaalde termijn, behoudens uitdrukkelijke of stilzwijgende verlenging¹⁰⁹; gezien de stilzwijgende verlenging zou het nog altijd om een kanscontract gaan waarvan de kansen dienen te worden beoordeeld bij het aangaan van de overeenkomst¹¹⁰.

NB. Zolang de mede-eigendom loopt, hebben de mede-eigenaars gelijke rechten op gebruik en genot; komt dat slechts aan een der partijen toe, is deze een vergoeding verschuldigd aan de andere¹¹¹. De zgn. retro-activiteit van de toebedeling doet hieraan geen afbreuk (zie de bespreking bij de verdeling in Hst. VII van dit Deel).

viii) Lot bij vervreemding van het goed

Een andere onduidelijkheid is of bij (gezamenlijke) vervreemding van het goed onder aanwas de aanwasregeling overgaat op de bekomen verkoopprijs¹¹².

¹⁰⁸ Zo Hof Antwerpen 3 juni 2009, *RW* 2010-2011, 627. *Eveneens voor de geldigheid van deze voorwaarde* N. COPPENS, «Tontine et pratique notariale. Tontine et pactes sur successions futures», in KONINKLIJKE FEDERATIE VOOR BELGISCHE NOTARISSEN (red.), *De notaris met u, nu en morgen. Notariële dagen 1992*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 1992, 248; M. GRÉGOIRE en L. ROUSSEAU, «Contrats et actes pouvant assurer la protection du survivant», in J.L. RENCHON en F. TAINMONT (red.), *Le couple non marié à la lumière de la cohabitation légale*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2000, 221; W. PINTENS, B. VAN DER MEERSCH en K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2002, 420; J. BAEL, *Het verbod van bedingen betreffende toekomstige nalatenschappen*, Proefschrift, U.Gent, 2002, p. 458-459 en 464-467;

Contra: Y.-H. LELEU, o.c., in *Eigenzinnig familiaal vermogensrecht. Le droit patrimonial de la famille sans préjugés*, p. 90-91 en Y.-H. LELEU, «Des clauses d'accroissement et de tontine plus solides que le couple?», in KONINKLIJKE FEDERATIE VOOR BELGISCHE NOTARISSEN (red.), *Familie op maat. Famille sur mesure. Verslagboek Notarieel Congres Knokke-Heist 22-23 september 2005*, Mechelen, Kluwer, 2005, 300-301.

Vgl., eveneens voor de geldigheid. inzake dergelijke voorwaarden bij schenkingen: M. PUELINCKX-COENE, in *Familiale vermogensplanning. XXX^{ste} Postuniversitaire cyclus Willy Delva 2003- 2004*, 156; M. PUELINCKX-COENE, *T. Not.* 2007, 269-270; R. BARBAIX, *Het contractuele statuut van de schenking*, 2008, 473 v. nr. 552 v.; M. PUELINCKX-COENE, «Schenkingen onder potestatieve voorwaarde», *H.E.P.* 2/93, 2009, 486.

¹⁰⁹ D. MICHIELS adviseert een beding met een duur van 2 jaar en stilzwijgende verlenging bij gebreke aan opzegging door een der partijen ("De beëindiging van aanwasbedingen", *RW* 2008-2009, (1439) 1440 nr. 3). Zie verder H. CASMAN, "Convétions entre titulaires de droits actuels", in *De notaris met u, nu en morgen*, Notariële dagen Louvain-la-neuve, Bruylant & Academia 1992, 236-237; J.-F. TAYMANS, "Le sort de l'immeuble acquis en commun dans le cadre de l'union libre", in *L'union libre*, Bruylant Brussel 1992, p. 194-195.,

¹¹⁰ D. MICHIELS, "De beëindiging van aanwasbedingen", *RW* 2008-2009, (1439) 1440 nr. 3; Y.H. LELEU, "Clause d'accroissement renouvelable - Moment de l'appréciation de l'aléa", *Verslagen en debatten van het CSW 1999-2000*, Bruylant Brussel 2001, p. 331 dossier nr. 1980; Y.H. LELEU, "Clause de tontone ou d'accroissement temporaire ou renouvelable: une grande complication inutile ?" *R.Not.* 2001, p. 84-85.

¹¹¹ Zie bv. Hof Antwerpen 19 maart 2008, *RW* 2008-09, 1436, n. D. MICHIELS.

¹¹² Niet volgens Rb. Gent 30 maart 2004, *T.Not.* 2006, 523, bevestigd door Hof Gent 27 oktober 2005, maar m.i. ten onrechte.

ix) Gevolgen van beëindiging van de aanwasregeling

Indien deze beëindigd wordt, ontstaat er een gewone onverdeeldheid tussen partijen, elk volgens hun aandeel. Aangezien het doel van de mede-eigendom een einde heeft genomen, kan elk van de partijen vanaf dat ogenblik wel de beëindiging van de onverdeeldheid vragen¹¹³. Voor het overige blijven de regels van art. 577-2 BW van toepassing.

d) De verkoop die totstandkomt door het lichten van een optie.

i) Overzicht

De verkoop komt meestal tot stand door de aanvaarding van een aanbod. In sommige gevallen komt de verkoop evenwel tot stand door het lichten van een contractueel verleende optie, zij het een aankoopoptie, zij het een verkoopoptie. Naast deze opties bestaan er ook gevallen waarin er een wettelijke aankoopoptie of verkoopoptie bestaat; deze worden verderop besproken. Bij een optie ontstaat de titel door het lichten van de optie.

Daarnaast is er nog de mogelijkheid van een recht van naasting of indeplaatsstelling in een bestaande schuldvordering tot geven c.q. verkoopovereenkomst. Dit werd hoger reeds besproken en komt hieronder nog nader ter sprake. Hier hoeft er geen nieuwe verkoopovereenkomst te ontstaan, maar wordt een andere persoon partij bij de bestaande overeenkomst.

ii) Contractuele aankoopopties of aankooprechten

Bij een dergelijke optie heeft de verkrijger krachtens een eerdere overeenkomst het recht verkregen om, al dan niet onder nadere voorwaarden de optie te lichten. De verkoopovereenkomst (of andere overeenkomst die de titel vormt) ontstaat in beginsel door het lichten van de optie, tenzij in de optie-overeenkomst bepaald is dat de verkoopovereenkomst eerst later zal ontstaan, met name bij het vervullen van bepaalde vormvereisten (leer van het subjectief plechtig contract).

Soms wordt gesteld dat deze uitoefening nog geen verbintenis tot geven zou doen ontstaan, maar slechts een verbintenis tot doen, die slechts door de toestemming van de tegenpartij of rechterlijke beslissing in een verbintenis tot geven zou worden omgezet. Daarbij verwacht men evenwel de verbintenis die uit de uitoefening (lichten optie) ontstaat met de uitvoering van die verbintenis, d.i. de levering of eigendomsoverdracht. De uitoefening van een optie heeft in beginsel niet dezelfde

¹¹³ O.m. D. MICHIELS, "De beëindiging van aanwasbedingen", *RW* 2008-2009, (1439) 1442 nr. 6; Rb. Brussel 18 april 2005, *Cahiers ABG* 2006/6 p. 54 n. D. MICHIELS; Hof Gent 3 september 1999, *T.Not.* 2001, 609; Rb. Brussel 12 september 1997, *JLMB* 1999, 1018; Rb. Dendermonde 2 november 1992, *TGR* 1993, 18.

gevolgen als een koop in die zin dat bij een koopovereenkomst partijen vermoed worden reeds te hebben ingestemd met de levering of eigendomsoverdracht.

Dit laatste speelt in beginsel niet wanneer de koop door een eenzijdige rechtshandeling tot stand komt. Om eigenaar te worden zal de koper de toestemming van de wederpartij moeten verkrijgen dan wel een rechterlijke beslissing die daarvoor in de plaats komt. Juist is wel dat door de enkele verkoopbelofte/verlening van een aankoopoptie, nog geen verbintenis tot geven ontstaat (ook geen verbintenis onder opschortende voorwaarde de verbintenis tot geven is dus een louter gebeurlijke verbintenis); wat daaruit volgt is veeleer een verbintenis niet te doen (nl. geen handelingen te stellen in strijd met het recht van de wederpartij), maar de uitoefening van dat recht (het lichten van de optie) doet wel een verbintenis tot geven ontstaan.

Om betwistingen te vermijden is het van belang om duidelijk te bepalen op welke wijze de optie moet worden gelicht en bij voorkeur ook binnen welke *termijn* (bij gebreke geldt een redelijke termijn). Ook kan bepaald worden dat de optietermijn eerst begint te lopen vanaf een bepaalde gebeurtenis (bv. het verkrijgen van een vergunning)¹¹⁴.

Een vorm van aankoopoptie is ook de *terugkoopoptie* bedongen door een vervreemder¹¹⁵. De terugkoopoptie verschilt van het beding van wederinkoop doordat niet de oorspronkelijke overeenkomst wordt ontbonden, maar er door het lichten een geheel nieuwe overeenkomst ontstaat, die de titel vormt voor een nieuwe overdracht. In beginsel geldt de bepaling van art. 1660 BW, dat de termijn voor een recht van wederinkoop beperkt tot een periode van hoogstens 5 jaar, niet voor een terugkoopoptie.

De aankoopoptie/verkoopbelofte kan gekoppeld worden aan een successieve aankoopplicht (verkoopoptie/aankoopbelofte) tot een zgn. "*gekruiste optie*". De gekruiste optie is een combinatie van 2 in de tijd opeenvolgende opties, omdat een gelijktijdige aan- en verkoopbelofte geldt als een koopovereenkomst, en de optie hier juist gebruikt wordt om de totstandkoming van de verkoopovereenkomst uit te stellen en toch beide partijen te binden¹¹⁶. Bij onroerend goed wordt daaraan vaak ook nog de bepaling gekoppeld dat de verkoopovereenkomst zelf eerst gesloten worden door middel van het verlijden van de authentieke akte. Dit kan onder meer nuttig zijn:

- wanneer de persoon van de koper nog nader moet worden beslist (in dat geval moet de optie wel als overdraagbaar worden bedongen) (zo vermijdt men de zeer strikte fiscale regeling van de commandverklaring bij verkoop van onroerend goed);

¹¹⁴ Voor een betwisting ingevolge een onduidelijk opgestelde optietermijn, zie Hof Gent 8 oktober 2009, *TBO* 2010, 71 n. D. COTTENIE, "De miskenning van een 'terugkooprecht'" bij de verkoop van een onroerend goed".

¹¹⁵ Zie hiervoor eveneens Hof Gent 8 oktober 2009, *TBO* 2010, 71 n. D. COTTENIE, "De miskenning van een 'terugkooprecht'" bij de verkoop van een onroerend goed".

¹¹⁶ Zie in het bijzonder H. DE DECKER, "De problematiek van ontbinding en nietigheid van koopovereenkomsten m.b.t. vastgoed en de wederzijdse gekruiste opties als valabel alternatief voor dergelijke koopovereenkomsten", *NFM* 2008, p. 285 v.

overigens kan ook overeengekomen zijn dat de optie gedeeltelijk overdraagbaar is - zij het dat de verloper dan best voor de verplichtingen van de koper een hoofdelijke aansprakelijkheid bedingt tussen overdrager en overnemer van de optie;

- om ervoor te zorgen dat er nog geen verplichting ontstaat tot betaling van het evenredig registratierecht; deze zal verder ook helemaal niet ontstaan als gene van beide partijen de optie uitoefent (d.i. beide partijen willen dat de verkoop niet doorgaat);

- om de zaak eenvoudiger af te handelen als de koper niet meer wil kopen en de verkoper met de optieprijs genoegen neemt als schadevergoeding.

Anderzijds heeft de koper intussen nog niet de bevoegdheden van eigenaar.

iii) Contractuele verkoopopties / aankoopbelofte

Omgekeerd kan er ook een aankoopbelofte of recht om te worden uitgekocht bedongen worden; in dat geval heeft de verkoper een verkoopoptie die hij eenzijdig kan lichten.

Het beding dat de medevennoten er zich toe verbinden aandelen tegen een vooraf bepaalde prijs terug te kopen is geen nietig leonijs beding¹¹⁷.

We vinden de verkoopoptie soms gekoppeld aan een voorafgaandelijke aankoopoptie in de zogenaamde "gekruiste optie"-overeenkomst, zie de bespreking hierboven.

e) De verkoop die totstandkomt door de uitoefening van een voorkooprecht of van een voorkeurrecht

Van het lichten van een aankoopoptie moet worden onderscheiden de uitoefening van een voorkooprecht of die van een voorkeurrecht. In deze beide gevallen veronderstelt de totstandkoming van de koop niet enkel de aanvaarding door de kandidaat-koper, maar eerst en vooral een aanbieding door de verkoper, aanbieding waartoe hij weliswaar verplicht is.

Van een voorkooprecht kan men spreken zodra:

- ofwel de prijs is afgesproken met de voorkoopgerechtigde, en hij dus de koop kan doen ontstaan zodra de verkoper de beslissing neemt om te verkopen;

- ook wanneer er geen prijs is afgesproken maar enkel het recht om aan te kopen aan de prijs van de hoogst biedende, zodra er met een derden een prijs is afgesproken en een verkoopovereenkomst is gesloten (zij het wellicht onder opschortende voorwaarde van niet-uitoefening van het recht door de begunstigde).

Dat de overeenkomst slechts van een voorkeurrecht spreekt en niet van een voorkooprecht, verhindert niet dat de begunstigde dus de koop kan doen totstandkomen¹¹⁸ zodra de verkoper een overeenkomst heeft gesloten met de derde;

¹¹⁷ Cass. 29 mei 2008, C.07.0321.N, J.R e.a. t. Participatiefonds.

¹¹⁸ Vooraleer de begunstigde toezegt, is er nog geen koop en nog geen verbintenis tot geven (ook geen verbintenis onder opschortende voorwaarde; de verbintenis tot geven is dus een louter gebeurlijke

vanaf dat ogenblik kan de verkoper beide partijen niet meer tegen elkaar laten opbieden - de begunstigde kan niet verplicht worden om een hoger bod te doen dan datgene waarmee de verkoper reeds heeft ingestemd jegens een derde (weliswaar onder genoemde opschortende voorwaarde)¹¹⁹.

3° Inbreng in een rechtspersoon

De verbintenis tot geven kan ook een verbintenis zijn tot inbreng in een rechtspersoon. Nu kan de inbreng deel uitmaken van de oprichtingshandeling, die geen overeenkomst is met de verkrijger, en daarom verder bij de eenzijdige rechtshandelingen wordt besproken. Het kan ook een inbreng onder bezwarende titel zijn in een reeds bestaande rechtspersoon, namelijk een vennootschap of een economisch samenwerkingsverband. De inbreng in een vereniging met rechtspersoonlijkheid (vzw) daarentegen is geen handeling onder bezwarende titel.

Hoewel de inbreng een overdrachtstitel is, geldt er een gunstiger regeling voor de registratierechten.

4° Ruil, schenking onder last

De verbintenis tot geven kan voortvloeien uit een *ruilovereenkomst*. De regels inzake verkoop gelden *mut. mut.* voor de ruilovereenkomst.

Andere varianten op de verkoop zijn de *schenking onder last*, voor zover de last eigenlijk een tegenprestatie jegens de schenker is, en de *eenzijdige overeenkomst onder voorwaarde*, voor zover die voorwaarde eigenlijk bestaat uit een tegenprestatie jegens de belover (vgl. verder...). Indien het een tegenprestatie is jegens een derde, is het in hoofde van die derde een onrechtstreekse schenking, maar in hoofde van de twee eerste partijen een handeling onder bezwarende titel.

5° Opleg bij declaratieve handelingen

De verbintenis tot geven kan ook worden aangegaan als *opleg* voor een overbedeling bij de verdeling van een gemeenschap. De verbintenis tot geven betreft hier dan niet de goederen die worden toebedeeld uit de gemeenschap - die verkrijgt men steeds door de afstand die de andere partij doet in uitvoering van de verdelingsovereenkomst, zelfs indien men opleg betaalt (dat laatste maakt enkel dat de afstand onder bezwarende titel geschiedt); het gaat om de goederen die in ruil voor een overbedeling worden gegeven¹²⁰.

verbintenis); veeleer een verbintenis niet te doen (nl. geen handelingen te stellen in strijd met het recht van de wederpartij).

¹¹⁹ Zie bv. Hof Gent 12 november 2009, *T.Not.* 2010, 254; J. BYTTEBIER, "Het conventioneel voorkeur- en voorkooprecht", in *Facetten van ondernemingsrecht. Liber amicorum professor Frans Bouckaert*, univ. pers Leuven 2000, 121.

¹²⁰ Zie hierover DE PAGE, *Traité* IX nr. 1405; G. VANDENBERGHE, *Not. Fisc.M.* 1992-10, p. (215) 216.

6° Beheersovereenkomst (fiduciaire overeenkomst)

Anders dan de zekerheidseigendom, stelt de hoger besproken beheerseigendom in ons recht in beginsel geen probleem van *numerus clausus* (zie Deel I Hoofdstuk IV). Wel houdt dit in dat de wederpartij jegens de beheerder slechts schuldeiser is.

De beheersovereenkomst kan aldus een titel vormen voor de overdracht van goederen aan de beheerder. Is het omgekeerd de beheerder die aan anderen “fiduciaire rechten” toekent op goederen waarvan hij reeds eigenaar is, dan vindt er in beginsel geen overdracht plaats, maar slechts een toekenning van persoonlijke rechten (tenzij er toch zakelijke rechten worden toegekend, in welk geval het om een vestiging daarvan gaat).

7° Verkrijging als deelgenoot ingevolge inbreng in een gemeenschap, huwelijksvoordelen en vergelijkbare familie-overeenkomsten.

In beginsel kan een overeenkomst tot inbreng betrekking hebben op elke soort van goederen, behalve hoogstpersoonlijke (zie artt. 1401 BW voor de huwgemeenschap). De inbreng zal naargelang de regeling een handeling onder bezwarende titel dan wel om niet vormen.

Hoewel de inbreng een overdrachtstitel is, geldt er een gunstiger regeling voor de registratierechten (vast recht). Op het voordeel van de langstlevende bij overlijden zal in beginsel wel een successierecht geheven worden (art. 5 W.Succ.), tenzij de toebedeling tegen vergoeding van waarde gebeurt (verblijvensbeding onder last) (dat is niet het geval indien de toebedeling tegen vergoeding van waarde gebeurt (verblijvensbeding onder last), waardoor de vergoedingsgerechtigde erfgenamen op die vergoeding successierechten verschuldigd zijn).

i) Inbreng tegen overeenstemmend aandeel in de gemeenschap.

Eenvoudige inbreng tegen overeenstemmend aandeel

Verwant met de ruil is ook de inbreng onder bezwarende titel in een gemeenschap, d.i. een mede-eigendom die een afzonderlijk vermogen vormt. Daardoor verliest de inbrenger zijn recht op het goed als dusdanig en verwerft hij in ruil een aandeel in de gehele gemeenschap. Vormt die mede-eigendom een afzonderlijk vermogen, dan gaat het bij de gemeenmaking inderdaad niet meer om een verkoop noch overdracht van een aandeel in een afzonderlijk goed.

Het kan daarbij gaan om een inbreng in een maatschap (inbegrepen een beleggingsfonds), een feitelijke vereniging, of een huwelijksgemeenschap (art. 1452 BW)¹²¹.

¹²¹ Het giraal effectendepot wordt hierbij niet genoemd omdat in dat geval de mede-eigendom veeleer het gevolg is van de vermenging met goederen van dezelfde aard, en het veeleer om een declaratieve

De inbreng zelf zou ook kunnen onderworpen worden aan een ontbindende voorwaarde van vooroverlijden van de wederpartij (als die eerst overlijdt, heeft de inbreng niet plaatsgevonden); aan de inbreng kan ook een beding van vooruitmaking of van overname op schatting gekoppeld worden.

Gekoppeld aan een aanwas- of verblijvensbeding

De inbreng in een gemeenschap kan onbetwist geschieden met een beding van aanwas¹²² (bij de vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid spreekt men van een verblijvensbeding, art. 42 Wb.Venn., voorheen 1868 BW, ook bij de huwgemeenschap gebruikt men meestal die term).

Bij maatschappen kan dit voor zover deze bepaling niet in strijd komt met de beperkingen van bedingen die de overdraagbaarheid van aandelen in de NV beperken (art. 510 Wb.Venn.)¹²³.

Een dergelijk beding houdt een afstand van recht in van alle mede-eigenaars onder opschortende voorwaarde van uitscheiden voor de andere. De aanwas zelf is declaratief, er vindt dus op dat ogenblik geen “overdracht” plaats.

NB. De wederzijdse schenking onder ontbindende voorwaarde van vooroverlijden van de wederpartij kan een alternatief vormen (zij het dat deze schenkingen tussen echtgenoten steeds herroepelijk zijn).

Aard van de handeling in geval van aanwasbeding (om niet/onder bezwarende titel)

Net zoals bij de aankoop onder aanwas of tontine kan bij een inbreng een dergelijk beding maken dat er *a posteriori* gezien (met name bij de uiteindelijke toedeling aan een van de deelgenoten) een onrechtstreekse schenking is tussen de deelgenoten onderling heeft plaatsgevonden (omdat hetgeen men verkrijgt niet evenredig is met de gedane inbreng). Er zal evenwel geen sprake zijn van een overeenkomst om niet, maar wel van een overeenkomst onder bezwarende titel in de volgende gevallen:

- bij alle gemeenschappen: wanneer het een kansovereenkomst is en de kans op verkrijging van het geheel min of meer gelijk is, of - voor andere gevallen dan de huwgemeenschap - min of meer evenredig is met de gedane inbreng. Waar de inbreng in beginsel als onder bezwarende titel of om niet wordt gekwalificeerd op basis van de evenredigheid met het aandeel in de gemeenschap dat men ervoor in ruil verkrijgt, moet bij een aanwasbeding ook rekening worden gehouden met de kans dat

omzetting gaat of om een vorm van zakelijke subrogatie dan om een overdracht.

¹²² Zie hierover onder meer L. WEYTS, “Tontine bij vennootschappen”, in *De notaris met U, nu en morgen*, Notariële dagen 1992 Louvain-la-neuve, Koninklijke Federatie van Belgische notarissen, p. 283 v.

¹²³ Een tontinebeding impliceert immers de verbintenis om zijn aandelen niet te vervreemden en is dus bij vennootschappen op aandelen een aandeelhoudersovereenkomst (tenzij het een statutair beding zou zijn).

men de gehele gemeenschap verkrijgt. Blijft het geheel evenredig, dan gaat het ondanks het aanwasbeding om een overeenkomst onder bezwarende titel, omdat het dan een kanscontract is met evenredige kansen.

- bij de huwgemeenschap: wanneer het beding gekwalificeerd wordt als een (volkomen) huwelijksvoordeel, zie de bespreking hieronder.
- mogelijks bij vergelijkbare familie-overeenkomsten, zie hieronder.

ii) Inbreng zonder overeenstemmend aandeel in de gemeenschap

Anderzijds kan de inbreng ook geschieden zonder dat daar een evenredig aandeel in de gemeenschap tegenover staat. Als daar evenmin een vergoeding tegenover staat, dan zou het voor het verschil in beginsel een overeenkomst om niet vormen. Hierbij gelden de uitzonderingen als zonet hierboven beschreven.

Bij inbreng in een huwgemeenschap is er geen vergoeding verschuldigd indien dat niet overeengekomen is; wel geldt er een evenredige tenlasteneming van de schulden van de inbrenger door de gemeenschap (art. 1452 II BW).

iii) Huwelijksvoordelen en oneigenlijke huwelijksvoordelen

In sommige gevallen wordt de overeenkomst altijd als een overeenkomst onder bezwarende titel beschouwd, ook al is de vermogensverschuiving ééNZijdig (van eigen goederen van één partij naar de gemeenschap, zonder dat men daartegenover een groter aandeel krijgt in die gemeenschap). Het belangrijkste geval is het zgn. "huwelijksvoordeel".

Een huwelijksvoordeel is een verrijking door één der echtgenoten die ontstaat uit de wijze van samenstelling, werking of verdeling van de huwgemeenschap (voor vergelijkbare overeenkomsten buiten een huwgemeenschap om, zie onder iii)).

De wet bepaalt binnen welke grenzen het gaat om een "volkomen" huwelijksvoordeel, waarbij de hele regeling beschouwd wordt als onder bezwarende titel, en in welke gevallen het een "onvolkomen" of "oneigenlijk" huwelijksvoordeel is, dat in alle of sommige opzichten (nl. inkortbaarheid) beschouwd wordt als een verkrijging om niet.

Volkomen huwelijksvoordeel

In vele gevallen zal de verrijking van het huwelijksvoordeel niet voortvloeien uit de wijze waarop het goed in de huwgemeenschap is terechtgekomen, maar enkel uit de wijze van verdeling daarvan (verblijvensbedingen, bedingen van vooruitmaking en andere bedingen van ongelijke verdeling van de huwgemeenschap) (dat is met name het geval wat betreft het lot van de. In andere gevallen zal het voortvloeien of mede voortvloeien uit de ongelijke inbreng van goederen door de respectievelijke echtgenoten, met name wanneer de ene echtgenoot inbreng doet van bepaalde goederen in de huwelijksgemeenschap (art. 1452 BW) of uit een wijziging van het

huwelijksvermogensstelsel die leidt tot overdracht van bepaalde goederen van één vermogen naar een ander (NB. het kan natuurlijk ook zijn dat die wijziging een overgang onder algemene titel inhoudt). In al die gevallen zal de verrijking uiteindelijk "declaratief" zijn, d.i. plaatsvinden door de toebedeling uit de huwgemeenschap. Dergelijke declaratieve wijzen van verkrijging worden verder besproken, maar we geven hier toch de belangrijkste regels inzake huwelijksvoordelen, precies omdat zij niet alleen kunnen voortvloeien uit de afwijkende wijze van verdeling uit de gemeenschap maar ook onrechtstreeks uit de wijze van inbreng in de gemeenschap. Aangezien het aandeel van elk der echtgenoten in de gemeenschap (nl. de helft) niet wijzigt, zou het bij overdracht van bepaalde goederen van één vermogen naar een ander normaal gaan om een overeenkomst om niet ten belope van de helft van de ingebrachte goederen (*c.q.* van de goederen overgeheveld van de gemeenschap naar het eigen vermogen van de wederhelft). Bij de huwgemeenschap worden zij evenwel traditioneel in beginsel niet om niet geacht, omdat zij kaderen in het huwelijk met zijn wederzijdse verplichtingen (zie art. 1458 lid 1 BW en 1464 lid 1 BW).

Onvolkomen huwelijksvoordelen

Wordt de inbreng evenwel ook nog eens gecombineerd met een verblijvensregeling van die gemeenschap (met name een beding van toebedeling van de gemeenschap aan de langstlevende), dan wordt de inbreng toch tot beloop van de helft als een overeenkomst om niet beschouwd (art. 1464 lid 2 BW)¹²⁴.

Dat laatste (voor de helft) geldt ook bij een beding van vooruitmaking, nl. indien zij tegenwoordige of toekomstige goederen tot voorwerp heeft die de vooroverleden echtgenoot in het gemeenschappelijk vermogen heeft gebracht door een uitdrukkelijk beding in het huwelijkscontract (art. 1458 lid 2 BW). Men spreekt hier van "onvolmaakte" of "oneigenlijke" huwelijksvoordelen.

Zijn er voorhuwelijkse niet-gemeenschappelijke kinderen, dan is de regel strenger, en zal alles wat afwijkt van een gelijke verdeling van aanwinsten bij overleven van de niet-ouder beschouwd worden als een schenking (art. 1465 BW).

iv) Vergelijkbare familie-overeenkomsten.

Soms aanvaardt de rechtspraak ook andere zogenaamde familie-overeenkomsten houdende een overdracht, als overeenkomsten onder bezwarende titel veeleer dan als schenking¹²⁵. Bij overeenkomsten tussen echtgenoten lijkt dit echter uitgesloten (aangezien koop noch ruil kunnen) (zie echter wel de kwalificatie van huwelijksvoordelen).

¹²⁴ Het verblijvensbeding op zichzelf daarentegen wordt niet als een handeling om niet beschouwd, maar als een "huwelijksvoordeel" (art. 1464 lid 1 BW).

¹²⁵ Zie uitvoeriger M. PUELINCKX-COENE e.a., "Overzicht van rechtspraak. Giften", *TPR* 1999, p. 833 v. nr. 89 v.

Daarnaast is er een felle discussie in de doctrine over de vraag of de leer der huwelijksvoordelen ook geldt voor goederen die géén deel uitmaken van een huwgemeenschap, en met name in die gevallen waarin er geen huwgemeenschap is, zoals bij scheiding van goederen, in het bijzonder bij verrekenbedingen tussen echtgenoten in een stelsel van scheiding van goederen. Een reeks auteurs stelt dat dezelfde regels gelden, met vergelijkbare grenzen, dus beperkt tot de aanwinsten¹²⁶, andere auteurs bestrijden dit heftig¹²⁷.

Dezelfde discussie bestaat voor analoge bedingen in overeenkomsten tussen samenwoners¹²⁸.

8° Overeenkomst om specifieke goederen onder aanwas te brengen (voor zover het om een kansovereenkomst gaat)

Men moet een onderscheid maken tussen:

1° bedingen betreffende goederen die deel (gaan) uitmaken van een boedelgemeenschap (bv. de huwgemeenschap);

en

2° bedingen die betrekking hebben op een specifiek goed, dat geen deel uitmaakt van, zo'n gemeenschap; en daarbinnen onderscheiden tussen a) zogenaamde aanwasbedingen in enge zin en b) de zogenaamde tontinebedingen die berusten op een verkrijging van een aandeel onder ontbindende voorwaarde en een ander onder opschortende voorwaarde (in beginsel voorwaarde van vooroverlijden c.q. overleven). Bij de zogenaamde tontinebedingen vindt er civielrechtelijk géén overdracht plaats tussen de mede-eigenaars, maar wordt de langstlevende geacht enkel van de rechtsvoorganger te hebben verkregen (fiscaal wordt een dergelijke overeenkomst echter gelijkgesteld met die zgn. aanwasovereenkomst).

Ad 1° Maakt het goed deel uit van een ruimere gemeenschap, dan berust de aanwas niet op een titel, maar is ze eenvoudigweg het rechtsgevolg van de afstand die de

¹²⁶ H. CASMAN, *Het begrip huwelijksvoordelen*, p. 266 v.; W. DELVA, "De contractuele en de gerechtelijke scheiding van goederen", *TPR* 1978, 546; H. CASMAN & A. VERBEKE, "Wat is een huwelijksvoordeel ?", *NFM* 2005, 292 v.; A. VERBEKE, "Spitstechnologie omtrent huwelijksvoorwaarden", in *Capita selecta notarieel recht 2006*, 69 v.; Hof Antwerpen 5 oktober 2004, *Not.Fisc.M.* 2004, 270; N. GEELHAND DE MERXEM, "Het finaal verrekenbeding - weerlegging van een onterechte kritiek", *NFM* 2009, 103 v.

¹²⁷ C. DEWULF, "Een kritische doorlichting van recente rechtspraak en rechtsleer in verband met de sterfhuisclausule", *T.Not.* 2007, 467; C. DEWULF, "Een zwaluw maakt de zomer nog niet", *T.Not.* 2007, 522; C. DEWULF, "De nieuwe theorie van de huwelijksvoordelen - recht of wishfull thinking ?", *T.Not.* 2009, 523 v.; W. PINTENS, J. DU MONGH & C. DELCERCK, "Huwelijksvoordelen in scheidings- en participatiestelsels. Tussen droom en daad", *Patrimonium* 2009, 395 v.

¹²⁸ De uitbreiding wordt verdedigd door H. CASMAN, "De draad van Ariadne in de doolhof van huwelijksvoordelen", in *Over erven.Liber amicorum Mieke Puelinckx-Coene*, 2006, p. 97-98; N. GEELHAND DE MERXEM, "Het finaal verrekenbeding - weerlegging van een onterechte kritiek", *NFM* 2009, 103 v.; D. MICHIELS, "Fiscale aspecten van huwelijkscontracten", *T.Not.* 2007, 453.

mede-eigenaar(s) doet van zijn rechten op hetzelfde goed (declaratief). Die afstand kan op zijn beurt de uitvoering zijn van een overeenkomst onder bezwarende titel of van een overeenkomst om niet, zoals we hoger reeds hebben gezien. Hetzelfde is mogelijk indien het goed gemeenschappelijk en met een beding van aanwas is verkregen (ook al is er geen ruimere gemeenschap). Die afstand kan ofwel gebeuren wanneer wordt overgegaan tot verdeling van de gemeenschap, maar ze kan ook op voorhand gebeuren door middel van met name verblijfsbeding. Dit alles wordt nog nader besproken in Hoofdstuk VII.

Ad 2° Hier hebben we het over het geval 2° a). De hier bedoelde aanwasovereenkomsten¹²⁹ zijn meer bepaald de volgende overeenkomsten of bedingen:

- waarbij een goed dat in exclusieve eigendom is, gemeen wordt gemaakt met een beding van aanwas;
- waarbij een goed dat reeds in mede-eigendom is zonder tontine of aanwasbeding en ook geen deel uitmaakt van een gemeenschappelijk vermogen, dus in gewone onverdeeldheid, aan een aanwasbeding wordt onderworpen.

Zonder mede-eigendom kan een beding van aanwas immers niet functioneren¹³⁰. De aard van deze mede-eigendom is zoals hoger besproken een conventionele mede-eigendom, waarbij de toepassing van art. 815 BW is uitgesloten.

In het eerste geval gaat het duidelijk om een handeling tot overdracht van een aandeel (translatieve handeling), dus een verkoop als er ene prijs tegenover staat, maar ook zonder prijs een overeenkomst onder bezwarende titel als de wederpartij gelijkaardige prestaties (betalingen, kosten) heeft verricht¹³¹.

Ook in het tweede geval is de initiële overeenkomst niet declaratief, maar translatief. De initiële overeenkomst is geen aanwas, maar een translatieve overeenkomst die een latere aanwas mogelijk maakt.

Een dergelijke overeenkomst is een overeenkomst onder bezwarende titel voor zover het om een kansovereenkomst gaat; zijn de kansen te onevenredig (gezien in samenhang met de door elk betaalde prijs), dan gaat het om een overeenkomst om niet¹³². Hetzelfde geldt overigens ook voor de overeenkomst tussen de verkrijgers in tontine. Deze “soepele” uitleg van “onder bezwarende titel” wordt niet door iedereen gedeeld. Indien de kwalificatie niet aanvaard wordt, gaat het om een herroepbare

¹²⁹ Zie hierover D. MICHIELS, *RW* 1995-96, (969) 978 v. en verwijzingen in voetnoot 57; DU FAUX, *T.Not.*, 1994, p. 451 v. nr. 3; PUELINCKX-COENE e.a., “Overzicht van rechtspraak”, *TPR* 1997, nr. 31.

¹³⁰ Zo ook L. WEYTS, “Tontine voor alle roerende goederen: een toverformule of een flop”, *TPR* 2004, p. (983 v.) nr. 12.

¹³¹ Voor een voorbeeld, zie Hof Gent 8 januari 1999, *T.Not.* 2000, 450.

¹³² De kwalificatie is natuurlijk onder meer voor de overdrachtsbelasting van belang: in het ene geval worden de verkooprechten geheven (op de helft die bij overlijden overgaat naar de langstlevende), in het andere geval de schenkingsrechten.

schenking (tenzij men natuurlijk het goed overdraagt naar de huwelijksgemeenschap). Geldt de kwalificatie onder bezwarende titel, dan wordt het verbod van verkoop tussen echtgenoten (van art. 1595 BW) door de heersende leer niet toepasselijk geacht, behoudens bedrieglijk opzet¹³³.

In beide gevallen kan deze overeenkomst slechts goederen *ut singuli* betreffen. Het is niet mogelijk om bv. alle bestaande én toekomstige roerende goederen onder aanwas te brengen (dus een operatie onder algemene titel); zo'n operatie kan uitsluitend in de vorm van de wettelijk erkende gemeenschappelijke vermogens (vorming van of inbreng in een huwgemeenschap of maatschap bv.). Wel kan de overeenkomst betrekking hebben op alle bestaande goederen.

Zoals hoger uiteengezet lijkt de rechtspraak wel te aanvaarden dat afzonderlijke goederen onder aanwasbeding een bijzondere soort mede-eigendom vormen (waardoor de uiteindelijke toedeling bij vooroverlijden een "declaratieve" aanwas is en geen overdracht van een aandeel zoals bij de kwalificatie als een gewone onverdeeldheid het geval zou zijn). Dit geldt dus niet enkel wanneer het gemeenschappelijk wordt aangekocht, maar ook wanneer het later gemeenschappelijk wordt gemaakt¹³⁴.

NB. Verdere vragen betreffende aanwasconstructies werden hoger reeds besproken en gelden ook voor het hier besproken geval.

9° Inbetalinggeving, toewijzing aan de pandhouder.

Gelijk te stellen zijn soortgelijke handelingen *solvendi causâ*. Men denke meer bepaald aan de toewijzing van een goed aan de pandhouder ter vervanging van executoriale verkoop. Normaal verkrijgt de pandhoudende of andere schuldeiser niet het goed, maar (een deel van) de executie-opbrengst ervan, dus een geldsom. Het pandrecht geeft immers de bevoegdheid om onder bepaalde voorwaarden de ermee belaste zaak te laten verkopen voor rekening van - op de eerste plaats - de pandhouder. In plaats van het goed te verkopen, kan het evenwel aan de schuldeiser worden toegewezen door de rechter op grond van art. 2078 BW en enkele andere bepalingen (bv. art. 3 W. 21 februari 1983 Achtergelaten voorwerpen).

Men denke ook aan de vrijwillige boedelafstand¹³⁵.

10° Overeenkomsten houdende een verbintenis tot levering (of teruglevering) van soortgoederen.

Het gaat hier onder meer om de huur van vervangbare goederen (waaronder verbruiklening op interest), de onregelmatige bewaargeving, de overeenkomst

¹³³ E. DIRIX, "Art. 1595" in *Artikelsgewijze commentaar bijzondere overeenkomsten*.

¹³⁴ Bv. Hof Antwerpen 10 februari 1988, *T.Not.* 1989, 20 = *R.Not. B.* 1988, 437.

¹³⁵ Voor de registratierechten is deze evenwel niet gelijk te stellen met een verkoop.

streckende tot een onregelmatig vruchtgebruik. In die gevallen is er enerzijds een verplichting tot levering van soortgoederen aan de ontlener, de bewaarnemer, de quasi-vruchtgebruiker, en anderzijds een verplichting tot teruglevering van de ontlener, de bewaarnemer, de quasi-vruchtgebruiker.

Er bestaat een verbintenis tot geven wanneer de ontlener enz. niet de verplichting heeft deze afgezonderd te houden en andere gelijkaardige goederen mag teruggeven, al moet gezegd worden dat de eigendom in die gevallen meestal niet door overdracht overgaat, maar door vermenging. Een bruikleen of regelmatige bewaargeving en een overeenkomst (belofte) tot bruikleen of regelmatige bewaargeving daarentegen houden normaal geen verbintenissen tot geven in, maar slechts een verbintenis tot doen. Verbruiklening of onregelmatige bewaargeving worden als kosteloze titels beschouwd indien men niet gehouden is meer terug te geven dan men heeft ontvangen; zo dit wel het geval is gaat het om een overeenkomst onder bezwarende titel.

Voor zover het om het geven van een geldsom gaat, kan de verbintenis ook in elke andere overeenkomst onder bezwarende titel besloten liggen.

c. Overeenkomst (onder levenden) om niet

1° Welke overeenkomsten (translatief, constitutief, declaratief)

a) Overdracht.

Ook een overeenkomst om niet kan een verbintenis tot geven (verschaffen) van het goed of een goed van die aard bevatten. Voor deze kwalificatie moet men uitgaan van de tegenprestatie die de verkrijger al dan niet verricht of toezegt.

De belangrijkste operaties die een kosteloze titel voor eigendomsoverdracht onder levenden vormen zijn:

1° de schenkingsovereenkomst, waaronder ook de contractuele erfstelling (art. 1048 v. BW), de schenkingen bij huwelijkscontract (art. 1082 en 1093 BW), de ouderlijke boedelverdeling bij akte onder levenden¹³⁶, en de oneigenlijke huwelijksvoordelen (zie verder) en dergelijke;

2° de verbruiklening of de onregelmatige bewaargeving, indien ze om niet geschiedt;

3° de (inbreng in een) stichting;

4° de inbreng in een vereniging zonder winstoogmerk¹³⁷;

5° de overdracht om niet ingevolge zgn. afgedwongen verkoop (art. 98 WMPC¹³⁸, voorheen 76, lid 4 WHPC 1991); de titel is hier te vinden in de wet zelf die dit aanknoopt aan de gedraging van de (vorige) eigenaar – men kan betogen dat de eigendom maar overgaat doordat de ontvanger zijn recht op toe-eigening (dat hij krachtens de wet heeft) uitoefent. Zie ook art. 41 WMPC voor het geval een overeenkomst met een consument werd gesloten ingevolge een oneerlijke handelspraktijk bedoeld in artikel 91, 12°, 16° en 17°, en artikel 94, 1°, 2° en 8°, dan wel (facultatief) in de artikelen 84 tot 86, artikel 91, 1° tot 11°, 13° tot 15°, 18° tot 23°, en artikel 94, 3° tot 7° WMPC (voorheen art. 94/14 § 2 WHPC).

Voor de genoemde materieelrechtelijke regels (erfrechtelijke inbreng, inkorting, *pauliana*, verdachte periode) is een verkrijging ook om niet in zoverre de verkrijging merkkelijk meer waard is dan wat ervoor gegeven werd. Dat aan de belofte tot geven *c.q.* schenking een last of voorwaarde is gekoppeld, maakt de handeling nog niet tot een handeling onder bewarende titel in hoofde van de schenker *c.q.* belover, zolang

¹³⁶ Die houdt een dadelijke schenking en verdeling bij eenzelfde akte in - Cass. 22 maart 1968, *RW* 1967-68, 1917. Zie verder vgl. G. BAERT, APR, tw. *Ouderlijke boedelverdeling*, nr. 655 en 658.

¹³⁷ De stichting in de vorm van de oprichting van een stichting met rechtspersoonlijkheid is een eenzijdige rechtshandeling, die verder behandeld wordt. De stichting kan ook louter obligatoir zijn, en dan gaat het om een beheersovereenkomst of een schenking onder last (overdracht aan een beheerder die zich ertoe verbindt bepaalde doeleinden na te streven of de goederen op een bepaalde wijze aan te wenden).

¹³⁸ Lid 4: " In geen geval is de geadresseerde verplicht de verleende dienst of het toegezonden goed te betalen noch het terug te zenden. Het feit dat de geadresseerde niet reageert op de prestatie van de dienst of de levering van het goed betekent niet dat hij er mee instemt."

die last of voorwaarde niet als een tegenprestatie jegens hem kan gelden (zie verder onder b 5°); ook blijft de schenking onder last gedeeltelijk een handeling om niet zolang de last de waarde van de schenking niet benadert of overtreft.

b) Vestiging van zakelijke rechten.

Geven om niet vinden we niet alleen bij een geven in eigendom, maar ook bij de kosteloze vestiging van een beperkt zakelijk recht, zoals een erfdienstbaarheid, een opstalrecht, een erfpachtrecht of een vruchtgebruik - ook in die gevallen waarin dit een “afstand” wordt genoemd (bv. afstand van natrekking). En dergelijke afstand *in favorem* is immers niet louter uitdovend, maar doet juist een zakelijk recht ontstaan. De overeenkomst tot vestiging van een zekerheidsrecht voor andermans schuld (“zakelijke borgtocht”) is meestal ook een overeenkomst om niet, die voor eigen schuld moet anders geklasseerd worden en komt verder hieronder ter sprake.

Volgens de traditionele leer moet verder de overeenkomst tot vestiging van erfpacht noodzakelijk onder bezwarende titel geschieden. Dit wordt - m.i. ten onrechte - afgeleid uit art. 1 Erfpachtwet. Het valt niet in te zien waarom dit noodzakelijk zou zijn. In geval er geen tegenprestatie bedongen is zullen weliswaar alle vereisten voor een schenking moeten worden vervuld. Nochtans wordt traditioneel geleerd dat een erfpachtrecht enkel onder bezwarende titel kan worden gevestigd, aangezien er een jaarlijkse *canon* moet bepaald zijn (zie art. 1 Erfpachtwet). Nu is iedereen het erover eens dat de *canon* louter symbolisch mag zijn (1 symbolische cent). In die gevallen heeft de *canon* niet de rol van tegenprestatie, maar veeleer van erkenning van het eigendomsrecht van de blote eigenaar (de *canon* belet namelijk dat de erfpachter de eigendom zelf zou kunnen verkrijgen door verjaring). Soms "symboliseert" de *canon* ook het feit dat de erfpachter bepaalde werken gaat uitvoeren die uiteindelijk ook de eigenaar ten goede komen. In dergelijk geval is de overeenkomst duidelijk onder bezwarende titel, ook al zou de *canon* slechts 1 symbolische cent zijn (de fiscus probeert meestal de uitgifte van erfpacht tegen een symbolische frank te kwalificeren als een vermomde schenking, wat dus niet altijd terecht is).

c) Afstand en declaratieve handelingen.

Behalve een titel voor een translatieve of constitutieve handeling (overdracht of vestiging) kan een schenkings- of andere overeenkomst om niet ook een afstand van recht inhouden (louter uitdovende afstand om niet), een aanwasregeling tot voorwerp hebben (wanneer het geen kansovereenkomst betreft), enz. Zie hoofdstuk VI.

2° Modaliteiten

De schenking kan in beginsel onder voorwaarde worden gesloten (een opschortende of ontbindende voorwaarde), voor zover die niet zuiver potestatief is.

Of de schenking ook onder (opschortende) termijn kan gebeuren, wordt verderop besproken.

De schenking kan ook gedaan worden met een beding van terugkeer in geval van vooroverlijden van de begiftigde; er is weliswaar een wettelijke terugkeer bij schenking door een ascendent (747 BW), maar die vindt plaats als de goederen nog in natura aanwezig zijn bij het overlijden van de descendent; in een beding van conventionele terugkeer kan er bijkomend zakelijke subrogatie worden overengekomen. Zo'n beding komt op hetzelfde neer als een ontbindende voorwaarde van vooroverlijden. Zo'n beding is ook mogelijk in een wederzijdse schenking tussen echtgenoten¹³⁹.

De schenking kan bv. ook gebeuren onder voorbehoud van vruchtgebruik; in dat geval gaat het eigenlijk om een schenking van de blote eigendom. Het vruchtgebruik zal het statuut hebben dat het geschinken goed had voor de schenking; de schenking van een goed uit de huwgemeenschap leidt dus tot een vruchtgebruik dat deel uitmaakt van de huwgemeenschap, enz¹⁴⁰.

Naast de eigenlijke modaliteiten kunnen er bijkomende verbintenissen van de begiftigde bedongen worden, waaronder bv. ook een vervreemdingsverbod (zie de bespreking in Deel I).

NB. Wanneer een schenking een geldsom betreft, waarmee de begiftigde een goed koopt (bv. een onroerend goed), of een verbintenis tot terugbetaling betreft van een lening aangegaan door de koper van een (onroerend) goed, is het voorwerp van de schenking nog steeds de geldsom en niet dat goed¹⁴¹.

3° Bijkomende (vorm)vereisten aan de titel bij overeenkomsten om niet

Anders dan de overeenkomst onder bezwarende titel, moet de overeenkomst tot geven om niet, d.i. schenking (in materiële zin)¹⁴², zelf aan bijkomende vereisten voldoen. Het gaat hier om vereisten zonder vervulling waarvan de overeenkomst, en dus de verbintenissen, niet (geldig) tot stand komt. Dit kan slechts in één van de volgende vormen.

a) Plechtige schenkingsakte

Dit is de formele schenking of schenking in formele zin (art. 893 e.v. BW), m.i.v. van de bijzondere schenkingsvormen zoals ouderlijke boedelverdeling, contractuele erfstelling over de hand (art. 1048 v BW), schenkingen ten voordele van het huwelijk

¹³⁹ J.L. SNYERS, Schenking met ontbindende voorwaarde van vooroverlijden", *Fiscoloog* 23 januari 2008 afl. 1100 ;E. SPRUYT, "De schenking: het paradepaard van de successieplanning", *AFT* 2008, (56) 64.

¹⁴⁰ De praktijk om, in plaats van een voorbehoud van vruchtgebruik, het vruchtgebruik te bedingen als last van de schenking opdat het ten gunste zou zijn van de langstlevende van de schenkers, is dus overbodig indien het goed zelf onder een verblijvensbeding of aanwasbeding stond.

¹⁴¹ Cass. 25 januari 2010, nr. C.09.0093.F.

¹⁴² Waarbij hier niet wordt ingegaan op de vraag of een overeenkomst tot "doen" om niet (bv. kosteloze geldlening) al dan niet een schenking is.

(art. 1082 en 1093 BW), schenkingen tussen echtgenoten (die niet wederkerig in éénzelfde akte kunnen geschieden, tenzij bij huwelijkscontract, art. 1097 BW¹⁴³), e.d. De vormvereisten zijn te vinden in art. 931-932 BW (notariële akte, ook wat betreft de aanvaarding door de begiftigde) En voor roerende schenkingen bijkomend in art. 948 BW (door partijen ondertekende schattingsstaat)¹⁴⁴.

Bij bepaalde schenkingen gelden niet de specifieke regels van de schenkingsakte, maar die van de akte waarvan ze deel uitmaken, met name bij huwelijkscontracten (vgl. hierboven de gevallen waarin een huwelijksvoordeel als handeling om niet geldt).

b) Handgift (onder levenden).

De buitenbezitstelling is een equivalente vormvereiste. Zij vervangt de akte als één van de vormen waarin een bindende schenkingsovereenkomst kan worden gesloten. Zij vormt dan ook geen vereiste naast de schenkingsovereenkomst, maar een vormvereiste van de schenkingsovereenkomst zelf (althans één van de alternatieve vormen waarin een schenkingsovereenkomst kan worden gesloten). Omwille van het belang wordt op deze vereiste even nader ingegaan. Naast deze vorm moet natuurlijk ook aan de andere voorwaarden voor een schenkingsovereenkomst zijn voldaan, met name de toestemming van beide partijen in een schenking (dus *animus donandi* + aanvaarding) - vereiste waarrond vaak heel wat bewijsproblemen rijzen, al was het maar omdat partijen om fiscale redenen een schenkingsakte vermijden¹⁴⁵.

i) Voorwerp van de handgift en wijze van handgift

Voorwerp: enkel lichamelijke roerende goederen

Traditioneel wordt aangenomen dat een schenking van hand tot hand enkel zaken kan betreffen die vatbaar zijn voor bezit in de eigenlijke zin, dit is roerende zaken¹⁴⁶. Schuldvorderingen en mogelijks onroerende goederen kunnen van hand tot hand worden geschonken indien zij roerend gemaakt zijn door belichaming in een waardepapier aan order of toonder. Gedematerialiseerde effecten dienen in dit

¹⁴³ In het franse recht werd deze bepaling geschrapt bij wet van 16 november 1963.

¹⁴⁴ Bij gebreke daarvan is de akte nietig: Cass. 1 maart 2007, *RW* 2008-2009, 996.

¹⁴⁵ Ook al is een schenkingsbelofte niet bindend zolang ze niet is uitgevoerd, dit verhindert niet dat de schenkingsrechten verschuldigd zullen zijn zodra er een - zij het niet bindende - schenkingsakte is. "Veilig" tegenover de fiscus is een eenzijdige akte van erkenning achteraf opgemaakt door de schenker alleen. Een veel praktischer middel is m.i. de overschrijving van een geldsom met een ondubbelzinnige vermelding in de overschrijvingsopdracht; dan gaat het wel niet om een handgift, maar om een onrechtstreekse schenking (zie verder). Het fiscale voordeel van deze schenkingsvormen is het vermijden van de 3% schenkingsrechten (tarief in het Vlaams Gewest), het voordeel van de formele schenking van roerende goederen (met een schenkingsrecht van 3 %) is dat dit niet met successierechten verhoogd wordt indien de schenker binnen de 3 jaar overlijdt.

¹⁴⁶ R. DEKKERS, *Handboek* III nr. 1002.

opzicht gelijkgesteld te worden met toondereffecten en kunnen dus ook het voorwerp van een handgift uitmaken. Schuldvorderingen op naam kunnen niet van hand tot hand worden geschonken - zie evenwel verder de onrechtstreekse schenking.

Vormen van de handgift

Vooruitlopend op de bespreking van de leveringsvormen in de volgende Afdeling kan men zeggen dat de handgift mogelijk is door:

- een *traditio* in enge zin of afgifte van hand tot hand, of
- door een *traditio brevi manu* wanneer de begiftigde de zaak reeds onder zich heeft¹⁴⁷.
- Een *constitutum possessorium*, waarbij de schenker de zaak verder in zijn macht houdt, is daarentegen niet voldoende¹⁴⁸.
- Ook door *traditio clavium* (overhandiging van de sleutels van de plaats waar de goederen zich bevinden) kan men een handgift doen¹⁴⁹.

Bevinden de zaken zich – rechtstreeks of onrechtstreeks - in handen van een derde, die ze voor de schenker houdt, dan is er evenwel nog een andere vorm van buitenbezitstelling mogelijk: de derde kan de zaken op aanwijzing van de schenker gaan houden voor de begiftigde (in plaats van voor de schenker). Deze leveringsvorm wordt meer algemeen besproken in Afdeling C., waar ook ter sprake komt of de mededeling door de vervreemder voldoende is, dan wel ook de instemming van de derde-houder vereist is voor die buitenbezitstelling. Deze leveringsvorm is zoals alle andere niet alleen mogelijk voor roerende zaken, maar ook voor waardepapieren. Het gaat immers om een daadwerkelijke buitenbezitstelling. Zo bv. is de overboeking of "girale levering" van effecten - waarover verder meer - zonder twijfel een handgift^{150, 151}.

Deze verschillende leveringsvormen komen meer in het algemeen aan bod in Hst. II (zij het dat zij behalve bij de handgift geen belang hebben voor de totstandkoming van de verbintenis tot geven, en enkel de uitvoering ervan betreffen, of de tegenwerpelijheid van de overdracht aan derden), evenals de mogelijke vertegenwoordiging bij de levering.

¹⁴⁷ C. DE WULF, "De schenking van hand tot hand", in *Exequatur van vriendschap, liber discipulorum et amicorum Egied Spanoghe*, 1981, p. (31) 38.

¹⁴⁸ C. DE WULF, in *Exequatur van vriendschap, liber discipulorum et amicorum Egied Spanoghe*, 1981, p. (31) 39.

¹⁴⁹ Hof Luik 3 oktober 1989, *R.Not.B.* 1991, 344 noot L. RAUCENT; C. DE WULF, in *Exequatur van vriendschap, liber discipulorum et amicorum Egied Spanoghe*, 1981, p. (31) 37.

¹⁵⁰ Bv. Hof Gent 31 mei 1999, *T.Not.* 2000, 456 kritische noot BLONTROCK. Zie uitvoeriger M. PUELINCKX-COENE, *TPR* 1999, p. 943 v. nr. 259 met verwijzingen. *Contra*: H. DU FAUX, "Over de onrechtstreekse schenking van vennootschapsaandelen op naam", *T.Not.* 2001, 195 v.

¹⁵¹ Omwille van het abstract karakter van dergelijke overboeking is de vraag of het een geldige handgift is niet van belang voor de eigendomsoverdracht zelf, maar wel om te weten of die een ongegronde verrijking vormt, zodat een nieuwe overboeking kan worden gevorderd, of niet.

Het feit dat de geschonken goederen na de daadwerkelijke overhandiging in een kluis bewaard worden waarop de schenker een volmacht heeft, verhindert niet dat er een handgift heeft plaatsgevonden¹⁵².

NB. Ter vergelijking: bij een overschrijving van geld of het trekken (uitschrijven) van een cheque vindt er geen bezitsoverdracht van een zaak plaats, en kan het dus niet om een handgift maar slechts om een onrechtstreekse schenking gaan¹⁵³; overigens vindt daar geen overdracht plaats maar enkel het ontstaan van een nieuwe schuldvordering door delegatie – de overdracht van een bestaande cheque daarentegen kan een handgift vormen van een waardepapier. Ook de storting van geld in speciën op andermans rekening kan een handgift vormen (waarbij de rekeningvoerende financiële instelling optreedt als lasthebber van de rekeninghouder-begiftigde), evenals het afhalen in speciën van de rekening van de schenker¹⁵⁴.

ii) Handgift niet in volle eigendom.

Doordat een bezitsoverdracht mogelijk is via een derde die de goederen houdt, is het toch mogelijk om zaken die door een derde gehouden worden voor de schenker van hand tot hand te schenken met voorbehoud van vruchtgebruik of van pandrecht¹⁵⁵. De derde die de zaken in zijn macht heeft, zal dan immers op aanwijzing van de schenker de zaken bv. in eigendom houden voor één partij en in vruchtgebruik voor een andere¹⁵⁶. Op die manier is een handgift met voorbehoud van vruchtgebruik mogelijk voor die zaken waarbij de feitelijke macht niet wezenlijk is om het vruchtgebruik uit te oefenen, dus voor geld en waardepapieren. Zijn de goederen in de macht van de begiftigde zelf, dan kan wel betwist worden of de schenker nog een

¹⁵² Cass. 22 april 2010, C.08.0602.N, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20100422-11. In casu was de materiële overhandiging bewezen en was er ook een brief uitgaande van de schenker met aankondiging van de schenking; dit werd aanvaard als bewijs, nl. begin van schriftelijk bewijs aangevuld met vermoedens.

¹⁵³ Zie daarvoor onder meer Hof Luik 14 december 1988, *R.not.B.* 1990, 88; Hof Gent 25 april 1995, *R.W.* 1996-97, 569; D. van GRUNDERBEECK "Gift van hand tot hand en de bewijsfunctie van art. 2279 BW", *T. Not.* 1997, 70.

¹⁵⁴ Vgl. C. DE WULF, in *Exequatur van vriendschap, liber discipulorum et amicorum Egied Spanoghe*, 1981, p. (31) 42.

¹⁵⁵ Een voorbehoud van pandrecht kan er bv. toe strekken de nakoming van de last waaronder de schenking is aangegaan, te verzekeren. Vgl. in dit verband N. TORFS, "De handgift 'met modaliteiten'", *NFM* 1996, (261) 266.

¹⁵⁶ In die zin C. DE WULF, in *Exequatur van vriendschap, liber discipulorum et amicorum Egied Spanoghe*, 1981, p. (31) 56; Hof Bergen 13-2-1996, *R.Not.B.* 350; J.F. TAYMANS, "Les donations de sommes ou de titres", in *Les arrangements de famille*, FRNB, Story 1990, p. 86-87 nr. 14 (met een analyse van de gevolgen voor de successierechten, meer bepaald in het licht van art. 9 W.SuccR); J. BYTTEBIER, "De handgift", *T. Not.* 1998, 72 nr. 7; contra: P. DELNOY, in *Formation permanente C.U.P.* vol. XXXI, p. 96, volgens wie de derde dan voor beide partijen zou bezitten, zodat de schenker het bezit zou behouden; de auteur vergeet dat de schenker alléén het bezit van het vruchtgebruik behoudt, niet het bezit van de blote eigendom. Vlg. M PUELINCKX-COENE c.s., "Overzicht van rechtspraak. Giften", *TPR* 1999, p. 894 nr. 179 zou hier geen sprake zijn van een handgift, maar van een beding ten behoeve van derden. Dit miskent evenwel dat de de bewaarnemer geen eigenaar is van de zaken, en verwacht bovendien de schenkingsovereenkomst enerzijds en de vereiste van buitenbezitstelling anderzijds. Ook een inpandgeving, die eveneens buitenbezitstelling vereist, kan op die manier worden verwezenlijkt, met als resultaat dat de derde de goederen voor de ene in pand houdt en voor de andere in eigendom.

zakelijk recht van vruchtgebruik heeft, en niet louter een schuldvordering op de vruchten (een schenking onder last dus).

iii) Handgift met modaliteiten

Traditioneel wordt geleerd dat de vereiste van buitenbezitstelling meebrengt dat een handgift niet onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling kan geschieden¹⁵⁷. M.i. is dit onjuist - de buitenbezitstelling is een vormvereiste; zij sluit niet uit dat partijen kunnen overeenkomen dat ondanks de buitenbezitstelling de begiftigde eerst na het verstrijken van een termijn of vervulling van een voorwaarde ook eigenaar wordt. Wel zal die modaliteit moeten bewezen worden, in beginsel met een geschrift. Indien men om fiscale redenen geen schenkingsakte wil opmaken, vereist dit dus een *pactum adiectum* (Fr. *pacte adjoint*).

Over de vraag of een schenking *überhaupt* onder tijdsbepaling kan geschieden, zie verder onder.

Over de mogelijkheid van een handgift onder ontbindende voorwaarde of een handgift onder last bestaat er geen betwisting.

c) Vermomde schenking

Is de schenking vermomd in een andere rechtshandeling, dan ontsnapt men evenzeer aan de vormvereiste, maar niet aan de eerder genoemde materieelrechtelijke regels inzake beschikkingen om niet, noch (belastingrechtelijk) aan de schenkingsrechten. Voor het overige is ze civielrechtelijk geldig, zelfs indien ze inkortbaar is¹⁵⁸. De begiftigde riskeert echter, wanneer de schenking ook voor zijn mede-erfgenamen verborgen wordt gehouden, de verbeuring van art. 792 BW¹⁵⁹.

Er is fiscaal een vermoeden van vermomde schenking bij de "gesplitste aankoop" van onroerend goed waarbij de koper van de blote eigendom een afstammeling is van de koper van het vruchtgebruik (art. 9 W.Succ.).

d) Omzetting van een natuurlijke verbintenis

Zie verder onder.

¹⁵⁷ Bv. DE PAGE, *Traité* VIII 637; C. DE WULF, in *Exequatur van vriendschap, liber discipulorum et amicorum Egied Spanoghe*, 1981, p. (31) 455; M. PUELINCKX-COENE, "Overzicht", *TPR* 1994, 1176 nr. 192 en *TPR* 1999, nr. 170 en 171 met verwijzingen; N. TORFS, *NFM* 1996, 261.

¹⁵⁸ Cass. 29 april 2010, nr. C.09.0169.N, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20100429-14; DE PAGE, *Traité* VIII-1, 603; W. PINTENS, B. VANDERMEERSCH & K. VANWINCKELEN, *Inleiding tot het familiaal vermogensrecht* (2002), 513; M. VAN QUICKENBORNE, "Gedeeltelijk schenkingen", *TPR* 1976 (1) 43.

¹⁵⁹ Zie verder J. DU MONGH & G. DEKNUDT, "Schenken", in Pintens & Du Mongh, *Patrimonium* 2006, 283.

e) Oneigenlijke huwelijksvoordelen en aanverwante

Zoals hoger reeds aangegevens wordt een inbreng in een huwgemeenschap gecombineerd met een verblijvensregeling van die gemeenschap (met name een beding van toebedeling van de gemeenschap aan de langstlevende), tot beloop van de helft als een overeenkomst om niet beschouwd (art. 1464 lid 2 BW)¹⁶⁰. Dat laatste (voor de helft) geldt ook bij een beding van vooruitmaking, nl. indien zij tegenwoordige of toekomstige goederen tot voorwerp heeft die de vooroverleden echtgenoot in het gemeenschappelijk vermogen heeft gebracht door een uitdrukkelijk beding in het huwelijkscontract (art. 1458 lid 2 BW). De regels zijn strenger in geval van aanwezigheid van niet-gemeenschappelijke kinderen (art. 1465), in welk geval elke toebedeling aan een van de echtgenoten (ihb de langstlevende) van meer dan de helft wordt beschouwd als een verkrijging om niet.

Een onrechtstreekse schenking kan ook voorkomen bij andere vormen van gemeenschap, zoals bv. de maatschap, wanneer een inbreng ten dele als kosteloos wordt gekwalificeerd (vgl. de bespreking hoger).

f) (Andere vormen van) onrechtstreekse schenking¹⁶¹

Zij geschiedt door het gebruik van de structuur van een andere handeling of combinatie van handelingen, die (anders dan bij de vermomde schenking) een handeling om niet niet uitsluit, dus zowel een handeling om niet als een onder bezwarende titel kan uitmaken - zoals een derdenbeding, een delegatieovereenkomst of een handeling die een buitenbezitstelling inhoudt. Ik bespreek de belangrijkste gevallen hieronder.

Algemeen wordt aanvaard dat voor de geldigheid als schenking vereist is dat de vorm als dusdanig neutraal is; discussie is er wel over de vraag of de handeling een geldige onrechtstreekse schenking is wanneer ze *in concreto* melding maakt van het kosteloos karakter, bv. een overschrijving van een geldsom met als vermelding op de overschrijvingsopdracht bv. "gift"¹⁶².

i) Buitenbezitstelling bij schuldvorderingen op naam (m.i.v. aandelen op naam).

Deze kan geschieden door kennisgeving aan de gecedeerde schuldenaar *c.q.* wijziging van de inschrijving in het aandelenregister van de vennootschap. Het gaat

¹⁶⁰ Het verblijvensbeding op zichzelf daarentegen wordt niet als een handeling om niet beschouwd, maar als een "huwelijksvoordeel" (art. 1464 lid 1 BW).

¹⁶¹ Zie uitvoeriger M. PUELINCKX-COENE, *TPR* 1999, p. 839 v. nr. 96 v.

¹⁶² Ook de fiscale kwalificatie wordt hier niet besproken. In beginsel gaat het fiscaal om een beschikking om niet. Geschiedt de aanvaarding door de derde-begunstigde, dan zijn in beginsel schenkingsrechten verschuldigd; vindt die nadien plaats dan zijn in beginsel successierechten verschuldigd (zie art. 8 W.Succ.). In beginsel zijn er geen rechten verschuldigd indien de derde geen subjectief recht heeft, maar enkel begunstigd wordt door een discretionaire bevoegdheid van de persoon met wie de bedinger heeft gecontracteerd (bv. een stichting met discretionaire bevoegdheid binnen de grenzen van het stichtingsdoel); in die gevallen gaat het ook niet om een derdenbeding s.s.

hier immers om een cessie (overdracht van schuldvordering) en door die kennisgeving “houdt” de gecedeerde schuldenaar (*c.q.* vennootschap) de vordering (*c.q.* aandeel) voortaan voor de cessionaris. Gezien de aard van de goederen kan het niet gaan om een handgift in enge zin, maar het gaat wel om een onrechtstreekse schenking¹⁶³, en deze kwalificatie heeft praktisch hetzelfde gevolg.

De reden waarom deze overeenkomst bindend is zonder vervulling van de schenkingsvormen, ook al is ze om niet in hoofde van de begunstigde is m.i. dat de *cessus* in wiens hoofde ze niet om niet is (hij blijft gewoon gehouden tot dezelfde schuld) zich niet te moeien heeft met de interne verhouding tussen cedent en cessionaris. Dit verklaart ook waarom het anders is wanneer de overeenkomst vermeldt dat het om een schenking gaat. Ook zullen de materiële regels inzake beschikkingen om niet desgevallend wel van toepassing zijn.

ii) Derdenbeding.

Onder bepaalde voorwaarden kan daarmee een onrechtstreekse schenking worden verricht. Uitdrukkelijk van de schenkingsvormen vrijgesteld is de vestiging van lijfrente ten gunste van een derde (art. 1973 BW). In andere gevallen van derdenbedingen (anders dan lijfrente en natuurlijke verbintenis) is er geen uitdrukkelijke regel. Er zijn drie mogelijke gevallen:

Eerste geval: het beding is in hoofde van de drie partijen om niet.

Dan ontslaat het feit dat de belofte niet door de begunstigde wordt bedongen, maar door een andere bedinger, niet van de schenkingsvormen¹⁶⁴ (noch van de materiële regels inzake beschikkingen om niet).

Tweede geval: de begunstiging is niet om niet in hoofde van de belover omdat deze een tegenprestatie ontvangt vanwege de bedinger.

Dan is de overeenkomst bindend zonder vervulling van de schenkingsvormen, ook al is ze om niet in hoofde van de begunstigde (wel zullen de materiële regels inzake beschikkingen om niet desgevallend van toepassing zijn¹⁶⁵).

¹⁶³ Zie onder meer J. RENAULD, "Le transfert à titre gratuit des titres nominatifs des sociétés anonymes", in *Liber amicorum Baron Louis Fredericq*, Fac. Rechtsgeleerdheid Gent 1965, II, 795 (zij het dat deze auteur dit op verkeerde motieven steunt, nl. een novatie); C. DE WULF, in *Exequatur van vriendschap, liber discipulorum et amicorum Egied Spanoghe*, 1981, p. (31) 48 v. (die het als een handgift *sensu lato* beschouwt); M. PUELINCKX-COENE, *TPR* 1999, p. 839 v.; H. DU FAUX, "Over de onrechtstreekse schenking van vennootschapsaandelen op naam", *T.Not.* 2001, 195 v. *Contra* nog H. DE PAGE, *Traité*, VIII-1 nr. 417, voor wie het enkel een vermomde schenking kan zijn; Hof Gent 4 oktober 1995, *TRV* 1996, 122 noot J. BYTTEBIER (volgens dit arrest was het geen handgift en dus ongeldig; over onrechtstreekse schenking wordt niet gesproken).

¹⁶⁴ In dat geval speelt de bedinger de rol van de *enforcer* in de Anglo-Amerikaanse *trust* (met natuurlijk het grote verschil dat er in ons geval geen afgescheiden vermogen is).

¹⁶⁵ Zie over deze regels verderop, meer bepaald de inkorting en inbreng, en over de toepassing op

Schoolvoorbeeld is de levensverzekering ten gunste van een derde. Maar het kan ook gaan om een overdracht tussen bedinger en belover in ruil voor een andere overdracht van belover aan derde-begunstigde.

Ook hier is de reden voor vormvrijheid m.i. dat de belover die een belofte doet ten gunste van een derde en zelf een tegenprestatie ontvangt, zich niet te moeien heeft met de interne verhouding tussen bedinger en begunstigde (wanneer de overeenkomst vermeldt dat het om een schenking gaat, is de schenkingsvorm wel vereist)¹⁶⁶.

De vraag vanaf wanneer niet alleen de overeenkomst tussen bedinger en belover bindend is, maar ook de begunstiging ten aanzien van de derde onherroepelijk wordt, werd hoger reeds besproken.

De vormvrijheid verhindert niet dat het om een onrechtstreekse schenking gaat, die in beginsel vatbaar is voor bv. inkorting (voor de beperkte uitzondering bij levensverzekering, zie verder de bespreking van art. 124 LVO)

NB. Het is – meer bepaald in een levensverzekering - ook mogelijk dat twee bedingers elkaar als begunstigde aanwijzen onder voorwaarde van vooroverlijden (een soort tontine). In dit geval kan het zijn dat het ook materieel niet om een schenking gaat (tussen beiden), maar om een kansovereenkomst met evenredige kansen, en dus een handeling onder bezwarende titel¹⁶⁷. Dit is meer bepaald van belang voor de onderhoudsplicht, alsook voor de vrijstelling van inkorting in het geval de begunstiging niet vrijgesteld is onder art. 124 LVO.

Derde geval: de begunstiging is om niet in hoofde van de belover en de bedinger, maar niet in hoofde van de begunstigde.

Dit vinden we wanneer de bedinger, die ten gunste van de derde-begunstigde bedingt, daarbij een schuld jegens de derde delgt, of iets van de derde verkrijgt. Ook hier is de belofte om niet in hoofde van de belover, zodat de schenkingsvorm in beginsel vereist is om de belofte bindend te maken voor de belover (al zijn de materiële regels inzake handelingen om niet hier niet van toepassing ten aanzien van de begunstigde; het is veeleer een onrechtstreekse schenking door de belover aan de bedinger). Dit belet niet dat een dergelijke onrechtstreekse schenking eventueel om andere redenen vormvrij kan zijn – bv. omdat ze vermomd is in een delegatie-overeenkomst waarbij de gedelegeerde donandi causa handelt jegens de delegant (hij belooft namelijk een schuld van de delegant te betalen, zonder dat hij daarvoor iets in de plaats verlangt van de delegant).

onrechtstreekse schenkingen H. DU FAUX, "Over onrechtstreekse schenkingen waarin onroerende goederen zijn betrokken", *T.Not.* 2001, (459) 461.

¹⁶⁶ M. PUELINCKX-COENE, *TPR* 1999, 930-931 nr. 236.

¹⁶⁷ Zie ook P. DELNOY, in *Formation permanente C.U.P.* vol. XXXI, p. 161 v.

iii) Andere onrechtstreekse schenkingen die niet translatief zijn.

Een onrechtstreekse schenking in materiële zin vinden we ook in andere gevallen, waar er weliswaar geen overdracht plaatsvindt, maar de verkrijging toch het gevolg is van een eerdere handeling om niet.

Delegatie op grond waarvan een gedelegeerde een overdracht verricht of zich daartoe verbindt jegens een derde.

In vele gevallen leidt de delegatie niet tot een overdracht, maar slechts tot het ontstaan van een schuldvordering van de delegataris, zo bv. bij de *overschrijving* (*giro*) van geld op andermans rekening via de bank als gedelegeerde¹⁶⁸. Deze kan natuurlijk wel een schenking vormen in materiële zin, net zoals een cessie of een derdenbeding dat kan inhouden. Het kan daarbij niet om een handgift gaan, maar het is wel een (van schenkingsvormen vrije) onrechtstreekse schenking¹⁶⁹. MLen spreekt

¹⁶⁸ De overschrijving wordt vaak - ten onrechte - gezien als een lastgeving, of soms als een cessie, terwijl het om een *delegatio solvendi* gaat.

Er is weliswaar een overeenkomst van opdracht tussen opdrachtgever en bank. Maar waaruit bestaat de uitvoering van de opdracht? Lastgeving s.s. veronderstelt dat de bank jegens een derde wederpartij een (verbintenisrechtelijke of zakenrechtelijke) rechtshandeling verricht in naam en voor rekening van de opdrachtgever. Dit vinden we niet bij een overschrijving. Welke rechtshandeling verricht de bank immers jegens de derde? Zijn rekening crediteren, d.w.z. zijn tegoed verhogen, d.w.z. zijn eigen verplichting als bank verhogen.

De uitvoering van de giro-opdracht is dus niets anders dan het aangaan van een geldverbintenis jegens de begunstigde. Deze geldverbintenis is onafhankelijk ten aanzien van de rechtsverhouding tussen opdrachtgever en begunstigde; ook wanneer er geen betaling verschuldigd was door de opdrachtgever blijft het credit op de rekening, en het is de opdrachtgever en niet de bank die krachtens de valutaverhouding (d.i. de verhouding tussen opdrachtgever en derde) kan terugvorderen. Eenmaal de creditering heeft plaatsgevonden is de daarmee aangegane geldverbintenis ook abstract ten aanzien van de dekkingsverhouding (de verhouding tussen opdrachtgever en bank).

Hieruit blijkt dat de overschrijvingsopdracht een delegatie-overeenkomst vormt, en meer bepaald een *delegatio solvendi*; het is een "opdracht" in de zin van een delegatie en niet in de zin van een gewone lastgeving. De bank die de opdracht aanvaardt, gaat dus in opdracht van de opdrachtgever een (onafhankelijke) verbintenis aan, waardoor de schuld van de opdrachtgever jegens de begunstigde wordt voldaan.

Weliswaar betreffen de schoolvoorbeelden van delegaties geldschulden die in een andere vorm worden aangegaan dan een rekeningtegoed, en waarbij het aangaan van de nieuwe schuld door de gedelegeerde de oude schuld nog niet tenietdoet (maar enkel onbeschikbaar maakt; eerst de nakoming van de nieuwe schuld doet de oude uitdoven), maar dat belet niet dat ook de overschrijving in wezen aan de kenmerken van de *delegatio solvendi* beantwoordt. De kwalificatie als lastgeving daarentegen dateert nog uit de tijd toen de lasthebber met de zak vol goudstukken die de opdrachtgever hem meegaf, naar de bestemming trok om uit te betalen.

Bijzonder aan de overschrijving is wél dat de schuld van de bank jegens de delegant reeds tenietgaat zodra de bank de rekening van de delegataris crediteert (dus de verbintenis aangaat) en niet eerst wanneer de delegataris het rekeningtegoed zou gebruiken; de verbintenis die de bank moet aangaan én nakomen om de opdracht te volbrengen is immers de verbintenis om een rekeningtegoed ter beschikking te stellen aan de begunstigde, niet om een som geld uit te betalen.

De hier gegeven analyse geldt anderzijds niet voor "overschrijvingen" tussen effectenrekeningen, die wel degelijk een eigendomsoverdracht van effecten inhouden. Meestal spreekt men daar van een "overboeking".

¹⁶⁹ Voor een recent overzicht, zie M. PUELINCKX-COENE, *TPR* 1999, p. 943 v. nr. 258 v. Zie verder onder meer P. DELNOY, *La qualification de la donation par virement*, *RCJB* 1984, 196; H. DU FAUX, "Overschrijving animo donandi van rekening naar rekening. Kwalificatie", *T.Not.* 1989, 263. Ook hier zullen schenkingsrechten verschuldigd zijn zodra een - zij het niet bindende - akte wordt opgemaakt. Soms wordt het ook als een handgift gekwalificeerd, bv. Rb. Antwerpen 30 juni 1988,

soms van een "bankgift" en deze vormt idemrdaad een onrechtstreekse schenking¹⁷⁰. De reden voor de vormvrijheid is dezelfde als hierboven bij de cessie: in hoofde van de gedelegeerde is de betaling niet om niet, en de interne verhouding delegant-delegataris gaat hem niet aan.

Andere gevallen

Een onrechtstreekse schenking vinden we ook wanneer iemand profiteert van andermans afstand van recht in enge zin - inbegrepen de kwijtschelding van schuld of de afstand van verhaal na betaling voor rekening van een derde¹⁷¹. Hetzelfde vinden we ook bij een "declaratieve" aanwas van recht ten gevolge van een eerdere overeenkomst waarbij de ander voorwaardelijk afstand doet van zijn rechten op de desbetreffende goederen, die deel uitmaken van een ruimere gemeenschap, m.b. door middel van een verdeling of van een aanwasregeling in een gemeenschap van goederen.

Aan dergelijke handelingen kan immers zowel een overeenkomst onder bezwarende titel ten grondslag liggen als een overeenkomst om niet (Hoger werd reeds aangegeven onder welke voorwaarden een inbreng in een gemeenschap waar een aanwas- of verblijvensregeling geldt achteraf gezien geldt als een handeling onder bezwarende titel, dan wel als een onrechtstreekse schenking).

Voor nadere bespreking, zie verder Hoofdstuk VI.

g) Belofte tot verbruiklening of bewaargeving.

Een bijkomende vormvereiste wordt evenwel niet gesteld bij een belofte tot verbruiklening of onregelmatige bewaargeving, waarbij niet meer moet worden teruggegeven dan men ontvangt. Het gaat hier om de zeldzame gevallen van wederkerige overeenkomsten om niet. Men kan ze dus ook als een soort vermomde schenking beschouwen.

Een belofte tot lening of bewaargeving is een volwaardige en bindende overeenkomst. Traditioneel wordt de "lening" of "bewaargeving" zelf die daarop volgt als een nieuwe, zgn. zakelijke overeenkomst gekwalificeerd, wat in deze gevallen evenwel ten onrechte geschiedt: het gaat daarbij dan gewoon om de uitvoering van de voorafgaandelijke overeenkomst "leningbelofte" (bv. kredietopening) of "bewaargevingbelofte".

h) Belofte tot inbreng in een vzw

Ook de belofte tot inbreng in een vzw (dit is onder meer betaling van lidgeld) is als dusdanig niet aan dergelijke vormvereisten onderworpen¹⁷².

T.Not. 1989, 263 v. noot H. DU FAUX; Hof Antwerpen 13 september 1999, *RW* 2001-2002, 460.

¹⁷⁰ Dit wordt ook door de fiscus aanvaard: Voorafgaande beslissing van de DVB van 23 juni 2009, nr. 900.097

¹⁷¹ Cfr. H. DE PAGE, *Traité* VIII-1 nr. 501.

¹⁷² De oprichting van een vzw en de wijziging van de oprichtingsakte (statuten) moeten wel schriftelijk geschieden (art. 2 lid 2 VZW-wet 27-6-1921).

NB. De overdracht bij stichting wordt verder afzonderlijk behandeld.

d. Zekerheidsovereenkomsten

Zekerheidsovereenkomsten die een verbintenis tot geven inhouden zijn de overeenkomst tot inpandgeving of hypotheekvestiging. Ook de overeenkomsten tot voorbehoud van een zakelijke zekerheidsrecht (voorbehoud van hypotheek, voorbehoud van voorrecht van onbetaalde verkoper van onroerend goed e.d.) horen daaronder. Al deze overeenkomsten tot vestiging van een zakelijk zekerheidsrecht kunnen ook als “om niet” dan wel “onder bezwarende titel” worden gekwalificeerd, namelijk naargelang zij tot zekerheid strekken van een reeds bestaand krediet of van een nieuw toe te kennen krediet. Deze zekerheidsovereenkomsten worden nader besproken in Deel IV en volgende.

Daarnaast kan een zekerheidsovereenkomst in beginsel ook strekken tot overdracht van een goed in volle eigendom. Deze vraag wordt eveneens nader besproken in Deel IV, aangezien er betwisting is over de vraag of ons recht in het algemeen toestaat dat eigendom wordt overgedragen ten titel van zekerheid en onder welke voorwaarden dat kan. De basisregel is dat er behalve op financiële activa niet zoiets bestaat als “zekerheidseigendom” als een aparte vorm van eigendom, maar dat het wel mogelijk is om de volle eigendom over te dragen of te behouden met een zekerheidsoogmerk.

e. Eenzijdige belofte om niet (onder levenden) van de vervreemder

Traditioneel wordt geleerd dat niemand goederen kan verkrijgen zonder zijn instemming (vgl. verder onder nr.). Doch dit betreft de (zakenrechtelijke) verkrijging van de goederen en verhindert niet dat een verbintenis (tot geven) kan ontstaan uit een eenzijdige rechtshandeling, m.a.w. dat een eenzijdige rechtshandeling bindend is.

Een onderscheid moet wel gemaakt worden tussen eenzijdige beloften om niet en onder bezwarende titel (zie ook reeds hoger de bespreking van het derdenbeding als onrechtstreekse schenking).

Een eenzijdige belofte is meestal om niet, maar kan ook onder bezwarende titel zijn. Het gaat dan om de belofte onder voorwaarde (van de vervulling van een tegenprestatie).

Is de belofte om niet, dan moet zij voldoen aan één van de vormen waarin dit kan geschieden, zoals hoger besproken. Zo de belofte niet op een andere wijze bindend is, zal ze wel moeten geschieden in de vorm van een formele schenking, en dus wel uitdrukkelijk moeten worden aanvaard (art. 932 BW). De reden daarvoor is dat de leveringshandeling bij een formele schenking precies niet kan worden uitgesteld (en de levering wel tweezijdig moet gebeuren); zolang de begiftigde de levering niet heeft aanvaard, is de schenking niet bindend.

Een verbintenis tot geven door eenzijdige wilsuiting ontstaat ook door de aanvaarding van een legaat met last tot geven (van dezelfde of andere goederen) aan een derde.

f. Stichting (oprichting) van een rechtspersoon.

Een mogelijke titel voor overdracht is ook de *stichting* of andere handeling waarmee een rechtspersoon wordt opgericht en daarmee dus een afzonderlijk vermogen wordt geschapen. De oprichting kan een stichting met rechtspersoonlijkheid betreffen, een vereniging zonder winstoogmerk of andere vereniging met rechtspersoonlijkheid of een vennootschap met rechtspersoonlijkheid. Hoewel deze handeling eenzijdig of meerzijdig kan zijn (eenzijdig kan ze enkel zijn bij de stichting en bij de oprichting van een eenhoofdige BVBA) gaat het hierbij nooit om een overeenkomst tussen de vervreemder en de verkrijger, aangezien de verkrijger eerst door de handeling wordt opgericht.

Het gaat dus om een *handeling van vermogensafscheiding*¹⁷³. In een aantal gevallen zal een dergelijke vermogensafscheiding de uitvoering vormen van een eerdere overeenkomst, waarbij één of meerdere partijen zich ertoe verbinden een rechtspersoon op te richten en daarbij inbreng te doen van bepaalde goederen. In andere gevallen is er geen dergelijke vooraf bestaande verbintenis en valt de titel samen met de oprichtingshandeling (bv. bij de stichting onder levenden door één enkele stichter of bij de oprichting van een eenhoofdige BVBA).

In die laatste gevallen is de titel onderworpen aan de vormvereisten die voor de oprichting gelden, nl. een authentieke akte voor de stichting (art. 27 lid 3 VZW-wet zoals gewijzigd bij Wet van 2 mei 2002) c.q. een authentieke akte plus neerlegging ter griffie voor de eenhoofdige BVBA (art. 66 lid 2 Wb. Venn.).

¹⁷³ Zie over deze rechtshandeling algemeen M. COIPEL, in H. MICHEL (red.), *La s.p.r.l. unipersonnelle*, Bruylant Brussel 1988, p. (1) 55 v.

g. Legaat of making (erfgift), testamentaire stichting

1° Legaat of making

In geval van bijzonder legaat (met inbegrip van de testamentaire stichting) vormt het testament tezamen met de aanvaarding door de legataris de titel voor overdracht (c.q. vestiging van een zakelijk recht), dit zowel wanneer er rechtstreeks een zakelijk recht ontstaat in hoofde van de legataris als wanneer het deze slechts een schuldvordering verschaft op de erfgenamen (bij making van een soortgoed of als last van de erfenis van een goed waarover de testator niet bevoegd is te beschikken).

Nu rijst de vraag of er bij het legaat wel een onderliggende verbintenis is, onder meer omdat een testament steeds herroepbaar blijft (en de verbintenis dus onder zuiver potestatieve voorwaarde is aangegaan). Deze opwerping gaat niet op, omdat door het overlijden de verbintenis onherroepelijk wordt.

Verder ontstaan uit het testament verbintenissen in hoofde van de erfgenamen (of algemene legatarissen) jegens de bijzondere legatarissen:

- Bij making van een *soortgoed* of als *last van de erfenis* van een goed waarover de testator niet bevoegd is te beschikken, heeft de legataris geen zakelijk recht en is er ontegensprekelijk (in de veronderstelling dat het legaat bindend is) een verbintenis tot geven van de erfgenamen;

- Bij legaat van een *specifiek goed* waarover de testator bevoegd is te beschikken is er een betwisting over de vraag of er nog een verbintenis tot geven is vanwege de erfgenamen; dit hangt af van de kwalificatie van het recht dat de legataris heeft voor het tijdstip van afgifte door de erfgenamen. Verderop (zie verder onder nr ...) zal worden betoogd dat de legataris weliswaar krachtens het testament rechtstreeks van de erflater een zakelijk recht verkrijgt, maar dat betwistbaar is of het wel reeds om een eigendomsrecht gaat; in ontkennend geval is er steeds een verbintenis tot geven vanwege de erfgenamen. Doch ook indien de legataris rechtstreeks eigenaar wordt bij het overlijden (en de erfgenaam veeleer een beperkt zakelijk werkend bewindsrecht heeft, de *saisine*), dan is dit het gevolg van de uitvoering van een verbintenis door de erflater, die bij manier van spreken door middel van zijn “laatste wil” het goed gaat houden voor de legataris; in die opvatting zijn zijn erfgenamen, als algemene rechtsopvolgers, gebonden door die “laatste wil” en houden zij daardoor ook het goed voor de legataris, die er vervolgens als eigenaar afgifte van kan vorderen.

2° Testamentaire hypotheek.

Bij testament kan ook een hypotheek worden gevestigd tot zekerheid van de (uitvoering van) legaten.

3° Testamentaire stichting.

Een stichting kan bij authentiek testament worden opgericht, al zal zij pas rechtspersoonlijkheid verkrijgen door de neerlegging van de statuten (private stichting) *c.q.* erkenning bij K.B. (stichting van openbaar nut) (art. 29 VZW-wet zoals gewijzigd bij Wet 2 mei 2002). Aangezien niets bepaalt dat die rechtspersoonlijkheid terugwerkt, moet men ervan uitgaan dat de goederen deel uitmaken van de nalatenschap en eigendom zijn van de erfgenamen onder last de stichting daadwerkelijk in het leven te roepen.

Wordt een stichting opgericht bij onderhands testament, dan kan dit gekwalificeerd worden als last voor de erfgenamen of legatarissen tot oprichting van die stichting (vgl. verder in het volgende Hoofdstuk bij de bespreking van het tijdstip van overdracht).

h. Uitoefening van een aankoopoptie

Een geldige titel kan ook voortvloeien uit een eenzijdige rechtshandeling van de kandidaat-verkrijger, wanneer deze het recht heeft om door middel van zulke rechtshandeling een schuldvordering op een goed te verkrijgen. We hebben jhet dan met name over wettelijke aankoopopties. De conventionele opties werden hoger reeds besproken, evenals de gevallen waar het gaat om de naasting van een bestaande schuldvordering tot geven (wat mogelijks de sanctie is van de miskenning van een wettelijk voorkoop- of voorkeurrecht).

Indien de optie uit de wet voortvloeit ontstaat er namelijk nog geen verkoopovereenkomst door het lichten ervan, maar toch een titel.

De belangrijkste voorbeelden zijn de volgende

1° In het wetboek vennootschappen

In het Wb.Venn. vinden we (sinds 1995) een aantal bijzondere aankooprechten, die uitsluiting, uitkooprecht, uitrookbod of “squeeze-out” worden genoemd.

Dit bestaat met name - onder nadere hier niet besproken voorwaarden - ten voordele van:

1° belangrijke vennoten van een BVBA of van een NV die geen publiek beroep op het spaarwezen doet of gedaan heeft (art. 334 en 636 Wb.Venn.)¹⁷⁴; en

2° vennoten die alleen of gezamenlijk minstens 95 % van de stemgerechtigde aandelen van een NV bezitten (art. 513 Wb. Venn.)¹⁷⁵; indien de NV geen publiek beroep op het spaarwezen doet of heeft gedaan, kan de minderheidsaandeelhouder de uitkoop wel beletten door een uitdrukkelijke schriftelijke kennisgeving.

Men kan de bron van deze verbintenis mede zoeken in de vennootschapsovereenkomst die aan het mede-aandeelhouderschap ten grondslag ligt, doch in het geval van art. 334 en 636Wb. Venn. ontstaat zij wel pas krachtens een rechterlijke beslissing op verzoek van de verkrijger *in spe*.

2° Andere voorbeelden

Huurders van sociale woningen in het Vlaams Gewest hebben onder bepaalde voorwaarden aan een aankooprecht (art. 45 § 3 Vlaamse Wooncode).

¹⁷⁴ Voor bespreking, zie onder meer H. BRAECKMANS, "Gedwongen overdracht en overneming, uitkoopregeling, gerechtelijke ontbinding van niet meer actieve vennootschappen en vereffening", in *Het gewijzigde vennootschapsrecht* 1995, Maklu Antwerpen, p. (287) 298 v.

¹⁷⁵ Voor bespreking, zie onder meer H. BRAECKMANS, in *Het gewijzigde vennootschapsrecht* 1995, Maklu Antwerpen, p. (287) 329 v.

Gelijkaardig is ook het inkooprecht van de langstlevende echtgenoot t.a.v. de blote eigendom van de goederen waarover hij het vruchtgebruik heeft (art. 745 *quater* BW). Wel vormt de uitoefening ervan meestal geen overdracht maar een declaratieve handeling.

Men zou ook de wettelijke voorkooprechten kunnen vermelden. In de mate waarin zij miskend worden, leiden zij evenwel tot naasting van de schuldvordering van de persoon die met miskenning van hun recht heeft gekocht. Is er geen miskenning, dan komt de verkoop aan de voorkoopgerechtigde gewoon door overeenkomst tot stand, veeleer dan door een eenzijdige rechtshandeling.

i. Uitoefening van een verkoopoptie of recht om te worden uitgekocht.

Omgekeerd zijn er een aantal gevallen waarin de titel ontstaat door een eenzijdige rechtshandeling van de vervreemder, wanneer deze beschikt over een verkoopoptie of een wettelijk recht heeft om te worden uitgekocht.

1° In het Wetboek vennootschappen

Zo kent het Wb.Venn. in art. 252, lid 2 en art. 340-341 en 642-643 een mogelijke verplichting tot overname (aankoop) van aandelen in¹⁷⁶. Ook hier kan men de bron van deze verbintenis mede zoeken in de vennootschapsovereenkomst die aan het mede-aandeelhouderschap ten grondslag ligt. In het geval van art. 340-341 en 642-643 Wb.Venn. ontstaat zij wel pas krachtens een rechterlijke beslissing op verzoek van de vervreemder *in spe*.

2° In Vlaamse decreten inzake grondbeleid

In een reeks Vlaamse decreten is er eveneens een koopplicht van de overheid opgenomen:

- Art. 42 van het Vlaams Decreet Natuurbehoud¹⁷⁷ kent de eigenaar van een onroerend goed dat aangeduid wordt als GEN (Grote Eenheid Natuur) of GENO (d.i. Grote Eenheid Natuur in Ontwikkeling) en daardoor ernstig in waarde vermindert of waarvan de bedrijfsvoering ernstig in het gedrang komt, het recht de verwerving ervan door het Vlaams gewest te eisen (koopplicht);
- de koopplicht zoals bepaald in het Duinendecreet¹⁷⁸;
- de koopplicht zoals bepaald in art. 2.4.10 van de Vlaamse CRO (Codex Ruimtelijke ordening) (waarvan § 1 bepaalt dat "de eigenaar van een onroerend goed kan van het Vlaamse Gewest de verwerving daarvan eisen indien hij aantoonst dat, ten gevolge van de vaststelling van één of meer al dan niet opeenvolgende ruimtelijke uitvoeringsplannen, de waardevermindering van zijn onroerend goed ernstig is of de leefbaarheid van de bestaande bedrijfsvoering ernstig in het gedrang komt");
- de koopplicht zoals bepaald in het decreet van 18 juli 2003 betreffende het integraal waterbeleid;
- de koopplicht zoals bepaald in het decreet van 16 april 1996 betreffende de landschapszorg;

¹⁷⁶ Voor bespreking, zie onder meer H. BRAECKMANS, "Gedwongen overdracht en overneming, uitkoopregeling, gerechtelijke ontbinding van niet meer actieve vennootschappen en vereffening", in *Het gewijzigde vennootschapsrecht* 1995, Maklu Antwerpen, p. (287) 324 v.; Cass. 16 maart 2009, (dat besliste dat er niet noodzakelijk een fout moet zijn), *TBH* 2009, 957 n.S. DE GEYTER, "Gegronde redenen bij gedwongen overname ("uittreding")" = RW 2009-2010, 873 n. H. BRAECKMANS, "Een beroep op gegronde redenen bij uittreding vereist niet steeds een foutieve of onrechtmatige gedraging".

¹⁷⁷ Decreet van 21 oktober 1997 betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu.

¹⁷⁸ Decreet van 21 december 1994 houdende bekrachtiging van het BVR 16 november 1994 betreffende de definitieve aanwijzing van de beschermde duingebieden en van de voor het duingebied belangrijke landbouwgebieden, en houdende wijziging van de wet van 12 juli 1973 op het natuurbehoud.

- de koopplicht in art. 6 van het decreet van 16 april 1996 betreffende de waterkeringen.

De aanvraag dient te geschieden bij de Vlaamse Grondenbank.

3° Andere

Er bestaat ook een zekere koopplicht bij beschermde roerende goederen waarvoor de uitvoer wordt geweigerd (Topstukkendecreet, d.i. Decreet houdende bescherming van het roerend cultureel erfgoed van uitzonderlijk belang van 24 januari 2003).

Art. 222 v. Zeewet kent verder het “abandonnement”, rechtshandeling van de eigenaar van een zeeschip waardoor hij de eigendom overlaat aan de zeeverzekeraar. Een soortgelijke rechtsfiguur bestaat ook in sommige landverzekeringsovereenkomsten, bv. sommige omnium-autoverzekeringspolissen, doch is daar niet wettelijk geregeld.

Het recht van de langstlevende echtgenoot die vruchtgebruik heeft en dat van de blote eigenaars van die goederen om te worden uitgekocht vormt in beginsel geen titel voor overdracht, omdat deze omzetting van vruchtgebruik wordt gelijkgesteld met een verdeling (declaratieve handeling).

j. Vennootschapsbesluiten

De verbintenis tot geven kan ook voortvloeien uit een besluit van de organen van een vennootschap, in het bijzonder tot winstuitkering. Die geschiedt normaal in geld, maar kan soms ook in goederen gebeuren.

Onrechtstreeks is deze verbintenis gegrond op de vennootschapsovereenkomst.

k. Herstelplicht uit onrechtmatige daad

Uit onrechtmatige daad ontstaan doorgaans verbintenissen tot doen (herstel) of tot betaling van een geldsom. In uitzonderlijke gevallen kan ook een verbintenis tot het geven van iets anders dan een geldsom ontstaan uit onrechtmatige daad, ook buiten elke overeenkomst over de gevolgen daarvan tussen de betrokken partijen (bv. een dading), maar dan wel krachtens een rechterlijke veroordeling.

Via de omweg van de onrechtmatige daad, en meer bepaald van het leerstuk van de derde-medeplichtigheid aan andermans wanprestatie, kan men immers ook aan zuiver persoonlijke (niet-zakelijke) rechten in bijzondere omstandigheden een bepaalde werking jegens derden verlenen.

Voorbeeld: een verbintenis tot geven als beteugeling van de miskenning van een optie of voorkeurrecht, ook in gevallen waarin er geen wettelijk substitutierecht bestaat (zoals in de Pachtwet wel het geval is). Stel dat een derde de goederen koopt met bewuste miskenning van dat eerder verleende recht, dan begaat hij een onrechtmatige daad. Beteugeling daarvan kan schadevergoeding zijn, doch ook herstel *in natura*. Herstel *in natura* kan er in zo'n geval in bestaan dat hij verplicht is in te gaan op de lichte van de optie of uitoefening van het voorkeurrecht, dus verplicht is het goed te leveren¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Zie bv. Cass. 30 januari 1965, *Pas.* I, 538 = *RCJB* 1966 noot J. DABIN. Vgl. Hoge Raad 17 november 1967, *Pos t. van den Bosch*, *NJ* 1968, nr. 42 = 17. *Ars aequi*, p. 22.

1. Verplichtingen uit ongegronde verrijking s.l. (restitutieverbintenissen)

Het recht van de ongegronde verrijking is in ons recht nog steeds vrij onderontwikkeld. Vooral worden de verschillende vormen ervan meestal erg versnipperd beschouwd.

Van een verplichting tot geven kan in al die gevallen maar sprake zijn voor zover de schuldeiser van die verbintenis de eigendom van de goederen die hij moet terugkrijgen verloren is.

Vernietiging, ontbinding, e.d.m. van een overeenkomst (rechtshandeling) hebben in ons recht in beginsel zakelijke werking (zie verder onder ...). In sommige gevallen evenwel heeft de ontbinding e.d. geen zakelijke werking, maar ontstaat er wel een verbintenis voor de verkrijger om het goed terug te geven.

Dit is met name het geval wanneer de verkrijger intussen op een andere grond eigenaar is van de goederen, zoals door natrekking, zaaksvorming of vermenging. Dit is ook het geval in de uitzonderlijke gevallen waarin de levering niet causaal is, en de rechtsgrond ervoor vervalst: de abstracte overboeking van effecten in effectenverrekeningsstelsels en de inbreng in een nietige vennootschap.

Eenzelfde verbintenis om een goed terug over te dragen geldt in dezelfde gevallen ook bij onverschuldigde betaling (art. 1376 v. BW).

Een teruggaveverbintenis ontstaat ook bij vruchttrekking van vruchten van andermans goed dat men bezit, wanneer deze te kwader trouw geschiedt (zie art. 549 en 1378 BW).

Zij ontstaat ook uit een aantal andere quasi-contractuele verhoudingen of uit andere vormen van ongegronde verrijking (bv. art. 576, 587 BW). Een dergelijke vordering wegens ongegronde verrijking (*actio de in rem verso*) erkent ons recht wel enkel als subsidiaire vordering¹⁸⁰.

Veelal gaat het om een vordering in geld, maar in vele gevallen kan een verplichting tot vergoeding wegens ongegronde verrijking door het geven van goederen worden voldaan, bv. de vergoedingsplicht tussen echtgenoten door voorafname van goederen bij verdeling van de huwelijksgemeenschap (art. 1442 BW).

¹⁸⁰ Ze komt maar ter sprake als er noch een revindicatie is (zakelijke aanspraak) noch een andere verbintenisrechtelijke rechtsgrond. M.i. is de verrijkingsvordering ook subsidiair aan de handhaving van een recht door zakelijke subrogatie.

m. Natuurlijke verbintenis, verjaarde schuld, nietige schuld

1° Omzetting van een natuurlijke verbintenis

De "verbintenis" ontstaat hier eigenlijk maar als een echte (civiele) verbintenis op het ogenblik waarop ze vrijwillig wordt uitgevoerd (vermits het uitvoeren het aangaan van de verbintenis inhoudt, gelden voor die uitvoering de regels van de wilsgebreken, handelingsbekwaamheid e.d.m.). Maar de uitvoering ervan geldt niet als onverschuldigd en de natuurlijke verbintenis kan daardoor ook een geldige titel vormen voor een overdracht.

De omzetting van een natuurlijke verbintenis blijft een handeling om niet, maar het is geen aan vormvereisten onderworpen schenking¹⁸¹. Een klassieke toepassing is de begunstiging als derde door middel van een levensverzekering door een persoon die een natuurlijke onderhoudsverplichting heeft. Ook de bevestiging van een nietige schenking door de erfgenamen of rechtverkrijgenden van de schenker (art. 1340 BW) kan daarmee worden vergeleken.

2° Verjaarde schuld.

Ook een verjaarde schuld vormt een geldige titel voor overdracht, mits de uitvoering ook feitelijk en vrijwillig geschiedt¹⁸². Dit maakt ons duidelijk dat de titel voor eigendomsoverdracht in beginsel weliswaar een geldige, maar daarom nog geen opeisbare verbintenis moet zijn.

3° Nietige overeenkomst

Ten slotte kan zelfs een nietige overeenkomst, die daadwerkelijk werd uitgevoerd, een titel voor overdracht vormen (zodat revindicatie is uitgesloten):

- bij volstreckte nietigheden: krachtens het adagium "*in pari causa turpitudinis cessat repetitio*". De toepassing van dit adagium geschiedt slechts wanneer de rechter van oordeel is dat de teruggave de preventieve rol van de nietigheidssanctie in het gedrang zou brengen of dat de maatschappelijke orde vereist dat een der partijen zwaarder moet worden getroffen¹⁸³.

Verder ook wanneer de reden voor de volstreckte nietigheid is weggefallen, bv. na het overlijden van de partij over wiens niet opgevallende nalatenschap een (nietige) overeenkomst werd gesloten.

¹⁸¹ De hier verdedigde oplossing is dus de "tussenoplossing": in de meeste gevallen blijft de belofte tot uitvoering van een natuurlijke verbintenis een handeling om niet, maar ze is wel vormwrij. Deze opvatting werd uitgewerkt door CAPITANT. Vgl. L. RAUCENT, "Examen de jurisprudence. les libéralités et les successions", *RCJB* 1980, 262. Wanneer het slechts om een "vergeldende schenking" gaat blijft ze evenwel ook aan de vormvereisten onderworpen.

¹⁸² Cass. 25 september 1970, *Arr.* 1971, 78, *R.C.J.B.* 1972, 5 noot J. LINSMEAU, "L'action en répétition du paiement d'une dette prescrite".

¹⁸³ De regel wordt zo verwoord door KRUIJTHOF & BOCKEN, "Overzicht van rechtspraak 1981-1992 Verbintenissen", *TPR* 1994, nr. 164 p. 427. Zie Cass. 24-9-1976, *Arr.*, 98; Y. HANNEQUART, "L'adage 'Nemo auditur' ", *Ann. Lg.*, 1956, 196 v.

- bij relatieve nietigheden: op grond van mogelijke bijzondere bepalingen ter bescherming van de verkrijger.

n. Andere verbintenissen uit de wet

Er zijn tenslotte nog een aantal andere gevallen waarin een verbintenis tot geven krachtens de wet uit een bepaalde toestand voortvloeit. Zo bv.:

- Een wettelijke verplichting tot zekerheidstelling, die een titel kan vormen voor een hypotheek- of pandvestiging. Vaak gaat het om een alternatieve verbintenis, waarbij de schuldenaar meerdere mogelijkheden heeft.
- Onderhoudsverplichtingen kunnen ook soms worden uitgevoerd door levering van andere goederen dan geld.
- De verplichting tot gemeenmaking van een privatieve muur, wanneer de aanpalende eigenaar zijn recht op gemeenmaking van die muur uitoefent¹⁸⁴.
- De bestemming van de huisvader geldt als titel voor de vestiging van voortdurende zichtbare erfdienstbaarheden (art. 692 BW; hier ontstaat de bijzaak bij splitsing van beide erven).
- Een titel voor overdracht vinden we bv. ook in het besluit van de bestendige deputatie tot vaststelling van een grensbepaling (art. 45 Veldwetboek) of een rooi- of afpalingsplan voor buurtwegen (art. 10 Wet van 10 april 1841 op de buurtwegen).
- krachtens art. 55 Notarisambtswet is de opgevolgde notaris wettelijk verplicht tot overdracht aan de in opvolging benoemde notaris van de lichamelijke en onlichamelijke roerende bestanddelen die verband houden met de organisatie van het kantoor, tegen een vergoeding die bepaald wordt door een door de Nationale kamer van notarissen aangewezen revisor of accountant op basis van de in art. 55 § 3 bepaalde maatstaf (vereenvoudigd gezegd de helft van inkomen over de laatste 5 jaar van het kantoor).

¹⁸⁴ Art. 660 en 661 BW; voor de registratierechten gaat het inderdaad om een overdrachtsakte.

5. Titelgebreken en titelbeperkingen met zakelijke werking tussen partijen

a. Begrip en draagwijdte in het algemeen

1° Begrip

Na de mogelijke titels voor eigendomsoverdracht of vestiging van zakelijke rechten bespreken we nu de mogelijke titelgebreken.

Titelgebreken maken dat de verbintenis uit kracht waarvan (in uitvoering waarvan) de eigendom wordt overgedragen of het zakelijk recht wordt gevestigd ongeldig is of tenietgaat met terugwerkende kracht.

2° Zakelijke werking tussen partijen

In een causaal stelsel van eigendomsoverdracht zoals het onze heeft het ongeldig zijn en het tenietgaan met terugwerkende kracht van de titel zakelijke werking, minstens tussen partijen (voor de regeling t.a.v. derden, zie verder). Zakelijke werking betekent dat achteraf gezien de eigendom nooit is overgegaan *c.q.* het zakelijk recht nooit is gevestigd. De eigendom keert in zo'n geval eveneens in beginsel met terugwerkende kracht terug naar de vervreemder. Voor een geldige eigendomsoverdracht is het dus niet alleen nodig dat er op het ogenblik van de uitvoering van de verbintenis een geldige titel was, maar ook dat deze titel niet achteraf met terugwerkende kracht tenietgaat.

Deze ongeldigheid van de overdracht belet niet dat in vele gevallen de verkrijger de teruggave van de goederen kan opschorten, en de revindicatie dus botst op de verweermiddelen uit de onderliggende verhouding. Bij roerende zaken kunnen deze verweermiddelen zelfs door de derde-verkrijger te goeder tegen de eigenaar die revindiceert worden ingeroepen (zie verder).

Vooreerst nog een algemene bemerking betreffende de rol van de "goede trouw".

Bij titelproblemen (nietigheden e.d.) kan de goede trouw van de verkrijger meespelen voor de beoordeling van de vraag of de titel geldig is (bv. wegens dwaling, bedrog, e.d.m.).

Men mag deze rol van de goede trouw niet verwarren met de rol van de goede trouw van derden die verkregen hebben van een niet-eigenaar of anderszins beschikkingsonbevoegde. Dergelijke beschikkingsonbevoegdheid van de tweede hand kan voortvloeien uit het feit dat deze slechts op grond van een ongeldige titel verkreeg: de goede trouw van de derde bepaalt dan niet de geldigheid van de titel, maar de gevolgen van een titelgebrek in de verhouding met een derde-verkrijger.

We overlopen dus de verschillende categorieën gebreken in of beperkingen aan de titel voor overdracht waardoor deze tussen partijen met zakelijke werking vervalt of wordt beperkt.

De toepassing ervan is afhankelijk van uiteenlopende voorwaarden. Sommigen hebben bv. enkel betrekking op handelingen om niet (met name de inbreng, inkorting, verruimde *Pauliana* en dergelijke), andere ook op handelingen onder bezwarende titel. Sommigen strekken ter bescherming van de wederpartij zelf, andere ter bescherming van derden.

Waar mogelijk wordt aangegeven of van een titelgebrek (voor de inwerkingstelling ervan) afstand kan worden gedaan - afstand die dan bv. door een derde-verkrijger *in spe* zou kunnen worden bedongen (vb. afstand van het recht op herroeping van een schenking).

Op deze plaats bespreken we niet wat de gevolgen zijn van een titelgebrek in de verhouding met de onderverkrijger of de schuldeisers van de verkrijger. Die vraag wordt verder behandeld.

3° Gebrek aan zakelijke werking tussen partijen

Vooraf kan nog worden opgemerkt dat het wegvallen van de titel met terugwerkende kracht geen zakelijke werking heeft - ook niet tussen partijen - in zoverre de verkrijger intussen op een andere grond eigenaar is van de goederen, met name door natrekking, zaaksvorming of vermenging (toepassing van het eenheids-, bepaaldheids- en specialiteitsbeginsel).

In die gevallen doet de vernietiging, ontbinding, e.d.m. van de titel weliswaar een verbintenis tot ongedaanmaking (en dus teruglevering van hetzelfde of een vervangend goed) ontstaan, maar keert de eigendom niet van rechtswege terug naar de vervreemder. Daartoe is bv. in geval van vermenging een herspecificatie nodig. Tot zolang heeft de schuldeiser ook tussen partijen slechts een schuldvordering en geen revindicatierecht. In dezelfde gevallen vervalt in beginsel ook het reclamerecht. Wel kan het zijn dat de vervreemder die bij de vernietiging of ontbinding om dergelijke redenen niet van rechtswege terug eigenaar wordt van de vervreemde goederen, op grond van regels inzake zakelijke subrogatie van rechtswege eigenaar wordt van een ander goed, dat geacht wordt in de plaats te zijn gekomen van het eerste. Hiervoor verwijst ik naar de uiteenzettingen over zakelijke subrogatie.

4° In meerpartijenverhoudingen

Tenslotte wil ik nog wijzen op de bijzondere toestand die zich voordoet wanneer de titel zich in een andere rechtsverhouding situeert als de verkrijging, met name bij middellijke vertegenwoordiging¹⁸⁵:

¹⁸⁵ de hier gegeven regels zijn de normaal toepasselijke. Enige nuancering kan geboden zijn, zoals bv. geschiedt in art. 3:66 lid 2 NBW, met name op het vlak van de wilsgebreken ("grootste aandeel").

- bij verkoopcommissie: daar moet de titel tussen de tussenpersoon en de koper geldig zijn;
- bij aankoopcommissie: hier moet de titel tussen de tussenpersoon en de verkoper geldig zijn, én de tussenpersoon bevoegd zijn om voor de opdrachtgever te ontvangen (zoniet wordt de tussenpersoon zelf eigenaar. Of de geldigheid van de titel tussen de tussenpersoon en de verkoper kan worden aangetast door regels ter bescherming van de opdrachtgever, komt verderop ter sprake.

b. Beperkingen van de omvang van de titel

1° Algemeen

Overdracht of vestiging van zakelijke rechten krachtens een verbintenis kan niet meer omvatten dan waartoe de titel strekt. Wanneer de verbintenis niet verplicht tot overdracht in volle eigendom, maar slechts tot een beperkt recht, dan blijft de overdracht (vestiging) daartoe beperkt (voor het bijzondere vraagstuk van de zekerheidseigendom, en de mogelijke conversie daarvan in een pandrecht, zie hoger).

Zo zal ook de omvang van het gevestigde beperkt recht worden bepaald - binnen de grenzen van wat het zakenrecht toestaat - door de vestigingstitel, bv. wat betreft de duur van het vruchtgebruik, erfpacht- of opstalrecht.

Zekerheidsrechten zijn beperkt tot het bestaan van de schuldvorderingen tot zekerheid waarvan zij krachtens de vestigingstitel strekken. Het maximumbedrag waarvoor het zekerheidsrecht is gevestigd dient bij bepaalde zekerheidsrechten, meer bepaald hypotheek en registerpand, te zijn bepaald. Voor het overige is het voldoende dat de verzekerde vordering bepaalbaar is (mogelijkheid tot zekerheidsstelling voor toekomstige schulden)¹⁸⁶, en strekken bepaalde zekerheden zelfs tot zekerheid van vorderingen waarvoor dit niet uitdrukkelijk is bedongen (zie bv. art. 2082, lid 2 BW bij vuistpand: voor een tweede schuld die na de inpandgeving is aangegaan, en vooraleer de betaling van de eerste schuld opeisbaar is geworden).

2° Voorbehoud van beperkte zakelijke rechten

Omgekeerd kan de titel ook bepalen dat de eigendom wordt overgedragen met voorbehoud van vruchtgebruik, erfdienstbaarheid, zekerheidsrechten (zie onder c.) e.d.m.

Een stilzwijgend voorbehoud van erfdienstbaarheid kan men zien in erfdienstbaarheden door bestemming van de huisvader.

Een overdracht met voorbehoud van vruchtgebruik wordt voor een aantal rechtsgevolgen wel gewaardeerd als een overdracht in volle eigendom (zie art. 918 BW; fiscale bepalingen zoals art. 9 en 11 W. Succ.).

3° Voorbehoud van zekerheidsrechten

Ook een voorbehoud van zekerheidsrecht is bij een aantal overeenkomsten krachtens de wet aanwezig¹⁸⁷; zij worden in Deel IV en volgende besproken.

¹⁸⁶ Zie onder meer Cass. 28 maart 1974, *RW* 1974-75, 339 (pand voor toekomstige schulden); Hof Antwerpen 11 maart 1996, *RW* 1996-97, 446 (hypotheek)

¹⁸⁷ Relevant is hier de wet van de ligging - het betreft vooreerst een zakenrechtelijke

4° Voorbehoud van omwisselingsrecht bij certificaten

Bij de overdracht van aandelen tegen uitgifte van certificaten behoudt de overdrager een zakelijk werkend recht om zijn certificaten terug in aandelen om te wisselen (zie bv. art. 503 § 2 Wb. Venn.).

c. Nietigheden van de titel

Onder de eigenlijke titelgebreken met terugwerkende kracht en dus volledige zakelijke werking vinden we allereerst de nietigheden (van de overeenkomst, het legaat, e.d.m.).

1° Algemeen

Soorten

We onderscheiden:

- de volstreckte nietigheden (a),
- de betrekkelijke nietigheden (b),
- de betrekkelijke nietigheden ten gunste van een derde (c) en
- de niet-tegenwerpbaarheden (d).

Het Belgische recht is geneigd om ook de vormgebreken als nietigheden te beschouwen en de beteugeling daarvan dus te laten afhangen van het door de vorm beschermde belang (openbare orde dan wel private belangen).

Terugwerkende kracht

Om te weten of de nietigheid een bepaalde overdracht treft, moet men nagaan of de terugwerkende kracht van die nietigheid zich uitstrekt tot de verbintenis krachtens dewelke de overdracht plaatsvond. In sommige gevallen treft een nietigheid namelijk slechts een deel van een overeenkomst (bij deelbare verbintenissen), of slechts één of meer bijzondere bedingen, of wordt de werking ervan beperkt door het - weliswaar niet algemeen geldende - adagium “*in pari causa turpitudinis cessat repetitio*”.

Sommige nietigheden tenslotte hebben helemaal geen terugwerkende kracht. Zo bv. heeft de nietigheid van de oprichting van een vennootschap, vzw of stichting met rechtspersoonlijkheid geen terugwerkende kracht¹⁸⁸, maar leidt ze tot ontbinding ervan zonder terugwerkende kracht. Men kan de oprichting dan ook als een abstracte rechtshandeling beschouwen¹⁸⁹ (abstract van de geldigheid van de onderliggende overeenkomst). Het gaat hier dus wel om de nietigheid van de rechtspersoon zelf. Wanneer die niet nietig is, maar enkel de overeenkomst krachtens dewelke er inbreng wordt gedaan in een rechtspersoon, heeft die nietigheid wel terugwerkende kracht.

Geheel of gedeeltelijk

Wanneer een nietigheid slechts een bepaald beding of een bepaalde voorwaarde betreft, dan wordt deze voor ongeschreven gehouden. De titel zal slechts dan in zijn

¹⁸⁸ art. 172 lid 2 Wb. Venn., voorheen *13quater* VennW.

¹⁸⁹ F.H.J. MIJNSEN, *Causale en abstracte rechtshandelingen*, p. 16.

geheel nietig, wanneer het een rechtshandeling betreft en het beding determinerend was voor het aangaan ervan.

Eenzelfde regel vinden we uiteindelijk ook voor ongeoorloofde of anderszins nietige voorwaarden: zij leiden tot de nietigheid van de titel (art. 1172 BW), behalve bij schenkingen, waar ze voor ongeschreven worden gehouden (art. 900 BW), tenzij zij determinerend waren voor de toestemming, in welk geval evenzeer de gehele overeenkomst nietig is¹⁹⁰.

2° Absolute of volstreckte nietigheden

a) Algemeen.

Deze beschermen zoals bekend de openbare orde en kunnen door eenieder worden ingeroepen. De zakelijke werking ervan kan op elk ogenblik worden ingeroepen tegen de partij die op grond van een nietige overeenkomst heeft verkregen. Van deze nietigheden kan geen afstand worden gedaan.

Dergelijke nietigheid kan voortvloeien uit blanconormen zoals art. 6 BW, dan wel uit bijzondere wetsbepalingen. Wel is het zo dat sommige nietigheden niet de titel treffen, maar enkel de overdracht zelf (meer bepaald nietigheden die gebeurlijk op een later tijdstip kunnen zijn opgeheven). Wetsbepalingen krachtens dewelke bepaalde goederen enkel onvervreemdbaar of onoverdraagbaar zijn maken niet noodzakelijk de verbintenis tot overdracht ervan nietig, maar wel onuitvoerbaar. Of deze nietigheid dan als overmacht geldt in hoofde van de schuldenaar ervan is eveneens een zuiver verbintenisrechtelijke vraag.

Een opsomming van volstreckte nietigheden van de titel hoort thuis in het verbintenisrecht. We vermelden hier dan ook slechts enkele nietigheidsgronden die in het bijzonder van belang zijn voor de overdracht van goederen.

Hoewel de geldigheid of nietigheid van een rechtshandeling in beginsel door de *lex contractus* wordt bepaald, wordt nietigheid vaak ook voorgeschreven door “*règles d’application immédiate*”, ongeacht het toepasselijke recht, en dan ook door de rechters van dat land toegepast (zie art. 9 VO-Verordening 593/2008, vroeger art. 7 EVO), of kan zij voortvloeien uit de exceptie van internationale openbare orde.

b) Goederen “buiten de handel”

Ten eerste zijn er een aantal goederen “buiten de handel”. Dit betekent meestal niet dat zij nooit het voorwerp van een verbintenis kunnen vormen, maar veeleer dat dit slechts mogelijk is in of krachtens specifieke wettelijke bepalingen.

¹⁹⁰ Vgl. Cass. 31 oktober 1952, *Pas.*, 110 = *RW* 1952-53, 1093 = *RCJB* 1953, 3 met noot J. DABIN (afkeurend). Zie verder H. de PAGE, *Traité*, VIII, nr. 322 v.

Dit geldt voor de goederen van het openbaar domein zolang ze daarvan deel uitmaken (zij kunnen slechts het voorwerp van een verbintenis vormen krachtens publiekrechtelijke regels; zodra zij evenwel niet meer bestemd zijn voor een openbare dienst, gelden in beginsel de regels van het burgerlijk recht, behoudens de uitdrukkelijke uitzonderingen), openbare ambten, het menselijk lichaam en zijn organen, verdovende middelen, e.d. “Buiten de handel” in een ruimere betekenis zijn verder alle rechten die geen goederen zijn, omdat ze niet vermogensrechtelijk zijn, zoals bv. de staat en bekwaamheid van personen in het algemeen, de huwelijks toestemming, e.d.

Wel kan men de vraag stellen of goederen buiten de handel niet het voorwerp kunnen zijn van een overeenkomst onder opschortende voorwaarde van het in de handel komen. Juister nog: het buiten de handel zijn brengt niet noodzakelijk altijd de nietigheid mee van de desbetreffende overeenkomst, zij het wel de onuitvoerbaarheid.

De z gezegde nietigheid van een verkoop of legaat van andermans goed zijn geen volstrekte nietigheden, en komen verderop ter sprake.

Buiten de handel is ook het recht van de erfgenaam *in spe* op een nog niet opgevallende nalatenschap (art. 1600 BW), alsmede rechten die accessoir zijn aan een erfaanspraak, zoals het recht om inkorting te vorderen.

c) Bedingen betreffende niet opgevallende nalatenschappen.

i) Aard van het verbod

Het meer algemene verbod op bedingen over nog niet opgevallende nalatenschap (art. 1130, lid 2 BW) is van een andere aard. Strikt genomen gaat het niet om een nietigheid van de overeenkomst *ex ante*. Het is namelijk eerst door toepassing van de toepasselijke erfwet (*lex hereditatis*) ten tijde van het overlijden - die een andere kan zijn dan de *lex contractus* - dat wordt bepaald of de wettelijke erfopvolging terzijde wordt gesteld door eerder toegekende rechten op goederen die op dat ogenblik nog deel uitmaken van de nalatenschap. Aangezien de toepasselijke erfwet althans voor roerende goederen eerst op het tijdstip van het overlijden kan worden bepaald (nl. de wet van de laatste woonplaats), kan men vaak niet op voorhand zeggen of een beding over een niet opgevallende nalatenschap al dan niet geldig zal blijken te zijn¹⁹¹.

ii) Inhoud van het verbod: gebeurlijke rechten

Inhoudelijk heeft het verbod enkel betrekking op de toekenning, wijziging of afstand van “louter gebeurlijke rechten”¹⁹² op een nog niet opgevallende nalatenschap of een bestanddeel ervan (zie ook art. 946 BW).

¹⁹¹ Dit kan aanleiding geven tot een aantal moeilijk op te lossen betwistingen, zoals de vraag of de toekomstige erfflater tijdens zijn leven de tegenprestatie mag opvorderen voor een beding over zijn nalatenschap. Moet men ervan uitgaan dat dit kan, indien de naar verwachting toepasselijke erfwet dit toelaat?

¹⁹² Zie verder PUELINCKX-COENE e.a., “Overzicht van rechtspraak”, *TPR* 1997,

Bij wijze van uitzondering zijn bepaalde dergelijke bedingen of overeenkomsten door de wet wel toegestaan (zie bv. art. 745*bis* BW; 918 BW; 1091 BW - uitbreiding bij huwelijkscontract van de erfaanspraken van de wederpartij, door middel van schenkingen en verblijvensbedingen).

iii) Geen verbod bij daadwerkelijke rechten

Niet door het verbod getroffen is een toekenning van *daadwerkelijke* rechten, ook:

- onder voorwaarde (bv. vooroverlijden - zie de tontine- en aanwasovereenkomsten);
of

- onder termijn (meer bepaald overlijden *überhaupt*) - dit dient trouwens te worden begrepen als een dadelijke toekenning van eigendom, met voorbehoud van vruchtgebruik.

Wel is het zo dat een toekenning van daadwerkelijke rechten, anders dan gebeurlijke, de toekenner verplicht om ook tijdens zijn leven deze goederen te behouden, zodat moet worden nagegaan of deze verbintenis (dit vervreemdingsverbod) geldig is, volgens de in Deel I. besproken maatstaven.

Toekenning van daadwerkelijke rechten kan alleen t.a.v. bestaande goederen; een beschikking met uitwerking bij overlijden die ook in het algemeen toekomstige goederen betreft, is dus nietig (behoudens dan de aanwasbedingen e.d. die toegelaten worden in wettelijk georganiseerde gemeenschappelijke vermogens zoals bv. de huwgemeenschap).

d) Gebrek aan rechtsbekwaamheid (rechtsbevoegdheid)

De rechtshandeling is ook nietig wanneer een partij niet de vereiste rechtsbekwaamheid heeft.

Bij natuurlijke personen geldt in beginsel een algemene rechtsbekwaamheid. Wel bevat ons recht een aantal bijzondere rechtsonbekwaamheden om te verkrijgen, zoals die van de voogd (art. 907 en 411 BW), of van de medici en priesters tijdens de laatste ziekte van een overledene / testator (art. 909 BW) – al kan men deze beter als relatieve nietigheden beschouwen. Art. 1596 BW daarentegen¹⁹³ schept een nietigheid wegens belangenconflict.

(133) nr. 24 v., o.a. nr. 31 (aanwasovereenkomsten)

¹⁹³ Bij een openbare verkoping mogen, op straffe van nietigheid, noch door henzelf noch door tussenpersonen, kopers worden :

- Voogden, wat betreft de goederen van hen over wie zij de voogdij hebben;
- Lasthebbers, wat betreft de goederen met de verkoop waarvan zij belast zijn;
- Bestuurders, wat betreft de goederen van de gemeenten of van de openbare instellingen, die aan hun zorg zijn toevertrouwd;
- Openbare ambtenaren, wat betreft de goederen van de Staat, waarvan de verkoop door hun

Bij rechtspersonen geldt het specialiteitsbeginsel: zij zijn niet bekwaam om rechtshandelingen te stellen buiten hun wettelijke en statutaire doelomschrijving. Zo kunnen vennootschappen slechts handelingen stellen die aan de vennootschap of de vennoten rechtstreeks of onrechtstreeks een vermogensvoordeel kunnen verschaffen (art. 1 Wb.Venn.)¹⁹⁴. Dit sluit niet per definitie handelingen om niet uit¹⁹⁵.

Daarnaast kunnen er nog bijzondere verbodsbepalingen zijn. Art. 329, 430 en 629 Wb. Venn, verbiedt aan BVBA's, CV's, NV's en CVA's is om zekerheden te stellen voor de verwerving van haar aandelen of certificaten van aandelen door een derde (dus tot zekerheid van de schuld van de koper van aandelen jegens de verkoper ervan) zonder dat aan een aantal vereisten is voldaan (versoepeld in 2008), met bijkomend een aantal uitzonderingen (zolas bij aankoop door een personeelslid of een verbonden onderneming en ruimere uitzonderingen voor CV's, NV's en CVA's).

e) Nietigheid van de titel wegens nietigheid van een voorwaarde of bijzonder beding

Wanneer een voorwaarde of beding in de titel nietig is, kan dit al dan niet de nietigheid van de titel meebrengen. Zoals gezegd leidt een ongeoorloofde of anderszins nietige voorwaarde in beginsel tot de nietigheid van de titel (art. 1172 BW), behalve bij schenkingen, waar ze voor ongeschreven worden gehouden (art. 900 BW), tenzij zij determinerend waren voor de toestemming, in welk geval evenzeer de gehele overeenkomst nietig is¹⁹⁶.

Hieronder bespreken we enkele van de belangrijkste gevallen van nietigheid van voorwaarden of bijzondere bedingen die relevant zijn voor verbintenissen tot geven.

i) Overeenkomsten in strijd met de vrijheid van handel en nijverheid, ongeldige vervreemdingsbeperkingen e.d.

Dit werd reeds uitvoeriger besproken in Deel I.

ii) Nietige ontbindende voorwaarden

Zij worden besproken bij de bespreking van de ontbindende voorwaarde infra.

tussenkomst geschiedt.

¹⁹⁴ Voor een uitvoerige bespreking, *in casu* n.a.v. een zakelijke borgtocht door een dochtervennootschap van de hoofdschuldenaar, zie Rb. Gent 10 februari 2004, *RW* 2005-2006, 1593 (nietigheid afgewezen). Nietigheid uitgesproken van een overeenkomst waarbij de vennootschap de onkosten zou betalen van de verkoop van aandelen door de zaakvoerder: Hof Gent 12 januari 2009, *TGR* 2009, 180.

¹⁹⁵ Cass. 13 april 1989, *Arr.* 1988-89, 920; Hof Antwerpen 26 september 2005, *RW* 2008-2009, 615.

¹⁹⁶ Vgl. Cass. 31-10-1952, *Pas.*, 110 = *R.W.* 1952-53, 1093 = *R.C.J.B.*, 1953, 3 met noot J. DABIN (afkeurend). Zie verder H. de PAGE, *Traité*, VIII, nr. 322 v.

iii) Nietige opschortende voorwaarden

Zij worden besproken bij de bespreking van de opschortende voorwaarde infra.

3° Betrekkelijke nietigheden ingeroepen door de beschermde contractspartij

a) Algemeen

i) Nietigheidsgronden

Betrekkelijke nietigheden beschermen de private belangen van een bepaalde contractspartij.

Hoewel de geldigheid of nietigheid van een rechtshandeling in beginsel door de *lex contractus* wordt bepaald, wordt nietigheid vaak ook voorgeschreven door ééNZijdig dwingende “*règles d’application immédiate*”, ongeacht het toepasselijke recht, en dan ook door de rechters van dat land toegepast (zie art. 9 VO-Verordening 593/2008, voorheen art. 7 EVO). Verder is de nietigheid wegens handelingsonbekwaamheid een vraag van het personeel statuut van de handelende partij.

De nietigheden kan de overeenkomst zelf betreffen omwille van gebreken in de totstandkoming. Dergelijke nietigheden zijn:

- de beteugeling van de handelingsonbekwaamheid of beperking van de handelingsbekwaamheid;
- de wilsgebreken (de in het BW bepaalde wilsgebreken verschoonbare dwaling¹⁹⁷, bedrog en geweld (bedreiging), de benadeling in de uitzonderingsgevallen waarin de wet deze als nietigheidsgrond aanvaardt (ihb de benadeling voor meer dan 7/12 bij verkoop van onroerend goed)¹⁹⁸, door de rechtspraak aangevuld met het misbruik van omstandigheden, d.i. de gekwalificeerde benadeling);
- de beperking van koop en ruil tussen echtgenoten (art. 1595 BW¹⁹⁹);
- de beteugeling van belangenconflicten in hoofde van vertegenwoordigers (bv. art. 1596 BW²⁰⁰);

¹⁹⁷ Bij de waardering van de verschoonbaarheid van de dwaling speelt hoofdzakelijk de vraag naar de informatieplicht van de wederpartij en de onderzoeksplicht van de dwalende zelf; die worden mede gewaardeerd aan de hand van hun positie en de bijstand van derden waarover ze beschikten of waarin ze hadden moeten voorzien. Het feit dat de overeenkomst niet nietig wordt verklaard omdat de dwaling niet verschoonbaar was - gegeven het feit dat de dwalende werd bijgestaan door een professionele raadgever, sluit niet uit dat in de interne verhouding tussen de dwalende en diens raadgever deze laatste aansprakelijk kan zijn (bv. de notaris die tekortgeschoten is in zijn informatieplicht - zie bv. Cass. 23 oktober 2008, nrs. C.06.0158.F en C.06.0478.F).

¹⁹⁸ Waarbij in het geval van een verkoop door het lichten van een aankoopoptie de benadeling op het tijdstip van het lichten moet worden gewaardeerd. Zie wel Hof Brussel 24 september 2008, *JT* 2009, 327 waar in een geval van lichten van een koopoptie door de erfpachter de door de erfpachter betaalde canon mee in rekening werd gebracht om de prijs te waarderen.

¹⁹⁹ Zij het dat volgende de heersende leer de nietigheid niet enkel door de echtgenoten kan worden ingeroepen, maar ook door hun schuldeisers voor eigen rekening (en niet enkel zijdelings of via de *pauliana*) – zo bv. A. KLUYSKENS, *De contracten*, uitg. 1934 p. 78.

- het gebrek aan geldige vertegenwoordiging (bv. van een rechtspersoon), en verwant daarmee het misbruik van vennootschapsgoederen²⁰¹;
- andere nietigheidsgronden in bijzondere wetten. Heel vaak zijn deze laatste de bekrachtiging van informatieverplichtingen jegens de verkrijger en dus veeleer (of minstens ook) bijzondere regels inzake wilsgebreken.

De nietigheid kan ook bepaalde specifieke verbintenissen of bedingen betreffen, zonder dat noodzakelijk de gehele overeenkomst nietig is. Dat geldt in het bijzonder bij onrechtmatige bedingen.

Onder c) en volgende worden enkele typische nietigheidsgronden nader aangegeven. Voor het overige wordt verwezen naar de werken over verbintenissenrecht en/of personenrecht.

ii) Relativiteit van de nietigheid

Een relatieve nietigheid kan enkel door de beschermde partij worden opgeworpen. Voor de meeste betrekkelijke nietigheden geldt een verjaringstermijn van 10 jaar. Ook is afstand of bevestiging mogelijk nadat de grond voor bescherming is weggefallen. Soms bepaalt de wet nadere regels in verband met de afstand of bevestiging.

Een interessante vraag is of de verkrijger de nietigheid nog kan invoeren wanneer hij intussen reeds rechten heeft toegekend aan een derde (bv. een hypotheek). In een vonnis kh. Brussel 1 december 1994²⁰² werd geoordeeld dat de vordering tot nietigverklaring een wanprestatie vormde aan de verplichtingen aangaan jegens de hypotheekhouder, waarvan deze een verbod kon vorderen. Op die grond werd de nietigverklaring afgewezen; dit is m.i. correct voor zover natuurlijk ook de hypotheekovereenkomst niet aangetast is door een wilsgebrek (bv. in dwaling omtrent de geldigheid van de eerdere aankoop van het goed).

²⁰⁰ Bij een openbare verkoping mogen, op straffe van nietigheid, noch door henzelf noch door tussenpersonen, kopers worden :

- Voogden, wat betreft de goederen van hen over wie zij de voogdij hebben;
- Lasthebbers, wat betreft de goederen met de verkoop waarvan zij belast zijn;
- Bestuurders, wat betreft de goederen van de gemeenten of van de openbare instellingen, die aan hun zorg zijn toevertrouwd;
- Openbare ambtenaren, wat betreft de goederen van de Staat, waarvan de verkoop door hun tussenkomst geschiedt.

²⁰¹ Zij het dat de rechtspraak ook oordeelt dat de verkoop die door zo'n misdrijf werd verkregen een ongeoorloofde oorzaak heeft (nl. het misdrijf van art. 492bis SW.), wat een absolute nietigheid zou meebrengen. Zie Corr. Gent 21 januari 2008, *RW* 2008-2009, 619.

²⁰² Besproken door A.M. STRANART & C. ALTER, "Quel est le sort de l'hypothèque consentie par un acquéreur dont le droit est ultérieurement annulé?", *Liber amicorum Lucien Simont*, Bruylant Brussel 2002, (493) 494 noot 1.

De nietigheid moet door de rechter worden uitgesproken, tenzij de wederpartij akkoord gaat. Zoalng dat niet is gebeurd is de overeenkomst geldig²⁰³.

iii) Retro-activiteit van de nietigverklaring

De nietigverklaring werkt wel retro-actief: er is nooit een geldige overeenkomst geweest. Betalingen die intussen reeds zouden gebeurd zijn, zijn dus altijd onverschuldigd geweest, en kunnen met de *condictio indebiti* worden teruggevorderd. Die is wel ingeperkt in geval van betaling aan een handelingsonbekwame: volgens art. 1312 BW kan hetgeen is betaald tijdens de minderjarigheid of de onbekwaamverklaring, van hen niet worden teruggevorderd, tenzij bewezen is dat het betaalde tot hun voordeel gestrekt heeft.

iv) Aanvullende schadevergoeding

Wanneer de nietigheid het gevolg is van een fout van de wederpartij, kan daarnaast vergoeding van de overige schade worden gevorderd. Is de gedane betaling of andere geleden schade mede het gevolg van de fout van een derde, bv. de notaris, dan is deze ook aansprakelijk (*in solidum*) tot restitutie c.q. vergoeding²⁰⁴.

b) Gevallen die geen nietigheid zijn.

Omgekeerd spreekt de wet soms van nietigheid, waar het in de eerste plaats om iets anders gaat, zoals bv. de vereiste beschikkingsbevoegdheid, die slechts onrechtstreeks de verhouding tussen partijen aangaat.

Zo spreekt art. 1599 BW weliswaar over de nietigheid van de verkoop van andermans zaak, maar wordt deze bepaling bijzonder ongelukkig geacht²⁰⁵, aangezien het volmaakt geldig moet zijn iets te verkopen wat men nog niet heeft, en alleen de eigendomsoverdracht maar dient plaats te vinden nadat men de zaak in zijn bezit heeft gekregen (zelfs in geval van eigendomsvoorbehoud kan de koper geldig doorverkopen, mits hij dat voorbehoud mee bedingt).

Voor zover deze bepaling zo zou moeten worden uitgelegd dat de verkoop van andermans goederen, of juist de verkoop van goederen waarover men geen beschikkingsbevoegdheid heeft of buiten de grenzen van die bevoegdheid, nietig is, gaat het hoogstens om een relatieve nietigheid ter bescherming van de koper alleen²⁰⁶. Men kan deze begrijpen als een vorm van wilsgebrek (dwaling).

²⁰³ Bv. betreffende art. 24 LVO, maar de regel geldt algemeen: Cass. 21 mei 2007, *RW* 2009-2010, 1432 = http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20070521-3.

²⁰⁴ Cass. 24 september 2009, C.08.0617.N, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20090924-2.

²⁰⁵ Zie de kritiek van bv. M. WAELBROECK, *Le transfert de la propriété*, nr. 9. Zie uitvoeriger over het hele vraagstuk F. RANIERI, *Alienatio convalescit. Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida nel diritto dell'Europa continentale*, reeks Studi senesi nr. 34, Giuffrè Milano 1974. Zeer traditioneel daarentegen DE PAGE, *Traité*, IV nr. 19A.

²⁰⁶ Zie bv. Cass. 6 maart 1998, *Arr.* 125 = *Pas.* I 125. Zo ook Cass. fr. (civ.) 23

De rechtspraak oordeelt dat er geen nietigheid is wanneer er geen uitwinning van de koper mogelijk is, d.i. bij akkoord van de oudere gerechtigde, of wanneer de koper later beschikkingsbevoegd wordt (convalescentie) en eigenlijk ook telkens als de koper beschermd wordt op grond van zijn goede trouw (zie Hoofdstuk III voor deze derdenbescherming). Zolang de koper niet definitief beschermd is, zou hij wel nog de nietigheid kunnen invoeren²⁰⁷.

Het resultaat is dat de nietigheid hier veeleer het gevolg is van uitwinning, dus de betrugeling van een vrijwaringsplicht veeleer dan van een gebrek in de totstandkoming van de koop. Anders gezegd: het gaat niet zozeer om een nietigheid, maar om een anticiperende vrijwaringsvordering.

Het is voor de koper bovendien niet mogelijk om afstand te doen van de hem door art. 2279 BW gegeven bescherming, de zaak aan de oudere gerechtigde af te geven en dan de uitwinning in te roepen om de verkoop te vernietigen op grond van art. 1599 BW en schadevergoeding te eisen²⁰⁸ (wel kan het zijn dat hij de verkoop kan vernietigen op grond van de gewone regels inzake wilsgebreken).

c) Bescherming tegen “overdreven” verbintenissen die in de overeenkomst zelf worden aangegaan.

Ter bescherming van de schuldenaar beperkt de wet soms de verbintenissen tot het geven van bepaalde goederen op een bepaalde wijze. Beperkingen aan verbintenissen betreffende toekomstige goederen (overdracht zowel als afstand) werden zo reeds eerder besproken (bv. de nietigheid van de schenking van toekomstige goederen). Soms bepaalt de wet enkel dat bepaalde goederen niet overdraagbaar zijn, doch dient dit in die zin te worden uitgelegd dat ook een verbintenis daartoe ongeldig is (bv. de beperkingen aan de overdraagbaarheid van loon en andere uitkeringen).

Het principiële recht om over zijn goederen te beschikken maakt ook dat overdreven beperkingen hiervan voor ongeschreven worden gehouden.

Denken we meer bepaald aan onvervreemdbaarheden van onbepaalde duur (zie verder hierboven) en soortgelijke verbintenissen van onbepaalde duur, aan een onherroepelijke volmacht om over een bepaald goed te beschikken van onbepaalde duur, e.d. die op elk ogenblik kunnen worden opgezegd. Sommige anderen zijn dwingend aan een hoogsttermijn gebonden, zoals bv. het beding om in onverdeelheid te blijven (art. 815 BW: 5 jaar), het opstalrecht (50 jaar), of het erfpachtrecht (99 jaar)²⁰⁹.

januari 1832, *Sirey* I, 66, *Dalloz P.*, I, 377; Cass. fr. (Req.) 15 januari 1934, *Dalloz H.* 1934, 97, *Sirey* 1934, I, 188; Cass. (b.) 30 januari 1941, *Pas.*, 24.

²⁰⁷ Cass. 8 februari 2010, C.08.0569 : http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20100208-1. In casu ging het m.i. evenwel veeleer om een probleem van non-conformiteit: het betrof een auto die eerder gestolen was geweest en waarvan het chassisnummer was vernield, waardoor de koper de auto niet in het verkeer kon brengen

²⁰⁸ Vgl. in het Duitse recht W. WILHELM, *Sachenrecht*, n. 420.

²⁰⁹ Erfpacht moet bovendien voor minstens 27 jaar worden aangegaan; de sanctie daarvan is echter veeleer een koversie van de overeenkomst in een huur. Wordt de minstduur onrechtstreeks terzijdegesteld, bv. door de mogelijkheid van een opzegging voor het verstrijken van 27 jaar, dan zal dat beding in beginsel wel (relatief) nietig zijn.

Verder beschermen bepaalde nietigheden meer algemeen partijen tegen het aangaan van overdreven verbintenissen. Denken we aan de opzegbaarheid van verbintenissen van onbepaalde duur, alsook aan sommige specifieke bepalingen, zoals de ongeldigheid van een verbintenis om niet nauwkeurig bepaalde toekomstige schulden van iemand anders te voldoen als voorwaarde voor een schenking (art. 945 BW), de ongeldigheid van een hypotheekstelling zonder maximumbedrag, e.d.

Een vergelijkbare bijzondere bepaling, die ten onrechte niet als nietigheid wordt aangeduid in de wet, is de zogezegde niet-overdraagbaarheid van aandelen in een CVOHA die werkelijke, niet geldelijke inbrengen vertegenwoordigen, aangegaan voor het verstrijken van tien dagen na overlegging van de tweede jaarrekening na hun uitgifte (art. 363 Wb. Venn., voorheen 142 § 1, lid 3 Venn.W. spreekt van onoverdraagbaarheid). De reden hiervoor is de afwezigheid van toezicht op dergelijke inbreng door een bedrijfsrevisor. Aangezien de *ratio legis* hier duidelijk de bescherming van de koper is, is de beteugeling een betrekkelijke nietigheid, ook al spreekt de wet van een tijdelijke onoverdraagbaarheid, die zelfs in het aandelenregister moet worden vermeld. Dezelfde *ratio legis* is te vinden in de al even verwarde bepaling van art. 508 Wb. Venn., voorheen 47 Venn.W. betreffende de winstbewijzen en soortgelijke effecten in de naamloze vennootschap. De overeenkomst tot overdracht van dergelijke effecten, aangegaan voor het verstrijken van dezelfde termijn van tien dagen na overlegging van de tweede jaarrekening na hun uitgifte²¹⁰ is uitdrukkelijk betrekkelijk nietig, maar daaraan kan men ontsnappen op onbegrijpelijke wijze door het vervullen van vormvereisten die met die *ratio* geen uitstaans hebben (nl. betekening van de overdrachtsakte aan de vennootschap binnen de maand na de overdracht²¹¹).

Verwant zijn in zekere zin bepalingen die de omvang van zekerheidsrechten die men kan bedingen of behouden, beperken in verhouding tot de verzekerde vordering.

Zo zijn er een aantal bijzondere bepalingen die het bedingen van meer zakelijke zekerheidsrechten dan de wettelijk bepaalde verbieden (zie bv. art. 53 Verbruikerskredietwet 12-6-1991). Eenmaal gevestigde zekerheidsrechten zijn wel in beginsel ondeelbaar, en vallen zij dus niet gedeeltelijk weg wanneer de waarde ervan hoger ligt dan de (resterende) schuld. Doch het kan een rechtsmisbruik vormen om te weigeren een deel van de zekerheid vrij te geven indien er een wanverhouding ontstaat tussen de realisatiewaarde van die zekerheden (juister: de bezwaarde goederen) en de verzekerde schuldvordering. Ook gelden er dwingende bepalingen die de schuldenaar de mogelijkheid geven om vrijgave te bekomen van een deel van de zekerheden, wanneer de waarde ervan hoger ligt dan de verzekerde schuldvordering (zie onder).

d) Bescherming tegen potestativiteit

²¹⁰ Met uitzondering van dergelijke effecten waarop in geld is ingeschreven en uitgegeven door de vennootschappen die een publiek beroep op het spaarwezen doen.

²¹¹ M.i. is de vereiste betekening overigens door de wijziging van onder meer art. 1690 BW (W. 6-7-1994) stilzwijgend gewijzigd in een vereiste mededeling (vormloze mededeling).

Verwant met de vorige categorie is in zekere zin ook de ongeldigheid van de zuiver potestatieve opschortende voorwaarde - die voor ongeschreven wordt gehouden, tenzij eruit zou blijken dat er gewoon nog geen definitieve toestemming is (zoals bv. bij schenking, zie art. 944 BW). Bij schenking brengt ze de nietigheid van de hele schenkingsovereenkomst mee.

Deze bepaling beschermt op de eerste plaats de tegenpartij (die vaak zelf wel ernstige verbintenissen heeft aangegaan), die aldus niet met een kluitje in het riet kan worden gestuurd. Geldig is wel de alternatieve verbintenis (art. 1189 v. BW). Dit alles geldt natuurlijk niet voor het legaat, dat steeds geschiedt onder opschortende voorwaarde van niet-herroeping voor het overlijden van de testator.

Bij een overeenkomst om niet wordt zowel een zuiver potestatieve ontbindende voorwaarde als een herroepingsrecht in beginsel voor ongeschreven gehouden (dat is anders bij wederkerige overeenkomsten).

e) Bescherming tegen gebrek aan informatie over verplichtingen of lasten m.b.t. het goed.

Bij overeenkomsten tot overdracht van of vestiging van rechten op goederen, in het bijzonder onroerende, kan de nietigheid ook informatieplichten van de verkoper beteugelen die opgelegd zijn om hem te beschermen tegen gebrek aan kennis van de lasten of verplichtingen. Het betreft dan ook informatieplichten die slechts bestaan voor zover er een dergelijke last is (als onderscheiden van informatieplichten die de toestand als dusdanig betreffen, besproken onder iv)).

i) Bosdecreet

Zo moet volgens art. 91 § 2 van het *Bosdecreet* bij de overdracht of toebedeling van een onroerend goed waarop het bosdecreet van toepassing is, evenals bij de toekenning van een zakelijk recht (wanneer dat een beheersoverdracht impliceert) op zo een goed²¹², de overdrager of verdeler de verwerver vóór het sluiten van de overeenkomst op de hoogte brengen van de verplichtingen die op dat goed rusten krachtens dat decreet en zijn uitvoeringsbesluiten. Die verplichtingen zijn immers krachtens art. 91 § 2 Bosdecreet in beginsel kwalitatief (althans in de mate dat de verwerver daarbij geheel of gedeeltelijk het beheer van het bos verkrijgt).

Behalve door de niet-tegenstelbaarheid van de overdracht aan de overheid kan dit ook gesanctioneerd worden door een nietigheid ingeroepen door de verkrijger, ook als wordt dit niet meer uitdrukkelijk bepaald in art. 91 Bosdecreet (zoals voor de wijziging bij decreet van 19 mei 2006).

²¹² Verder ook op de persoon die op enige andere wijze het beheer van het bos geheel of gedeeltelijk overdraagt voor meer dan negen jaar.

ii) Monumenten en landschappen

Volgens art. 5 § 6 van het Decreet van 3 maart 1976 tot *bescherming van monumenten en stads- en dorpsgezichten* moet 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, de instrumenterende ambtenaar in de overdrachtsakte vermelden dat bedoeld onroerend goed opgenomen is op een ontwerp van lijst, en in voorkomend geval dat een in artikel 14, § 1 I van het decreet bedoeld proces-verbaal werd opgemaakt en/of dat op het onroerend goed, ten gevolge van een definitieve rechterlijke beslissing, een verplichting rust om herstelmaatregelen uit te voeren of dat de rechterlijke beslissing werd uitgevoerd.

Een gelijkaardige bepaling vinden we in art. 7 § 5 van het Decreet van 16 april 1996 betreffende de landschapszorg.

Ook volgens art. 28 van het decreet van 30 juni 1993 houdende bescherming van het archeologisch patrimonium, moet bij overdracht van een beschermd onroerende archeologisch goed of van een op dergelijk goed betrekking hebbend zakelijk recht, de instrumenterende ambtenaar in de overdrachtsakte vermelden dat bedoeld goed beschermd is en welke de algemene en bijzondere beschermingsvoorschriften zijn en deze overdracht meedelen aan het agentschap.

In al deze bepalingen is er geen nietigheidssanctie uitgedrukt (wel sancties ten aanzien van de instrumenterende ambtenaar), maar men mag ervan uitgaan dat de koper krachtens het gemeen recht de nietigheid kan invoeren in geval van dwaling of bedrog. Ook is niet bepaald dat deze informatieplicht reeds zou gelden bij de onderliggende verkoopovereenkomst, maar ook dat kan worden aangenomen.

iii) Ruimtelijke ordening

Krachtens de wetgeving Ruimtelijke ordening (art. 5.2.1. Vlaamse CRO - voorheen art. 137 DORO 1999) geldt er bij overeenkomsten tot overdracht van een onroerend goed of vestiging van een zakelijk recht onder bezwarende titel²¹³ een uitgebreide informatieplicht betreffende de stedenbouwkundige toestand²¹⁴, met name:

1° of er voor het onroerend goed een stedenbouwkundige vergunning is uitgereikt;

2° de meest recente stedenbouwkundige bestemming van dit onroerend goed met de benamingen gebruikt in het plannenregister;

²¹³ Waaronder ook en soms een hypothecaire lening of krediet voor werken die een stedenbouwkundige vergunning behoeven (bv. art. 5.2.1. § 2 CRO). De verplichting geldt ook bij verhuring van meer dan 9 jaar (bv. art. 5.2.1. § 1 CRO).

²¹⁴ Sommige van die verplichtingen (bv. onder 2°) gelden enkel voor goederen in gemeenten waar er reeds een goedgekeurd plannen- en vergunningenregister is. Het punt 5° (verkeersvergunning) werd opgeheven bij Decreet van 16 juli 2010.

3° of er voor het onroerend goed een dagvaarding werd uitgebracht overeenkomstig artikel 6.1.1 of 6.1.41 tot en met 6.1.43 CRO en iedere in de zaak gewezen beslissing;

4° of er op het onroerend goed een voorkooprecht rust, vermeld in artikel 2.4.1 CRO;

6° of het krachtens artikel 4.2.12, §2, 2° CRO, voor de overdracht verplichte *as-built*-attest is uitgereikt en gevalideerd.

7° - enkel bij een authentieke akte - de verklaring van de verkrijger opgenomen dat hij een stedenbouwkundig uittreksel heeft ontvangen, dat ten hoogste één jaar voor het verlijden van de authentieke akte werd verleend.

8° een bijkomende afzonderlijke akte moet opgemaakt worden in geval op het onroerend goed, ten gevolge van een definitieve rechterlijke beslissing, een verplichting rust om herstelmaatregelen uit te voeren, in de zin van de artikelen 6.1.41 tot en met 6.1.43 CRO.

Hoewel dit niet uitdrukkelijk is bepaald, moet de verwerver ook ingelicht worden over de verplichting tot betaling van een planbatenheffing, indien die ook op hem zal komen te rusten.

Onder voorbehoud van de mogelijks strengere sanctie die onder f) wordt besproken, en behalve de strafsancties in art. 6.1.1., 4° CRO, wordt het gebrek aan informatie door de gemeenrechtelijke regels beteugeld, d.w.z. de mogelijkheid tot nietigverklaring wegens dwaling of bedrog. Enkel voor het geval de koper getroffen is door een niet meegedeelde herstellvordering (van art. 6.1.41 en v. CRO) wordt de vordering tot nietigverklaring van de titel (overeenkomst) uitdrukkelijk bepaald (in art. 6.3.1 CRO).

iv) Roerende zaken

Bij overeenkomsten die rechten toekennen op een roerend voorwerp beschermd onder het Topstukkendecreet (decreet houdende bescherming van het roerend cultureel erfgoed van uitzonderlijk belang van 24 januari 2003) moet de wederpartij voorafgaandelijk van die bescherming worden ingelicht, op straffe van nietigheid van rechtswege (art. 9 § 3).

Zie ook art. 4 en 5 van het Decreet van 29 maart 2002 tot bescherming van varend erfgoed.

v) Andere

Nietigheid kan ook voortvloeien uit het niet ingelicht zijn over de zakelijke toestand van het goed (inbegrepen het mogelijk wegvallen van de eigendom ten gevolge van een ontbindende voorwaarde in een eerdere titel), zoals het bezwaard zijn met hypotheek, erfdienstbaarheden, verplichtingen inzake gemene muur, beding van wederinkoop e.d. Voor zover deze beperkingen zijn af te leiden uit een eerdere verkrijgingstitel, wordt de nietigheid vermeden door de koper inzage te geven in die titel of deze aan de overeenkomst te hechten.

vi) Algemeen

In beginsel is er in al die gevallen slechts sprake van nietigheid wanneer de juridische toestand van het goed niet beantwoordt aan - en met name bezwarender of nadeliger is dan - de voorstelling die de verkrijger zich maakte, in geval van dwaling dus. Er zijn evenwel ook gevallen waarin de nietigheid ruimer is, en die we onder f) bespreken.

Behalve in de onder f) besproken gevallen gelden verder de volgende regels:

1° aangezien deze informatieplichten de integriteit van de toestemming beschermen, gelden zij niet enkel voor de eigenlijke overeenkomst tot overdracht (koop-verkoop), maar ook voor voorafgaande rechtshandelingen waarbij de kandidaat-koper zich reeds verbindt, dus ook voor een optie-overeenkomst waarbij de kandidaat-verkoper een verkoopoptie/aankoopbelofte bedingt. De techniek van de gekruiste optie biedt dus géén oplossing²¹⁵;

2° de partij die niet werd geïnformeerd, kan wel afstand doen van de nietigheid nadat de informatie is verstrekt en het wilsgebrek is weggevallen;

3° een opschortende voorwaarde kan enkel in die gevallen helpen, wanneer het voorwerp van die voorwaarde erin zou bestaan dat de toestand van het goed in de staat wordt gebracht die door de koper wordt gewenst - zo bv. een opschortende voorwaarde van een met de bedingen van de koper overeenstemmende bouwvergunning, een opschortende voorwaarde van een met de bedingen van de koper overeenstemmende verkavelingsvergunning, een opschortende voorwaarde van niet-bescherming van het goed, een opschortende voorwaarde van niet-uitoefening van het voorkooprecht, een opschortende voorwaarde van het bekomen van een *as-built*-attest. Aan die voorwaarde moet ook een termijn worden gekoppeld.

Een opschortende voorwaarde van verschaffing van informatie door de verkoper aan de koper is evenwel een potestatieve voorwaarde en ongeldig.

4° in de gevallen waarin de opvereenkomst zo wordt uitgelegd dat de verkoper er zich toe heeft verbonden een goed te leveren dat aan de verwachtingen van de koper beantwoordt, beschikt deze laatste ook over de remedies wegens niet-nakoming van deze verplichting (non-conformiteit dan wel vrijwaring voor verborgen gebreken) en kan de koper in plaats van nietigheid schadevergoeding dan wel ontbinding (ev. met schadevergoeding) vorderen²¹⁶.

²¹⁵ Anders dan H. DE DECKER meent in "De problematiek van ontbinding en nietigheid van verkoopovereenkomsten m.b.t. vastgoed en de wederzijdse gekruiste opties als valabel alternatief voor dergelijke verkoopovereenkomsten", *NFM* 2008, p. (285) 295 nr. 21,4°.

²¹⁶ Voor een vb. bij niet-mededeling van de bostoestand Hof Antwerpen 30 oktober 2006, *NFM*.2007,52, nootA.VANDENBOSSCHE.

f) Bescherming tegen ongekende verplichtingen zowel als tegen onzekerheid: informatieplichten waartegenover een informatierecht staat

i) Bodemdecreet

Een strengere regeling vinden we met name in het Bodemdecreet. Krachtens art. 116 Bodemdecreet 27 oktober 2006 kan de verwerver de nietigheid vorderen van een overdracht die plaatsvond in strijd met art. 101 (waarbij "overdracht" volgens art. 1, 18° zo ruim wordt begrepen dat het ook onder meer de vestiging en overdracht van onroerende en gelijkgestelde zakelijke rechten omvat²¹⁷, niet echter de overdracht van kavels in een reeds gesplitste appartementsmede-eigendom²¹⁸); de wettekst is onzorgvuldig: de nietigheid betreft niet de overdracht zelf, maar de onderliggende titel. Art. 101 nu legt een informatieplicht op bij het sluiten van een "overeenkomst die een overdracht (van grond) tot voorwerp heeft": de overdrager moet voorafgaand aan het sluiten van die overeenkomst een bodemattest bij OVAM aanvragen en meedelen (alsook de inhoud in de overeenkomst opnemen).

Bijkomend geldt er voor de notaris een verplichting om de inhoud van dit attest over te nemen in "alle akten betreffende de overdracht van gronden" waarbij hij instrumenterend ambtenaar is (zie art. 101 § 3 Bodemdecreet) - wat m.i. dus enkel op de authentieke akte betrekking kan hebben.

Bij een zgn. risicogronden (d.i. waarop een risico-inrichting was gevestigd) kan de verwerver ook de nietigheid inroepen van een overdracht bij niet-naleving van de bepalingen van art. 102 en v. Bodemdecreet, d.i. het verrichten van een bodemonderzoek en bijkomende verplichtingen naargelang het resultaat daarvan. De letter van het bodemdecreet heeft het enkel over de niet-overdraagbaarheid van de overdracht zelf, maar de rechtspraak leidt hieruit ook een (relatieve) nietigheid van de onderliggende overeenkomst af²¹⁹.

Het gaat hier om een precontractuele informatieplicht die de koper niet alleen beschermt tegen het onbewust aankopen van vervuilde grond (overigens volstaat die daar niet voor en geldt er daarvoor een bijkomende informatieplicht krachtens gemeen recht²²⁰, in de lijn van deze hoger besproken), maar ook wil vrijwaren voor iedere schade ingeval een laattijdige informatie over de toestand van de grond (op

²¹⁷ Het toepassingsgebied van deze bepaling is ruimer dan de eigenlijke overdracht en omvat bv. ook huurovereenkomsten voor lange duur, fusies en splitsingen (zie art. 2, 18° Bodemdecreet), maar bv. niet de verdeling (andere dan de splitsing in appartementen), noch de inbreng in een huwgemeenschap, noch de overdracht ter zake des doods.

²¹⁸ De splitsingsakte zelf daarentegen wordt met een overdracht gelijkgesteld, zie art. 2, 19° Bodemdecreet.

²¹⁹ Bv. Hof Antwerpen 15 juni 2009, *NjW* 2010, 154 (relatieve nietigheid). De notaris die geen aanwijzingen had van de risico-activiteit is daarbij niet zelf aansprakelijk indien de regels niet werden gevolgd: Hof Brussel 17 november 2009, *T.Not.* 2010, 473/

²²⁰ Voor een toepassing, zie Hof Gent 17 februari 2005, *RABG* 2006, 428; andersluidend resultaat wegens een exoneartiebepaling dat geldig werd geacht: Hof Antwerpen 27 april 2004, *RABG* 2006, 423.

het vlak van bodemvervuiling). Hieruit volgt dat de koper in beginsel de nietigheid kan invoeren zolang hij geen blanco bodemattest heeft ontvangen, ook al wordt er hem nadien zo'n blanco attest afgeleverd (Cass. 24 juni 2010²²¹). De koper kan wel aan de nietigheid verzaken nadat hij in kennis gesteld van het bodemarrest, en mits die verzaking zelf niet is aangetast door een wilsgebrek²²² - volledig veilig is het dan ook maar wanneer de verzaking wordt vastgesteld in een authentieke akte die tevens de inhoud van het attest overneemt (zie art. 116 Bodemdecreet).

Deze interpretatie van art. 116 Bodemdecreet sluit niét uit dat er omstandigheden zijn waarin de koper toch de nietigheid niet kan invoeren bij een laattijdige mededeling van een blanco bodemattest: indien wordt aangetoond dat de koper door die laattijdigheid géén schade heeft geleden, en met name dat de afwikkeling van de verkoop er niet door vertraagd is, zou het invoeren van de nietigheid rechtsmisbruik vormen bij gebrek aan belang²²³. Enkel kan dat misbruik niet worden afgeleid uit het loutere feit dat het laattijdige attest blanco is. *A fortiori* is nietigverklaring mogelijk wanneer de bodem effectief verontreinigd is, ook al zou er geen saneringsplicht gelden²²⁴.

Aangezien in de praktijk partijen vaak reeds een onderhandse overeenkomst willen sluiten vooraleer het bodemattest ter beschikking is, rijst de vraag hoe dit op een geldige manier zou kunnen.

- Volgens sommige auteurs zou de oplossing erin bestaan om in de onderhandse akte nog geen koopovereenkomst te sluiten, maar enkel een optie-overeenkomst, en met name een gekruiste optie (aankoopoptie gevolgd door een verkoopoptie). Ik vrees evenwel dat deze oplossing niet helpt en dat een dergelijke overeenkomst moet worden beschouwd als een overeenkomst die een overdracht tot voorwerp heeft; daartoe moet men de *ratio legis* voor ogen houden: namelijk de koper beschermen tegen de verplichting tot aankoop van een goed waarvan hij de juridische toestand (zoals die uit het bodemattest zou blijken) niet kent; ook bij een gekruiste optie gaat

²²¹ C.09.0065.N, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20100624-3 = *RABG* 2010, 1130 n. T. MALFAIT & L. KERKSTOEL, "Nietigheid van de koopovereenkomst wegens ontbrekende bodemattest: mind the gap!"; verwzerping voorziening tegen Hof Antwerpen 9 november 2008.

²²² Volgens sommige rechtspraak echter zouden die informatieplichten die ook strafrechtelijke beteugeld worden van openbare orde zijn, zodat de nietigheid absoluut zou zijn en ook zou gelden wanneer de verkrijger de informatie reeds kende of geen belang had (Hof Antwerpen 3 december 2007, *NjW* 2009, 410 met afkeurende bijdrage T. MALFAIT, "Nietige koopovereenkomst wegens ontbrekend bodemattest". Anders op dit punt Hof Antwerpen 15 juni 2009, *NjW* 2010, 154, relatieve nietigheid). Deze rechtspraak kan niet gevolgd worden. Het gaat om een relatieve nietigheid, waarvan afstand kan worden gedaan (wat wel veronderstelt dat de afstand zelf niet is aangetast door een wilsgebrek).

²²³ Rechtsmisbruik werd aangenomen in onder meer Hof Brussel 27 mei 1998, *AJT* 1998-99, goedkeurende n. P. DE SMEDT, "De sanctie van de ontijdige mededeling van een bodemattest bij overdracht van grond", Rb. Leuven 14 juli 1999, *T.Not.* 1999, 63; Rb. Antwerpen 22 mei 2002, *T.App.* 2000, 40; Rb. Hasselt 5 juni 2000, *TMR* 2001, 58; Rb. Gent 6 februari 2001, *TOGOR* 2001, 167 n. A. VAN BRABANT; Rb. Hasselt 25 februari 2002, *NjW* 2002-2003, 214 = *TMR* 2002, 341; Hof Antwerpen 3 december 2007, *NjW* 2009, 410; C. DE WULF, "Het bodemsaneringsdecreet en de notariële praktijk", *T.Not.* 1996, 395.

²²⁴ Zie voor een dergelijke casus Hof Brussel 25 november 2003, *RW* 2006-2007, 59 v.

de koper immers die verplichting reeds aan (aangezien de verkoper ééNZijdig de verkooptoptie kan uitoefenen wanneer de koper zijn aankooptoptie niet uitoefent);
- De verkoper die niet over een bodemattest beschikt kan zich m.i. wel indekken door in de verkoopovereenkomst of de optie-overeenkomst een opschortende voorwaarde van het bekomen van een blanco bodemattest in te lassen, mits er in die overeenkomst ook een termijn wordt voorzien waarbinnen de voorwaarde moet worden vervuld²²⁵. Deze oplossing wordt door sommige auteurs verworpen (althans buiten de optie-overeenkomst om) met de stelling dat de inhoud van het bodemattest een constitutief bestanddeel van de verkoopovereenkomst zou vormen²²⁶, m.i. ten onrechte in het licht van de *ratio legis* van het Bodemdecreet. Men moet de voorwaarde wel correct formuleren: de voorwaarde kan er niet in bestaan dat de verkoper de koper een bodemattest zal verschaffen, maar wel daarin dat binnen een bepaalde termijn wordt aangetoond dat het bodemattest blanco is.

ii) Wet-Breyne

Een vergelijkbaar regime vinden we bij de precontractuele informatieplicht onder de Wet-Breyne (W. 9 juli 1971). art. 7 legt een hele reeks verplichte vermeldingen op die beantwoorden aan een recht op informatie van de kandidaat-koper of -opdrachtgever (en niet slechts een bescherming tegen dwaling vormen). Ook hier kan de nietigheid slechts gedekt worden nadat de informatie is verstrekt en de kandidaat-koper of -opdrachtgever vervolgens afstand doet van de nietigheid. Deze afstand wordt geacht plaats te vinden bij het verlijden van de authentieke akte (mits die wel conform is); voordien kan ze gedekt worden krachtens de regels van gemeen recht, namelijk mits de koper / opdrachtgever met kennis van zaken afstand doet en de reden voor de bescherming op dat ogenblik niet meer aanwezig is (evenwel kan dit niet betekenen dat van de nietigheid wegens het ontbreken van de verplichte vermeldingen in de notariële akte of van de verplichte zekerheidsstelling, afstand zou kunnen gedaan worden in de authentieke akte zelf).

iii) Andere gevallen ?

Gezien de hierboven besproken jurisprudentiële interpretatie van art. 116 Bodemdecreet rijst de vraag of er ook andere informatieplichten zijn waarbij de koper de nietigheid kan invoeren zolang de informatie niet is verstrekt, zelfs indien uit de nadien verstrekte informatie blijkt dat de aankoop niet bezwarender is dan verwacht. Zijn er nog gevallen waar niet zozeer de ongekende last als wel het gebrek aan informatie als dusdanig tot nietigheid leidt ?

Men zou dit kunnen betogen voor sommige van de informatieplichten uit de Vlaamse CRO (Codex Ruimtelijke ordening). Zo bv. de verplichting te informeren (1°) of er

²²⁵ Vgl. Hof Gent 20 oktober 2004, *RABG* 2006, 45 n. R. SLABBINCK = *TGR-TWVR* 2007, 154; Vlg. Rb. Hasselt 25 februari 2002, *NJW* 2002-2003, 214 = *TMR* 2002, 341, helpt dit niet: dit vonnis oordeelde echter wel dat de koper zich niet op nietigheid kan beroepen nu er binnen de maand wél een blanco attest werd afgeleverd.

²²⁶ Bv. H. DE DECKER, *NFM* 2008, p. (285) 288.

voor het onroerend goed een stedenbouwkundige vergunning is uitgereikt; (2°) over de meest recente stedenbouwkundige bestemming van dit goed; of (6°) of het krachtens artikel 4.2.12, § 2, 2°, voor de overdracht verplichte *as-built*-attest is uitgereikt en gevalideerd. Maar merkwaardig genoeg is de enige informatieplicht waarvan de CRO bepaalt dat ze voorgeschreven is op straffe van nietigheid en dat "de vordering tot vernietiging kan niet meer worden ingeroepen indien de inbreuk op de informatieplicht met betrekking tot de publiciteit en de onderhandse overeenkomst is rechtgezet bij de authentieke akteverlening en de informatiegerechtigde in deze akte verzaakt aan de vordering tot nietigverklaring op basis van een inbreuk op de informatieplicht", juist *niét* een van die informatieplichten, maar wel de verplichting om de koper te informeren dat er ingevolge een rechterlijke beslissing herstelmaatregelen moeten worden uitgevoerd - zoals bedoeld in art. 6.1.41 tot en met 6.1.43. CRO (zie met name art. 6.3.1. CRO, vroeger art. 162 *juncto* 137 § 1 DORO, relatieve nietigheid, en art. 6.3.2. lid 2 over de verzaking). En deze informatieplicht is nu juist *niét* van die aard. De wetgever lijkt bij dit alles weinig te hebben nagedacht over de aard van de diverse informatieplichten en enkel oog te hebben gehad voor het respectievelijke belang dat ze aan de diverse vormen van informatie wou hechten.

g) Dwingend voorgeschreven bepalingen van de overeenkomst

Omgekeerd worden ten gunste van bepaalde personen rechten ingevoerd op dwingende wijze, zodat bedingen in strijd daarmee voor niet geschreven worden gehouden. Denken we bv. aan het voorkeepsrecht van de pachter (zie hoger en verder), de bepalingen in de woningbouwwet betreffende de eigendomsovergang, e.d.

Meer in het bijzonder in overeenkomsten tot het vestigen van zakelijke zekerheden worden voor de vestiging en/of de uitoefening van het recht bepaalde procedures dwingend voorgeschreven, waardoor bv. de loonoverdracht is opgeschort tot de in art. 28 en 29 Loonbeschermingswet is gevolgd, of het pand maar kan worden verzilverd met toestemming van de rechter (o.a. art. 2078 BW), of de terugvordering gegrond op eigendomsvoorbehoud slechts onder bepaalde voorwaarden mogelijk is (art. 46 § 2 Verbruikerskredietwet 12-6-1991).

NB. Het dwingend karakter van de erfrechtelijke reserve (voorbehouden deel van de nalatenschap)²²⁷ - waarvan geen afstand kan worden gedaan voor het openvallen van de nalatenschap - wordt niet beteugeld door een nietigheid maar door de mogelijkheid tot inkorting (zie onder nr.).

²²⁷ Met uitzondering van bepaalde gevallen zoals art. 918 BW.

4° Nietigheden in het belang van derden (i.h.b. schuldeisers)

a) Nietigheden uit het huwelijksvermogensrecht.

Sommige "nietigheden", meer bepaald uit het huwelijksvermogensrecht, beogen eigenlijk de bescherming van derden, met name de echtgenoot (echtgenote) of andere gezinsleden²²⁸.

Het betreft meer bepaald de nietigverklaring van:

- een vervreemding of hypothekering van de rechten op de voornaamste gezinswoning of een vervreemding of verpanding van de huisraad erin aanwezig (art. 215 § 1 j° 224 § 1, 1 BW),
- schenkingen die de belangen van het gezin in gevaar brengen (art. 224 § 1, lid 3 BW),
- beschikkingen om niet over goederen van de huwelijksgemeenschap (art. 1419 j° 1422, 1° BW),
- daden van beschikking over goederen van de huwelijksgemeenschap in het kader van een gezamenlijk beroep (art. 1417, 2 j° 1422, 1° BW) en
- allerlei andere in art. 1418 BW²²⁹ opgesomde daden van beschikking betreffende goederen van de huwelijksgemeenschap (art. 1422, 1° BW).

Vgl. ook de mogelijke nietigverklaring van handelingen verricht in strijd met een vervreemdingsverbod (art. 224 § 1, 2 j° 223 en 1422, 2° BW)²³⁰.

Deze nietigheden zijn ten dele ook toepasselijk bij wettelijke samenwoning - zie art. 1476 BW.

De hoedanigheid van echtgenoot dient aanwezig te zijn op het ogenblik van de rechtshandeling²³¹.

Van deze nietigheid kan afstand worden gedaan na kennisname van de vervreemding. Het recht op nietigverklaring verjaart verder één jaar na kennisname (zie art. 224 § 2 BW)²³².

²²⁸ Anders dan de meeste andere regels, wordt bij rechtsconflicten hierop naar Belgisch IPR niet de *lex contractus* toegepast, maar de wet toepasselijk op de staat van personen – Cass. 25 mei 1992, *TBBR* 1993, 455 noot I. COUWENBERG = *T.Not.* 1992, 432 noot F. BOUCKAERT = *JLMB* 1992, 938 noot S. NUDELHOLE = *RCJB* 1994, 664 noot N. WATTE.

²²⁹ De bescherming van onroerende goederen, die hier wordt gegeven, vervalt wel wanneer het goed in een vennootschap wordt ondergebracht; de aandelen daarin zijn immers roerend.

²³⁰ Daar gaat het m.i. intrinsiek niet zozeer om een nietigverklaring, maar veeleer om de uitwerking van een beschikkingsonbevoegdheid, die bovendien aan publikatie (overschrijving) is onderworpen.

²³¹ Cass. 20 december 1996, *Arr.* 1234 = *Divorce Act.* 1997, 154 noot E. De WILDE d'ESTMAEL = *Echtsch.Journaal* 1998, 30 noot P. SENAËVE = *Pas.* 1996 I 1310 = *RW* 1997-98, 520 = *TBBR* 1998, 133 noot Y.H. LELEU = *T.Not.* 1998, 315 noot Y.H. LELEU.

²³² Voor toepassingen in de rechtspraak en bespreking ervan, zie G. BAETEMAN, "Overzicht van rechtspraak", *TPR* 2003, 1208 randnr. 64; DIRIX, Overzicht *TPR* 2004 nr. 196.

De wetgever heeft hier voor een nietigheid gekozen en niet voor een niet-tegenwerpbaarheid aan de beschermde derden, omdat een niet-tegenwerpbaarheid niet effectief zou zijn: in dat geval immers blijft de handeling geldig ten aanzien van de echtgenoot die ze verricht heeft, kan ze van hem afgedwongen worden, en is de andere echtgenoot of het gezin uiteindelijk toch het slachtoffer. De nietigheid, die door een derde worden ingeroepen, wordt hier gecombineerd met een soort “immuniteit” van de partij zelf. Doordat het hier om een nietigheid gaat, geldt de verkrijger niet als een derde-verkrijger ten aanzien van dit probleem, maar als contractspartij, en spelen de regels inzake bescherming van derde-verkrijgers te goeder trouw niet; er is wel een zelfstandige regeling inzake bescherming van derden te goeder trouw in art. 1422 BW.

NB. Handelt de echtgenoot door een middellijk vertegenwoordiger (naamlener), dan kan het andere familielid nog altijd nietigheid inroepen tegen de verkrijger. De regel heeft dus betrekking op het gezin van de opdrachtgever en niet van de tussenpersoon; in zo’n geval is de kans op goede trouw van de verkrijger groter.

Het is vanuit die optiek dat ook handelingen verricht met bedrieglijke benadeling van de echtgenoot “nietig” kunnen worden verklaard volgens art. 1422, 3° BW en 1283 GerW, waar de normale sanctie hiervan een niet- tegenwerpbaarheid aan die echtgenoot zou zijn.

b) Nietigheid van legaten

Vergelijkbaar zijn in zekere zin ook de nietigheden van (het testament en zijn) legaten wegens niet-vervulling van de vormvereisten, handelingsonbekwaamheid of wilsgebrek van de testator (art. 901 v. BW), rechtsonbekwaamheid van de legataris (907 en 909 BW) of handelingsonbevoegdheid van de legataris (art. 908 v. BW).

Zoals betoogd, is de nietigheid van het (bijzonder) legaat van andermans zaak (art. 1021 BW) op de eerste plaats een niet-gebondenheid van de erfgenamen die de making moeten uitvoeren. Op deze niet-gebondenheid zijn er uitzonderingen: het kan gaan om een last op de erfgenamen (of algemene legataris), en zulks wordt in bepaalde gevallen zelfs vermoed; zo is het legaat niet nietig is, wanneer de zaak aan de testator of de nalatenschap zou kunnen toekomen²³³.

Naast deze betrekkelijke nietigheid is er natuurlijk ook de beschikkingsonbevoegdheid, die maakt dat het legaat van andermans zaak in beginsel ongeldig is jegens de ware eigenaar (oudere gerechtigde). Dit heeft echter met een nietigheid geen uitstaans, en komt in Hoofdstuk III. ter sprake.

Aangezien het hier *qua* nietigheid dus hooguit om een betrekkelijke nietigheid ten gunste van de erfgenamen-schuldenaars kan gaan, kan het nietige legaat bekrachtigd worden door die erfgenamen, meer bepaald door vrijwillige uitvoering zonder dwaling.

²³³ Cass. 10-4-1981, *R.W.*, 1981-82, 241. *In casu* behoorde de zaak gedeeltelijk toe aan een erfgenaam en werd het legaat van het deel dat aan de erfgenaam toekwam beschouwd als een last die aan die erfgenaam werd opgelegd, waaraan hij zich niet kon onttrekken indien hij de nalatenschap aanvaardde.

De overschrijding van het beschikbaar gedeelte daarentegen veroorzaakt geen nietigheid, maar een inkorting (zie verder).

c) Andere

Sommige andere nietigheidsgronden werden reeds besproken als varianten op onoverdraagbaarheid, maar zijn formeel als nietigheid van de onderliggende overeenkomst geconstrueerd door de wet. Zo bv. mogen bij een Starters-BVBA de aandelen van een vennoot niet worden overgedragen aan een rechtspersoon zolang het kapitaal niet is verhoogd tot het normale minimumkapitaal (art. 249 § 2 Wb.Venn.).

5° Niet-tegenwerpbaarheden ingevolge aanvechting door schuldeisers; leidt derdemedeplichtigheid, bv. bij miskenning van een vervreemdingsbeperking, tot nietigheid ?

a) Zowel de herstel- of aanvechtingsbevoegdheden van de curator als de *actio pauliana*, alsmede hun gevolgen werden reeds uitvoerig besproken in Deel I., zodat we daarnaar verwijzen.

Wat de gevolgen van een geslaagde aanvechting betreft, kan eraan herinnerd worden dat de handeling of beschikking zelf (overdracht of vestiging) niet nietig is tussen de partijen, maar niet-tegenwerpelijk aan de schuldeisers die ze hebben ingesteld of er zich bij hebben aangesloten (*c.q.* bij instelling namens de gezamenlijke schuldeisers bij samenloop, aan de samenlopende schuldeisers). De verkrijging door de medecontractant is, achteraf en retro-actief gezien, niet geldig. Dit is niet omdat de schuldenaar beschikkingsonbevoegd was in eigenlijke zin maar omwille van een gebrek van de handeling zelf, die tussen schuldenaar (A) en medecontractant (B) plaatsvond.

b) Bij vervreemdingen in strijd met een geldig bedongen conventionele onvervreemdbaarheid gaat het niet om een dergelijke nietigheid; of er sprake is van een beschikkingsonbevoegdheid komt zoals gezegd verder ter sprake.

Nochtans stelt recente cassatierechtspraak²³⁴ dat het herstel in natura van de onrechtmatige daad van de derdemedeplichtige (bv. een tweede koper die weet heeft dat het goed eerder aan een eerste koper is verkocht) de vorm zou kunnen aannemen van een nietigverklaring van de overdracht aan de derde-medeplichtige. Deze stelling kan m.i. niet gevolgd worden. De derde-medeplichtigheid is immers een toepassing van art. 1382 BW en leidt uitsluitend tot een obligatoire aanspraak tot herstel²³⁵; wel kan in beginsel herstel *in natura* worden gevorderd en zal bij toekenning daarvan de

²³⁴ Cass. 27 april 2006, RW 2009-2010, 236.

²³⁵ Zie uitvoeriger over dit alles R. JANSEN, "Sancties en remedies bij een dubbele verkoop van onroerende goederen", RW 2008-2009, 574.

daartoe veroordeelde derde het goed terug moeten overdragen aan de eerste koper²³⁶. Maar het herstel in natura is nog altijd een verbintenisrechtelijke sanctie, die weliswaar tot teruggave verplicht, maar niet kan leiden tot een automatisch terugkeer van de goederen met miskennis van mogelijke rechten van anderen.

c) In het algemeen deel werd ook reeds melding gemaakt van de mogelijke aanvechting van een bedrieglijke verwerping van een nalatenschap (art. 788 BW) of een bedrieglijke verdeling

d) Desgevallend kan men ook een met de *pauliana* verwante regel zien in het *adagium* “*Nemo liberalis nisi liberatus*”, krachtens hetwelk de legataris wordt achtergesteld bij de andere schuldeisers van de erflater, en maar een eigendomsrecht verkrijgt voor zover er een netto-actief is in de nalatenschap²³⁷. Bedrog vanwege de erflater is hierbij echter niet vereist.

e) Art. 16 FaillW verklaart ook niet-tegenwerpelijk aan de boedel “alle betalingen, verrichtingen en handelingen van de gefailleerde en alle betalingen aan de gefailleerde gedaan vanaf de dag van het vonnis”.

Deze bepaling heeft een andere functie dan art. 17 en v. De rechtspraak interpreteert dit namelijk in die zin dat naast de beschikkingsonbevoegdheid van de gefailleerde er ook een ongeldigheid is van de rechtshandeling zelf: de persoon die een goed uit de boedel verkrijgt, verkrijgt niet enkel van een beschikkingsonbevoegde, hij heeft ook geen geldige (of althans een aan de boedel tegenwerpelijke) titel, zodat de vraag naar zijn goede of kwade trouw niet eens rijst²³⁸. Anders dan art. 17 v. FaillW strekt deze regel er niet toe om het verhaalsrecht van de schuldeisers uit te breiden, maar wel om het verhaal op de reeds onder het faillissementsbeslag vallende goederen te verzekeren. Deze regel sluit op zichzelf echter nog niet uit dat verdere verkrijgers (die verkrijgen van de persoon die uit het faillissement heeft verkregen) beschermd zouden kunnen worden (die vraag wordt besproken in de hoofdstukken over derdenbescherming).

6° Bijzondere bepalingen van niet-tegenwerpbaarheid aan de overheid

²³⁶ Zo stelde Cass. 30 januari 1965, *RW* 1964-65, 1554 = *Pas.* 1965, I, 538 = *RCJB* 1966, 77, noot J. DABIN. De verwijzing onder Cass. 27 april 2006 is dus misleidend, aangezien het arrest van 1965 niét de nietigheid uitsprak.

²³⁷ Zie hierover DE PAGE, *Traité*, VIII-2 nr. 1171.

²³⁸ Cass. 6 maart 2009, AR nr. C.07.0373.N, *faill. Stuer t. Krevobex e.a.*, verbreking van Hof Gent 5 maart 2007, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20090306-2 = *RW* 2008-2009, 934 = Cass. 2009-2010, 360 n. R. JANSSEN "Het complexe samenspel van samenloop, beschikkingsonbevoegdheid en derdenbescherming" = *TGR-TWVR* 2009, afl. 5, 332 = *Jaarverslag cassatie* 2009, 29. In die zaak werd wel de nietigheid uitgesproken in plaats van de niet-tegenwerpelijkheid, omdat hier nog de tekst van de oude FaillW gold in plaats van art. 16 FaillW 1997.

Een aantal bijzondere bepalingen maakt de overdracht niet-tegenwerpbaar aan de overheid indien bij die overdracht bepaalde regels ter bescherming van de openbare belangen worden miskend.

- Zo is volgens art. 116 § 3 Vlaams Bodemdecreet ook OVAM (openbare Vlaamse afvalstoffenmaatschappij) een overdracht van een zgn. "risicoground" grond niet tegenwerpelijk aan OVAM indien de bepalingen van art. 102 v. van het decreet niet werden nageleefd. De niet-tegenwerpelijkheid heeft tot gevolg dat OVAM de overdrager (oude eigenaar) nog kan aanspreken voor de saseringsplicht - en kosten.

- Zo is de overdracht van een bosperceel krachtens art. 91 van het Vlaams Bosdecreet niet tegenwerpelijk aan de overheid indien die voorschriften van dat artikel niet werden nageleefd.

- Ook de nietigheid van rechtswege van art. 9 § 3 van het Topstukkendecreet (decreet houdende bescherming van het roerend cultureel erfgoed van uitzonderlijk belang van 24 januari 2003), nl. van overeenkomsten die rechten toekennen op een onder dat decreet beschermd voorwerp zonder voorafgaandelijk de wederpartij van die bescherming te informeren, is mede in het belang van de overheid.

d. Ontbindende voorwaarden van de titel en inkorting en inbreng ervan

1° Beroep op de vervulling van een ontbindende voorwaarde of de uitoefening van een ontbindings- of herroepingsrecht

Vooreerst kent het verbintenissenrecht een aantal mechanismen waardoor de titel (i.e. de verintenis) wegvalt, al dan niet met terugwerkende kracht:

- door de werking van een ontbindende voorwaarde (a);
- de uitoefening van een ontbindings- of herroepingsrecht (b).

Het erfrecht kent daarnaast het recht van wettelijke terugkeer (onder c).

In de praktijk onderscheidt men niet altijd tussen de ontbindende voorwaarde en het ontbindingsrecht. In beginsel bestaat het onderscheid daarin dat de ontbinding bij vervulling van de ontbindende voorwaarde van rechtswege intreedt en het ontbindingsrecht een rechtshandeling vereist van de partij die er een beroep op wil doen²³⁹. Het onderscheid tussen beiden is qua gevolgen evenwel erg beperkt en berust dus in weze daarop dat het eerste werkt ten "gunste" van beide partijen en het tweede enkel ten gunste van de partij in wiens voordeel het ontbindingsrecht is bedongen (waarbij natuurlijk in een wederkerige overeenkomst de wanprestatie van de ene partij de andere een ontbindingsrecht kan verschaffen en omgekeerd). Dit geldt althans voor zover men van oordeel is dat een ontbindende voorwaarde niet kan bedongen worden ten gunste van één enkele partij die er dan ook afstand van zou kunnen doen (in de tegengestelde opvatting is er eigenlijk geen echt onderscheid qua gevolgen). Bij de bespreking hieronder gaan we van dat onderscheid uit.

a) Vervulling van een uitdrukkelijke ontbindende voorwaarde

Een voorwaarde is een toekomstige en onzekere gebeurtenis dan wel een bestaand element waarvan de partijen nog geen kennis hebben.

Het overlijden van een persoon kan dus geen voorwaarde vormen, maar is een tijdsbepaling. Wel kan het vooroverlijden van een persoon (ten aanzien van een of meer andere) een voorwaarde vormen.

i) Bronnen

De overeenkomst (titel) kan bepalen dat de verbintenissen of bepaalde verbintenissen afhankelijk worden gesteld van een ontbindende voorwaarde (voor de opschortende voorwaarde, zie de bespreking onder " Titels onder termijn en opschortende voorwaarde").

²³⁹ Zie uitvoeriger onder meer V. SAGAERT & M. SOMERS, "Erfpacht, ontbinding en faillissement: een complexe trilogie", *T.Not.* 2008, 78 v.

Soms wordt een voorwaarde ook bij wet ingelast, suppletief dan wel dwingend (bv. art. 1975 BW: verkoop op lijfrente vervalt bij overlijden binnen de 20 dagen).

ii) Nietige ontbindende voorwaarden

De werking van conventionele voorwaarden veronderstelt natuurlijk wel dat de voorwaarde geldig is (ongeoorloofde ontbindende voorwaarden leiden zoals gezegd ofwel tot nietigheid van de gehele titel, ofwel van de voorwaarde, maar dus nooit tot ontbinding).

Nietige voorwaarden

In enkele bijzondere gevallen verklaart de wet een ontbindende voorwaarde nietig:

- volgens art. 35 lid 1 WCO-wet kan de aanvraag of verkrijging van een procedure van gerechtelijke reorganisatie niet als een ontbindende voorwaarde worden bedongen²⁴⁰;
- het beding om in onverdeeldheid te blijven als voorwaarde voor een gift is nietig²⁴¹, minstens wanneer het om een testamentaire bepaling gaat (*a contrario* uit art. 815 lid 2 BW).

Daarbuiten is een ontbindende voorwaarde in beginsel geldig, ook in een schenking, mits die voorwaarde niet “zuiver potestatief” is (d.i. door de loutere wil van de schenker kan worden vervuld).

Wat met potestatieve voorwaarden ?

Wat de zuiver potestatieve ontbindende voorwaarde betreft, moet men enkele nuances maken:

1° Ten eerste zijn er eventuele "potestatieve" ontbindingsrechten, die dadelijk verderop besproken worden.

2° Ten tweede is bij een schenking een potestatieve ontbindende voorwaarde nietig (zie art. 944 BW en als toepassing bv. art. 946 BW²⁴²). Dit geldt zeker voor een zuiver potestatieve voorwaarde, maar in beginsel ook voor een gemengd potestatieve voorwaarde²⁴³. Bij een schenking is de ontbindende voorwaarde van de beëindiging van de relatie tussen de schenker en de begiftigde in geval van beëindiging door de schenker zelf geldig of nietig naargelang de wijze waarop men een verbreking ervan door de schenker waardeert (nl. als potestatief of niet). Deze vraag werd hoger reeds

²⁴⁰ Zo reeds voordien art. 28 van de vroegere WGA 1997.

²⁴¹ Zie hierover M. PUELINCKX-COENE, “Overzicht”, *TPR* 1999, 829 nr. 84.

²⁴² “Ingeval de schenker zich de vrijheid heeft voorbehouden te beschikken over een zaak die in de schenking begrepen is, of over een bepaalde geldsom uit de geschonken goederen, en hij overlijdt zonder daarover te hebben beschikt, behoort die zaak of die geldsom toe aan de erfgenamen van de schenker, niettegenstaande alle daarmee strijdige bedingen en bepalingen.”

²⁴³ Zie nader R. BARBAIX, *Het contractueel statuut van de schenking*, p. 463 v.

besproken i.v.m. de ontbindende voorwaarden of beëindigingsgronden voor aanwasbedingen²⁴⁴.

Het onherroepelijk karakter houdt in dat de schenking niet kan worden herroepen zonder de instemming van de begiftigde. Dit maakt dat de *revokable trust* bij ons niet bestaat. Men zou daaraan ook niet kunnen ontsnappen door de - herroepelijke - belofte om iemand te begunstigen niet aan de begunstigde te doen, maar aan een “bedinger” (die de rol zou hebben van een “*enforcer*”), precies omdat die belofte niet verbindend is (zie hierboven). Wel geldig daarentegen is de overeenkomst waarmee men op herroepelijke wijze een derde onrechtstreeks begunstigt door middel van een derdenbeding, waarbij de beschikking om niet is in hoofde van de bedinger, doch niet van de belover. Vgl. hoger de regels inzake onrechtstreekse schenking.

3° Ten derde geldt het verbod van zuiver potestatieve voorwaarden niet voor ontbindende voorwaarden die de verbintenissen van beide partijen betreffen in een overeenkomst onder bezwarende titel²⁴⁵. De vraag is wel of deze niet moeten worden geherkwalificeerd als een ontbindingsrecht. Wel is het ook mogelijk dat partijen een alternatieve verbintenis zijn overeengekomen met keuzerecht voor de schuldenaar (die dus potestaief kan bepalen dat hij niet de ene prestatie nakomt maar wel de vervangende). Verder leert men traditioneel dat de wanprestatie geen ontbindende voorwaarde kan vormen omdat dit een zuiver potestatieve zou zijn. Nu kan het natuurlijk niet dat de wanprestatie van een partij ertoe leidt dat die partij, en enkel die partij, automatisch van zijn verbintenis zou ontslagen zijn. Maar het is theoretisch denkbaar dat de schuldeiser wel degelijk overeengekomen is dat de verbintenissen van *beide* partijen rechtswege ontbonden worden bij wanprestatie van de andere, en dus op voorhand al zijn keuzerecht uitoefent. Maar dit is zo zeldzaam dat het niet mag vermoed worden: wat partijen bedoelen wanneer zij de wanprestatie als ontbindende voorwaarde voorzien is normaal dat dit de andere partij een ontbindingsrecht geeft (dit stemt overeen met het ongelukkig woordgebruik van de wetgever zelf in art. 1184 BW). Bovendien mag men dit beding evenmin gebruiken om te ontsnappen aan een verbod op uitdrukkelijke ontbindende bedingen, zoals dat bv. geldt bij huur (art. 1762*bis* BW)²⁴⁶.

Een faillissement of samenloop daarentegen worden doorgaans niet als potestatief beschouwd en kunnen dus de gebeurtenis vormen die de vervulling van een ontbindende voorwaarde vormt.

²⁴⁴ Zie nader R. BARBAIX, "Driemaal is scheepsrecht. of toch niet ? Het Hof van cassatie spreekt zich opnieuw uit over het verval van de schenking door het verdwijnen van de determinerende beweegreden", *NFM* 2009, (297) 308 v.

²⁴⁵ De PAGE, *Traité*, I 155 bis en IV 312 p. 327. *A contrario* uit art. 944 BW. Vgl. ook voor een opstalrecht in een huwelijkscontract Hof Brussel 9 november 2010, 1^e K., AR 2008/447, Justel nr. N-20101109-1.

²⁴⁶ Dit verbod treft geen uitdrukkelijke ontbindende voorwaarden (DE PAGE II, nr. 895).

iii) Zakelijke werking.

Een ontbindende voorwaarde belet niet dat de titel geldig is en de verbintenis opeisbaar zolang de voorwaarde zich niet verwezenlijkt. Maar de verwezenlijking van een ontbindende voorwaarde heeft in ons recht beginsel wel zakelijke werking. Een bevestiging vinden we onder meer in art. 74 HypW.

De zakelijke werking wordt meestal verklaard vanuit de terugwerkende kracht van de ontbindende voorwaarde. De ontbindende voorwaarde heeft in beginsel inderdaad terugwerkende kracht op verbintenisrechtelijk vlak. In een causaal stelsel moet deze terugwerking in beginsel aan de ontbinding ook zakelijke werking verlenen. Doch ook los daarvan heeft de verwezenlijking van een ontbindende voorwaarde in beginsel zakelijke werking en doet zij het zakelijk recht van de verkrijger retro-actief wegvallen²⁴⁷. De overdracht of vestiging in uitvoering van een verbintenis onder ontbindende voorwaarde wordt namelijk geacht - behoudens andersluidende afspraak of afstand van terugwerking - zelf ook onder die voorwaarde te geschieden, zodat de verkrijger slechts een voorwaardelijk recht verkrijgt. Wordt die voorwaarde vervuld, dan vervallen ook het recht van de verkrijger én alle door hem toegekende rechten.

Op fiscaal vlak gelden er ten dele bijzondere regels. Sedert 1 november 2007 is de akte waarbij vastgesteld wordt dat een nog niet verleden verkoop ontbonden is door de vervulling van een ontbindende voorwaarde in het Vlaams gewest niet meer onderworpen aan het evenredig registratierecht (zie o.m. art. 76 W.Reg. zoals gewijzigd door Vlaams Decreet van 23 november 2007).

iv) De voorwaarde van vooroverlijden

Voorbeelden:

- Een recht van terugkeer kan bv. worden bedongen bij vooroverlijden van de begiftigde (art. 951 BW).
- Een ontbindende voorwaarde van vooroverlijden vinden we ook, maar dan wel in combinatie met een verkrijging onder opschortende voorwaarde door een andere verkrijger, in een tontinebeding tussen medeverkrijgers bij gezamenlijke verkrijging van een goed, beding waardoor ieders aandeel - of minstens het vruchtgebruik ervan - met terugwerkende kracht geacht wordt nooit te zijn verkregen in geval van vooroverlijden ten aanzien van de andere mede-verkrijgers.

b) Ontbinding (vervulling van een stilzwijgende ontbindende voorwaarde, onder meer niet-nakoming) en herroeping.

Een vergelijkbaar gevolg als de ontbindende voorwaarden hebben ook de ontbindingsrechten. Zoals gezegd bestaat het verschil daarin dat de ontbinding hier niet van rechtswege intreedt, maar minstens een rechtshandeling van de

²⁴⁷ In het (Staats)Nederlandse recht bv. heeft de ontbindende voorwaarde verbintenisrechtelijk geen terugwerkende kracht, zakenrechtelijk wel (vgl. 3:84 lid 4 NBW en art. 3:38 lid 2 NBW).

ontbindingsgerechtigde vereist (en vaak bijkomende formaliteiten en/of tussenkomst van de rechter). Dat geldt zowel bij het uitdrukkelijk ontbindend beding in zijn verschillende vormen als bij de zgn. “stilzwijgende ontbindende voorwaarde” (correcer: stilzwijgend ontbindend beding of gewoonweg suppletief ontbindingsrecht) of bij een herroepingsrecht. Het BW gebruikt de termen wel door elkaar.

Ontbindingsrechten kunnen bedongen worden, met dezelfde beperkingen als ontbindende voorwaarden.

De ontbinding of herroeping zelf, in uitoefening van dat recht, heeft in beginsel ook zakelijke werking, zij het niet altijd volledig.

i) Wettelijke of conventionele ontbindingsrechten met zakelijke werking en aanverwante

aa) Eerste categorie: gegrond op de tekortkoming van de wederpartij

Eenzelfde zakelijke werking als bij de uitdrukkelijke ontbindende voorwaarde vinden we in beginsel bij:

- de ontbinding wegens niet-nakoming van een tegenverbintenis (art. 1184 BW en bij koop 1654 BW) en bijzondere vormen daarvan zoals de herveiling bij rouwkoop (art. 1600 v. GerW) en de herroeping wegens niet-nakoming van een last (art. 954 BW) of weigering levensonderhoud te verschaffen (art. 955, 2° BW).

NB. W.b. de "last": voor de ontbinding/herroeping wegens niet-nakoming van een last moet het gaat om een last die een verbintenis vormt die de begiftigde is aangegaan; zoniet kan het hoogstens om een ontbindende voorwaarde gaan²⁴⁸.

Soms verleent de wet in plaats van een ontbindingsrecht een wederinkooprecht. Indien dit niet discretionair is, maar gekoppeld aan een niet-nakoming van verplichtingen, kan men dit als een vorm van ontbindingsrecht beschouwen.

Voorbeelden:

- het terugkooprecht van de overheid onder de wetgeving op de economische expansie²⁴⁹;
- art. 84 § 1 van de Vlaamse Wooncode.

²⁴⁸ Bv. Een schenking van aandelen onder voorbehoud van vruchtgebruik houdt geen "last" in om dividenden te betalen aan de schenker; dat betreft immers een verbintenis van de vennootschap die de aandelen heeft uitgegeven (bv. Hof Luik 20 maart 2009, *JT* 2009, 537); de begiftigde van de blote eigendom heeft enkel de verplichting om de effectief uitbetaalbare dividenden aan de vruchtgebruiker te laten toekomen; wel zou als ontbindende voorwaarde kunnen bedongen worden dat het inkomen een bepaald minimum bereikt.

²⁴⁹ Art. 32 Wet van 30 december 1970 op de economische expansie, enkel nog van toepassing in het Brussels Gewest; in Vlaanderen nu art. 75 van het Programmadecreet van 19 december 2003; in het Waals Gewest nu art. 21 van het Decreet van 11 maart 2004 betreffende de ontsluitingsinfrastructuur voor economische bedrijvigheid.

De beperking van discretionaire terugkooprechten tot 5 jaar in art. 1660 BW geldt niet voor deze niet-discretionaire terugkooprechten die enkel bij niet-nakoming gelden²⁵⁰; in sommige gevallen bepaalt de wet wel een termijn²⁵¹.

De ontbinding wegens wanprestatie moet in beginsel in rechte worden gevorderd (art. 1184 BW). Evenwel kan een partij op rechtmatige eenzijdig de overeenkomst "beëindigen" wanneer:

- de wanprestatie van aard was een gerechtelijke ontbinding te rechtvaardigen; en
- de wederpartij in gebreke werd gesteld inzake de door haar begane wanprestatie indien een ingebrekestelling nog een nuttig gevolg kon hebben²⁵².

Van deze vereisten kan worden afgeweken door middel van een uitdrukkelijke ontbindend beding. Dat is geldig en effectief behoudens rechtsmisbruik²⁵³.

NB. Het ontbindingsrecht als middel om bedingen van onvervreemdbaarheid te versterken.

De ontbindende voorwaarde, correcter hte ontbindingsrecht, wordt vaak ingelast om een beding van onvervreemdbaarheid zakelijke werking te verlenen (vb.: ontbinding van de vervreemding van een met voorbehoud van vruchtgebruik overgedragen goed bij verboden vervreemding door de verkrijger).

Voor zover dit beding zelf geldig is, lijkt dit mogelijk, zoniet gaat het om een onwettige voorwaarde; sanctie daarvan dient te zijn dat het voor ongeschreven wordt gehouden, omdat nietigheid van de gehele overeenkomst precies het gevolg zou hebben dat door de beperkingen aan de geldigheid van het beding wordt bestreden²⁵⁴.

²⁵⁰ Voor de niet-toepasselijkheid van art. 1660 BW op wettelijke wederinkooprechten, zie het *Flextex*-arrest, Cass. 18 maart 2004. Voor de kwalificatie van het wederinkooprecht van de Wooncode in die zin, zie D. MEULEMANS e.a., *Vijf jaar Vlaamse wooncode*, p. 252 nr. 97.

²⁵¹ Bv. 20 jaar in de wooncode.

²⁵² Cass. 16 februari 2009, C.08.0043.N, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20090216-5; zie eerder reeds Cass. 2 mei 2002.

²⁵³ Dat is vatbaar voor rechtsmisbruik, zelfs indien bedongen is dat de ontbinding "van rechtswege" plaatsvindt: Cass. 9 maart 2009, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20090309-9.

²⁵⁴ Is het beding nietig omdat het in het belang van de verkrijger zou zijn bedongen en dit op een soort bewind zou neerkomen, dan zou nietigheid van de overeenkomst precies ook daarop neerkomen. Is het nietig omdat het beding ertoe strekt het goed aan de schuldeisers van de verkrijger te onttrekken, dan zou nietigheid van de overeenkomst evenzeer juist daarop neerkomen. Is het beding nietig omdat het belang dat de vervreemder ermee wil beschermen niet voldoende rechtmatig is, dan zou de nietigheid opnieuw contraproductief zijn door dat belang in feite wel te beschermen. Overeenkomstig het beginsel dat de gevolgen van de nietigheid afhangen van het doel waartoe de nietigheid strekt, dienen ongeldige onvervreemdbaarheidsbedingen dus steeds geheel of gedeeltelijk voor ongeschreven te worden gehouden, maar nooit de nietigheid van de hele titel mee te brengen.

De tegenwerpbaarheid aan derden van een dergelijke voorwaarde is onderworpen aan dezelfde beperkingen als andere ontbindingsrechten. Een vergelijkbaar voorbeeld is het bedingen van een conventioneel recht van terugkeer (zakelijke werking: zie art. 952 BW, waar het anomale erfrecht van art. 747 BW enkel geldt voor goederen die nog in natura aanwezig zijn).

bb) Tweede categorie: discretionaire beëindigingsrechten met in beginsel zakelijke werking

Eenzelfde zakelijke werking als bij de uitdrukkelijke ontbindende voorwaarde vinden we in beginsel ook bij:

- de herroeping van schenkingen tussen echtgenoten, die *ad nutum* kan gebeuren (art. 1096 BW²⁵⁵), met uitzondering voor gebruikelijke gelegenheidsgeschenken²⁵⁶; deze regel is dwingend²⁵⁷ en de uitoefening van het recht strikt persoonlijk. Geen herroeping is mogelijk wanneer de handeling gekwalificeerd wordt als een bijdrage in de lasten van de huishouding²⁵⁸ of nakoming van een natuurlijke verbintenis.
- discretionair bedongen herroepingsrechten in overeenkomsten onder bezwarende titel, waaronder bv. het beding van wederinkoop. Het verbod van potestatieve voorwaarden (zie hoger) geldt immers niet voor ontbindingsrechten in een overeenkomst onder bezwarende titel (voor schenkingen, zie hoger) waarbij een partij buiten elke wanprestatie om eenzijdig het recht heeft de overeenkomst te ontbinden. Wel bepaalt de wet soms een maximumtermijn voor de uitoefening van dergelijk ontbindingsrecht, bv. 5 jaar voor een conventioneel beding van wederinkoop (art. 1660 BW).

Deze maximumtermijn geldt in beginsel niet voor een terugkoopoptie, die immers niet de ontbinding van de eerdere verkoop meebrengt maar een nieuwe verkoop doet ontstaan. Toch zal de rechtspraak soms terugkoopopties en aanverwante bedingen kwalificeren als een omzeiling van art. 1660 BW en om die reden na het verstrijken van 5 jaar niet meer toestaan, zo bv. een geval waarin de oorspronkelijke verkoper een onherroepelijke verkoopvolmacht had bedongen om het goed weer te koop te stellen (en de meerwaarde zelf te innen)²⁵⁹.

cc) Verbintenisrechtelijke werking van de ontbinding

²⁵⁵ In het Franse recht werd de regel afgeschaft bij wet nr. 2004-439 van 26 mei 2004.

²⁵⁶ H. DE PAGE, *Traité*, VIII/1 (1944), p. 848.

²⁵⁷ Volgens sommigen kan er na de ontbinding van het huwelijk afstand van worden gedaan: P. DELNOY, "Flux et reflux de la révocabilité des donations entre époux", *Liber amicorum G. Baeteman*, Kluwer 1997, p. 88.

²⁵⁸ Zie Cass. 22 april 1976, Vandenbosch, *Arr.* 249 = *RW* 1976-77, 993 n. H. CASMAN = *RCJB* 1978, 130.

²⁵⁹ Zo Hof Bergen 20 december 2007, *JLMB* 2008, 1460. Aangezien voor de uitoefening hiervan vereist was dat de koper een contractueel aangegane verplichting (in casu bebouwen van een onbebouwde grond binnen een termijn van 10 jaar) niet nakwam, had het beding evenwel als een uitdrukkelijk ontbindend beding kunnen worden gekwalificeerd veeleer dan als een potestatief beding van wederinkoop.

Het tijdstip waarop de ontbinding ingaat moet onderscheiden worden van de omvang en gevolgen van de ontbinding.

Op het tijdstip waarop de ontbinding ingaat zijn de partijen definitief bevrijd van hun verbintenissen in de mate waarin de overeenkomst ontbonden wordt (geheel of gedeeltelijk); voordien waren zij gehouden tot die verbintenissen behalve in zoverre ze tijdelijk konden opschoten krachtens de *exceptio non adimpleti contractus*. Dit tijdstip is bij gerechtelijke ontbinding dat van de uitspraak, bij eenzijdige beëindiging dat van de uitwerking van de kennisgeving (aankomst bij wederpartij).

Of de ontbinding alle verbintenissen uit de overeenkomst betreft of slechts een deel hangt ervan af of de wanprestatie op het geheel betrekking heeft, en zoniet of de overeenkomst deelbaar of ondeelbaar is. Anders dan de rechtspraak wel eens suggereert²⁶⁰, hoeft bij deelbare overeenkomsten het ontbonden gedeelte niet noodzakelijk samen te vallen met het deel dat betrekking heeft op de periode na het ingaan van de ontbinding.

Vanaf het tijdstip waarop de ontbinding ingaat:

- zijn de partijen dus bevrijd van de door de ontbinding getroffen verbintenissen;
- zijn zij gehouden tot restitutie van de reeds geleverde prestaties voor zover de overeenkomst ontbonden wordt²⁶¹;
- en in geval van ontbinding wegens niet-nakoming, wanneer deze toerekenbaar is aan de wederpartij, schadevergoeding te begroten op het tijdstip van de tekortkoming die de ontbinding rechtvaardigt²⁶².

NB. Bij een ondeelbare meerpartijenovereenkomst kan een partij niet ontbinden wegens wanprestatie van een andere zonder akkoord van de verdere partijen²⁶³.

Bij de herroeping van een schenking geldt mut. mut. hetzelfde, zij het dat de herroeping altijd op de hele schenking betrekking heeft.

dd) Zakelijke werking van de ontbinding

*Resolutio iure dantis, resolvitur ius accipientis*²⁶⁴. Ook hier brengt de terugwerking in beginsel een zakelijke werking mee, maar kan men de zakelijke werking ook

²⁶⁰ zie bv. Cass. 5 juni 2009 (http://jre.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20090605-1) - in casu correct maar in te algemene bewoordingen.

²⁶¹ De restitutieverbintenis ontstaat op dat ogenblik, maar er is discussie over de vraag of het om een vordering wegens onverschuldigde betaling of ongegronde verrijking gaat dan wel om een contractuele ongedaanmakingsverbintenis. Traditioneel geldt de eerstgenoemde opvatting.

²⁶² Cass. 28 januari 2007, 2 arresten, nr. C.06.0232.N en C.05.0374.N

²⁶³ zie Cass. 17 oktober 2008, nr. C.06.672.N.

²⁶⁴ Vgl. art. 74 Hyp.W. Dit is anders in het NBW, art. 3: 38 en 6: 269. Het beginsel is onder meer te vinden in Cass. 13 december 1985, Arr. 1985-86, 561 = RW 1986-87, 933; Cass. 6 december 2007, RW 2008-2009 n. J. DE CONINCK "Retroactieve toedeling van het eigendomsrecht en gehoudenheid tot verbintenissen in verband met de eigendom" = TBBR 2009, 359 n. J. BAECK

verklaren zonder terugwerking aan te nemen. Wanneer een verbintenis tot geven wordt aangegaan in ruil voor een tegenverbintenis of onder last voor de tegenpartij, wordt de uitvoering van die verbintenis, d.i. de overdracht of vestiging, eveneens geacht - behoudens andersluidende afspraak of afstand van terugwerking - onder ontbindende voorwaarde te geschieden, zodat de verkrijger slechts een recht onder ontbindende voorwaarde verkrijgt. Wordt die voorwaarde vervuld, dan vervallen ook het recht van de verkrijger én alle door hem toegekende rechten.

Ook de zopas genoemde wederinkooprechten hebben zakelijke werking.

Wel zal de ontbinding in alle besproken gevallen slechts zakelijke werking hebben voor zover de verbintenis inderdaad ook wordt tenietgedaan. Wanneer in een overeenkomst met meerdere verbintenissen of verbintenissen voor opeenvolgende prestaties slechts een deel van de overeenkomst wordt ontbonden (en meestal is het in die overeenkomsten enkel het deel van de overeenkomst dat diende te worden uitgevoerd na de instelling van de eis of van de ontvangst van de buitengerechtelijke verklaring tot ontbinding dat door de ontbinding wordt tenietgedaan²⁶⁵), geldt de zakelijke werking natuurlijk ook enkel voor dat deel.

Bij een ontbinding met terugwerkende kracht is de vorige eigenaar aan wie het goed (opnieuw) toekomt géén rechtsopvolger van de voormalige verkrijger, en dus in beginsel ook niet gehouden tot de verbintenissen die deze laatste m.b.t het goed is aangegaan, ook al zouden die kwalitatief zijn²⁶⁶).

ii) Wettelijke of conventionele ontbindingsrechten zonder zakelijke werking

Een aantal andere “stilzwijgende ontbindende voorwaarden”, of liever, herroepingsmogelijkheden, hebben krachtens de wet slechts een beperkte zakelijke werking: zij doen weliswaar het goed van rechtswege terugkeren in het vermogen van de vervreemder, doch met instandhouding van alle beschikkingen (vervreemdingen of bezwaren) die intussen - d.w.z. voor de instelling van de eis of gebeurlijke overeenkomst met de betrokkene²⁶⁷ - zouden hebben plaatsgevonden.

Het betreft:

- de herroeping wegens ondankbaarheid (art. 958 en v. BW),
- de herroeping van huwelijksvoordelen in de gevallen van art. 299, 311*bis* en 339*ter* BW²⁶⁸.

²⁶⁵ Zie voor nadere uitwerking van de omvang van de ontbinding mijn bijdrage in *TBBR* 1991, p. 101 v.

²⁶⁶ Zie bv. Cass. 6 december 2007, *RW* 2008-2009 n. J. DE CONINCK "Retroactieve toebedeling van het eigendomsrecht en gehoudenheid tot verbintenissen in verband met de eigendom" = *TBBR* 2009, 359 n. J. BAECK; het betrof de verbintenis van de eigenaar-verhuurder die zijn akkoord heeft gegeven met een aansluiting op het drinkwaternet en daardoor volgens art. 3 van de Brusselse ordonnantie tot regeling van de drinkwatervoorziening hoofdelijk en ondeelbaar verbonden is met de abonnee.

²⁶⁷ Bij onroerend goed is ten aanzien van derden kantmelding voorgeschreven (art. 3 HypW); dit komt verder in Deel VIII. ter sprake.

²⁶⁸ De eis tot herroeping van huwelijksvoordelen is impliciet in een eis tot echtscheiding wegens schuld (Cass. 18-2-1993, *Arr.* 208 = *RW* 1993-94, 225).

Weliswaar wijkt deze oplossing af van het gemeen recht (causaal stelsel), doch het is de wetgever die de toekenning van deze, evenzeer uitzonderlijk geachte, herroepingsmogelijkheden onderwerpt aan dergelijke voorwaarde.

iii) Wettelijke of conventionele ontbindingsrechten met zakelijke werking, doch ook lossingsrecht verkrijger

In een aantal gevallen kan de derde-verkrijger wel beletten dat de ontbinding of herroeping tegen hem werkt en de goederen behouden, door zelf alsnog de verbintenis of last na te komen en zo de wanprestatie te zuiveren. Men kan dit een lossingsrecht van de derde noemen. We vinden dit meer bepaald bij onroerend goed in gevallen waarin het oudere recht slechts een zekerheidsrecht is. In die gevallen waar de ontbinding ten aanzien van een derde-verkrijger slechts mogelijk is voor zover de vervreemder nog over een voorrecht beschikt (wat verder in Deel VIII. ter sprake komt), kan de derde-verkrijger de ontbinding of herroeping tegenhouden door enkel en alleen het bevoorrecht gedeelte van de schuldvordering te voldoen (zie art. 28, lid 3 HypW). In Deel V en VIII zullen we overigens zien dat de zakelijke werking van de ontbinding ten aanzien van derden beperkt wordt tot die gevallen waarin de partij die ontbindt nog over een zakelijk zekerheidsrecht op het goed (pand of eigendomsvoorbehoud, voorrecht, reclamerecht) beschikt.

iv) Buitenwettelijke ontbindingsrechten, door de rechtspraak geschapen

Omwille van de rechtszekerheid aanvaardt ons recht in beginsel geen andere stilzwijgende ontbindende voorwaarden dan diegene die door de wet zijn ingelast.

Toch heeft de rechtspraak - *contra legem* - minstens één bijkomende stilzwijgende ontbindende voorwaarde geschapen, met name de mogelijkheid tot herroeping van schenkingen en legaten waarvan de enige bestaansreden buiten de wil van de schenker om wegvalt, ingekleed als een zogezegd “wegvallen van de oorzaak”²⁶⁹. Over de terugwerking *c.q.* beperking van de zakelijke werking ervan zijn de opvattingen verdeeld²⁷⁰. Bovendien is dit leerstuk krachtens recentere rechtspraak eigenlijk weer afgevoerd wat schenkingen betreft en sterk beperkt wat legaten betreft:

- In 2000 heeft het Hof geoordeeld dat deze herroepingsmogelijkheid niet bestaat bij legaten na de dood van de testator, maar dat een legaat wel “vervalt” (een soort

²⁶⁹ Cass. 16-11-1989, *Arr.* 371 = *RW* 1989-90, 1259 = *TBBR* 1990, 261 n. L. RAUCENT = *Ann. Lg.*, 1990, 334 n. P. DELNOY = *RCJB* 1993, 73 n. S. NUDELHOLE; KRUIHOF & BOCKEN, *TPR* 1994 nr. 153 b. p. 405 v. Deze rechtspraak wordt zwaar bekritiseerd omwille van de rechtsonzekerheid die ze veroorzaakt. De meeste schrijvers beperken deze mogelijkheid tot overeenkomsten om niet (bv. P.A. FORIERS, “Les sûretés personnelles traditionnelles”, in *Le droit des sûretés*, Jeune Barreau Brussel 1994, 167 nr. 48; veeleer anders KRUIHOF & BOCKEN, *TPR* 1994 nr. 153 b. p. 406).

²⁷⁰ Zie M. PUELINCKX-COENE e.a., “Overzicht Giften”, *TPR* 1999, (779) 824 nr. 75. Het verval heeft geen terugwerkende kracht volgens Hof Luik 19 mei 1992 en 26 januari 1993, *TBBR* 1994, 45 n. F. PARISIS; B. DU LAING, *NFM* 2001, p. 202, nr. 13 (specifiek over het verval van een geldlening); R. BARBAIX, *Het contractueel statuut van de schenking*, p. 884-888, nr. 1043-1044.

stilzwijgende herroeping) indien de determinerende reden voor het legaat buiten de wil van de testator om wegvalt voor zijn overlijden²⁷¹;

- In 2008 besliste het Hof van cassatie dat de verdwijning van de oorzaak na de totstandkoming van een rechtshandeling in regel géén gevolgen heeft voor de geldigheid²⁷² en dat schenkingen maar kunnen worden herroepen in de omstandigheden door art. 953 BW bepaald (waaronder de niet-ervulling van een voorwaarde). Dit geldt ook wanneer de voor de totstandkoming doorslaggevende beweegredenen door toedoen van de wederpartij en buiten eigen toedoen zijn komen te vervallen. Met andere woorden: de schenking kan niet “vervallen” maar enkel a) worden nietigverklaard op basis van wilsgebreken of andere nietigheidsgronden aanwezig ten tijde van de totstandkoming van de rechtshandeling of b) worden herroepen op een wettelijke toegestane herroepingsgrond of c) ontbonden zijn door de realisatie van een ontbindende voorwaarde, die door partijen is overeengekomen (een kwestie van uitleg van de overeenkomst op grond van de gemeenschappelijke bedoeling der partijen).

Voor zover men een stilzwijgende herroepingsgrond of voorwaarde zou aanvaarden, vereist de rechtszekerheid bovendien dat deze niet terugwerkt.

c) Wettelijke terugkeer

Een ontbindende voorwaarde van vooroverlijden van de begiftigde kunnen we ook lezen in de regel van de wettelijke terugkeer van geschonken goederen aan de schenker indien deze een ascendent is van de begiftigde en deze laatste overleeft. Men noemt dit ook de "anomale nalatenschap" (art. 747 BW). De zakelijke aanspraak van de ascendenten treft enkel specifieke goederen, die nog in natura aanwezig zijn, behoudens zakelijke subrogatie in goederen die ervoor in de plaats zijn gekomen (zie art. 747 lid 2 BW). Het wettelijke recht van terugkeer heeft dus geen volle zakelijke werking, maar brengt hooguit zakelijke subrogatie teweeg; ook de miskennis van het vervreemdingsverbod van de partij die een wettelijk voorkeepsrecht heeft uitgeoefend²⁷³ brengt geen ontbinding teweeg, maar wordt gesanctioneerd met schadevergoeding (gebeurlijk herstel in natura).

²⁷¹ Zie cass. 21 februari 2000, *NFM* 2000, 190, met bijdrage P. DELNOY, “Het verval van de rechtshandelingen door het verdwijnen van hun oorzaak – tweede bedrijf” = *R.* 2000-2001, 1016 noot J. NEUTS, “Over het verval van het testament als gevolg van het verdwijnen van de oorzaak”. Zie eerder P. van OMMESLAGHE, *RCJB* 1970, 336 nr. 5; P.A. FORIERS, *RCJB* 1987, 101-102 nr. 24; R. KRUIHOF & H. BOCKEN, *TPR* 1994, 402 v., nr. 153 a.

²⁷² Cass. 12 december 2008, nr. C.06.0332.N, *RW* 2008-2009, 1690 met bijdrage R. BARBAIX, “Verval van de schenking door het verdwijnen van de doorslaggevende beweegreden: het derde bedrijf”. Kritisch van dezelfde auteur “Driemaal is scheepsrecht. of toch niet ? Het Hof van cassatie spreekt zich opnieuw uit over het verval van de schenking door het verdwijnen van de determinerende beweegreden”, *NFM* 2009, 297 v.

²⁷³ Zoals in art. 54 Pachtwet, art. 5 Wet 16 mei 1990 Kleine nalatenschappen en Wet 29 augustus 1988 Erfregeling landbouwbedrijven.

Dit recht op wettelijke terugkeer is dwingend, aangezien een afwijking ervan een beding over een niet opengevallen nalatenschap zou vormen²⁷⁴.

d) Verval van huwelijksvoordelen

Een soort ontbindende voorwaarde kan men ook zien in de regel van het verval van huwelijksvoordelen bij echtscheiding (zie nader art. 299 BW; zie ook art. 1429 I en 1459 I BW). De heersende leer vandaag, anders dan vroeger, acht deze regel wel niet dwingend; er kan uitdrukkelijk van afgeweken worden.

2° Inkorting en/of inbreng in natura van beschikkingen om niet gevorderd door de erfgenamen van de vervreemder.

Vervolgens zijn er een aantal figuren met gelijkaardige werking uit het erfrecht.

a) Inkorting.

Het recht van de reservataire erfgenamen (legitimarissen) op de erfrechtelijke "reserve" of "legitieme portie"²⁷⁵, d.i. het hun voorbehouden gedeelte van de nalatenschap²⁷⁶ (Fr. *réserve héréditaire*, Du. *Pflichtteil*), wordt beschermd door de inkortbaarheid van beschikkingen om niet (giften) die het beschikbaar gedeelte overschrijden.

De inkorting heeft soortgelijke gevolgen als een herroeping of de verwezenlijking van een ontbindende voorwaarde (de reserve leidt dus niet tot beschikkingsonbevoegdheid in eigenlijke zin). Weliswaar gaat het om de bescherming van derden, doch vooreerst gaat het toch om een bijzondere categorie van derden (derden die tegelijkertijd rechtsopvolgers zijn van de vervreemder) en vervolgens is de regeling zeer gelijkaardig aan die van de ontbinding. Behalve wanneer zij, op basis van een van het beginsel afwijkende wetsbepaling of overeenkomst, in waarde gebeurt, geschiedt de inkorting van giften, ten gunste van de reservataire erfgenamen (legitimarissen), in natura en heeft zij soortgelijke gevolgen als een herroeping of de verwezenlijking van een ontbindende voorwaarde. De inkortbare eigendom kan dan ook worden gelijkgesteld met een eigendom krachtens een titel onder ontbindende voorwaarde²⁷⁷.

Ten aanzien van de verdere rechtverkrijgers zijn er wel enige verschillen tussen de inkorting en de ontbinding; zo geldt de niet-tegenwerpbaarheid van de ontbinding aan de samenlopende schuldeisers -

²⁷⁴ Zo toch Cass. fr. 2 juli 1903, *D.* 1903 I 353.

²⁷⁵ In de Nederlandse rechtstaal zijn (erfrechtelijke) reserve en legitieme portie synoniem. In sommige rechtsstelsels wordt een onderscheid gemaakt (bv. in het Spaanse recht betreft de *legítima* onze abstracte reserve en de *reserva* een meer concrete reserve in bepaalde gevallen).

²⁷⁶ $\frac{1}{2}$ voor een enig kind, $2 \times \frac{1}{3}$ bij twee kinderen, tezamen $\frac{3}{4}$ bij 3 of meer kinderen (art. 913 BW), mogelijks 1 of $2 \times \frac{1}{4}$ voor ascendenten wanneer er geen nakomelingen zijn (zie art. 915 BW), en verder nog de reserve van de langstlevende echtgenoot volgens art. 915 *bis* BW.

²⁷⁷ Vgl. H. de PAGE & R. DEKKERS, *Traité*, V nr. 1250

art. 20, 5°, 7 HypW - niet voor de inkorting; zo kunnen de derde-verkrijgers zich beroepen op een voorrecht van eerdere uitwinning van de begiftigde - art. 920 BW.

i) Getroffen beschikkingen / goederen.

In beginsel treft de inkortbaarheid alle beschikkingen om niet, bij testament zowel als onder levenden, onder algemene of onder bijzondere titel. De beschikking is om niet, wanneer er geen tegenprestatie jegens de beschikker tegenover staat. Bij handelingen onder levenden gaat het om:

- de schenking in al zijn vormen (inbegrepen de handgift, onrechtstreekse en vermomde schenkingen²⁷⁸; inbegrepen de contractuele erfstellingen, e.d.m.),
- inbegrepen de stichting (*sensu stricto*) en de inbreng in een vereniging met rechtspersoonlijkheid²⁷⁹.
- Het betreft dus bv. ook het beding ten gunste van derden wanneer het een onrechtstreekse schenking inhoudt vanwege de bedinger jegens de derde (het is dan weliswaar een handeling onder bezwarende titel in hoofde van de belover, doch een handeling om niet in hoofde van de bedinger).
- De beschikking is ook om niet, wanneer de wederpartij niet verplicht is jegens een welbepaalde derde, maar een min of meer discretionaire verplichting heeft om derden te begunstigen.
- Tenslotte wordt een vervreemding aan een erfgerechtigde in rechte lijn die geschiedt met voorbehoud van vruchtgebruik of last van lijfrente of afstand van kapitaal door art. 918 BW gekwalificeerd als een beschikking om niet (en dus een vermomde schenking) voor de volle waarde, zelfs indien zij in feite onder bezwarende titel zou geschieden - tenzij ten aanzien van de reservataire erfgenamen die afstand doen van hun gebeurlijk recht op inbreng en inkorting. Of dit ook geldt bij een vervreemding met voorbehoud van een recht van bewoning is betwist²⁸⁰.

Een beschikking over de hand door middel van een *fideicommiss de residuo* zou evenwel geen aantasting van de reserve van de eerste begunstigde inhouden²⁸¹ - hoewel ze in zekere mate toch een belasting kan inhouden (bv. door verbod om te beschikken om niet).

De beschikking is daarentegen niet om niet:

- wanneer ze kadert in een kansovereenkomst; zo vormt een tontine-overeenkomst geen overeenkomst om niet, tenzij er een kennelijke onevenredigheid is tussen de overlevingskansen der betrokken partijen (rekening houdende met de door elk van

²⁷⁸ Zie bv. Hof Gent 13 maart 1995, *T.Not.* 1996, 31 noot J. BYTTEBIER, "Familiale regelingen een oplettende zaak".

²⁷⁹ Zie art. 17 VZW-wet.

²⁸⁰ Ja volgens Hof Antwerpen 25 mei 1992, *NFM* 1993, 174 afkeurende noot J. VERSTRAETE; en volgens M. PUELINCKX-COENE, "Het verhaal van artikel 918 BW of een verhaal dat nooit eindigt!", *Liber amicorum Paul Delnoy*, Larcier, p. 425 v.; neen volgens Hof Antwerpen 9 maart 1998, *T.Not.* 1998, 459.

²⁸¹ Uitvoerig over deze discussie M. PUELINCKX-COENE c.s., "Overzicht van rechtspraak. Giften", *TPR* 1999, p. 1084 v. nr. 507. De zaak is betwist.

hen betaalde prijs) (en mogelijks met de natuurlijke verbintenissen die de ene jegens de andere zou zijn verschuldigd).

- krachtens de wet evenmin om niet: de huwelijksvoordelen die bestaan uit de toebedeling van de huwelijksgemeenschap aan de langstlevende (verblijvensbeding) (art. 1464 lid 1 BW), de ongelijke verdeling of een beding van vooruitmaking (art. 1457 v. BW). Wél zal de inbreng van eigen goederen in de huwelijksgemeenschap voor de helft als een beschikking om niet worden gekwalificeerd, indien er tevens een dergelijk verblijvensbeding is (art. 1464 lid 2 BW). Dat laatste (voor de helft) geldt ook bij een beding van vooruitmaking, nl. indien zij tegenwoordige of toekomstige goederen tot voorwerp heeft die de vooroverleden echtgenoot in het gemeenschappelijk vermogen heeft gebracht door een uitdrukkelijk beding in het huwelijkscontract (art. 1458 lid 2 BW).

- bij aanwezigheid van niet-gemeenschappelijke kinderen is elk huwelijksvoordeel waarbij aan één der echtgenoten mezer wordt toegekend dan de helft der aanwinsten toch vatbaar voor inkorting (art. 1465 BW), en wel in natura.

Niet aan inkorting (noch inbreng) onderworpen, ook al is de beschikking om niet, zijn:

1° de begunstiging die men *iure proprio*²⁸² geniet ten gevolge van een door de erflater gesloten levensverzekeringsovereenkomst, zolang ze niet buiten verhouding staat tot de vermogenstoestand van de verzekeringnemer, dit door de uitdrukkelijke bepaling van art. 124 LVO²⁸³; deze vrijstelling geldt enkel voor de "echte" levensverzekering met een voorzorgsoogmerk (en bv. niet voor de "gemengde levensverzekering"), dit ingevolge een ongrondwettigverklaring door het Grondwettelijk Hof²⁸⁴. Daarbuiten blijft de inkorting van toepassing²⁸⁵ en moet de waarde van het uitgekeerde kapitaal als voorwerp van de gift worden beschouwd;

²⁸² Wanneer de begunstiging in de nalatenschap valt, en de erfgenamen er *iure hereditario* van genieten, en niet rechtstreeks als derde-begunstigde met een eigen recht, gaat het immers gewoon om een goed uit de nalatenschap.

²⁸³ Dat sluit niet uit dat de derde-begunstiging ook dan in beginsel voor de belastingen aan erfenisrechten is onderworpen (zie art. 8 W. Succ.).

²⁸⁴ Arrest nr. 96/2008 van 26 juni 2008, <http://www.const-court.be/public/n/2008/2008-096n.pdf> = *Act.Dr.Fam.* 2008, 156 n. E. DE WILDE D'ESTMAEL, "Arrêt de la Cour constitutionnelle du 26 juin 2008: l'article 124 du Code des assurances malmené" = *RGAR* 2008 nr. 14450 n. P. MOREAU "Assurance vie et libéralités: sentiment mitigé à la suite de l'arrêt de la Cour constitutionnelles du 26 juin 2008" = *T.Not.* 2008 n. C. SCHOCKAERT "Artikel 124 van de Wet op de Landverzekeringsovereenkomst ongrondwettelijk verklaard: een analyse". Zie de bespreking door Y.H. LELEU & J.L. RENCHON, "Assurances vie et réserve héréditaire: égalité et solidarité?", *JT* 2008, 597 v.; J. DU MONGH, "Levensverzekering en erfrecht na het arrest van 16 juni 2008", *RW* 2008-2009, 1242; M.PUELINCKX-COENE, "De constitutionalisering van het erfrecht of over het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod in het erfrecht", *NFM* 2010, 161. Meer algemeen over de levensverzekering en het huwelijksvermogensrecht, zie N. TORFS, "De huwelijksvermogensrechtelijke benadering van de levensverzekering in de nieuwe wet op de landverzekeringsovereenkomst", in *Bijzondere overeenkomsten. Recyclagedagen 1993 van de nederlandstalige raad KFBN*, Kluwer Antwerpen 1994, 1 v.; H. CASMAN, "Levensverzekering en huwelijk", *T.Verz.* 2001, 230 v.

²⁸⁵ Het arrest spreekt zich niet uit over de inbrengverplichting; aangezien deze evenwel niet van dwingend recht is, is er geen reden om de vrijstelling van inbreng eveneens ongrondwettig te verklaren.

2° de gebruikelijke geschenken door middel van een handgift of onrechtstreekse schenking, en giften voor een onbaatzuchtig doel die niet buiten verhouding staan tot de vermogenstoestand, dit krachtens gewoonterecht.

Bij inkorting is het natuurlijk ook van belang het voorwerp van de schenking nauwkeurig te bepalen. Hiervoor wordt verwezen naar de behandeling van deze rechtsfiguur in het erfrecht.

Enkel aan inkorting in waarde onderworpen:

is de toedeling van de huwgemeenschap aan de langstlevende echtgenoot; die maakt wel voor de helft (en in sommige gevallen voor het geheel) een schenking uit (zie hoger) (wanneer de langstlevende het vruchtgebruik erft als erfgenaam betreft dat wel enkel de blote eigendom), maar de inkorting kan hier enkel in waarde geschieden²⁸⁶, en heeft dus geen zakelijke werking. Anders is het bij inkorting op grond van art. 1465 BW (onvolkomen huwelijksvoordelen bij aanwezigheid van niet-gemeenschappelijke kinderen).

ii) Gevolgen.

Beschikkingen om niet onder levenden, die niet onder deze uitzonderingen vallen, worden fictief bij de nalatenschap geteld om het voorbehouden deel *c.q.* het beschikbaar deel vast te stellen (zie art. 922 BW). Schenkingen worden daarbij gewaardeerd volgens de staat van het goed ten tijde van de schenking en de waarde ten tijde van het openvallen van de nalatenschap (art. 922 BW). Omgekeerd dienen de schulden van de erflater te worden afgetrokken van de fictieve massa om het voorbehouden en beschikbaar deel te berekenen. Zie voor dit alles de handboeken erfrecht.

Is het beschikbaar deel overschreden, dan kan inkorting gevorderd worden, en wel in natura, aangezien de reservataire recht hebben op het voorbehouden erfdeel in natura (zie verder art. 920 v BW).

iii) Bijkomend getroffen beschikkingen door het recht op reserve in natura.

Dat de reservataire recht hebben op een reserve *in natura*, en niet enkel in waarde (behalve in een hele reeks uitzonderingsgevallen), houdt nog een andere, verdergaande beperking van beschikkingen om niet die het beschikbaar gedeelte overschrijden in dan alleen maar de inkortbaarheid. Het maakt dat ook beschikkingen bij testament, die aan de reservataire het bewind over de goederen van de nalatenschap ontnemen, kunnen worden ingekort, zelfs indien de goederen ten gunste van die reservataire onder *trust* worden gesteld, zodat de waarde van de goederen hen wel toekomt.

Een handeling onder levenden daarentegen, waarbij goederen worden overgedragen ten titel van beheer of in ruil voor een soortgelijke verbintenis jegens de vervreemder

²⁸⁶ CSW-dossier 6347, verslag M. PUELINCKX-COENE.

(*fiducie-gestion*), of waarbij zij onder zakenrechtelijk bewind worden gesteld ten gunste van de vervreemder (waar dat mogelijk is), is geen beschikking om niet. Wanneer de overdracht of onderbewindstelling geschiedt ten gunste van een derde, maar deze overdracht of onderbewindstelling kan worden gescheiden van de begunstiging van een derde (bv. overdracht aan een beheerder, gevolgd door schenking van de rechten die men heeft jegens die beheerder), zal inkorting aldus enkel deze latere begunstiging treffen en niet de overdracht aan de beheerder of onderbewindstelling zelf.

Inkorting is niet alleen mogelijk wanneer het voorbehouden erfdeel van een reservataire wordt aangetast door een vervreemding om niet, maar ook wanneer een gift aan de reservataire erfgenaam zelf wordt belast met een beding van onvervreemdbaarheid - deze laatste heeft namelijk recht op zijn voorbehouden erfdeel “vrij en onbelast”.

iv) Dwingend karakter.

Aangezien het recht op inkorting deel uitmaakt van de erfaanspraak, is het “buiten de handel”, d.w.z. kan er geen afstand van worden gedaan voor het openvallen van de nalatenschap, tenzij in de wettelijk geregelde gevallen (bv. art. 918 BW).

De inkortbaarheid van de goederen wordt niet beheerst door de *lex contractus*, maar door de *lex successionis*, d.i. de wet van de ligging bij onroerend goed en die van de laatste woonplaats van de erflater bij roerend goed. Voor roerende goederen kunnen de toepasselijke regels dan ook niet op voorhand met zekerheid worden bepaald, al komt inkorting van beschikkingen over roerende goederen in de praktijk weinig voor.

Bij onroerend goed kan de begiftigde zich wel op voorhand beschermen tegen de inkorting, onder Belgisch recht meer bepaald onder de voorwaarden bepaald in art. 918 BW (nl. het akkoord bekomen van alle andere reservataire erfgenamen in rechte lijn)²⁸⁷.

b) Inbreng.

Ook de inbrengverplichting heeft zakelijke werking: door de inbreng komen de geschonken goederen vrij en onbelast terug in de nalatenschap. Indien de goederen voor het openvallen van de nalatenschap werden vervreemd, geschiedt er weliswaar geen inbreng in natura, doch dit geldt enkel bij vervreemding en niet bij bezwaring met zakelijke rechten (zie art. 860 en 865 BW).

²⁸⁷ Voor deze gevolgtrekking uit art. 918 BW, zie onder meer Cass. 8 oktober 1992, *Pas.* I 1127 = *R.Not.B* 1993, 579 = *RW* 1992-93, 1093 = *T.Not.* 1993, 210; Hof Luik 12 december 1990, aangehaald door P. DELNOY, “les libéralités sous leurs aspect civils”, in *Formation permanente CUP* (Commission Université-palais), XXXI (1999), *Libéralités, successions légales, partages et droits de succession*, p. 78-79.

e. Naasting van de titel of zakelijke subrogatie in de titel

Ondanks een geldige titel zal men niet verkrijgen wanneer deze titel, of althans de eruit ontstane vordering krachtens de wet (of een door de wet mogelijk gemaakte eenzijdige rechtshandeling) toekomt aan een andere persoon die in de plaats wordt gesteld van de persoon op wiens naam ze ontstaat. Zoals hoger reeds besproken betreft dit de rechtsfiguren van de persoonlijke subrogatie, de zakelijke subrogatie en de naasting. Het naastingsrecht vinden we daarbij zoals gezegd typisch in een aantal gevallen waar de gerechtigde géén zakelijk recht in enge zin bezit, dat door middel van zakelijke subrogatie zou kunnen worden gehandhaafd, maar een recht of belang dat niet van strikt zakelijke aard is.

Daarnaast is het natuurlijk ook mogelijk dat er rechtsopvolging is door een derde in de schuldvordering die oorspronkelijk aan iemand anders toekwam. Zie hoger. Daarbij gaat het evenwel niet om een titelgebrek.

1° Naasting

Hier ontstaat dit rechtsgevolg zoals gezegd doordat een derde zich krachtens een *wettelijk* naastings- of uitkooprecht in de plaats stelt van de schuldeiser op wiens naam de vordering tot geven is ontstaan. De uitkoop of naasting die erin bestaat dat men zich in de plaats stelt van een schuldeiser van een verbintenis tot geven:

1° heeft zakelijke werking doordat de persoon op wiens naam de vordering ontstaat toch niet krachtens die titel verkrijgt;

2° is declaratief, d.w.z. vormt geen nieuwe titel maar een voortzetting van de bestaande titel;

3° en kan aldus terugwerkende kracht hebben in de gevallen waarin de wet dit bepaalt.

a) Opsomming

Zoals hoger aangegeven gaat het hier voornamelijk om de volgende uitkoop- of naastingsrechten²⁸⁸:

i) Het naastings- of uitkooprecht van mede-eigenaars bij een gezamenlijke eigendom

Dit betreft op de eerste plaats het uitkooprecht van erfgenamen bij vervreemding door een erfgenaam van zijn erfdeel aan een niet-erfgerechtigde (art. 841 BW)²⁸⁹. Maar het gaat meer algemeen om het recht van deelgenoten van een gemeenschap (gezamenlijke eigendom) om derden te weren uit een verdeling, dit in afwijking van de regel die voor de gewone mede-eigendom (van afzonderlijke goederen) geldt

²⁸⁸ Voor een klassiek essay over dergelijke rechten, zie P. GUYOT, “La renaissance des retraits”, *Rev.crit.lég.jur.* 1924, p.101 v.

²⁸⁹ Recht beheerst door de *lex successionis*, d.i. laatste woonplaats van de erflater.

krachtens art. 577 § 4 BW. Behalve bij de nalatenschap vinden we dit krachtens de schakelbepalingen van art. 1430, lid 4 BW en 55 Wb. Venn. (voorheen 1872 BW) ook bij de (ontbonden) huwelijksgemeenschap *c.q.* de (ontbonden) maatschap²⁹⁰.

Een bijzondere regel vinden we ook bij mede-eigendom van een uitvindingsoctrooi (art. 43 Octrooiwet).

Anders dan in sommige andere rechtsstelsels bestaat er geen naastingsrecht van de eigenaar bij vervreemding van beperkte zakelijke rechten die zijn eigendom bezwaren.

ii) Het naastingsrecht bij miskenning van het voorkeopsrecht van de beherende vennoten in een landbouwvennootschap

Dit vinden we in art. 806 Wb. Venn.

iii) Het naastings- of uitkeopsrecht ten gunste van de persoon tegen wie een betwist recht wordt uitgeoefend.

Dit bestaat bij overdracht van dit recht aan een derde (art. 1699 BW, uit de romeinse *lex Anastasiana*)²⁹¹.

iv) Het naastingsrecht bij miskenning van het wettelijk voorkeopsrecht van de pachter en zijn gezin.

Zie art. 47 en v. Pachtwet²⁹²; het geldt indien de overeenkomst op dat ogenblik onder de pachtwet valt²⁹³. Dit voorkeopsrecht is een *accessorium* van de pachtovereenkomst²⁹⁴. Het is dwingend ten gunste van de pachter, zodat deze er niet vooraf afstand van kan doen (art. 53). Dit kan wel na de kennisgeving aan de pachter, die verder zijn recht verliest bij niet-uitoefening binnen de voorgeschreven termijn na kennisgeving (art. 48, lid 1, tweede alinea, en lid 2, derde alinea) of door verjaring na drie maanden na kennisgeving of openbare verkoop of anders na twee jaar na de overschrijving van de verkoopakte (art. 51 Pachtwet).

Bij verkoop van een groter geheel waarvan het verpachte goed deel uitmaakt ("positieve discordantie"), is de verkoper verplicht een afzonderlijke prijs te bepalen voor het pachtgoed en dat aan te bieden aan de pachter (art. 50 III Pachtwet); daarbij mag de prijs niet bedrieglijk worden opgesplitst²⁹⁵.

²⁹⁰ Dit recht wordt beheerst door de wet van het huwelijksstelsel *c.q.* de *lex contractus* van de maatschap.

²⁹¹ Recht beheerst door het rechtsstelsel dat het betwiste recht zelf beheerst.

²⁹² Het betreft hier een territoriaal toepasselijke dwingende bepaling.

²⁹³ Cass. 25 februari 2010, C.2009.0053.N

²⁹⁴ Als er meerdere pachtovereenkomsten zijn, gelden er dan ook afzonderlijke voorkeopsrechten per pacht: Cass. 16 december 2004, *RW* 2007-2008, 779.

²⁹⁵ Zie Cass. 3 juni 2004, nr. C.02.0156.N, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20040603-8 = *T.Not.* 2005, 86 noot B. VAN OPSTAL, "Prijsopsplitsing bij voorkeopsrecht: een evenwichtsoefening".

v) Het naastingsrecht bij miskenning van voorkooppochten ten gunste van de overheid.

aa) Opsomming

We vinden ze in een reeks bijzondere wetten²⁹⁶, met name voor onroerend goed:

- voor de Landmaatschappijen op gronden gelegen in een ruilverkavelingszone ²⁹⁷;
- in art. 85 en v. van de Vlaamse Wooncode²⁹⁸;
- voor de Vlaamse Landmaatschappij op grond van het decreet Natuurbehoud²⁹⁹;
- in zeehavengebieden krachtens het Zeehavendecreet³⁰⁰;
- ten gunste van de Vlaamse en lokale overheden³⁰¹ voor de verwezenlijking van een definitief vastgelegd ruimtelijke uitvoeringsplan in de door dat plan aangeduide zones van voorkooppocht³⁰² (gedurende de termijn bepaald in het plan, die hoogstens 15 jaar kan bedragen vanaf de inwerkingtreding van het plan);
- in overstromingsgebieden en afgebakende oeverzones krachtens het Waterbeleiddecreet³⁰³;
- in het BAM-Decreet van 12 december 2002³⁰⁴;
- in het Waterwegendecreet van 4 mei 1994³⁰⁵ (art. 28 bis j° 1 § 4)
- in het Scheepvaartdecreet van 2 april 2004³⁰⁶ (art. 5 § 1 j° 10 v.);

²⁹⁶ Zie hierover o.m. H. CASMAN, "Publiciteitsstelsels betreffende publiekrechtelijke en fiscale beperkingen van het onroerend eigendomsrecht", *RW* 1997-98, (1137) 1150-1151; B. van OPSTAL, "Kanttekeningen bij Vlaamse voorkooppochten anno 2000", in *Facetten van ondernemingsrecht, Liber amicorum Frans Bouckaert*, Univ. pers Leuven 2000, p; 237 v.; L. VENY, "Bestuurlijke voorkooppochten in Vlaanderen", *TVV* 2006, 588 v.; B. VAN OPSTAL, "Knelpunten Vlaamse voorkooppochten", in B. Tilleman & A.L. Verbeke, *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Intersentia Antwerpen 2006, 87 v.

²⁹⁷ Bv. art. 56 Ruilverkavelingswet 22 juli 1970 (in Wallonië gewijzigd) en art. 76 Ruilverkavelingswet grote infrastructuurwerken 12 juli 1976 (in Vlaanderen gew. bij Decreet 11 augustus 1978).

²⁹⁸ Art. 85-89 Vlaamse Wooncode 15 juli 1997, meermaals gewijzigd.

²⁹⁹ Art. 37-39 Vlaams Decreet betreffende het natuurbehoud en het natuurlijk milieu 21 oktober 1997 (zoals gew.) en art. 5 v. Uitvoeringsbesluit. De VLM oefent het voorkooppocht uit in naam van en voor rekening van de Vlaamse regering.

³⁰⁰ Art. 12 Decreet houdende het beleid en het beheer van de zeehavens van 2 maart 1999 (Zeehavendecreet) en uitvoeringsbesluit B.Vl.R.van 27 april 2001; Wet van 19 juni 1978 betreffende het beheer van het linkerscheldeoevergebied ter hoogte van Antwerpen en houdende maatregelen voor het beheer en de exploitatie van de haven van Antwerpen.

³⁰¹ D.i. Het Vlaamse Gewest, de provincies, de gemeenten, de intercommunales, de instellingen die ressorteren onder het Vlaamse Gewest, de provincies en de gemeenten, alsook de vennootschappen die een erkenning hebben van die instellingen of besturen

³⁰² Art. 2.4.1 CRO (voorheen 63 DORO 1999, zoals gewijzigd bij Decreet van 27 maart 2009 en 16 juli 2010), met een reeks uitzonderingen bepaald in art. 2.4.2. voor verkoop binnen het gezin of inbreng in vennootschap. Zie S. SNAET, "Het recht van voorkoop en de regels inzake informatieverzanding in het nieuwe decreet op de ruimtelijke ordening" in *Notarius* 2000/1 p. 41 v.

³⁰³ Decreet van 18 juli 2003 betreffende het integraal waterbeleid,

³⁰⁴ Decreet houdende de oprichting van de naamloze vennootschap van publiekrecht Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel (BAM)

³⁰⁵ Decreet van 4 mei 1994 betreffende het publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschap Waterwegen en Zeekanaal, naamloze vennootschap van publiek recht, zoals gewijzigd (met nieu opschrift) bij Decreet van 2 april 2004 en nadien.

- in art. 9 van het van het decreet van 22 maart 2002 houdende de ondersteuning van stadsvernieuwingsprojecten (ingevoegd door het grond- en pandendecreet van 27 maart 2009) (voorkooprecht dat geldt in projectgebieden gedurende max. 6 jaar na toekenning door de gemeente);
- verder op zeer ruime schaal voor de Waalse overheid³⁰⁷ (met een reeks uitzonderingen zoals bij inbreng in vennootschap, ruilverkaveling, overdracht binnen het gezin e.d.);
- in de Brusselse huisvestingscode en het Brussels Wetboek van Ruimtelijke ordening (zoals gewijzigd bij Ordonnantie van 19 maart 2009).

De techniek bestond in zekere mate ook voor sommige roerende goederen (voor “roerende voorwerpen van nationaal belang”)³⁰⁸.

bb) Procedure

De meeste van deze wetten bepalen een verplichting van de verkoper dan wel de instrumenterende ambtenaar (notaris) tot melding van de voorgenomen verkoop aan de overheid (in Vlaanderen via de Grondenbank) alsook de termijn waarbinnen de naasting kan worden uitgeoefend in geval van miskennen van het voorkooprecht; in de meeste gevallen treft het enkel de verkoop en geen andere overeenkomsten tot eigendomsoverdracht of vestiging van zakelijke rechten³⁰⁹.

Wat het Vlaams Gewest werden een reeks regels betreffende de voorkooprechten geharmoniseerd in het decreet van 25 mei 2007 houdende de harmonisering van de procedures van voorkooprechten (nog niet in werking). Het aanbieden van het voorkooprecht is wel gecentraliseerd bij de "Grondenbank" bijgehouden door de Vlaamse Landmaatschappij en geschiedt met het formulier dat te vinden is op <http://www.vlm.be/notarissen/rechtvanvoorkoop/Pages/default.aspx>.

Het voorkooprecht betekent geen voorkoopplicht, en de overheid heeft ook de vrijheid om te kiezen in welke gevallen ze haar recht uitoefent en in welke niet: er is

³⁰⁶ Voluit Decreet betreffende de omzetting van de Dienst voor de Scheepvaart in het publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschap De Scheepvaart.

³⁰⁷ Art. 175 en v. Code Wallon de l'aménagement du territoire, zoals gewijzigd door o.m. het programmadecreet van 23 februari 2006 en het decreet van 20 september 2007. Zie een bespreking door F. HAUMONT, "Le droit de préemption", in *La réforme de droit wallon de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme*, Bruylant Brussel 1998, 227 v.

³⁰⁸ Art. 19 Monumenten- en landschappenwet 7 augustus 1931, intussen omzeggens geheel buiten toepassing door de decreten van de diverse deelstaten. Het Vlaamse “topstukkendecreet” (Decreet houdende bescherming van het roerend cultureel erfgoed van uitzonderlijk belang van 24 januari 2003) (vervangt het decreet van 17 november 1982 houdende de bescherming van het roerend cultureel patrimonium) gebruikt een andere techniek, nl. een uitvoerverbod.

³⁰⁹ Zie voor al deze vragen onder meer art. 37 § 2 tot 4 en 39 lid 4 Decreet Natuurbehoud; tijdelijke art. 2.4.2/1 tot 2.4.2/4 CRO (voorheen art. 65-68 DORO), die vervangen worden door het nog niet in werking getreden decreet van 25 mei 2007 houdende de harmonisering van de procedures van voorkooprechten; art. 177 Code Wallon de l'aménagement du territoire (verkoop bij onderhandse verkoop, notaris bij openbare).

geen rechtsmisbruik wanneer bij de verkoop van een naburig perceel het recht niet wordt uitgeoefend³¹⁰.

cc) Negatieve discordantie

Het bestaan van een voorkooprecht verbiedt de partijen niet om een overeenkomst te onderhandelen die op een deel van het goed slaat; het voorkooprecht betreft dan enkel dat deel.

dd) Positieve discordantie

Het bestaan van een voorkooprecht verbiedt de partijen evenmin om een overeenkomst te onderhandelen die op een groter geheel slaat dan het goed waarop een voorkooprecht geldt (zgn. "positieve discordantie"), noch om uit zo'n groter geheel kavels samen te stellen die niet overeenstemmen met de omvang van een voorkooprecht (anders dan bij het voorkooprecht van de pachter, zie hoger). De aanbidding van het voorkooprecht betreft dan die kavels waarvan het goed of een deel ervan onder het voorkooprecht valt³¹¹ en de voorkoopgerechtigde kan niet eisen dat de aanbidding beperkt wordt tot precies die goederen die onder het voorkooprecht vallen³¹². Dat geldt ook wanneer bij ene openbare verkoop kavels zijn samengevoegd³¹³.

Partijen kunnen omgekeerd het voorkooprecht ook niet tot dat deel beperken³¹⁴, maar zij kunnen wel de verkoop opsplitsen in enerzijds percelen met en anderzijds percelen zonder voorkooprecht en dan de aanbidding beperken tot de eerste³¹⁵. De koper dient dan wel vooraf aan de verkoper mee te delen dat hij ook wenst over te gaan tot aankoop van enkel het deel zonder voorkooprecht, in welk geval de verkoper loyaal daaraan dient mee te werken³¹⁶. De door partijen gemaakte keuze om de verkoop op te splitsen is de voorkoopgerechtigde evenwel niet tegenwerpelijk wanneer de respectievelijke prijzen gemanipuleerd worden (het deel waarop een voorkooprecht rust kunstmatig hoog prijzen en de andere kunstmatig laag)³¹⁷. Bij

³¹⁰ Hof Brussel 7 februari 2007, *RW* 2009-2010, 804.

³¹¹ Zie over dit alles B. VAN OPSTAL, "Prijsopsplitsing bij voorkooprecht: een evenwichtsuitoefening", n. onder Cass. 3 juni 2004, *T.Not.* 2005, 97; Rb. Gent 2 december 2008, *TBO* 2009, 104.

³¹² B. VAN OPSTAL, in *Knelpunten verkoop onroerend goed*, p. (87) 102.

³¹³ B. VAN OPSTAL, in *Knelpunten verkoop onroerend goed*, p. (87) 104, met verw. naar Rb. Brussel 7 december 1987, *T.Not.* 1988, 33.

³¹⁴ Cass. 29 april 2010, C.09.0005.N, http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=N-20100429-12, in casu het voorkooprecht van art. 28bis van het Decreet van 4 mei 1994 betreffende Waterwegen en Zeekanaal.

³¹⁵ B. VAN OPSTAL, in *Knelpunten verkoop onroerend goed*, p. (87) 101, en Rb. Dendermonde 19 december 2002, aldaar besproken en in *T.Not.* 2003, 471.

³¹⁶ B. VAN OPSTAL, in *Knelpunten verkoop onroerend goed*, p. (87) 101, en kh. Tongeren 23 mei 2002, tussenvonnis, aldaar besproken.

³¹⁷ S. SNAET, "Het recht van voorkoop van de Vlaamse Wooncode", *T.Not.* 1999, 675; B. VAN OPSTAL, "Knelpunten Vlaamse voorkooprechten", in TILLEMANN & VERBEKE, *Knelpunten verkoop onroerend goed*, Intersentia Antwerpen 2007, 103; B. VAN OPSTAL, "Voorkooprechten", in B.

een openbare verkoop hebben partijen deze keuze niet, en is het de instrumenterende ambtenaar die beslist over het al dan niet samenvoegen van de kavels, dit in functie van de maximalisatie van de opbrengst³¹⁸.

ee) Indirecte discordantie

Van indirecte discordantie spreekt men als de koper meerdere goederen wenst aan te kopen die verkocht worden door verschillende verkopers, en niet geïnteresseerd is in de aankoop van het ene zonder het andere. In dat geval dient de kandidaat-koper een opschortende voorwaarde te bedingen dat de ene koop maar uitvoering vindt indien het voorkooprecht bij de andere niet wordt uitgeoefend. Partijen kunnen ook overeenkomen ene meerpartijenovereenkomst te sluiten waarbij de percelen als één geheel verkocht worden (dus omzetting in een geval van positieve discordantie), zodat het voorkooprecht enkel voor het geheel moet worden aangeboden³¹⁹.

b) Gevolgen van de aanbidding van het voorkooprecht

Wanneer het voorkooprecht ten onrechte wordt aangeboden door de notaris, is die aanbidding ongeldig en zonder gevolg³²⁰.

c) Gevolgen van de uitoefening van het naastingsrecht

De naasting of uitoefening van het voorkooprecht doet de oorspronkelijke titel (verkoop) niet teniet³²¹, maar stelt de persoon die uitkoopt *met terugwerkende kracht* in de rechten van de oorspronkelijke schuldeiser-koper (die al dan niet onder opschortende voorwaarde heeft gekocht; in het laatste geval vervalt die voorwaarde natuurlijk t.a.v. de gerechtigde). De oorspronkelijke verkrijger wordt dus geacht de goederen nooit te hebben verkregen, met alle gevolgen die daaruit voortvloeien. Indien hij de koopprijs reeds heeft betaald, kan hij wel de afgifte van het goed opschorten tot terugbetaling daarvan. Normaal zou de koopprijs aan de verkoper moeten worden betaald (en is een eerdere betaling door de koper onverschuldigd en terugvorderbaar van de verkoper), maar in een aantal gevallen bepaalt de wet dat bij naasting de koopprijs door de indeplaatsgestelde aan de koper wordt terugbetaald en deze dus betaling kan vorderen van de indeplaatsgestelde³²².

HUBEAU & W. VANDEVYVERE, *Handboek ruimtelijke ordening en stedenbouw*, Die Keure Brugge 2004, 434 nr. 41. Toepassingen in Rb. Dendermonde 19 december 2002, *T.Not.* 2003, 471; Rb. Gent 2 december 2008, *TBO* 2009, 104.

³¹⁸ B. VAN OPSTAL, in *Knelpunten verkoop onroerend goed*, p. (87) 104, met verw. naar Rb. Brussel 7 december 1987, *T.Not.* 1988, 33.

³¹⁹ Zie voor dit alles B. VAN OPSTAL, in *Knelpunten verkoop onroerend goed*, p. (87) 102.

³²⁰ Rb. Dendermonde 19 december 2002, *T.Not.* 2003, 471; Rb. Gent 2 december 2008, *TBO* 2009, 104.

³²¹ Ten onrechte bepaalt bv. art. 180 § 1 Code Wallon de l'aménagement du territoire dat nietigverklaring mogelijk is van een verkoop met miskennning van het voorkooprecht - terwijl § 4 zegt dat er van rechtswege een opschortende voorwaarde is ingelast van niet-uitoefening van het voorkooprecht door de gerechtigde. Deze bepaling is dus inwendig tegenstrijdig.

³²² Bv. art. 2.4.2/4 CRO (voorheen art. 68 lid 3 DORO), te vervangen door art. 16 § 3 Decreet van 25

De retro-actieve indeplaatsstelling houdt in dat personen die van de onterechte koper hebben verkregen, verkregen hebben van een beschikkingsonbevoegde. Dit sluit niet uit dat derde-verkrijgers tegen deze retro-actieve naasting beschermd kunnen worden (zie de bespreking bij de regels inzake derdenbescherming in Deel VIII).

Andere voorkooppochten dan de wettelijke daarentegen, doen de in strijd ermee aangegane verbintenis niet teniet (behoudens mogelijke toepassing van de *Pauliana*) en stellen de gerechtigde evenmin in de plaats van de koper (vgl. ook verder nr.). Hooguit kan de koper een verplichting tot geven worden opgelegd bij wijze van herstel van een onrechtmatige daad, voor zover aan de vereisten daartoe is voldaan.

De persoon die het naastings- of voorkooppoch uitoefent wordt verder beschermd tegen veinzing door de oorspronkelijke partijen: tegenbrieven kunnen hem niet worden tegengeworpen³²³.

2° Zakelijke subrogatie

Hier ontstaat genoemd rechtsgevolg doordat een "gesubrogeerde" krachtens de wet gerechtigd wordt tot de vordering omwille van een objectief "causaal verband" tussen het ontstaan van de vordering en de aantasting van een zakelijk recht van de gesubrogeerde. Door die subrogatie kan niet langer meer de subrogant, maar enkel nog de gesubrogeerde op die titel beroepen. De subrogant behoudt mogelijks wel bepaalde rechten (een soort bewindsrecht op de schuldvordering).

f. Gevallen van terugwerkende kracht die geen titelgebreken zijn: beschikkingsonbevoegdheden

In dit rijtje werden alleen gevallen gegeven waarin de titel zelf (de overeenkomst) tenietgaat of althans niet tegenwerpbaar is. Soms gebeurt dit omwille van de bescherming van één der partijen, soms omwille van de bescherming van bepaalde derden. Wat in dit rijtje echter niet thuishoort, zijn de gevallen van beschikkingsonbevoegdheid, d.i. van zakelijke werkende rechten van derden. Wanneer een derde een zakelijk recht heeft op de desbetreffende goederen of een recht met zakelijke werking, dan brengt geen nietigheid mee van de titel (van de verbintenissen), maar in beginsel een ongeldigheid van de overdracht of vestiging van zakelijke rechten, althans ten aanzien van die derde. De rechten met zakelijke werking, die een beschikkingsonbevoegdheid meebrengen, worden in het volgende deel opgesomd. Daaronder hoort bv. ook het recht van de mede-gerechtigden van een onverdeeldheid van een geheel van goederen (nalatenschap e.d.m.); de terugwerkende kracht van de verdeling in ons recht wordt dan ook niet hier besproken, maar in het volgende deel.

mei 2007 harmonisering voorkooppochten (nog niet in werking).

³²³ Vgl. Cass. 11 december 1987, *RW* 1987-88, 1092 noot E. DIRIX, "Cessie en simulatie" = *RCJB* 1993, 53 noot D. PHILIPPE, "La simulation et la protection des tiers". Zie in het bijzonder ook art. 51, lid 3 Pachtwet; art. 16 § 3 Decreet van 25 mei 2007 harmonisering voorkooppochten.

Het onderscheid tussen beide technieken (enerzijds het toekennen van een recht met zakelijke werking, bv. bij mede-erfgenamen, anderzijds het toekennen van een vernietigingsrecht, bv. van de echtgenoot in de gevallen van art. 224 § 1 BW, een inkortingsrecht zoals dat van de reservataire erfgenamen, een *actio Pauliana* aan schuldeisers of een voorkoop- of naastingsrecht) is niet steeds even gemakkelijk te maken, zodat sommige rechtsfiguren in de rechtsleer wel eens anders worden geklasseerd.

6. Titels onder termijn en/of opschortende voorwaarde

a. Algemeen

1° Tijdsbepaling en voorwaarde – definitie en bespreking

Zoals in beginsel elke verbintenis, kan ook een verbintenis tot geven in beginsel zuiver en eenvoudig worden aangegaan, dan wel onder opschortende tijdsbepaling, dan wel onder opschortende of ontbindende voorwaarde.

Zoals bekend is het onderscheid tussen tijdsbepaling en voorwaarde dat de tijdsbepaling een zekere gebeurtenis behelst, ook indien niet vaststaat wanneer ze zal plaatsvinden (bv. het overlijden van iemand), terwijl de voorwaarde een objectief onzekere gebeurtenis behelst (ook indien ze voor de partijen “zeker” is) (zie de omschrijving in art. 1168 BW).

De ontbindende voorwaarde en de zakelijke werking ervan kwam hoger (nr.) reeds aan bod, alsook de onmogelijkheid van een ontbindende termijn, behalve dan bij opsplitsing van een goed in blote eigendom en een erkend beperkt zakelijk recht.

2° Modaliteiten van de verbintenis en modaliteiten van de overdracht

Te vaak ziet men de voorwaarde als een modaliteit van een rechtshandeling (bv. overeenkomst); in veruit de meeste gevallen gaat het evenwel om een modaliteit van een recht (of rechtsgevolg), zoals een (mogelijks uit een rechtshandeling voortvloeiende) verbintenis, een eigendomsverkrijging of een afstand. Maar partijen kunnen wel uitdrukkelijk overeenkomen dat een bepaalde overeenkomst nog niet gesloten is zolang een bepaalde voorwaarde niet is vervuld; zo kunnen zij in een voorovereenkomst waarbij opties verleend worden overeenkomen dat een verkoopovereenkomst eerst zal tot stand komen door het verlijden van de notariële akte³²⁴.

Termijn en voorwaarde als modaliteiten van de verbintenis tot geven mogen verder niet worden verward met termijn en voorwaarde van de eigendomsoverdracht die het beoogde gevolg is van de uitvoering van die verbintenis (dus van de juridische levering). Deze laatste komen verder ter sprake. Weliswaar zal de eigendomsoverdracht in beginsel plaatsvinden op het ogenblik waarop de termijn of voorwaarde voor de verbintenis is vervuld, doch dit is niet steeds het geval: het kan zijn dat de leveringshandeling zelf inhoudt dat het rechtsgevolg ervan (overdracht) eerst op termijn of onder voorwaarde geschiedt (voorbeeld: eigendomsvoorbehoud).

³²⁴ Zie de bespreking van deze "gekruiste optie" hoger en door H. DE DECKER, *NFM* 2008, p. 285 v.

De kwalificatie van de opschortende voorwaarde als een voorwaarde voor de (opeisbaarheid van de) verbintenis dan wel als een voorwaarde voor het ingaan van de eigendomsoverdracht kan van belang zijn voor meerdere zaken. Zo geldt het niet verschuldigd zijn van de evenredige registratierechten (art. 16 W.Reg.) enkel de gevallen waarin de verbintenis tot geven is opgeschort, en niet die waar de verbintenis tot geven onvoorwaardelijk is, maar nog niet is uitgevoerd, of althans het rechtsgevolg daarvan (de eigendomsoverdracht) is opgeschort (door een voorwaarde of termijn).

3° Nietige en geldige opschortende voorwaarden

De vraag van de geldigheid of nietigheid van voorwaarden werd reeds besproken bij de nietigheden. Daar werd uiteengezet dat ook de schenking onder opschortende voorwaarde kan geschieden, zolang deze niet zuiver potestatief is.

Voorbeeld van nietige opschortende voorwaarden zijn:

- de voorwaarde van wanbetaling ingelast in een verkoop van een goed door een schuldenaar aan zijn schuldeiser (of in een volmacht tot verkoop); dergelijk beding druist in tegen art. 1626 GerW, dat verbiedt om goederen van de schuldenaar uit te winnen zonder eerbiediging van de voorgeschreven procedure (behoudens wettelijk toegelaten gevallen van zelfhulpverkoop in een aantal bijzondere gevallen);
- elke voorwaarde gekoppeld aan de aanvaarding of verwerping van een nalatenschap. Deze dient immers onvoorwaardelijk te zijn (behoudens de mogelijkheid van beneficiaire aanvaarding);
- elke zuiver potestatieve opschortende voorwaarde aan de zijde van de schuldenaar (voor schenking art. 944 BW, maar algemene regel);
- bij een schenking, de voorwaarde van het voldoen van toekomstige schulden die niet uitdrukkelijk zijn omschreven in de schenkingsakte (of bijlage) (art. 945 BW).

Voorbeelden van vaak voorkomende opschortende voorwaarden:

- voorwaarde van het bekomen van financiering;
- voorwaarde van het bekomen van een vergunning (bouwvergunning, verkavelingsvergunning, exploitatievergunning, enz...);
- voorwaarde dat een voorkoopgerechtigde derde zijn voorkooprecht niet uitoefent;
- voorwaarde van de afwezigheid van hoger bod binnen een bepaalde termijn;
- voorwaarde van handlichting of zuivering van de hypotheek die het goed bezwaart;
- voorwaarde van het bekomen van een machtiging (bv. van de rechter-commissaris van een faillissement);
- voorwaarde van het bekomen van een balnco bodemattest.

Het is aan te bevelen aan de voorwaarde een wachttermijn te koppelen, d.i. een termijn waarbinnen de voorwaarde zich moet voordoen, en bij gebrek waarvan ze voor onvervuld wordt gehouden. Zoniet speelt art. 1176 II BW, volgens welke bepaling de voorwaarde eerst geacht onvervuld te zijn wanneer het zeker is dat de

gebeurtenis niet zal plaatshebben (die zekerheid wordt wel soepel uitgelegd in de rechtspraak)³²⁵.

Ook kan bedongen worden welke stappen de ene of de andere partij moet zetten binnen een bepaalde termijn om de realisatie van de voorwaarde te bewerkstelligen (bv. binnen welke termijn een vergunningsaanvraag moet worden ingediend³²⁶; welke stappen moeten worden ondernomen om financiering te bekomen³²⁷, enz.)

Ook moet worden nagegaan of de opschortende voorwaarde al dan niet uitsluitend in het voordeel van één partij werd aangegaan, zodat die daar afstand van kan doen³²⁸ (althans zolang ze niet is vervuld; nadien kan dat niet meer³²⁹).

4° Nietige opschortende tijdsbepalingen, in het bijzonder bij schenkingen

Op grond van art. 894 en 938 BW rijst de vraag of bij schenking de eigendomsoverdracht kan worden uitgesteld, en meer bepaald of een schenking met opschortende termijn mogelijk is. Wat betekent het dat een schenking "dadelijk" moet plaatsvinden ?

Welnu:

- a) deze regels houden wel in dat de nakoming van de leveringsverplichting (d.i. de juridische levering) niet kan worden uitgesteld;
- b) maar ten eerste houden ze niet in dat een schenking ook een dadelijke afgifte, een feitelijke levering van het goed vereist (dat is enkel vereist bij handgift); wel dat het recht op het goed, d.w.z. bij een zaak het eigendomsrecht, onmiddellijk wordt afgestaan;
- c) en vervolgens sluiten ze ook niet uit dat deze (juridische) levering onder opschortende termijn of voorwaarde geschiedt (mits het niet gaat om een potestatieve voorwaarde, of een van de door de wet bijzonder verboden voorwaarden)³³⁰.

³²⁵ Zie met name Cass. 25 mei 2007, nr. C.05.0588.N, *TBO* 2007, 183 = *RW* 2007-2008, 1034 concl. a.g. D. Thijs; onmogelijkheid werd in concreto afgewezen door Rb. Gent 13 januari 2009, *RW* 2009-2010, 1139

³²⁶ In Rb. Gent 13 januari 2009, *RW* 2009-2010, 1139 diende de koper binnen 3 maanden een bouwaanvraag in te dienen voor 26 appartementen; hij diende er een in voor 34 die werd gewiegd; ook de latere voor 26 werd slechts ten dele toegekend en voor het andere deel zou een belangrijke wijziging nodig zijn; de rechtbank oordeelt dat hier geen schending was van zijn verplichtingen door de koper en dat de voorwaarde nog steeds vervulbaar was.

³²⁷ Zie bv. Rb. Gent 12 januari 2010, AR nr. 09/0314 bvba Green Construct.

³²⁸ Zo oordeelde Hof Antwerpen 14 maart 2005 (voorziening in cassatie verworpen bij arrest Cass. 25 mei 2007, AR nr. C.05.0588.N) dat een opschortende voorwaarde in een koopovereenkomst vermoed wordt in het voordeel van de koper te zijn bedongen.

³²⁹ Hof Antwerpen 14 maart 2005, vorige voetnoot; M. PLESSERS, "Une partie peut-elle renoncer unilatéralement aux effets d'une condition suspensive stipulée dans son intérêt exclusif", *Cah. Dr. Immo.* 1999 nr. 1 p. 2 v.

³³⁰ Het (Staats)Nederlandse recht is hier strenger; volgens art. 3:85, lid 2 wordt een verbintenis strekkende tot overdracht van een goed onder opschortende tijdsbepaling van rechtswege aangemerkt als een verbintenis tot onmiddellijke overdracht van het goed met voorbehoud van vruchtgebruik voor de gestelde tijd.

Ad c) Zelfs een schenking met werking op het tijdstip van overlijden van de schenker is mogelijk³³¹, mits aan de begiftigde een daadwerkelijk en niet slechts gebeurlijk recht wordt toegekend (het laatste is bv. het geval wanneer de begiftigde slechts een recht verkrijgt voor zover de goederen nog deel zouden uitmaken van het vermogen van de schenker). Het gaat hier dan wel om een termijn als modaliteit van de eigendomsoverdracht als rechtsgevolg van de levering en niet als een modaliteit van de verbintenis (de verbintenis moet dadelijk worden uitgevoerd, maar die dadelijke uitvoering kan inhouden dat het rechtsgevolg eerst op termijn intreedt). Buiten elke betwisting staat verder de mogelijkheid van een schenking onder ontbindende voorwaarde, mits die voorwaarde niet “zuiver potestatief” is (d.i. door de loutere wil van de schenker kan worden vervuld).

In strikte zin is een schenking van toekomstige goederen wel niet mogelijk (vgl. hoger de bespreking van art. 943 BW) - wel echter van bestaande rechten die tot het verkrijgen van een toekomstig goed kunnen leiden³³² – behalve bij (herroepelijke) alle schenkingen tussen echtgenoten, zie de verwijzing in art. 947 BW) en in de beperkte gevallen waarin een contractuele erfstelling mogelijk is (art. 1048, 1082 en 1093 BW); overigens gaat het daarbij niet zozeer om een schenking van de goederen, als om een erfstelling – een schenking van rechten die eerst kunnen worden bepaald bij het openvallen van de nalatenschap.

Dat de levering dadelijk moet geschieden, en de schenking geen toekomstige goederen mag verschaffen, sluit vanzelfsprekend niet uit dat men door middel van een schenking een beperkt zakelijk recht vestigt (dat nog niet bestond dus door afsplitsing van het eigendomsrecht), zoals in het bijzonder een recht van vruchtgebruik.

b. Inlassing; toepassingen.

1° Uitdrukkelijke inlassing

Bij de inlassing van voorwaarden in een authentieke akte mag men niet vergeten dat de voorafgaand eonderhandse overeenkomst bindend is tussne partijen en er dus niet achteraf eenzijdig (zonder het akkoord van alle partijen) voorwaarden kunnen worden⁰ toegevoegd.

2° Stilzwijgende inlassing

Ons recht is minder streng voor de aanvaarding van niet-wettelijk bepaalde stilzwijgende opschortende voorwaarden dan bij ontbindende voorwaarden (waarover hoger). Ook zijn er een heel aantal gevallen waarin de wet de verbintenis

³³¹ Wat niet belet dat een dergelijke schenking krachtens de wetgeving op de successierechten belast kan worden zoals een legaat. Zie met name art. 4, 3° W.Succ.(Vlaams Gewest).

³³² Zie voor uitwerking H. DE PAGE, *Traité*, VIII nr. 237.

(tot geven of de tegenprestatie ervan) dwingend of suppletief aan een opschortende voorwaarde onderwerpt. Zo bv. het verkrijgen van een bouwvergunning in vooruitbetalingsovereenkomsten betreffende te bouwen woningen (art. 7 Wet 9-7-1971).

Vaak voorkomende opschortende voorwaarden zijn, behalve het bekomen van een bouwvergunning en dergelijke, het bekomen van een financiering door de koper, het bekomen van een blanco-attest inzake bodemvervuiling (Bodemdecreet, zie hoger), de niet-uitoefening van een voorkooprecht door de daartoe gerechtigde, e.d.m.

Een opschortende voorwaarde van vooroverlijden³³³ vinden we terug in een aanwasovereenkomst tussen mede-eigenaars, een aanwasbeding tussen de verkrijgers gemaakt bij gezamenlijke verkrijging, bij het tontinebeding overeengekomen tussen verkrijgers bij de gezamenlijke verkrijging van een goed.

Een legaat geschiedt van rechtswege onder tijdsbepaling (het overlijden is een zekere gebeurtenis en dus geen voorwaarde) (en bovendien onder potestatieve voorwaarde van niet-herroeping door de testator).

³³³ Vooroverlijden van een partij t.a.v. een andere is immers, anders dan het overlijden zelf, een voorwaarde en geen tijdsbepaling.

c. Rechtsgevolgen

1° Opschortende voorwaarde.

Een opschortende voorwaarde maakt in het algemeen dat een gebeurlijke uitvoering van de daaraan onderworpen verbintenis vooraleer de voorwaarde is verwezenlijkt, onverschuldigd wordt geacht.

Deze regel geldt zo voor de feitelijke levering, die meestal nog moet volgen na de rechtelijke levering (waarover zo dadelijk meer), of de vervulling van de publiciteit: deze prestaties zijn in beginsel onverschuldigd indien zij plaatsvinden voor de voorwaarde is vervuld (zodat de ongedaanmaking kan worden gevorderd).

Voor de verbintenis tot geven dient dit echter te worden geschakeerd. In ons recht gebeurt de uitvoering van de verbintenis tot geven immers in beginsel consensueel (door de instemming van de partijen met de eigendomsoverdracht of de vestiging van het zakelijk recht, instemming die de levering is in rechtelijke zin) en wordt zij in de meeste gevallen vermoed reeds te hebben plaatsgevonden op het tijdstip waarop de verbintenisscheppende overeenkomst is gesloten (art. 1138 BW, de precieze draagwijdte hiervan wordt verder in Hoofdstuk II. besproken). Deze uitvoering voor het tijdstip van vervulling van de voorwaarde is niet onverschuldigd, maar zal pas uitwerking hebben wanneer de voorwaarde wordt vervuld. Indien de verbintenis tot geven zelf onder een opschortende voorwaarde plaatsvindt, dan betekent die impliciete uitvoering ervan (die normaal nog zal moeten worden gevolgd door een feitelijke levering) niet dat men afstand doet van de opschorting van de eigendomsoverdracht. Het rechtsgevolg zelf, namelijk het overgedragen zijn van de eigendom of het gevestigd zijn van het zakelijk recht, zal eerst intreden wanneer de opschortende voorwaarde waaraan de verbintenis tot geven (als onderscheiden van de verbintenis tot feitelijke terbeschikkingstelling) was onderworpen.

Hoewel de vervulling van de voorwaarde verbintenisrechtelijk in beginsel terugwerkende kracht heeft (art. 1179 BW), kan men zich toch afvragen of dat ook zakenrechtelijk het geval is; dat zou inhouden dat de eigendomsoverdracht of vestiging dan vanaf dat ogenblik geacht wordt reeds eerder te hebben plaatsgevonden (mits natuurlijk reeds eerder aan alle andere vereisten voor de overdracht of vestiging is voldaan). Zeker is in ieder geval dat de partij die een goed verkrijgt onder opschortende voorwaarde niet intussen reeds een “eigendom onder opschortende voorwaarde” heeft op dat goed. Een dergelijk zakelijk recht bestaat niet in ons recht, behoudens wettelijk georganiseerde uitzonderingen³³⁴.

³³⁴ Men kan een uitzondering zien in de bepalingen die voorwaardelijke transacties met effecten in effectenvereffeningssstelsels faillissementsvast maken - bv. art. 11 lid 2 (voorheen 9 lid 2) KB giraal effectenverkeer, art. 10 W. 2 januari 1991 en de veralgemening ervan in de Wet Financiële zekerheden (WFZ).

Verder is de terugwerkende kracht niet dwingend en kan uit de overeenkomst het gebrek eraan blijken³³⁵; partijen kunnen ook tijdens de uitvoeringsfase afstand doen van die terugwerkende kracht.

Wanneer een verbintenis aan een opschortende voorwaarde is onderworpen, verhindert dit niet dat de schuldenaar wel reeds gehouden is tot een aantal bijkomende verplichtingen, bv. zich onthouden van alles wat in strijd met de overeenkomst de verwezenlijking van de voorwaarde zou verhinderen³³⁶. Deze verplichting wordt beteugeld door art. 1178 BW (de voorwaarde wordt voor vervuld gehouden).

2° Tijdsbepaling.

Gaat het niet om een opschortende voorwaarde, maar om een tijdsbepaling, dan kan de verbintenis reeds eerder worden uitgevoerd en de levering van de eigendom dus eerder plaatsvinden indien aan de andere vereisten is voldaan. De voortijdige vrijwillige uitvoering is niet onverschuldigd, zodat ongedaanmaking niet kan worden gevorderd.

Ook deze beginselen moeten echter geschakeerd worden wanneer het een verbintenis tot geven betreft, die geacht wordt (krachtens art. 1138 BW) reeds te zijn uitgevoerd op het tijdstip waarop de verbintenisscheppende overeenkomst is gesloten. Dit verplicht de schuldenaar natuurlijk niet om nu ook de feitelijke levering te gaan vervroegen; en dit verhindert niet dat de tijdsbepaling, al was ze als een termijn voor de verbintenis bedongen, nog steeds de overdracht of vestiging zelf blijft uitstellen (dit blijkt ook reeds uit art. 1138 BW, dat zegt dat het risico overgaat op het tijdstip waarop moest geleverd worden; men weet dat risico en eigendom in beginsel samen overgaan in het stelsel van het BW).

³³⁵ Vgl. Cass. 9 november 1956, *Pas.* 254.

³³⁶ Zie onder meer Cass. 5 juni 1981, *Arr.* 1157 = *JT* 1982, 344 = *RW* 1981-82, 250 = *RCJB* 1983, 199 n. J. HERBOTS.

AFDELING C. DE UITVOERING VAN DE VERBINTENIS TOT GEVEN: “LEVERING” IN RECHTELIJKE ZIN - VERHOUDING MET BEZITSVERKRIJGING

Naast de vereisten uit het algemeen deel en de eis van een geldige titel - d.i. een geldige verbintenis tot geven - is de tweede bijzondere vereiste voor de overdracht of vestiging van zakelijke rechten dat die verbintenis tot geven wordt uitgevoerd. Deze uitvoering wordt “levering” genoemd. Ook de afstand van recht en de declaratieve toebedelingen zijn vaak te zien als een uitvoering van een onderliggende verbintenis (en in die zin een vorm van levering).

Na algemeen te hebben nagegaan aan welke regels de levering is onderworpen (1.) wordt vervolgens nagegaan in welke mate de levering zuiver consensueel kan geschieden (2.), en dan op welk tijdstip de levering en op welk tijdstip de eigendomsoverdracht plaatsvindt (3.) en wordt tenslotte het belang van de eigendomsovergang tussen partijen aangegeven (4.).

1. Aard van de levering (in rechtelijke zin) en regels waaraan ze is onderworpen.

Aan welke voorwaarden de levering moet voldoen is een vraag van zakenrecht, en dus bepaald door de wet van de ligging (niet door de *lex contractus*)³³⁷. De *lex rei sitae* bepaalt ook hoe men tegen die levering moet aankijken (rechtshandeling of niet, zie verder), in welke vorm zij moet geschieden e.d.m. Wel kan het zijn dat de *lex rei sitae* bepaalde aspecten van die handeling overlaat aan een andere wet. Zo wordt de handelingsbekwaamheid ook voor een zakelijke rechtshandeling bepaald door de personele wet. Ons recht is geneigd om ook de uitvoering tussen partijen te laten bepalen, door de *lex contractus* en enkel de tegenwerpelijheid aan derden te onderwerpen aan de eisen van de *lex rei sitae*.

a. Het begrip levering (in rechtelijke zin)

Hoger werd reeds ingegaan op het onderscheid in ons recht tussen de levering in rechtelijke zin en de levering in een meer feitelijke zin. Samengevat kan het volgende worden herhaald.

De uitvoering van de verbintenis tot geven in enge zin (onderscheiden van verbintenissen tot doen, zoals feitelijke overgave of terbeschikkingstelling, publicatie en dergelijke) geschiedt in ons recht door een handeling die gericht is op de overgang van het goed of het ontstaan van het zakelijk recht (dus de instemming met de eigendomsovergang e.d.)³³⁸ of minstens deze overgang of vestiging in feite

³³⁷ Zie uitvoeriger H. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, nr. 524 v.

³³⁸ Vgl. N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, nr. 245, volgens wie de uitvoering van een verbintenis tot geven het sluiten impliceert van een overeenkomst tot het doen overgaan van de eigendom (convention translatrice de propriété).

meebrengt. Deze handeling heet “levering” in rechtelijke zin en wordt uitgewerkt onder 3.

In uitzonderlijke gevallen kent ons recht ook de levering als een abstracte zakenrechtelijke rechtshandeling, bv. de overboeking van effecten in een effectenverrekeningsstelsel.

De eigendom gaat dus niet over door de koopovereenkomst e.d., maar door de levering, die normaal gezien wordt als de uitvoering van de verbintenis uit die overeenkomst - of juist: van één van die verbintenissen, nl. de verbintenis tot geven -. Wel geschiedt deze levering tussen partijen veelal reeds op het ogenblik waarop de verbintenis ontstaat, en wel omwille van de twee volgende regels:

- a) levering in rechtelijke zin - verschaffing van rechtelijk bezit kan tussen partijen *solo consensu* gebeuren, behoudens een reeks uitzonderingen (onder 2.);
- b) wanneer het om een contractuele verbintenis tot geven gaat worden partijen behoudens andersluidende afspraak in beginsel vermoed de nodige instemming (voor eigendomsoverdracht of vestiging) te hebben gegeven zodra zij die verbintenis aangaan, zelfs bij voorbaat (onder 3.).

Maar er zijn ook vele gevallen waarin dit niet zo is, omdat de verbintenis tot geven niet ontstaat uit overeenkomst, of omdat uit de aard van de verbintenis (geven gemengd met doen, enz.) of op grond van de overeenkomst tussen partijen (waarbij zij dat bedongen hebben dat zij eerst later tot de leveringshandeling zullen overgaan) of omwille van de vormvereisten aan de levering.

Het kan ook zijn dat de leveringshandeling zelf wel dadelijk plaatsvindt, maar het rechtsgevolg eigendomsoverdracht, vestiging zakelijk recht) uitgesteld wordt tot een later ogenblik, zij het omwille van wettelijke redenen (bv. nog niet bestaan van de zaak, niet gespecificeerd zijn, enzovoort) dan omwille van de bepalingen van de overeenkomst.

b. De levering als beschikking of zakenrechtelijke handeling.

De levering is meer in het bijzonder een "beschikking" in de oorspronkelijke (Romeinsrechtelijke) betekenis van de term (zie de bespreking in Deel I). “Beschikken” komt dus overeen met “geven” in de technische betekenis van “verbintenis tot geven” (zie hoger).

Duidelijkheidshalve kunnen we ook zeggen dat het hier geen verbintenisrechtelijke, maar een zakenrechtelijke handeling betreft.

c. De levering (in rechtelijke zin) als een afzonderlijk te ontleden - zakenrechtelijke - rechtshandeling.

Aan het bestaan van een zakenrechtelijke handeling, gericht op de overgang van het goed of het ontstaan van het zakelijk recht, wordt meermaals getwijfeld, omdat dit

rechtsgevolg reeds zou besloten liggen in de rechtshandeling waarmee de verbintenis tot geven wordt aangegaan. In die opvatting bestaat er alleen:

- a) de overeenkomst (bv. verkoop, schenking, zekerheidsovereenkomst) waarmee de verbintenis tot geven wordt aangegaan en normaal ook uitgevoerd, of waarin de afstand wordt overeengekomen (inb. verdelingsovereenkomst), en
- b) de feitelijke handeling waarmee de nog resterende verbintenis tot doen (feitelijke levering, terbeschikkingstelling) wordt nagekomen.

Afgezien van de vraag of het bij de levering noodzakelijk om een rechtshandeling gaat (zie verder), vereist een juiste ontleding m.i. wel een onderscheid tussen:

- de verbintenisrechtelijke ("obligatoire") handeling, waarmee de verbintenis tot geven wordt aangegaan, en
- de zakenrechtelijke handeling, waarmee deze wordt uitgevoerd, d.w.z. de handeling van de vervreemder die naast andere vereisten nodig is voor de overgang van het goed of het ontstaan van het zakelijk recht (zakenrechtelijke handeling die "translatief" heet wanneer het om een overdracht van goederen gaat en "constitutief" wanneer het om een vestiging van zakelijke rechten gaat - zie de terminologie in art. 1 HypW).

Voor deze onderscheiding zijn er meerdere redenen, onder meer de volgende³³⁹.

a) Ten eerste kunnen verbintenissen tot geven niet alleen uit overeenkomst ontstaan, maar ook uit andere rechtsfeiten, zoals een eenzijdige belofte van de vervreemder, een legaat, of - nog problematischer - een rechterlijke beslissing, of zelfs een eenzijdige beslissing van de schuldeiser krachtens de wet (zie hoger hoofdstuk I. van dit Deel). Zeker in de laatste twee gevallen is de verbintenis tot geven niet van rechtswege uitgevoerd door het ontstaan van de verbintenis en is er een afzonderlijke zakenrechtelijke uitvoeringshandeling noodzakelijk³⁴⁰. Hetzelfde geldt traditioneel voor de verbintenis tot geven die bijkomstig is aan een aanneming³⁴¹.

b) Vervolgens is een onderscheid tussen de verbintenisrechtelijke en de zakenrechtelijke handeling ook nuttig wanneer beiden samenvallen, omdat de modaliteiten (termijn, voorwaarde en dergelijke) van beiden onderling verschillend kunnen zijn. Voorbeelden daarvan komen hieronder aan bod.

c) Het is ook zo dat de zakenrechtelijke handeling niet volledig wordt geprogrammeerd door de verbintenis. Zo bv. is het ontslaan van de

³³⁹ Vgl. voor de discussie in (Staats)Nederland ASSER-MIJNSEN-DE HAAN, *Zakenrecht I, Algemeen goederenrecht*, Tjeenk Willink Zwolle (13) 1992, p. 162 v.

³⁴⁰ Vgl. C. BUFNOIR, *Propriété et contrat. Théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations*, Rousseau Parijs (2) 1924, p. 53-54, en verder op p. 56 "la véritable règle (bedoeld is art. 1138 BW) n'est pas que la propriété est transférée de droit dès qu'il existe une obligation de transférer la propriété, mais dès qu'on est convenu de transférer la propriété". Zie ook N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, nr. 53.

³⁴¹ Vgl. C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, p. 52, die het naar aanleiding hiervan heeft over "contrat réel" of "contrat translatif de droit".

hypotheekbewaarder van ambtshalve inschrijving van het voorrecht van de verkoper een afstand van een zakelijk recht, die weliswaar voortbouwt op een verbintenisrechtelijke handeling (de verkoop), maar daar nog niet in besloten ligt.

d) Verder zijn er een aantal gevallen waar de wet vormvereisten voorschrijft die niet gelden voor het aangaan van de verbintenis tot geven, maar enkel voor de leveringshandeling.

e) Vergelijkbaar zijn ook de gevallen waarin de vervreemder niet *solo consensu* kan leveren, omdat hij de zaak houdt voor een ander dan de schuldeiser (koper e.d.) (detentor, geen bezit *pro suo*) en hij dus juridisch niet kan instemmen met de eigendomsovergang, tenzij door tegenspraak tegen het recht van die ander (vgl. art. 2238 BW), tegenspraak waarvoor de loutere wilsovereenstemming tussen hem en de koper niet voldoende is.

f) In sommige gevallen vereist ons recht een abstracte levering – zo de overboeking bij effecten in een effectenverrekeningsstelsel. Het gaat hier duidelijk om een afzonderlijke, zakenrechtelijke handeling.

g) En tenslotte is het toepasselijk recht in internationale verhoudingen verschillend: voor de verbintenisrechtelijke handeling geldt de *lex contractus*, voor de zakenrechtelijke handeling de *lex rei sitae*.

d. Aard van de leveringshandeling en regels waaraan de levering (in rechtelijke zin) als handeling is onderworpen

1° Algemeen: in welke mate gelden voor de levering de regels inzake (tweezijdige) rechtshandelingen ?

a) Rechtshandeling ?

Rechtsvergelijkend gezien bestaan er uiteenlopende visies op de aard van de levering als handeling, die gaan

- van de opvatting die de levering ziet als een zuivere rechtshandeling
- tot diegene die de levering ziet als een zuiver feitelijke handeling van uitvoering van een verbintenis tot geven.

Hoewel de levering in ons recht op enkele uitzonderingen na causaal is, en dus gezien wordt als de uitvoering van een verbintenis, wordt zij ook in die grote meerderheid van de gevallen vaak gezien als een rechtshandeling. Slechts uitzonderlijk is deze rechtshandeling aan vormvereisten onderworpen; in een heleboel gevallen zullen er wel bijkomende feitelijke vereisten zijn opdat zij ten volle uitwerking zou hebben, minstens t.a.v. derden (doch deze vereisten, voornamelijk publiciteitsvereisten, worden dan niet als een bestanddeel van die handeling zelf gezien)

Over de kwalificatie van de levering als zakenrechtelijke handeling bestaat er wel discussie³⁴². Bij elke levering - en zo ook bij de afstand e.d. - zal er minstens een eenzijdige rechtshandeling zijn. Of het ook een tweezijdige handeling moet zijn wordt hieronder besproken. M.i. kan het geen kwaad die handeling als een rechtshandeling te kwalificeren, voor zover men dit begrip niet overdreven dogmatisch uitlegt. Regels die toepasselijk zijn op rechtshandelingen in de ruimste zin zijn toepasselijk, maar dit geldt niet voor alle regels betreffende verbintenisscheppende overeenkomsten. Het gevolg daarvan is dat de levering als rechtshandeling ook onder bepaalde voorwaarden kan worden nietig verklaard (indien ze een zuivere uitvoeringshandeling is, is nietigverklaring niet mogelijk – wel kan de handeling dan nog onverschuldigd zijn en de prestatie op die grond worden teruggevorderd, maar niet op grond van nietigheid).

b) Tweezijdige handeling?

i) In beginsel tweezijdig karakter.

De vraag rijst of de levering in ons recht eenzijdig kan geschieden, dan wel de instemming van de verkrijger vereist.

Vanzelfsprekend is er een nadere instemming van de verkrijger vereist indien het goed niet aan de overeenkomst beantwoordt (dit is vooral van belang bij soortzaken); deze instemming heeft *de facto* terugwerkende kracht. Evenwel gaat het hier om een wijziging van de verbintenis zelf, en zegt dit

³⁴² Zie voor deze discussie onder meer J.H.M. van SWAAIJ, “De problematische verhouding tussen de zakelijke overeenkomst en bezitsverschaffing”, *WPNR* (1994) nr. 6157; BRAHN & REEHUIS, *Overdracht* (3) 1997, p. 49 v. (contra); ASSER-MIJNSEN-DE HAAN, *Zakenrecht*, 1992 nr. 259 v. (pro).

geval niets over de vraag of de levering zelf tweezijdig moet zijn³⁴³.

In de meeste gevallen is verder de instemming van beide partijen reeds op voorhand gegeven (of impliciet in de verbintenisscheppende overeenkomst). Wanneer de levering daarbij - krachtens de wet of de overeenkomst - pas uitwerking krijgt na vervulling van een eenzijdige feitelijke handeling door de ene of de andere partij, kan die handeling natuurlijk eenzijdig zijn, precies omdat partijen reeds op voorhand hebben ingestemd³⁴⁴. Zo bv. kunnen partijen zijn het ermee eens dat de eigendom zal overgaan op het ogenblik van de eenzijdige specificatie van de soortgoederen door de verkoper. Omgekeerd kan de schuldeiser in sommige gevallen eenzijdig tot "levering" - door toe-eigening - overgaan, wanneer hij daartoe de bevoegdheid heeft gekregen bij overeenkomst.

Hetzelfde geldt wanneer de instemming van de verkrijger alleen reeds op voorhand was gegeven, en enkel nog een rechtshandeling van de vervreemder is vereist.

In al die gevallen kan de andere partij de overdracht wel verwerpen voor zover de specificatie door de wederpartij in strijd met de verbintenis is gebeurd of het goed anderszins niet-conform is. In beginsel blijft de eigendom dan bij de vervreemder (al kan hij die natuurlijk wel prijsgeven, zodat het een *res derelicta* - *res nullius* wordt, waarop gebeurlijk de regels op de achtergelaten voorwerpen toepassing vinden). Op de verschillende aansprakelijkheden van partijen in dergelijke gevallen wordt hier niet ingegaan, aangezien dit een zuiver verbintenisrechtelijke vraag is.

Ook mag men uit de genoemde gevallen niet afleiden dat de levering eenzijdig kan geschieden wanneer de instemming van de verkrijger niet reeds op voorhand is gegeven³⁴⁵. Dit geval komt weliswaar minder voor, maar is daarom nog niet zeldzaam (denken we voornamelijk aan de aannemingsovereenkomst met bijkomstige verbintenis tot geven; verder de overeenkomst waarin uitdrukkelijk een nadere instemming van de verkrijger is vereist voor de eigendomsovergang, en de verbintenissen tot geven die ontstaan uit eenzijdige beloften of eenzijdige afstand *in favorem* of uit een (nog niet door de derde-begunstigde aanvaard) derdenbeding; uit legaat (en aanvaarding ervan), uit de uitoefening van een wettelijk uittredingsrecht van vennoten, uit onrechtmatige daad of uit bepaalde gevallen van ongegronde verrijking). Dan is er in beginsel wel een instemming van de verkrijger vereist. De traditie wil namelijk dat men niet door overdracht eigenaar kan worden tegen zijn wil³⁴⁶.

Vb. zgn. afstand van natrekking (d.i. vestiging van opstalrecht). Aanvaarding daarvan is niet nodig opdat de afstand bindend zou zijn t.a.v. de begunstigde, maar de begunstigde zal wel moeten meewerken om deze verbintenis uit te voeren en dus het opstalrecht daadwerkelijk in het leven te roepen. Op zakenrechtelijk vlak ontstaat dit opstalrecht niet zolang de begunstigde niet heeft aanvaard.

Deze tweezijdigheid is niet vereist voor een louter eenzijdige afstand, die niet translatief of constitutief is, maar "abdicatief". In geval van afstand aanvaardt ons recht wel dat de zakelijke rechten van een derde daardoor kunnen aanwassen buiten zijn wil om (bv. recht van de eigenaar bij afstand van vruchtgebruik door de vruchtgebruiker). Deze vorm van afstand is dus een eenzijdige rechtshandeling maar in beginsel wel een ontvangstbehoevende handeling (*acte réceptice*)³⁴⁷; dit is zeker het geval bij afstand van rechten op schuldvorderingen, die maar intreedt door mededeling aan

³⁴³ Vgl. P. van OMMESLAGHE, "Le paiement: rapport introductif", *Rev. Dr. ULB*, 1993 p. (9) 19.

³⁴⁴ Vgl. P. van OMMESLAGHE, *Rev. Dr. ULB*, 1993 p. (9) 30-31, betreffende de levering van soortzaken.

³⁴⁵ CATALA, La nature juridique du paiement, nr. 245. Anders P. van OMMESLAGHE, *Rev. Dr. ULB*, 1993 p. (9) 29-32, die evenwel de hier besproken gevallen niet in zijn bespreking betreft.

³⁴⁶ Vgl. hierover R.J. POTHIER, *Traité du domaine du contrat de propriété*, nr. 231 v. en ook 259 v.

³⁴⁷ Over dit begrip, zie mijn *De invloed van de goede trouw op contractuele schuldvorderingen*, nr. 80.

de schuldenaar van die schuldvordering.

Wanneer de afstand van rechtswege het aanwassen van andermans rechten tot gevolg heeft ("declaratieve" toebedeling) - bv. ingevolge een verdelingsovereenkomst -, is kennisname door die persoon vereist (de bezitter van het goed waarop de afstanddoende partij zakelijke rechten had).

De vereiste aanvaarding moet ook niet worden overroepen. Denken we bv. aan de uitvoering van een eenzijdige belofte tot geven om niet door de storting of overschrijving van een geldsom op rekening van de promissaris. Een stilzwijgende aanvaarding wordt vermoed indien de verkrijger de verkrijging niet weigert door terug over te schrijven.

Uitzonderlijk bepaalt de wet dat de levering kan geschieden zonder de instemming van de vervreemder, zo bv. in art. 513 Wb.Venn., waar de overdracht van door een grootaandeelhouder (minstens 95 %) genaaste effecten in beginsel geschiedt door de aanbieding ervan door de minderheidsaandeelhouder, doch bij gebreke daarvan van rechtswege geschiedt bij afloop van de bij het uitvoeringsbesluit bepaalde procedure, die onder meer consignatie van de prijs omvat.

De levering geschiedt zonder echte instemming van de verkrijger, wanneer het gaat om de oprichting van een rechtspersoon (zij het door een eenzijdige, zij het door een meerzijdige rechtshandeling).

Wanneer zakelijke rechten gevestigd worden krachtens de wet en niet krachtens een verbintenis, vindt deze vestiging vaker plaats d.m.v. een eenzijdige rechtshandeling. Denken we aan het beslag, aan het nemen van een wettelijke hypotheek e.d.

ii) Instemming vervangen door rechterlijke beslissing.

Wel kan de toestemming van de partij die weigert in te stemmen met de eigendoms-overgang (zowel de vervreemder als de verkrijger) - of van de partij die weigert een afstand te doen waartoe ze verplicht is (inbegrepen het geval waarin een partij weigert tot verdeling of toebedeling over te gaan) - desnoods worden vervangen door een rechterlijke beslissing (dit heeft vooral belang voor verbintenissen tot geven of afstand doen die niet uit een overeenkomst zouden ontstaan). De rechter kan daarbij de schuldeiser machtigen eenzijdig tot toe-eigening over te gaan of zelfs zijn vonnis in de plaats stellen van de vereiste toestemming van partijen. De verbintenis tot geven is daarmee uitgevoerd; voor de publicatie van de levering of voor de feitelijke levering zal er natuurlijk nog een nadere uitvoering van de beslissing nodig zijn (desnoods met tussenkomst van de gerechtsdeurwaarder). Ook het verlijden van de authentieke akte kan worden vervangen door een vonnis³⁴⁸.

Een dergelijke rechterlijke beslissing werkt in beginsel terug tot op het ogenblik waarop de weigerachtige partij had moeten toestemmen.

Een uitdrukkelijk voorbeeld daarvan vinden we in art. 239 Zeewet betreffende het abandonnement ("Zodra het abandonnement betekend en aangenomen is of bij vonnis geldig verklaard, behoren de verzekerde goederen aan de verzekeraar, vanaf het tijdstip van het abandonnement").

³⁴⁸ Cass. 31 januari 2008, *RW* 2008-2009, 573 n. R. JANSSEN.

c) Zakenrechtelijke eisen aan de handeling.

De zakenrechtelijke handeling moet aan de door het toepasselijke zakenrecht bepaalde geldigheidsvereisten voldoen (uitgezonderd de rechtsbekwaamheid, die door de personele wet wordt bepaald), bv. wat betreft de bepaalbaarheid van het voorwerp. Hiervoor gelden in beginsel dezelfde regels als voor verbintenissenrechtelijke handelingen, meer bepaald wat betreft toestemming en de wilsgebreken zoals feitelijke dwaling, geweld en bedrog³⁴⁹.

De eis van afwezigheid van dwaling omtrent de rechtsgrond daarentegen is in ons causaal stelsel van overdracht van goederen opgeslorpt door het vereiste van een geldige titel³⁵⁰. Dit vereiste is in de meeste gevallen een strenger vereiste. In enkele gevallen daarentegen gaat het minder ver, namelijk in geval van verjaarde schuld: wordt er bv. betaald in de overtuiging dat de schuld nog niet verjaard is, dan is deze betaling niet onverschuldigd en kan ze niet teruggevorderd worden (dit geldt zowel verbintenissenrechtelijk als zakenrechtelijk).

Omgekeerd is het ook zo dat een vrijwillige uitvoering van een relatief nietige verbintenis nadat de nietigheidsgrond is weggevallen (d.i. met kennis van zaken) normaal ook de verbintenis geldig maakt.

De regels voor verbintenissenrechtelijke handelingen gelden in beginsel ook voor de afstand van recht, ook in die gevallen waarin er geen onderliggende verbintenis is.

d) Toepasselijkheid van regels betreffende handelingen om niet ?

Wel zijn er in ons recht enkele regels die enkel gelden voor onverplichte handelingen, zoals bv. de *actio pauliana* (anders dan de aanvechtingsmogelijkheid van art. 17 Faill.W.), de bijzondere vereisten gesteld aan “daden van beschikking” (in de zin van het BW), en dergelijke meer. Daar waar verbintenissenrechtelijke handelingen (overeenkomsten) meestal onverplichte handelingen zijn, is de levering als zakenrechtelijke handeling in beginsel een verplichte rechtshandeling en als dusdanig op zichzelf niet aan die regels onderworpen (wel zal de niet-tegenwerpbaarheid van de onderliggende titel ook de niet-tegenwerpbaarheid van de daarop gegronde overdracht meebrengen). De afstand van recht is wel aan die regels onderworpen, tenzij de afstand geschiedt in uitvoering van een verbintenis (in welk geval het de verbintenis-scheppende handeling is die gebeurlijk met de *pauliana* kan worden aangevochten) (vb. de wederzijdse afstand in uitvoering van een verdelingsovereenkomst). Zoals in Deel I. uitgewerkt, gelden sommige aanvechtingsmogelijkheden van art. 17 Faill.W. echter ook voor verplichte rechtshandelingen, zoals de vestiging van zakelijke zekerheden voor reeds bestaande schulden.

e) Vormvereisten ?

Anders dan in de meeste rechtssystemen, is de levering in ons recht evenzeer als andere handelingen in beginsel vormvrij.

³⁴⁹ Zie bv. in de oudere rechtsleer M. PROUDHON, *Traité du domaine de propriété*, Wahlen Brussel 1841, ntr. 507-523.

³⁵⁰ In het NBW blijkt dit duidelijk daaruit dat de dwaling, anders dan de andere wilsgebreken, niet in het algemeen deel van het vermogensrecht wordt besproken, maar enkel in het verbintenissenrecht (art. 6: 228 NBW).

Dit beginsel dient echter in belangrijke mate te worden geschakeerd, wat in 2. gebeurt.

Ook is het zo dat de vormvereisten die in andere rechtsstelsels worden gesteld aan de levering, in ons recht wel degelijk bestaan, maar een beperktere rol spelen, nl. enkel als voorwaarde voor de tegenwerpbaarheid aan derden of bepaalde categorieën van derden (met name derden met een ouder zakelijk recht) - zie 4. en de volgende Delen.

2° Wie moet leveren; levering door middel van een vertegenwoordiger.

De vraag wie moet leveren moet worden onderscheiden van de vraag naar de beschikkingsbevoegdheid. Vanzelfsprekend rijst er een vraag wanneer de levering van een goed (*c.q.* vestiging van een zakelijk recht, afstand enz.) gebeurt door een persoon die daartoe niet bevoegd is of die bevoegdheid te buiten gaat. Dit wordt in Afdeling D. besproken.

Daarnaast rijst in een causaal stelsel van overdracht evenwel ook de vraag onder welke voorwaarden er – los van de vereiste beschikkingsbevoegdheid - sprake is van een levering (in rechtelijke zin), en meer bepaald of de levering ook moet geschieden door de partij die de schuldenaar is van de verbintenis tot geven.

De levering kan natuurlijk op de eerste plaats geschieden door de schuldenaar zelf.

Vervolgens kan de levering als rechtshandeling in beginsel ook geschieden door een vertegenwoordiger die in naam van en voor rekening van de schuldenaar handelt, mits hij de macht heeft om die schuldenaar te vertegenwoordigen. Bij de gewone of onmiddellijke vertegenwoordiging (d.i. handelen in naam van de vertegenwoordiger) gelden hiervoor precies dezelfde regels als bij verbintenisrechtelijke rechtshandelingen (kort samengevat: deze macht kan het gevolg zijn van het feit dat hij krachtens de inwendige rechtsverhouding met de vertegenwoordigde bevoegd is, dan wel ondanks onbevoegdheid in de inwendige verhouding op grond van een schijn van bevoegdheid of een wettelijke grond voor dergelijke macht). In dit geval wordt de levering gewoon aan de vertegenwoordigde toegerekend, d.i. het is of de vertegenwoordigde handelt. Gevolg is dat de beschikkingsbevoegdheid aanwezig moet zijn bij de vertegenwoordigde; het gaat hier dus normaal om gevallen waarin de vertegenwoordiger goederen levert waarover de vertegenwoordigde beschikkingsbevoegd is.

Bij de middellijke vertegenwoordiging (handelen in eigen naam) aan de zijde van de partij die levert wordt de handeling niet aan de opdrachtgever toegerekend (zodat de beschikkingsbevoegdheid aanwezig moet zijn in hoofde van de vertegenwoordiger – zie daarvoor de bespreking in Afdeling D.). Hetzelfde geldt bij levering door elke andere derde.

Nu is het wel zo dat – in de veronderstelling dat die derde beschikkingsbevoegd is of minstens de macht heeft te beschikken – de levering in beginsel ook door een derde kan geschieden, omdat de verbintenis tot geven zoals alle verbintenissen in beginsel ook door een derde kan worden nagekomen

(de beperking van deze mogelijkheid in art. 1237 BW geldt enkel voor verbintenissen tot doen). Deze derde kan dit doen in eigen naam (in dat geval zal hij slechts gesubrogeerd zijn mits hij een belanghebbende was bij die levering; is er geen subrogatie, dan kan er mogelijk nog een zaakwaarnemings- of verrijkingsvordering zijn) (art. 1236 BW). Hij kan dit ook doen “in naam en tot kwijting van de schuldenaar” – maar voor eigen rekening. I.t.t. het bovengenoemde geval gaat het hier normaal om gevallen waar de derde goederen levert waarover hij zelf beschikkingsbevoegd is. Een bijzonder geval waarin dit ook gebeurt is het geval waarin een middellijke vertegenwoordiger de verbintenis is aangegaan en het zijn opdrachtgever is die rechtstreeks levert aan de wederpartij.

3° Aan wie moet geleverd worden.

Een vergelijkbare vraag is aan wie moet geleverd worden opdat de levering zou gelden als uitvoering van de verbintenis tot geven (en dus aan die verbintenis zijn geldigheid kan ontleen).

Daartoe nu moet de levering moet aan de schuldeiser of aan een vertegenwoordiger die voor rekening van de schuldeiser handelt, mits hij de macht heeft om die schuldeiser te vertegenwoordigen. Is de eigendom van de verbintenis tot geven bezwaard of opgesplitst, dan gelden bijzondere regels om te weten aan wie geldig kan worden geleverd (bv. mede-eigendom, vruchtgebruik, derdenbeslag).

Het is mogelijk dat een partij wel de schuldeiser is in verhouding tot de schuldenaar, en dus het goed in eigen naam in ontvangst neemt, doch dit niet voor eigen rekening doet, maar voor rekening van een opdrachtgever (middellijke vertegenwoordiging aan de zijde van de verkrijger, bv. aankoopcommissair)³⁵¹. In ons recht wordt de eigendom in dat geval rechtstreeks verkregen door de opdrachtgever voor wiens rekening de ontvanger handelt. Ontvangst door een middellijke vertegenwoordiger in eigen naam is de normale wijze van levering bij effecten, komt vaak voor bij cognossementen (ontvangstexpediteur), enz. Deze middellijke vertegenwoordiging kan ook dan voorkomen, wanneer de titel (koopovereenkomst) wel op naam staat van de opdrachtgever (zo zal het vaak gebeuren dat de aankoop op naam staat van een partij, de ladingeigenaar-koper, doch het cognossement door middel waarvan de goederen worden geleverd, op naam van de ontvangstexpediteur staat).

Volgens een bepaalde opvatting blijft ook na zakelijke subrogatie (in de vordering tot geven) de subrogant bevoegd om het goed in ontvangst te nemen voor rekening van de gesubrogeerde, en is dit erg vergelijkbaar met de bevoegdheid van de middellijke vertegenwoordiger. Wat er ook van de bevoegdheid zij, indien de subrogant in ontvangst neemt, wordt hij geacht dat te doen voor rekening van de gesubrogeerde.

In beide gevallen, bij middellijke vertegenwoordiging zowel als zakelijke subrogatie, verkrijgt de opdrachtgever c.q. gesubrogeerde het goed in ieder geval krachtens de titel (schuldvordering) die op naam staat van de vertegenwoordiger c.q. subrogant, wat geen beletsel is voor een geldige verkrijging; hetzelfde geldt bij naasting in een vordering tot geven door een daartoe gerechtigde (zie reeds hoger Hoofdstuk II). in al die gevallen vindt er een rechtstreekse verkrijging (*Direkterwerb*) plaats en geen dubbele overdracht (*Durchgangserwerb*)³⁵².

³⁵¹ Zie in het NBW meer bepaald art. 3:110.

³⁵² Zie daarover MAROTZKE, "Die logische Sekunde", *AcP* 1991.

Verder kan er ook aan de schijnschuldeiser worden geleverd (inbegrepen bv. de cessionaris of gesubrogeerde waar de schuldenaar geen weet van heeft). In dat geval rijst wel de vraag wie eigenaar wordt ingevolge deze levering, m.a.w. of de schijnschuldeiser eigenaar wordt en de echte schuldeiser enkel een schuldvordering heeft (uit de inwendige rechtsverhouding tussen hen dan wel een verrijkingsvordering) dan wel of deze laatste eigenaar wordt en het goed kan revindiceren onder de schijnschuldeiser die het in ontvangst heeft genomen. Indien er een vooraf bestaande rechtsverhouding is tussen de ontvanger en de gerechtigde, krachtens dewelke de ontvanger gehouden is gebeurlijk ontvangen goederen voor de gerechtigde te houden, dan worden de goederen rechtstreeks door die gerechtigde verkregen (onder voorbehoud van vermenging e.d. gevallen waarin deze laatste enkel een schuldvordering heeft); in de andere gevallen is het de ontvanger die verkrijgt.

4° Modaliteiten (tijdsbepaling en voorwaarde).

a) Beginsel

In ons recht kan behalve het aangaan van een verbintenis tot geven ook de juridische levering in beginsel geschieden onder tijdsbepaling of onder voorwaarde. Dezelfde beginselen gelden ook voor de afstand van zakelijke rechten.

b) Uitzonderingen.

Er zijn enkele uitzonderingen op deze vrijheid. Wanneer de verbintenis niet onder tijdsbepaling of voorwaarde kan geschieden (zie hoger), geldt hetzelfde in beginsel ook voor de levering (*c.q.* afstand).

Wet-Breyne

Zo kan bij verkoop van nog te bouwen of in aanbouw zijnde woningen waarbij voor de voltooiing één of meer betalingen moeten gebeuren, de overgang van de eigendom of zakelijke rechten waarover de verkoper beschikt, niet worden uitgesteld tot een later tijdstip dan de ondertekening van de onderhandse overeenkomst (art. 4 van de Woningbouwwet 9 mei 1971; van eenzijdig dwingend recht - zie art. 1 van deze wet voor meer details over het toepassingsgebied van deze regel). Deze regel betreft meer bepaald de eigendom van de grond; de eigendom van de in aanbouw zijnde woning gaat in beginsel van rechtswege over door natrekking. Het dwingend karakter van genoemde regel (art. 5 lid 1) maakt wel dat daarvan ook tussen partijen niet kan worden afgeweken (bv. doordat de verkoper zich een opstalrecht zou voorbehouden om zo tussentijds eigenaar te blijven van de gebouwen of werken).

Schenking

Bij de schenking en enkele andere gevallen die verderop ter sprake komen, kan de leveringshandeling niet worden uitgesteld, maar kan die dadelijke levering wel onder tijdsbepaling of voorwaarde geschieden.

Andere

Krachtens art. 2 § 3 van KB nr. 41 van 15 december 1934, gaat de eigendom van een premie-obligatie of ander premie-effect dat op afbetaling aan het publiek is aangeboden (dwingend) over op het tijdstip van het sluiten van de verkoopovereenkomst.

Bij andere verkopen op afbetaling daarentegen wordt het eigendomsvoorbehoud of uitstel van eigendomsovergang niet verboden (zie art. 46 Wet verbruikerskrediet), maar soms wel aan vormvereisten onderworpen (we hebben het hier over vormvereisten voor de geldigheid tussen partijen).

Bij inbreng in vennootschappen zijn er meerdere regels die tot gevolg hebben dat de eigendomsoverdracht ingevolge die inbreng niet kan worden uitgesteld; evenwel is het daar veeleer zo dat er geen geldige oprichting of statutenwijziging is zolang niet aan die voorwaarden is voldaan.

De opschortende voorwaarde is ongeldig bij overdracht van een cheque of wisselbrief – zie art. 15 lid 1 Chequewet; art. 12 lid 2 Wisselbriefwet.

In buitenlandse rechtsstelsels komt het vaker voor dat de levering niet geldig onder tijdsbepaling of voorwaarde kan geschieden, in het bijzonder bij onroerend goed³⁵³.

c) Verhouding met de modaliteiten van de titel.

In een causaal stelsel zoals het onze wordt de leveringshandeling (*c.q.* de handeling van afstand van recht) in beginsel uitgelegd overeenkomstig de titel (de verbintenis):

- Is in de titel een termijn bepaald voor de overdracht, dan zal de juridische levering die eerder geschiedt in beginsel als een levering bij voorbaat worden begrepen, en niet als een afstand van de tijdsbepaling (d.i. niet als een vervroeging van het tijdstip van overdracht). Een afgifte (feitelijke levering) die geschiedt vooraleer de termijn voor die afgifte is verstreken, wordt echter wel beschouwd als een afstand van het voordeel van de tijdsbepaling.
- Is in de titel een opschortende voorwaarde bepaald voor de overdracht, dan zal de juridische levering die voor de verwezenlijking ervan geschiedt in beginsel als een levering onder diezelfde opschortende voorwaarde worden begrepen, en niet als een afstand van de voorwaarde.
- Is in de titel een ontbindende voorwaarde bepaald voor de overdracht, dan zal de juridische levering die in beginsel als een levering onder diezelfde ontbindende voorwaarde worden begrepen, en niet als een afstand van de voorwaarde. De verkrijger verkrijgt dan zoals gezegd slechts een recht onder ontbindende voorwaarde.

Natuurlijk kan het zijn dat een partij bij de leveringshandeling - althans wanneer die later plaatsvindt dan het aangaan van de verbintenis - tegelijk afstand doet van de termijn voor overdracht of de voorwaarde (en daarmee de voorwaarden van de titel wijzigt), voor zover dit niet in strijd is met dwingend recht; maar dergelijke afstand wordt zoals gezegd niet vermoed.

³⁵³ Zie art. 3:85 lid 2 NBW (geen overdracht onder opschortende tijdsbepaling mogelijk, wel onmiddellijke overdracht met behoud van vruchtgebruik gedurende een bepaalde tijd) en 3:97 NBW, BGB § 925 II. Bij onroerend goed hangt samen met het feit dat de over- of inschrijving in de registers daar constitutief is. Anderzijds maakt de Vormerkung daar dat ook voor het vervullen van de voorwaarde of termijn de koper bescherming kan krijgen.

2. Vereisten gesteld aan de leveringshandeling, afgezien van de vereisten in geval van conflict met andere zakelijke rechten – louter consensuele en niet-consensuele levering

Ons recht gaat uit van het consensualisme ook voor de leveringshandeling, behalve bij zekerheidsovereenkomsten (vestiging van zakelijke zekerheidsrechten). Publiciteitsvoorschriften die in vele andere rechtssystemen als vormvoorwaarden voor de levering zelf gelden, spelen bij ons in beginsel slechts een rol bij de oplossing van eigendomsconflicten, d.i. dus voornamelijk wanneer er een gebrek is aan beschikkingsbevoegdheid. Deze tegenwerpelijksvereisten komen verder in Hoofdstuk III. ter sprake.

In dit punt 2. wordt nagegaan in welke gevallen de leveringshandeling al dan niet consensueel kan geschieden, en aan welke voorwaarden zij moet voldoen wanneer ze niet zuiver consensueel kan geschieden.

Het vormvrij karakter van de leveringshandeling sluit evenwel niet uit dat er gebeurlijk nog aan bijkomende voorwaarden moet worden voldaan vooraleer het rechtsgevolg overdracht intreedt. Dat wordt onder 3. Besproken.

Zoals hoger gesteld handelt dit onderdeel van dit hoofdstuk ook over de afgeleide bezitsverkrijging.

a. De verhouding tussen levering en bezitsverschaffing

1° Consensualisme – de eerste regel van art. 1138 BW

Uit art. 1138 BW volgt dat de uitvoering van een verbintenis tot geven uit overeenkomst en dus de levering (in rechtelijke zin) (van de eigendom of zakelijke rechten) tussen partijen in beginsel door loutere wilsovereenstemming onder hen ("*solo consensu*") kan geschieden. Belangrijkste uitzonderingen zijn de meeste gevallen van vestiging van een zakelijk zekerheidsrecht.

Dit geldt niet alleen wanneer de verbintenis tot geven hoofdverbintenis is (zoals in de verkoop), maar ook wanneer ze bijkomstig wordt geacht aan een verbintenis tot doen, zoals in de aanneming (fabricage van zaken).

Dit geldt verder niet alleen roerende zaken - met inbegrip van waardepapieren (die in beginsel als roerende zaken worden behandeld) -, maar ook schuldvorderingen (onlichamelijke roerende goederen, inbegrepen aandelen in vennootschappen) en onroerend goed. Daarin verschilt ons (Frans-Belgisch-Italiaans) stelsel van vele andere rechtssystemen, die minstens voor onroerend goed en vaak ook voor schuldvorderingen (bv. Staats)Nederland) vormvereisten kennen voor de leveringshandeling. Het verschil mag niet overroepen worden: de eisen die in andere rechtssystemen worden gesteld aan de levering *überhaupt* kennen wij ook, doch enkel voor de tegenwerpbaarheid daarvan aan derden met

concurrerende zakelijke rechten³⁵⁴ (zie Hoofdstuk III en IV).

Ook de afstand van zakelijke rechten en de verdeling - eenmaal de verbintenis daartoe is aangegaan - kan in beginsel vormvrij geschieden - wat niet belet dat de afstand en verdeling in beginsel moet worden veruitwendigd in een handeling waar de betrokkenen kennis van kunnen hebben.

2° Levering en bezitsverschaffing.

Om evenwel de regeling in zijn geheel te begrijpen is het nodig de verhouding tussen levering en bezitsverschaffing eerst te verduidelijken.

Het is namelijk zo dat de levering in ons recht in beginsel geschiedt door bezitsverschaffing (civiel bezit), behalve in die gevallen waarin men eigenaar is, doch het bezit verloren heeft (verloren en gestolen goederen). Afstand daarentegen veronderstelt geen bezitsverschaffing, wel een afstand doen van het eigen bezit.

Er zijn een aantal regels die bijkomende eisen stellen naast de bezitsverschaffing.

Tenslotte kan het zijn dat de bezitsverschaffing zelf niet louter consensueel kan geschieden en dus nadere voorwaarden moet vervullen, die evenwel precies vanuit de regels inzake bezit dienen te worden begrepen.

Ook dient te worden nagegaan wat er dan wel kan gebeuren wanneer de normale levering niet mogelijk is, met name of er reeds “bij voorbaat” kan worden geleverd of de verkrijger op een andere wijze reeds rechten kunnen worden verschaft.

Een oppervlakkige ontleding van ons recht kan de indruk geven dat in ons recht, i.t.t. vele andere stelsels de levering geen bezitsverschaffing inhoudt. Dit berust evenwel op een verwarring tussen het feitelijke en het juridische begrip van bezit: levering veronderstelt in de meeste gevallen geen verschaffing van feitelijk bezit, maar wel van juridisch (civiel) bezit. Weliswaar gaan verschaffing van juridisch bezit en eigendomsoverdracht objectief gesproken niet altijd samen, maar kunnen zij niet door de partijen worden gescheiden (omdat men niet tegelijk ermee kan instemmen dat de eigendom overgaat op de koper en toch nog de zaak voor zichzelf houden).

Wel is het juist dat de zaak traditioneel vanuit een ander perspectief wordt bekeken: waar in vele andere rechtssystemen de eigendomsoverdracht gezien wordt als een gevolg van de bezitsverschaffing, wordt bij ons de bezitsverschaffing eerder gezien als een gevolg van de eigendomsverschaffing. Substantieel evenwel is de regel dezelfde: in beginsel zijn levering en bezitsverschaffing één en dezelfde handeling (behalve bij wijze van uitzondering 1° de gevallen waar geen bezitsverschaffing is vereist en 2° de gevallen waarin de levering bovendien aan andere voorwaarden moet voldoen, die nog niet uit de regels inzake bezit voortvloeien).

³⁵⁴ Wat schuldvorderingen betreft, zijn er wel degelijk belangrijke verschillen mogelijk, meer bepaald door de mate waarin aanvaard wordt dat overdracht of inpandgeving van vorderingen ook zonder mededeling aan de schuldenaar tegenwerpelijk is aan de samenlopende schuldeisers.

Hieronder wordt dan ook het volgende besproken:

- in welke gevallen de levering geen bezitsverschaffing inhoudt en hoe ze dan gebeurt (b.);
- hoe de levering gepaard met bezitsverschaffing gebeurt wanneer er geen bijkomende voorwaarden gelden (c.);
- in welke gevallen er bijkomende voorwaarden gelden voor de leveringshandeling, andere dan deze die uit de regels inzake bezit voortvloeien (d.);
- de levering van een aandeel in soortgoederen (e.);
- de levering bij voorbaat, wanneer de levering nog niet ten volle kan geschieden (f.).

b. Levering zonder bezitsverschaffing.

Wanneer men wel eigenaar is (of bevoegd om voor rekening van de eigenaar te handelen), maar geen bezitter, namelijk omdat men het bezit verloren is of omdat het goed gestolen is, dan belet dit wel de feitelijke levering, maar niet de levering in rechtelijke zin tussen partijen. Dan kan de levering in beginsel geschieden door de enkele wilsovereenstemming (argument *ex art. 1603, 3 BW*), al gaat zij niet met bezitsverschaffing gepaard. Historisch werd dit ingekleed als een overdracht van de zakelijke of persoonlijke aanspraak op teruggave³⁵⁵.

c. Levering door loutere bezitsverschaffing (al dan niet consensueel)

In veruit de meeste gevallen is voor de leveringshandeling evenwel niet meer vereist dan dat de vervreemder de verkrijger het civiel bezit van het goed verschaft. Nu kan bezit zoals gezegd onmiddellijk zijn (*animo suo, corpore suo*) of middellijk (zie art. 2228 BW: hetzij in persoon, hetzij door een ander die in onze naam houdt). In het laatste geval bezit men de zaak door middel van iemand anders (*animo suo, corpore alieno*). Daardoor kan civiel bezit op uiteenlopende wijzen worden verschaft, vaak ook *solo consensu*. Grofweg zijn er vier soorten bezitsverschaffing, met daarbij enkele varianten:

- rechtstreeks bezit wordt verschaft aan een verkrijger die het goed nog niet in zijn macht heeft: overgave (niet louter consensueel);
- rechtstreeks bezit wordt verschaft aan een verkrijger die het goed reeds in zijn macht heeft: *traditio brevi manu* (louter consensueel);
- onrechtstreeks bezit wordt verschaft op een wijze waardoor het goed niet buiten de macht is van de vervreemder : *constitutum possessorium* (louter consensueel)
- onrechtstreeks bezit wordt verschaft op een wijze waardoor het goed buiten de macht is van de vervreemder (niet louter consensueel).

1° Louter consensuele bezitsverschaffing.

a) De vormen van consensuele levering en bezitsverschaffing bij zaken en rechten op

³⁵⁵ R.J. POTHIER, *Traité du domaine du contrat de propriété*, nr. 213; C. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, p. 46. Deze opvatting vinden we heden nog in het duitse recht - zie BGB § 931 juncto 985.

zaken

Een zuiver consensuele bezitsverschaffing - en dus levering -, dit wil zeggen zonder dat er een feitelijke afgifte plaatsvindt, is in twee gevallen mogelijk:

- ofwel is het goed reeds in de macht van de verkrijger (of iemand die voor hem houdt, bv. de huurder van een auto koopt deze op een ogenblik waarop hij hem even heeft uitgeleend). Door de wilsovereenstemming verkrijgt de verkrijger dan een bezit dat onafhankelijk is van de vervreemder.
- ofwel is en blijft het goed in handen van de vervreemder of iemand die ze voor hem houdt, maar wijzigt de titel van diens houden. Door de wilsovereenstemming verkrijgt de verkrijger dan weliswaar bezit, maar één dat afhankelijk is van de vervreemder.

i) *Traditio brevi manu.*

De bezitsverschaffing *solo consensu* in het geval waarin de zaak reeds in de macht is van de verkrijger (of iemand die voor hem houdt) heette in het Romeins recht *traditio brevi manu*. Het werd inderdaad reeds vroeg te gek geacht dat er een feitelijke overgave (*traditio* in de engste zin van overgave) zou zijn vereist wanneer de zaak reeds in handen was van de verkrijger. Een bezitsverschaffing door loutere wilsovereenstemming, zonder feitelijke overgave, werd in zo'n geval dan ook al vroeg erkend. Deze *traditio brevi manu* vinden we dan ook nog steeds terug in ons BW, met name in art. 1606, 3 *in fine*. Zij komt vooral voor wanneer de verkrijger het goed voorheen reeds in handen had als huurder, bewaarnemer, bruiklener, en dergelijke meer. Het kan ook zijn dat de verkrijger reeds een beperkt zakelijk recht had op het goed, of blote eigenaar was, en ingevolge de levering volle eigenaar wordt.

ii) *Constitutum possessorium* (houderschapsverklaring).

Algemeen

De bezitsverschaffing *solo consensu* in het geval waarin de zaak na de levering nog in handen blijft van de vervreemder (of iemand die ze voor hem houdt) heet traditioneel houderschapsverklaring of *constitutum possessorium* (*constitut possessoire*, ook *clause de précaire* genoemd, aangezien het bezit van de vervreemder daardoor tot “precair bezit”, dit is louter detentie, wordt). De levering *constituto possessorio* betekent dat de vervreemder het goed niet meer als bezitter, voor zichzelf houdt, maar in het vervolg voor de verkrijger houdt, zodat de vervreemder louter detentor is en de verkrijger middellijk bezitter. Wel is het zo dat de bezitter dan de zaak niet “in zijn macht” heeft (in de zin die vereist is voor de tegenwerpelijke aan derden, bv. bij inpandgeving).

Aanvaarding van de geldigheid ervan was in de loop der geschiedenis minder vanzelfsprekend. Zo werd in het *ius commune* aanvaard dat een levering *constituto possessorio* slechts mogelijk was binnen het kader van een benoemd contract krachtens hetwelk de vervreemder werd aangesteld als bewaarnemer, bruiklener, huurder, enz., en niet door een onbenoemd ‘constitutum simplex’. De geldigheid ervan impliceert ook nog geenszins tegenwerpelijke aan derden, zoals uit afdeling D. En de volgende Delen moge blijken. Maar een feit is dat het in de oude Franse rechtspraktijk dusdanig

gebruikelijk was geworden om deze verklaring reeds in verkoopovereenkomsten in te lassen (bij roerend goed als “*constitut possessoire*”, bij onroerend goed onder de naam *clause de dessaisine-saisine*) dat zij geacht werd te zijn overeengekomen ook wanneer ze niet was uitgedrukt. De *code civil* heeft deze praktijk als het ware bekrachtigd in art. 1138 BW. Wanneer deze bepaling stelt dat de verbintenis om een zaak te leveren voltrokken is door de enkele toestemming der partijen, dan verheft zij impliciet de levering *constituto possessorio* tot regel³⁵⁶.

Art. 1606, lid 3 voorziet het *constitutum posessorium* enkel “wanneer de overgave niet kan geschieden op het ogenblik van de verkoop”, maar algemeen wordt uit art. 1138 BW afgeleid dat deze mogelijkheid niet beperkt blijft tot die gevallen en meer algemeen geldt - met uitzondering van het hieronder te bespreken geval van levering door een onbevoegde detentor.

Het *constitutum posessorium* kan gepaard gaan met de uitgifte van een waardepapier dat de door de uitgever in detentie gehouden zaken incorporeert. De uitgifte van zo’n zakenrechtelijk waardepapier en de gevolgen daarvan wordt in Deel VII nader besproken.

Toepassing op levering van beperkte zakelijke rechten op zaken.

Bij eigendomsoverdracht gaat het om een eigendomsbezit, bij beperkte zakelijke rechten om een bezit als pand, bezit in vruchtgebruik, e.d.m. Levering van zakelijke rechten zoals pandrecht, vruchtgebruik kan *mutatis mutandis* op dezelfde wijze geschieden als levering van goederen in eigendom (dit vinden we vrij uitdrukkelijk in art. 1 Handelspandwet). Door de levering van een zakelijk recht wordt eveneens het civiel bezit van dat zakelijk recht verschaft, wat niet mag worden verward met het bezit van het goed zelf, dat bij de blote eigenaar blijft (zij het middellijk: de vruchtgebruiker of pandhouder houdt het goed voor de eigenaar in blote eigendom en voor zichzelf in pand of vruchtgebruik). Het mag ook niet worden verward met het feitelijk bezit van de zaak, dat enkel de publicatie van de levering betreft en enkel de verhouding jegens derden aangaat.

b) Consensuele levering en bezitsverschaffing bij onlichamelijke goederen.

Voor andere goederen dan zaken en zakelijke rechten wordt traditioneel geleerd dat daarvan geen bezit mogelijk is³⁵⁷, en zou deze levering dus steeds zonder bezitsverschaffing dienen te geschieden. Nochtans spreekt de wetgever meermaals uitdrukkelijk van het bezit van een schuldvordering, onder meer in art. 1240 en 2075 BW. M.i. is het ook zinvoller bezit mogelijk te achten bij alle vermogensrechten, en meer bepaald ook bij schuldvorderingen (wat niet wil zeggen dat daarom ook de regel van art. 2279 BW kan worden toegepast). Zo heeft het zin te spreken van het bezit van intellectuele rechten, van schuldvorderingen op naam, van een pandrecht op dergelijke schuldvorderingen, van een erfdeel (zie art. 1696 BW), e.d.m. Wel is het zo dat deze “bezitsverschaffing” tussen partijen in beginsel opnieuw vormvrij kan geschieden (zie bv. art. 1690 BW).

³⁵⁶ In dezelfde zin CHIANALE, p. 30.

³⁵⁷ Zo F. van NESTE, *Zakenrecht*, I nr. 130.

Ongeacht deze terminologische discussie wordt de levering van onlichamelijke goederen in ieder geval nader besproken door art. 1607 BW, dat spreekt van de afgifte van de titels of het toelaten van het gebruik van het recht. Deze bepaling sluit evenwel niet uit dat de rechtelijke levering tussen partijen *solo consensu* kan geschieden. Men kan dit dan een bezitsverschaffing door middel van *constitutum possessorium* noemen. De draagwijdte hiervan wordt nader besproken in Deel VI.

Ook bij schuldvorderingen kan het *constitutum possessorium* overigens gepaard gaan met de uitgifte van een waardepapier dat de door de uitgever in detentie gehouden schuldvorderingen incorporeert.

c) Draagwijdte van de regel dat levering consensueel kan geschieden.

Uit het voorgaande volgt dat de betekenis van art. 1138 BW in verhouding tot het oude recht en dat van de ons omringende landen (andere dan Frankrijk) er niet in bestaat dat men de levering (en dus in beginsel bezitsverschaffing) - de *traditio* van het Romeins recht in de ruimst mogelijke zin - als vereiste voor eigendomsoverdracht zou hebben afgeschaft, maar in tegendeel dat men de *traditio ficta*, en meer bepaald het *constitutum possessorium* als normale wijze van levering heeft vooropgesteld, en meer nog deze *traditio ficta* in beginsel heeft geïmpliceerd in de overeenkomsten die een verbintenissen tot geven als hoofdverbintenis inhouden³⁵⁸ (alsook in het testament gekoppeld aan de aanvaarding ervan, niet in de andere titels voor overdracht).

Deze aanvaarding en veralgemening van een *traditio ficta* betekent overigens nog niet dat aan het *constitutum possessorium*, waardoor de verkrijger nog maar een van de vervreemder afhankelijk bezit verkrijgt, dezelfde gevolgen toekomen als aan een daadwerkelijke overgave of andere vormen van levering die tot een van de vervreemder onafhankelijk bezit leiden.

Ziet men de zonet samengevatte betekenis van art. 1138 BW in, dan is het ook gemakkelijker te begrijpen dat:

³⁵⁸ Vgl. hoger. In dezelfde zin over art. 938 en 1138 BW onder meer C. WITZ, in *Festschrift Jahr*, 1993, p. (533) 535 met verwijzing naar onder meer PORTALIS (LOCRE, XIV, p. 145-146: “il s’opère par le contrat une sorte de tradition civile qui consomme le transport des droits”); F. JACQUOT, *Du contrat de vente au droit de la vente*, tesis Université de Nancy II, 1988, p. 120; W. ZWALVE, *Hoofdstukken uit de geschiedenis van het Europese Privaatrecht I. Inleiding en zakenrecht*, Wolters-Noordhoff, Groningen 1993, p. 181; in de oudere franse rechtsleer onder meer MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, (5) Parijs 1852, III, nr. 480; A. DEMANTE & E. COLMET de SANTERRE, *Cours analytique de code civil*, Parijs (2) 1883, V p. 72 v., n° 55 bis; BAUDRY-LACANTINERIE & BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, XI-I, Paris 1900, nr. 329 en 365. C. BUFNOIR, *Propriété et contrat. Théorie des modes d’acquisition des droits réels et des sources des obligations*, Parijs (2) 1924, p. 44 v., 53 en ZENATI, *Les biens*, nr. 137, geven dezelfde historische betekenis aan art. 1138 BW. BUFNOIR stelt dat art. 1138 “ne vise que cette tradition le plus souvent fictive qui était considérée comme nécessaire en ancien droit pour que la propriété fût définitivement acquise et transférée” (p. 44). Vgl. ook nog DEMOLOMBE, *Cours de droit civil*, Parijs 1883, III, p. 145; R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, VI n° 62, p. 80; C. ATIAS-LETREMY, *Le transfert conventionnel de propriété immobilière*, n° 27 p. 44.

- a) de levering niet noodzakelijk samenvalt met de titel waaruit de verbintenis ontstaat, en
- b) ook wanneer ze samenvalt, haar uitwerking aan andere modaliteiten kan gebonden zijn dan die van de verbintenis krachtens dewelke ze geschiedt (bv. onvoorwaardelijke verbintenis tot levering onder opschortende voorwaarde in het beding van eigendomsvoorbehoud).

2° Uitzonderingen op het consensualisme: gevallen waarin de bezitsverschaffing niet louter consensueel kan geschieden.

a) Louter schijnbare uitzonderingen.

Regels, die bepalen dat de eigendomsoverdracht geschieden door de “overgave” (*tradition*) vormen m.i. ook geen uitzondering, aangezien “overgave” (*tradition*) daarbij in de ruime zin van levering, met inbegrip van de “*traditio ficta*” of consensuele levering, bv. *constituto possessorio*, moeten worden uitgelegd. Dit geldt meer bepaald voor art. 504 lid 2 Wb. Venn. betreffende aandelen aan toonder. Deze bepaling strekt er niet toe de consensuele levering van aandelen aan toonder uit te sluiten, maar te benadrukken dat het onlichamelijk goed “aandeel”, wanneer het belichaamd is in een waardepapier, niet zonder dat papier kan worden geleverd.

b) Uitzonderingen die volgen uit de aan het bezit gestelde vereisten.

Zoals voor alle zakelijke rechten gelden ook voor het bezit in ons recht een aantal algemene eisen, die voortvloeien uit de beginselen van het zakenrecht. Deze eisen werden in Deel I reeds besproken voor wat betreft de eigendom en de beperkte zakelijke rechten. Evenmin als eigendomsoverdracht is er bezitsverschaffing mogelijk:

- zolang de te leveren hoeveelheid soortgoederen vermengd is met andere, zodat men een ongespecificeerd geheel ervan bezit (behoudens levering van een onverdeeld aandeel, zie E.);
- zolang een goed bestanddeel is van een ander goed;
- zolang het goed nog niet bestaat;
- zolang de persoon aan wie men het bezit wil verschaffen nog niet bestaat;
- bij schuldvorderingen, zolang krachtens de interne verhouding het toegezegde bezit van de schuldvordering niet aan de verkrijger kan worden verschaft.

Hieraan kan soms verholpen worden door bijzonder leveringsvormen besproken onder E. en F.

c) Onmogelijkheid van levering *solo consensu* door een loutere detentor: beginsel en verklaring

i) De regel: geen interversie van titel zonder “buitenbezitstelling”

Een belangrijke uitzondering op de mogelijkheid van consensuele levering, en meer bepaald op de levering *constituto possessorio* (en op sommige vormen van levering onder derden), die zelden wordt besproken, is m.i. de regel dat de vervreemder die een goed niet of niet helemaal voor zichzelf bezit, maar het geheel of gedeeltelijk houdt voor een ander (dus de *detentor*), de titel van zijn bezit niet kan veranderen door loutere wilsovereenstemming met de verkrijger *in spe*: “*nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*”.

Hij kan dit in tegendeel slechts door:

- a) instemming van de persoon voor wie zij houden (die daarmee van zijn middellijk bezit afstand doet) (dergelijke instemming kan ook bestaan in het verlenen van een volmacht tot vervreemding) of diens vertegenwoordiger; of
- b) een oorzaak die voortkomt van een derde die hij te goeder trouw bevoegd acht tot wijziging van de titel van zijn houderschap (bv. bruiklener koopt van de schijnbare eigenaar); of
- c) een ondubbelzinnige tegenspraak tegen het recht van de persoon voor wie hij bezit.

Hij kan natuurlijk wel het bezit verschaffen aan de verkrijger door de zaak werkelijk in diens macht te brengen (“buitenbezitstelling”). Deze vormen van bezitsverschaffing komen nader aan bod in de Bijzondere Delen (Deel V voor roerende zaken, VI voor schuldvorderingen ...).

Zo ook geldt dat de detentor van de goederen (D) die een goed houdt voor A, dit goed ook niet zomaar kan gaan houden voor de een beweerde verkrijger C, zonder dat daartoe een aanwijzing komt van A of een persoon die A vertegenwoordigt. Denken we bv. aan een geval waarin B het goed aan C verkoopt en dan aan D vraagt het goed voor die C te gaan houden. D kan de titel van zijn detentie niet veranderen tenzij:

- a) mits instemming van A of diens vertegenwoordiger; of
- b) indien A eigenaar blijkt te zijn of minstens schijneigenaar is; of
- c) een ondubbelzinnige tegenspraak tegen het recht van A.

ii) Verklaring.

De grondslag hiervan is de volgende: men kan niet tegelijkertijd eenzelfde goed houden voor *Primus* (bv. de verhuurder) en voor *Tertius* (bv. de koper) (men kan wel een goed houden voor twee personen wiens rechten verzoenbaar zijn, bv. mede-eigenaars, of blote eigenaar en beperkt zakelijk gerechtigde).

De vervreemder kan dus maar gaan houden voor *Tertius* indien hij niet langer houdt voor *Primus*. Maar dit veronderstelt dat hij de titel van zijn (feitelijk) bezit verandert (*interversio tituli, interversion de titre*). Welnu, uit art. 2238 BW³⁵⁹ volgt dat dit niet kan gebeuren zonder instemming van de persoon die, minstens in schijn, bevoegd is over het goed te beschikken, tenzij dan door een voor *Primus* publieke en ondubbelzinnige tegenspraak. De houder heeft een “gebonden wil” om te blijven houden voor wie hij heeft aangevangen te houden, en deze juridische wil kan slechts worden veranderd op de wijze door de wet bepaald³⁶⁰.

Het gevolg is dat de levering *constituto possessorio* - dit wil zeggen waarbij men de goederen nog onder zich houdt - slechts mogelijk is in de mate waarin men voor zichzelf bezit of bevoegd is te handelen voor rekening van de persoon voor wie men bezit. Een onbevoegde detentor echter kan niet

³⁵⁹ Vgl. art. 3:111 NBW.

³⁶⁰ Zie A. PITLO, “Het binden van den wil in verband met de verkrijging van roerend goed”, WPNR 1940 nr. 3691.

zonder openlijke "*interversio tituli* " voor een ander gaan houden dan voor diegene voor wie hij diende te houden: zijn wil is gebonden om voor die eerdere bezitter te houden³⁶¹ *c.q.* voor de eerdere pandhouder het goed ten pand te houden.

Het kan op het eerste gezicht verbazen dat de bewaarnemer of huurder de in bewaring of huur gegeven zaak niet *solo consensu* kunnen leveren, en de vinder of dief dat wel kunnen. Maar bij de vinder of dief die zich het goed willen toe-eigenen en dus voor zichzelf bezitten, is dit nu eenmaal niet in strijd met de titel van hun bezit (zoals art. 2238 BW het uitdrukt). Overigens wordt deze mogelijkheid bij roerende zaken gecompenseerd door het feit dat de oudere gerechtigde in zo'n geval de goederen ook onder derden te goeder trouw kan revindiceren gedurende drie jaar (art. 2279 lid 2 BW, zie verder ..).

iii) Toepassingsgebied.

De genoemde regel speelt ook bij de *traditio brevi manu*: wanneer iemand (D) het goed reeds houdt voor A (bv. de verhuurder), kan hij niet op grond van een levering door B, die niet bevoegd is over het goed te beschikken, bezitter worden voor zichzelf³⁶², tenzij A instemt of D te goeder trouw B voor beschikkingsbevoegd houdt. Zolang D begonnen is het goed voor een ander te houden, heeft hij immers de gebonden wil dat te blijven doen, behoudens *interversio tituli*.

De genoemde regel speelt verder niet alleen wanneer de vervreemder een loutere houder is, die het goed dus helemaal niet voor zichzelf bezit. Ze speelt ook wanneer de vervreemder weliswaar het goed zelf bezit, maar gehouden is tot eerbiediging van bepaalde zakelijke rechten en dus ten aanzien van die rechten "houder" is³⁶³. Denken we bv. aan een zgn. bezitloos pandrecht, een eerdere inbeslagname van de goederen, e.d.m. Zolang de goederen in zijn macht zijn, kan de verkrijger ze niet "bezitten" in strijd met die oudere rechten. Wel kan hij reeds een beperkt bezit verkrijgen, nl. van het goed of recht als zijnde met die oudere rechten bezwaard.

De genoemde regel speelt niet wanneer de vervreemder het goed wel degelijk voor zichzelf bezit, doch krachtens een ongeldige titel of een titel die achteraf ontbonden is, krachtens een schijnerfenis, enz. De nietigverklaring of ontbinding van de titel verhindert niet dat het goed eerder was geleverd aan de vervreemder, d.w.z. het bezit inderdaad op hem is overgegaan. Wel zal de verkrijger die kennis krijgt van de vernietiging of ontbinding van zijn titel, vanaf dat ogenblik gehouden zijn om opnieuw voor zijn vervreemder te houden³⁶⁴.

De genoemde regel sluit niet uit dat de detentor ook zonder daadwerkelijke "buitenbezitstelling" de verkrijger reeds een bepaalde rechtspositie kan verschaffen, ofwel door bij voorbaat te leveren, ofwel door bepaalde andere rechten over te dragen. Deze mogelijkheden komen onder 6. aan bod.

³⁶¹ Vgl. art. 3:115 a NBW.

³⁶² Vgl. art. 3:115 b NBW.

³⁶³ Vgl. SALOMONS, *WPNR* 1993 nr. 6097.

³⁶⁴ Vgl. SALOMONS, *WPNR* 1993 nr. 6097, p. 485.

d. Uitzonderingen waarbij er bijkomende voorwaarden gelden voor de leveringshandeling

1° Regels die al dan niet een uitzondering vormen.

In een beperkt aantal gevallen zijn er bijkomende voorwaarden voor de leveringshandeling zelf, ten gevolge waarvan deze niet louter uit bezitsverschaffing kan bestaan en er nadere vormen vereist zijn.

Deze bijkomende vereisten mogen niet verward worden met andere eisen die gesteld worden aan de eigendomsoverdracht, maar voortvloeien uit ofwel objectieve eisen gesteld voor de eigendomsoverdracht, besproken in Deel I (zie verder ook in dit Hoofdstuk), ofwel uit eisen gesteld aan de titel (zie hoger Afdeling B).

a) Vereisten die de geldigheid van de titel betreffen.

Wanneer de titel zelf (bv. de bijzondere overeenkomst, of soms de eenzijdige handeling waarmee men een optierecht of soortgelijk recht uitoefent) aan bepaalde vormvereisten onderworpen is, moeten die natuurlijk vervuld zijn, maar dat is dan nodig voor de geldigheid van de verbintenis, en deze vormvereisten moeten niet nog een tweede maal afzonderlijk worden vervuld voor de levering. Ook leidt de niet-vervulling vaak slechts tot een relatieve nietigheid, die soms door een feitelijke levering (of aanvaarding ervan) wordt gedekt.

Ook de uitvoering van de verbintenis tot geven krachtens legaat kan door loutere wil der partijen geschieden. Vormvereisten gelden er voor het testament, niet voor de levering in rechtelijke zin, al spreekt de wet van afgifte (zie in dit verband verder nr.).

De overdracht ingevolge schenking, en meer bepaald de handgift, vormt ook geen uitzondering op deze regels, al geschiedt de levering daar wel slechts door de plechtige akte *c.q.* de feitelijke overgave: daar gaat het immers om een titelprobleem, om de vraag op welk ogenblik de verbintenis tot levering bindend is. En het is voor die verbintenis dat er bij gebreke van plechtige titel een rechtelijk equivalent is vereist, zoals bv. de feitelijke en daadwerkelijke overgave en niet slechts de overgave *constituto possessorio* (een consensuele handgift is wel mogelijk wanneer de zaak reeds in handen is van de begiftigde; het gaat dan om een *traditio brevi manu*). Het verschil met bv. de hypotheek blijkt daaruit dat de hypotheekbelofte wel afdwingbaar is, zelfs onder verbeurte van een dwangsom, en de schenkingsbelofte niet³⁶⁵.

Ook de vormvereisten voor een verbintenis tot loonoverdracht (zie art. 27 Loonbeschermingswet 1965: afzonderlijke onderhandse akte of authentieke akte) zijn vereisten die worden gesteld aan de titel voor loonoverdracht; wel gelden er voor de loonoverdracht zelf nog bijkomende vereisten (zie art. 28 v.), die verder (nr.) worden besproken.

Voor bepaalde soorten afstand van zakelijk rechten zal de wet wel bijzondere vormen voorschrijven (bv. verwerping van nalatenschap, zie art. 784 BW: verklaring ter griffie). In de mate waarin er een onderliggende verbintenis is, kan men dit zien als vormvereisten voor de verbintenisscheppende handeling; is er echter geen onderliggende verbintenis, dan gaat het om vormvereisten voor de afstand als zakenrechtelijke handeling.

³⁶⁵ E. DIRIX & R. de CORTE, *Zekerheidsrechten* nr. 499

b) Afwijking bij overeenkomst tussen overdrager en overnemer ?

De regel dat de levering *solo consensu* gebeurt, is dwingend in die zin dat indien partijen akkoord gaan dat de eigendom overgaat (zij het onder termijn of voorwaarde), dit een eerdere afspraak die vormvereisten zou hebben bepaald, terzijde schuift. Partijen kunnen natuurlijk wel bepalen dat zij nog geen instemming geven met de eigendomsoverdracht, en dat zij dat pas later zullen doen, en/of dat hun instemming onder termijn of voorwaarde geschiedt, zodat de levering pas effect zal hebben na het verstrijken van die termijn of de vervulling van die voorwaarde (bv. overgave, of mededeling aan de derde-houder, of een andere handeling) (uitzonderingen op die regel komen verder wel ter sprake). Maar zij kunnen evenzeer op deze bijkomende vereisten terugkomen door op een later ogenblik in te stemmen met een zuivere en eenvoudige overdracht.

Aangezien dit dus geen vraag is van de wijze van levering, maar van het tijdstip van overdracht (partijen kunnen ook bepalen dat de levering bij voorbaat gebeurt, maar dat het rechtsgevolg - de overdracht - maar zal intreden op een bepaald tijdstip of na de vervulling van bepaalde voorwaarden), wordt dit verder (Afdeling C.) uitgewerkt.

2° Wettelijke vormvereisten.

In uitzonderlijke gevallen bepaalt de wet dat de levering tussen partijen maar plaatsvindt mits vervulling van bepaalde vormvereisten (die meestal ook zijn voorgeschreven voor de tegenwerpbaarheid aan derden).

a) Pand en hypotheek

De traditionele (dwingende) uitzonderingen voor de vestiging van een pandrecht op lichamelijke goederen (buitenbezitstelling dan wel akte tot inpandgeving handelszaak) en van een hypotheek (authentieke akte) worden in de volgende delen besproken.

b) Inbreng in een rechtspersoon.

De verbintenis tot het inbrengen van goederen in een rechtspersoon kan vormvrij worden aangegaan. Maar de inbreng zelf als leveringshandeling is aan andere vormen onderworpen, en dit zowel wanneer zij geschiedt in het raam van de oprichting van een nieuwe rechtspersoon als achteraf als inbreng van nieuwe goederen in een bestaande rechtspersoon. Voor bepaalde vormen van inbreng (met name inbreng “in natura”, d.i. andere dan geld) zijn er bijkomende vereisten, die op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven (nietigheid van de inbreng, niet van de verbintenis).

c) Overdracht van en vestiging van beperkte rechten op (bepaalde) intellectuele rechten

Voor de overdracht van en vestiging van beperkte rechten op (bepaalde) intellectuele rechten maakt de wet een uitzondering: de levering moet daar noodzakelijk schriftelijk geschieden (art. 2.31 II BVIE voor merken; art. 3.25 II BVIE voor tekeningen en modellen; art. 44 § 2 Octrooiwet voor octrooi en octrooiaanvraag), de overeenkomst tot overdracht niet noodzakelijk. Bij auteursrechten daarentegen is

het geschrift slechts een bewijsvereiste voor de overeenkomst tot overdracht of vestiging (art. 3 Auteurswet 1994).

Zoals hoger gesteld moet onder de vestiging van beperkte zakelijke rechten ook de licentie worden begrepen.

d) Sommige andere onlichamelijke goederen

Voor de overdracht van allerlei nieuwere vormen van onlichamelijke goederen, vaak gedeeltelijk publiekrechtelijk van aard, gelden ook meermaals bijzondere bepalingen, waarop hier niet wordt ingegaan. Denken we bv. aan de overdracht van melkquota (Vo. (EEG) 3950/92 van de Raad van 28-december 1992 tot instelling van een extra heffing in de sector melk en zuivelproducten), van milieuvergunningen (art. 19, 2° Vlaams Milieuvergunningdecreet 28 juni 1985), e.d. In de meeste van die gevallen worden er geen nadere vereisten gesteld aan de leveringshandeling zelf, maar wordt het gevolg daarvan - nl. de overdracht - opgeschort totdat bepaalde voorwaarden zijn vervuld.

3° Externe werking van inwendig bepaalde vormvereisten bij schuldvorderingen.

Bij schuldvorderingen (vnl. op naam) kunnen nadere eisen worden gesteld aan de kennisgeving die vereist is voor een daadwerkelijke buitenbezitstelling van de schuldeiser. Dit wordt in Deel VI. besproken.

e. Levering van een aandeel in soortgoederen in plaats van specificatie van het goed; girale levering.

Bij soortgoederen is het niet mogelijk om eigendom over te dragen van een niet afgezonderde hoeveelheid. of de leveringshandeling wel reeds bij voorbaat kan geschieden, wordt onder f. besproken. Doch er is ook een andere mogelijkheid. Zoals hoger reeds aangegeven is het bij soortgoederen mogelijk dat in plaats van één of meer exemplaren of afgezonderde hoeveelheden ervan, de hele hoop wordt geleverd of een onverdeeld aandeel daarvan. In dat geval is geen specificatie vereist. Het is immers volmaakt mogelijk voor de houder van een hoop soortgoederen, om die hoop tot beloop van een bepaald onverdeeld aandeel voor zichzelf te houden (eigenbezit) en tot beloop van een ander aandeel voor iemand anders. Zo'n onverdeeld aandeel kan dus worden geleverd zoals de goederen zelf, in beginsel ook *solo consensu*.³⁶⁶

Dit alternatief, d.w.z. dat de levering slaat op een onverdeeld aandeel in het geheel van de goederen van dezelfde soort, vinden we in de praktijk voornamelijk in twee gevallen, nl. bij soortgoederen waarvoor waardepapieren zijn uitgegeven en bij effecten die vervangbaar zijn gesteld.

1° Waardepapier uitgegeven voor een bepaalde hoeveelheid soortgoederen.

Het eerste geval is dat waarin voor een bepaalde hoeveelheid soortgoederen uit een hoop een (zakelijk) waardepapier wordt uitgegeven (of verder verhandeld), zoals een ceel, een warrant of een cognossement, of een aandeel in een beleggingsfonds. Uit het voorbeeld van de warrant blijkt dat het aandeel zowel in eigendom kan worden geleverd als in pand worden gegeven of met andere zakelijke rechten worden bezwaard. In zo'n geval wordt, behoudens nadere specificatie van de goederen, vermoed dat zij betrekking hebben op een onverdeeld aandeel tot beloop van de uitgegeven hoeveelheid. Bij een aandeel in een beleggingsfonds is dit vanzelfsprekend het geval (daar zal de titel van overdracht trouwens ook steeds op het aandeel als dusdanig slaan).

2° Effectendepots en gedematerialiseerde effecten.

Het tweede belangrijk geval waar de overdracht betrekking heeft op een onverdeeld aandeel van een hoop en niet op gespecificeerde goederen, is bij de overdracht van waardepapieren (effecten) wanneer deze deel uitmaken van een giraal effectendepot of gedematerialiseerd zijn. Dit wordt besproken in Deel VII over waardepapieren.

3° Geld ?

³⁶⁶ Voor een verdere analyse van de mogelijkheden van mede-eigendom, zie J.H. NIEUWENHUIS, *Uit de ban van hier en nu. Ontwikkelingen op het gebied van de overdracht van roerende zaken bevattende tevens enige beschouwingen omtrent de status van overgangsvormen in het privaatrecht*, inaugurale rede Tilburg 1980, Kluwer Deventer 1980, p. 68-71.

Hoewel geldstukken en zeker bankbiljetten in zekere zin ook waardepapieren (aan toonder) zijn, waarin meer bepaald een schuldvordering op de uitgifte-instelling is belichaamd, wordt zoals reeds gezegd (supra.) niet aanvaard dat men eigenaar kan zijn van een onverdeeld aandeel van de geldstukken of bankbiljetten die een ander vermengd bezit. Bij vermenging wordt de eigendom ervan noodzakelijk omgezet in een schuldvordering (wegens de *confusio nummorum*).

f. De levering bij voorbaat en de alternatieven daarvoor.

In een aantal gevallen kan de rechtshandeling “levering” niet geschieden, maar aanvaardt ons recht wel dat er een soort levering bij voorbaat geschiedt (waarbij de levering in de tijd wordt opgesplitst). Ook zijn er een aantal alternatieven voor de levering bij voorbaat, die zelfs wanneer deze mogelijk is nuttig kunnen zijn, omdat ze de verkrijger een sterkere positie verlenen.

1° De loutere levering bij voorbaat.

a) Beginsel.

Het feit dat er nog bijkomende voorwaarden moeten worden vervuld, opdat de overdracht daadwerkelijk zou plaatshebben (bv. vervulling van een opschortende voorwaarde of verstrijken van een termijn), is geen beletsel voor een leveringshandeling. Maar in een heel aantal gevallen, die allemaal reeds aan bod kwamen, kan ook de leveringshandeling niet volwaardig plaatsvinden. Om te leveren moet men namelijk ofwel aan de verkrijger het bezit verschaffen van de goederen, ofwel de revindicatie kunnen overdragen - d.w.z. eigenaar zijn van de goederen terwijl iemand anders bezitter is. Leveren zonder bezitsverschaffing is echter niet mogelijk 1° in de gevallen waarin aan de objectieve vereisten voor bezit niet is voldaan (zie hierboven nr.) en 2° wanneer de vervreemder de goederen voor iemand anders houdt en niet bevoegd is erover te beschikken.

De houder kan er in dat geval mee instemmen dat hij de goederen voor de verkrijger zal houden, zodra aan de vereisten daarvoor is voldaan, d.i.:

- in geval 1°: zodra aan de objectieve vereisten voor bezit is voldaan (d.i. dat het goed bestaat, of gespecificeerd is, de verkrijger bestaat, e.d.)
- in geval 2°: zodra de titel waaronder hij het goed houdt is gewijzigd of er toestemming is van de persoon voor wie het goed wordt gehouden.

De instemming moet dan niet meer worden herhaald op het ogenblik waarop aan die andere vereisten is voldaan, ook al zal de levering pas op dat ogenblik uitwerking hebben.

Dit noemt men levering bij voorbaat³⁶⁷.

Het belang van deze mogelijkheid is vrij beperkt. Het betreft voornamelijk de bepaling van de anterioriteit, wanneer de vervreemder dezelfde goederen aan meerdere personen zou hebben toegezegd³⁶⁸. Bescherming tegen een samenloop van de verkrijger met andere schuldeisers van de vervreemder die tussentijds zou ontstaan (d.w.z. voor de overdracht uitwerking heeft), biedt de levering bij voorbaat niet - dat zal *a contrario* blijken uit de onder b) genoemde alternatieven voor een levering bij voorbaat.

³⁶⁷ Vgl. art. 3:97, lid 1 NBW.

³⁶⁸ Vgl. art. 3:97, lid 2 NBW.

De mogelijkheid is wel van belang bij (cessie of in pandgeving van) schuldvorderingen. Bij meerdere beschikkingen op voorhand (cessies of in pandgevingen) wordt de eerst overeengekomen beschikking geacht ouder te zijn, en heeft ze daarom in beginsel voorrang, behoudens derdenbescherming van de latere verkrijger.

Of, afgezien van de mogelijkheid tot levering bij voorbaat, deze ook daadwerkelijk plaatsvindt, is een vraag van uitleg van de overeenkomst (of andere rechtsverhouding) tussen partijen, die verder onder C. aan bod komt.

b) Toepassingen.

Voor zover het eigendomsvoorbehoud erop neerkomt dat de volle eigendom van de goederen inderdaad bij de verkoper blijft berusten tot aan de betaling van het goed, is dit een typisch geval waarin de koper, die de zaak voordien doorverkoopt, deze kan leveren bij voorbaat. Voor zover men evenwel aanvaardt dat het eigendomsvoorbehoud niet de volle eigendom bij de verkoper laat, maar veeleer een soort pandrecht (plus de mogelijkheid om door ontbinding de volle eigendom terug te krijgen), hoeft men bij specifieke zaken geen beroep te doen op de mogelijkheid van levering bij voorbaat. In dat geval kan de koper immers het met dat - eigendomsvoorbehoud genoemde - pandrecht bezwaarde goed dadelijk leveren aan de volgende koper.

Wanneer een soortgoed nog niet is gespecificeerd (zij het de specificatie van afzonderlijke goederen, zij het van een “hoop”), kan daarvan als dusdanig noch bezit noch eigendom worden verschaft. Deze specificatie gebeurt normaal door één van de betrokken partijen of door beiden tegelijk. Nu kan men erover redetwisten of deze specificatie 1° een bestanddeel vormt van de levering (en dus een rechtshandeling is), dan wel 2° een louter rechtsfeit, waarbij de instemming met de eigendomsovergang (de levering in rechtelijke zin) door beide partijen reeds bij voorbaat is gegeven. Bij nader toezien zijn beide gevallen denkbaar; meestal zal de specificatie deel zijn van de levering, omdat de partij die ze uitvoert (en soms ook de andere partij, nl. wanneer specificatie tegensprekelijk moet gebeuren) eerst op dat ogenblik instemt met de eigendomsovergang. Maar het is denkbaar dat de specificatie buiten partijen om geschiedt en partijen reeds bij voorbaat hun instemming hebben gegeven met de eigendomsovergang van goederen die op een bepaalde wijze zullen worden gespecificeerd - bv. door de leverancier van de vervreemder -, en dus “bij voorbaat” hebben geleverd in rechtelijke zin.

Ook wanneer de vervreemder de goederen nog niet bezit omdat ze nog niet bestaan, of in andermans bezit zijn, kan de vervreemder er bij voorbaat mee instemmen dat hij de goederen, zodra ze in zijn bezit komen, zal gaan houden voor de verkrijger en hem dus op dat ogenblik het bezit zal verschaffen. Hierbij is wel vereist dat het goed op voldoende wijze kan worden aangeduid (bepaalbaarheid).

c) Maakt levering bij voorbaat een onbevoegde levering *solo consensu* aan een derde onmogelijk ?

Door de mogelijkheid van levering bij voorbaat rijst ook de vraag of de verkrijger bij voorbaat beschermd wordt tegen een tweede levering, in strijd met de eerste, door diezelfde vervreemder. M.i. is de vervreemder ook na een levering bij voorbaat reeds in de positie van een houder, die verplicht is ten voordele van zijn wederpartij te houden, en dus niet *solo consensu* kan leveren aan een derde (zie de uitwerking hierboven). Levering bij voorbaat aan de tweede verkrijger is dus in beginsel slechts mogelijk door een werkelijke “buitenbezitstelling”, en bij (toekomstige) schuldvorderingen dus slechts doordat de gecedeerde debiteur als eerste kennis zou nemen van de tweede cessie. Hoe conflicten tussen botsende zakelijke rechten verder moeten worden opgelost, wordt besproken in Afdeling D. en de volgende Delen. V.

2° Alternatieven.

Indien de vervreemder de goederen nog niet kan leveren (in rechtelijke zin), zijn er vaak andere mogelijkheden die voor de verkrijger interessanter zijn, omdat zij vermijden dat de verkrijging van de goederen, op het ogenblik waarop aan de verdere vereisten daartoe, nog via het vermogen van de vervreemder moet passeren. Dit maakt dat de verkrijger meer kans heeft dat zijn recht tegen een gebeurlijk faillissement - of een andere vorm van tussentijds gerezen beschikkingsonbevoegdheid - van de vervreemder bestand is.

Wel impliceren al deze alternatieven dat de verbintenis van de vervreemder een ander voorwerp krijgt dan het geven van het goed zelf, zodat in beginsel een instemming van beide partijen is vereist.

De levering van een aandeel in soortgoederen werd hoger reeds besproken (5.).

a) Overdracht van een recht op grond waarvan de verkrijger het toegezegde goed rechtstreeks kan verkrijgen.

Een tweede alternatief, dat vooral van belang is bij toekomstige goederen, bestaat daarin, dat de vervreemder, die het goed nog niet bezit en er evenmin eigenaar van is, aan de schuldeiser van zijn verbintenis tot geven een recht verschaft, op grond waarvan deze zelf rechtstreeks het toegezegde goed kan verkrijgen. Dit is voornamelijk van belang voor het geval dat de vervreemder tussentijds - d.i. vooraleer hij het goed zelf kan leveren - failliet zou gaan of anderszins beschikkingsonbevoegd zou worden. Indien de verkrijger dan het goed kan verkrijgen zonder dat dit - bij het ontstaan ervan - langs het vermogen van de belover moet passeren, kan hij mogelijks aan de samenloop met de andere schuldeisers ontsnappen.

Gaat het om een “relatief toekomstig” goed, d.w.z. een goed dat reeds bestaat, maar waarvan de vervreemder noch eigenaar, noch bezitter is, dan kan de vervreemder gebeurlijk de rechten overdragen op grond waarvan hij het goed zou kunnen verkrijgen. Het gaat hier dan in beginsel om de overdracht van een schuldvordering op de eigenaar (of bezitter) van het goed. Onrechtstreeks bekomt men hetzelfde gevolg door een recht over te dragen door de uitoefening waarvan de verkrijger een schuldvordering op de eigenaar van het goed kan bekomen, bv. een voorkooprecht, een optie, e.d.m. Oefent de verkrijger deze schuldvordering jegens de eigenaar *c.q.* zijn optie, voorkooprecht e.d. uit, dan verkrijgt hij het goed rechtstreeks van die eigenaar, zonder dat het langs het vermogen van zijn oorspronkelijke wederpartij passeert.

Deze constructie heeft tot veel discussie aanleiding gegeven in het geval van verkoop van goederen die nog onder eigendomsvoorbehoud ten bate van de vorige verkoper staan. Zoals hoger gezegd, opteren wij voor de stelling dat het eigendomsvoorbehoud eigenlijk maar een soort pandrecht is (althans zolang de gerechtigde de eerdere overeenkomst niet ontbindt en zo met terugwerkende kracht terug eigenaar wordt). In dat geval rijst er geen probleem, omdat de tweede hand in dat geval gewoon het met dat pandrecht - genaamd eigendomsvoorbehoud - bezwaarde eigendomsrecht kan leveren aan zijn afnemer. Aanvaardt men deze opvatting niet, dan is de situatie een stuk moeilijker. De tweede hand kan dan in beginsel zijn schuldvordering op de leverancier cederen aan zijn afnemer. Maar heeft hij wel nog een schuldvordering op de leverancier? Moet die leverancier wel nog enige verbintenis nakomen? Hij heeft de goederen immers reeds feitelijk geleverd, alsook ingestemd met de eigendomsovergang onder opschortende voorwaarde van betaling. In het Duitse recht wordt gesteld dat de leverancier geen enkele verbintenis meer heeft, en dat de overdraagbaarheid van de positie van de koper onder eigendomsvoorbehoud dus de schepping van een nieuw soort recht vereist; op die

wijze heeft de Duitse rechtspraak³⁶⁹ een nieuw soort beperkt zakelijk recht geschapen, namelijk het *Anwartschaftsrecht*, een soort eigendom onder opschortende voorwaarde. In ons recht echter bestaat er geen dergelijk zakelijk recht, is “eigendom onder opschortende voorwaarde” geen zakelijk recht. In (Staats)Nederland is dit evenzeer het geval, en bestaat over de oplossing geen eensgezindheid, al lijkt men toch te moeten aannemen dat de leverancier wel nog een verbintenis heeft, nl. die om de vervulling van de voorwaarde niet te verhinderen, en dat er dus wel een schuldvordering op die leverancier kan worden overgedragen³⁷⁰.

Soortgelijke discussies kunnen worden gevoerd betreffende de gevallen waarin de vervreemder de mogelijkheid heeft eigendom te verwerven onder opschortende voorwaarde. In vele gevallen zal deze mogelijkheid de sanctie zijn van een schuldvordering die hij bezit op de eigenaar (bv. ook een wederinkooprecht), en kan die vordering worden gecedeerd. In andere gevallen echter is er geen dergelijke schuldvordering; aangezien een ontbindende voorwaarde aan de partij die bij de vervulling daarvan eigenaar zal worden evenmin een zakelijk recht verschaft (niet zoiets als een eigendom onder opschortende voorwaarde van de vervulling van die ontbindende voorwaarde), kan dit ook niet worden overgedragen.

Bij een “absoluut toekomstig” goed, d.i. een goed dat als dusdanig nog niet bestaat, is het ook meermaals mogelijk dat de vervreemder reeds een recht kan overdragen op grond waarvan de verkrijger het goed rechtstreeks kan verkrijgen.

Een belangrijke toepassing hiervan is de zgn. loonfabricage, waarbij de zaak nog door de vervreemder zelf of in zijn opdracht moet worden gefabriceerd, maar de vervreemder reeds eigenaar is van de grondstoffen. Wanneer de vervreemder de grondstoffen waaruit de zaak zal worden gemaakt levert aan de verkrijger, en de zaak vervolgens voor rekening van de verkrijger fabriceert, dan verkrijgt deze laatste de zaak rechtstreeks door natrekking of zaaksvorming, nu ze voor zijn rekening wordt gemaakt met zijn materiaal.

Wanneer het te leveren goed een schuldvordering is, die nog niet bestaat, dan kan de vervreemder gebeurlijk ook een optie of ander recht krachtens hetwelk de schuldvordering kan ontstaan, overdragen. Bij de uitoefening van die optie wordt de verkrijger dan rechtstreeks eigenaar van daardoor in het leven geroepen schuldvordering. In de meeste gevallen van “toekomstige schuldvorderingen” uit een bestaande rechtsverhouding is het mogelijk om bestaande rechten uit die verhouding te cederen, op grond waarvan de cessionaris rechtstreeks schuldeiser wordt van die vooralsnog toekomstige vordering.

b) Overeenkomst tot middellijke vertegenwoordiging en optreden van de tussenpersoon *qualitate qua*.

Een derde alternatief, ergens tussen de levering bij voorbaat en de levering van een recht op grond waarvan men rechtstreeks kan verkrijgen in, is te vinden in het optreden van de vervreemder, die zelf nog geen eigenaar of bezitter is van de verkochte zaak (noch van de grondstoffen ervoor) als middellijk vertegenwoordiger voor de afnemer. Zoals hoger uitgewerkt, aanvaardt het Belgische recht in beginsel dat bij middellijke vertegenwoordiging er een rechtstreekse eigendomsverkrijging plaatsvindt van de wederpartij van de vertegenwoordiger naar diens opdrachtgever (principaal of

³⁶⁹ BGH 22-2-1956, 20. BGHZ, 88.

³⁷⁰ In die zin S. BARTELS, “Voorwaardelijke eigendom, ‘Vormerkung’ en ‘Anwartschaftsrechte’”, in *Discussies omtrent beslag, verhaal en beschikkingsbevoegdheid*, Schoordijk Instituut Tilburg, Tjeenk Willink Deventer 1997, 79 v. Contra: FABER, in *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht*, 1997, 179 v.

commettant)³⁷¹.

Deze mogelijkheid is opnieuw vooral van belang voor het geval dat de vervreemder tussentijds - d.i. vooraleer hij het goed zelf kan leveren - failliet zou gaan of anderszins beschikkingsonbevoegd zou worden. Indien de verkrijger dan het goed kan verkrijgen zonder dat dit - bij het ontstaan ervan - langs het vermogen van de belover moet passeren, kan hij mogelijks aan de samenloop met de andere schuldeisers ontsnappen. Dit nu vereist wel dat de vervreemder voordien reeds *qualitate qua*, in zijn hoedanigheid van middellijk vertegenwoordiger, een overeenkomst heeft gesloten met de leverancier van het goed. Dan pas wordt vermeden dat bij levering van het goed door de leverancier aan die vervreemder het goed eerst langs het vermogen van die vervreemder passeert.

Nog eenvoudiger is het natuurlijk wanneer de tussenpersoon als rechtstreekse lasthebber optreedt, en dus in naam van zijn opdrachtgever optreedt.

Het is zowel mogelijk dat de tussenpersoon voor rekening van zijn afnemer het te leveren goed verkrijgt, als een recht op grond waarvan deze rechtstreeks het beoogde goed kan verkrijgen (bv. de grondstoffen voor loonfabricage).

³⁷¹ In het Duitse recht, dat zoals gezegd in beginsel geen rechtstreekse eigendomsverkrijging van de “kommettant” aanvaardt (uitz. Geheißerwerb), erkent dit wel bij de verkrijging - als middellijk vertegenwoordiger - van toekomstige schuldvorderingen.

3. Tijdstip van de levering en tijdstip van de overdracht of vestiging tussen partijen.

a. Beginnelsen en regels in verband met het tijdstip van de leveringshandeling.

Aangezien de levering in rechtelijke zin een rechtshandeling is, welke in beginsel door loutere wilsovereenstemming tot stand kan komen, is het tijdstip van eigendomsoverdracht *c.q.* vestiging van een beperkt recht tussen partijen een vraag van uitleg van hun rechtshandelingen, althans voor zover aan de objectieve overdraagbaarheidsvereisten is voldaan (zie hoger). Dit geldt in beginsel voor alle soorten goederen. De wet geeft echter wel een aantal suppletieve regels, die gelden behoudens andersluidende afspraak tussen partijen, alsmede enkele dwingende regels.

1° Gevallen waarin er al dan niet een vermoeden van levering is zodra de verbintenis tot geven is aangegaan bij overeenkomst - juiste draagwijdte van art. 1138 BW

De belangrijkste van deze regels is art. 1138 BW, dat we reeds meermaals hebben ontmoet, en krachtens hetwelk de verbintenis om een zaak te leveren (in rechtelijke zin) is voltrokken door de enkele toestemming van de contracterende partijen en de schuldeiser eigenaar wordt van het ogenblik dat de zaak moest geleverd worden. Enkele bijzondere bepalingen houden in wezen hetzelfde in, zo bv. art. 1589 BW (“verkoopbelofte geldt als koop, wanneer er wederzijdse toestemming van de partijen is omtrent de zaak en de prijs”) en 2075, lid 2 BW (“de schuldeiser verkrijgt het bezit van de in pand gegeven schuldvordering door het sluiten van de pandovereenkomst”).

a) Toepassingsgebied van art. 1138 BW

Art. 1138 BW is van toepassing wanneer de verbintenis tot geven een hoofdverbintenis is (art. 1138 BW), en niet wanneer de verbintenis tot geven bijkomstig is aan een verbintenis tot doen. Anders gezegd: art. 1138 BW geldt voor de levering ingevolge verkoop, niet ingevolge (roerende) aanneming.

De traditionele reden waarom in de (roerende) aanneming geen gelijkaardige regel geldt, is dat de te leveren zaak op dat ogenblik nog niet bestaat en partijen het er dus nog niet voldoende op voorhand over eens kunnen zijn dat de zaak die zal gemaakt worden aan de overeenkomst beantwoordt³⁷². Historisch is de regel van art. 1138 BW eigenlijk ingevoerd omwille van de regel inzake risico-overgang die eraan gekoppeld werd³⁷³.

b) Draagwijdte

Deze bepaling:

³⁷² Vgl. hierover bv. BUFNOIR, *Propriété et contrat*, p. 51-52.

³⁷³ HUC, *Commentaire*, VII p. 148 v.

- houdt niet alleen in dat de levering (in rechtelijke zin) in beginsel door de enkele wilsovereenstemming van partijen kan plaatsvinden (zoals hierboven is besproken) - en dus bv. ook door middel van een *constitutum possessorium* kan plaatsvinden -,
- maar ook dat deze levering bij verbintenissen uit overeenkomst wordt vermoed reeds plaats te vinden op het tijdstip waarop die verbintenis ontstaat^{374, 375}.

Anders gezegd, art. 1138 BW houdt in dat bij verbintenissen uit overeenkomst de onmiddellijke levering (ook al is dit een *traditio ficta* zoals de *traditio brevi manu* of *constituto possessorio*) wordt vermoed, ja de normale wijze van leveren is³⁷⁶, en niet dat zij wordt afgeschaft.

Dit sluit aan bij de historische achtergrond van de bepaling, nl. het tot suppletieve rechtsregel verheffen van een gebruikelijk beding (de *clause de dessaisine-saisine*, die in feite dezelfde betekenis had als het Romeinsrechtelijke *constitutum possessorium*).

Nog anders gezegd: wanneer de verbintenis tot leveren ontstaat uit overeenkomst, valt de zakenrechtelijke rechtshandeling levering in beginsel samen met de obligatoire overeenkomst (samenvallende rechtsmomenten).

Een kleine rechtsvergelijking kan de betekenis van de regel verduidelijken³⁷⁷:

- in het Duitse stelsel is er een afzonderlijke overeenkomst vereist, en wordt niet vermoed dat die reeds geïmpliceerd is in de verbintenisrechtelijke overeenkomst; men kan zich dus ook na de verkoop nog altijd de eigendom voorbehouden. Die (afzonderlijke) overeenkomst kan ofwel een *constitutum possessorium* omvatten, ofwel inhouden dat er een andere leveringsvorm vereist is (*constitutum possessorium* wordt niet vermoed).

- in het Oostenrijkse stelsel is er een vermoeden dat de obligatoire overeenkomst ook het zakenrechtelijk akkoord omvat; aangezien dit akkoord reeds tegelijk is gegeven, kan men nadien geen eigendomsvoorbehoud meer bedingen. Maar er is geen vermoeden dat het zakelijk akkoord ook een levering *constituto possessorio* omvat; er wordt vermoed dat het akkoord pas werkt door de feitelijke levering (tenzij partijen een *constitutum possessorium* zijn overeengekomen).

- in het Frans-Belgische stelsel is er een regel dat de obligatoire overeenkomst ook het zakenrechtelijk akkoord omvat. Er is bovendien de regel dat partijen geacht worden een dadelijk eigendomsoverdracht te beogen, in plaats van deze uit te stellen tot het ogenblik van de materiële levering.

³⁷⁴ Bij een overeenkomst die tot stand komt door het lichten van de optie, wordt de levering vermoed plaats te vinden bij (de kennisgeving van) het lichten van de optie. Vgl. Cass. 9 januari 1975, *Pas.* 782 = *Arr. Cass.*, 522.

³⁷⁵ Zolang de overeenkomst niet is gesloten, kan er dan ook geen levering zijn en dus geen eigendom van de verkrijger. Dit kwam tot uiting in de rechtspraak betreffende warenhuisdiefstal: zolang de in zelfbediening genomen goederen niet aan de kassa zijn aangeboden, is de koop niet gesloten en kan er dus sprake zijn van diefstal - zie reeds Cass. fr. (crim.) 4-6-1915, *S.* 1918 I 225; Cass. fr. 14-5-1958, *D.* 1958, 513.

³⁷⁶ Vgl. P. ORTSCHIEDT, *La possession en droit civil français et allemand*, SRT Grenoble 1977, 245 nr. 202.

³⁷⁷ Zie hierover S.E. BARTELS, "De zakelijke overeenkomst in een causaal stelsel van overdracht: ook een Oostenrijkse debat", in *Privaatrecht en Gros, Opstellen Grosheide*, Intersentia Antwerpen/Groningen 1999.

c) Gevolg voor het tijdstip van overdracht.

Art. 1138 BW betekent echter niet noodzakelijk dat de eigendomsoverdracht (of vestiging) ook op hetzelfde ogenblik uitwerking heeft. Het betekent alleen dat er - binnen het toepassingsgebied van deze bepaling - in beginsel geen nadere tweezijdige rechtshandeling van partijen meer nodig is.

Zo impliceert lid 2 van art. 1138 BW reeds dat bij verbintenissen onder opschortende voorwaarde of tijdsbepaling het rechtsgevolg van de levering - nl. de eigendomsoverdracht of de vestiging van het zakelijk recht - pas plaatsvindt wanneer de verbintenis opeisbaar wordt, ook al wordt de juridische levering geacht reeds te hebben plaatsgehad.

Hieronder (b.) wordt dan ook de combinatie van art. 1138 BW met andere rechtsregels onderzocht.

2° Dwingend karakter van de dadelijke levering bij bepaalde overeenkomsten.

De regel van art. 1138 BW is niet dwingend, tenzij in een aantal gevallen op grond van uitdrukkelijke wetsbepalingen.

a) Schenking.

Zoals hoger reeds werd gesteld, kan bij schenking de leveringshandeling niet worden uitgesteld en moet zij dus dadelijk plaatsvinden. Dit wordt afgeleid uit art. 894 BW (het “dadelijk en onherroepelijk ontdoen” kan niet worden uitgesteld, zoniet is het geen schenking en zal de handeling in beginsel niet bindend zijn zo ze om niet is). Wel kan het rechtsgevolg, namelijk de eigendomsoverdracht, worden uitgesteld: de leveringshandeling kan dus wel een levering op termijn (d.i. onder tijdsbepaling) of onder opschortende voorwaarde (zolang deze niet zuiver potestatief is) inhouden. De onrechtstreekse en vermomde schenking ontsnappen aan deze regel.

b) Vooruitbetalingsovereenkomsten betreffende te bouwen of in aanbouw zijnde woningen.

Zoals reeds besproken kan bij aankoop van nog te bouwen of in aanbouw zijnde woningen waarbij voor de voltooiing één of meer betalingen moeten gebeuren, slechts in beperkte mag worden afgeweken van art. 1138 BW: de leveringshandeling vindt ten laatste plaats door de ondertekening van de onderhandse overeenkomst (art. 4 van de Woningbouwwet 9 mei 1971; van eenzijdig dwingend recht - zie art. 1 van deze wet voor meer details over het toepassingsgebied van deze regel). Ook kan een termijn of opschortende voorwaarde voor de eigendomsovergang van de grond (of overdracht van de zakelijke rechten erop) zich evenmin later uitstrekken dan dat tijdstip.

c) Andere bijzondere wettelijke bepalingen.

Bij verkoop op afbetaling van een premie-obligatie of ander premie-effect na aanbod aan het publiek vindt de levering evenzeer dwingend dadelijk plaats, d.i. op het tijdstip van het sluiten van de verkoopovereenkomst art. 2 § 3 van KB nr. 41 van 15 december 1934).

3° Regel bij overdracht krachtens bijzonder legaat: is er nog een leveringshandeling nodig of volstaat het testament daartoe ?

Bij overdracht krachtens bijzonder legaat geldt de regel van art. 1014 BW, krachtens dewelke “ieder zuiver en onvoorwaardelijk legaat” (van een zaak waarover de testator bevoegd was te beschikken) “verleent aan de legataris, van de dag van het overlijden van de erflater, een recht op de vermaakte zaak”, maar deze “geen bezit kan nemen van de vermaakte zaak, noch aanspraak kan maken op de vruchten of interesten daarvan, dan van de dag waarop hij de vordering tot afgifte heeft gedaan”.

Nu bestaat dat “recht op de vermaakte zaak” vooreerst enkel wanneer het legaat een specifiek goed betreft; bij soortzaken zal er eerst een specificatie moeten plaatsvinden en is er tot op dat ogenblik enkel een schuldvordering van de legataris op de erfgenamen.

De aard van het recht waarover de legataris in de andere gevallen (specifiek goed) vóór die afgifte beschikt, is niet zo vanzelfsprekend als men weet dat de legataris zolang volgens de heersende rechtspraak in ieder geval niet de bevoegdheden van de eigenaar kan uitoefenen³⁷⁸ - niet alleen de vruchten niet kan innen, maar zelfs geen revindicatie zou kunnen instellen tegen derden. Zeker is dat het om een overdraagbaar zakelijk recht gaat³⁷⁹, maar het is allesbehalve vanzelfsprekend dat het hier om een eigendomsrecht gaat. Behalve om een volwaardig eigendomsrecht (b) kan het nog om twee zaken gaan: een beperkt zakelijk recht van de bijzondere legataris (a) of een eigendomsrecht bezwaard met een beperkt zakelijk recht van de erfgenamen of algemene legatarissen (c).

a) Eerste mogelijkheid: een beperkt zakelijk recht van de legataris.

De oudere rechtspraak ontkende dat zelfs formeel, en sprak van een apart zakelijk recht³⁸⁰. De Page verdedigde dat dit niet enkel bij een bijzonder legataris zo is, maar bij alle erfopvolgers: door het overlijden verkrijgen zij geen eigendomsrecht, maar een “erfrecht” (*droit héréditaire*) door de uitoefening waarvan zij eigendom kunnen verwerven³⁸¹. Niet alleen het recht op de zaak van de bijzondere legataris, maar ook de *saisine* is volgens De Page geen eigendomsrecht, maar een beperkt zakelijk recht dat de bevoegdheid tot voorlopig beheer inhoudt en het recht om door optie

³⁷⁸ Cass. 16 juni 1972, *Pas.* 951 = *RW* 1972-73, 130.

³⁷⁹ Dat bv. niet door schuldvermenging kan tenietgaan, zoals een loutere schuldvordering (zie F. LAURENT, *Principes*, XIV nr. 63). In het (Staats)Nederlandse recht daarentegen gaat het om een loutere schuldvordering - zie HR 11 mei 1984, *NJ* 1985, 374 noot KLEIJN.

³⁸⁰ Zie cass. 15 mei 1839, *Dalloz* nr. 3616; Cass. 2 december 1839, *Dalloz* tw. “Enregistrement” nr. 5993.

³⁸¹ H. DE PAGE, *Traité*, IX nr. 530

(“aanvaarding”) eigenaar te worden.

In ieder geval spreekt art. 1014 van *un droit à la chose léguée*, een ‘*ius ad rem*’ dat m.i. gelijkenis vertoont met in het Duitse (koop)recht gekende rechtsposities zoals bij *Vormerkung* of *Anwartschaftsrecht*, en dat historisch op dezelfde opvatting van het zgn. ‘*ius ad rem*’ teruggaat en eerder ook te vinden is in het Rooms-Hollandse (koop)recht³⁸².

De traditionele opvatting dat het om een volwaardig eigendomsrecht gaat is strijdig met de even traditionele opvatting dat de erfgenaam bezitter is voor zichzelf, en niet gewoon houder voor de legataris, zoals het geval zou zijn indien de legataris eigenaar was (zelfs wanneer de legataris de zaak feitelijk onder zich heeft, bv. als huurder of bruiklenner, berust het civiel bezit nog steeds bij de erfgenamen - de levering kan dan wel *brevi manu* geschieden). Door de aanvaarding van de nalatenschap aanvaardt de erfgenaam van rechtswege de door de erflater aangegane verbintenissen en opgelegde lasten, zodat hij niet voor zichzelf kan houden indien de legataris reeds eigenaar is.

Een bijkomend argument om te stellen dat de legataris geen volwaardig eigendomsrecht heeft, kan men zien in het feit dat de legataris geen separatist is in de boedel van de erflater, zoals nochtans in beginsel elke eigenaar is. Hij wordt integendeel achtergesteld bij de andere schuldeisers van de erflater, krachtens het *adagium* “*Nemo liberalis nisi liberatus*”. De legataris heeft maar een eigendomsrecht voor zover er een netto-actief is in de nalatenschap³⁸³. Een andere mogelijke verklaring hiervoor is evenwel te oordelen dat het legaat niet-gegenwerpbaar is aan de schuldeisers op een vergelijkbare wijze als bij de *actio pauliana* (vgl. hoger).

Aanvaardt men de opvatting dat de legataris over een bijzonder soort zakelijk recht beschikt, dan impliceert dit ook dat de eigendom nog moet worden geleverd door de erfgenamen, dat de eigendomsoverdracht een rechtshandeling van de erfgenamen veronderstelt, nl. de levering, al kan deze natuurlijk *solo consensu* gebeuren, zoals de algemene regel is.

Ook in deze opvatting is het mogelijk dat de legataris rechtstreeks van de testator een hypotheek verkrijgt, indien de erflater dergelijke hypotheek bij testament vestigt (art. 44 HypW).

b) Tweede mogelijkheid: een volwaardig eigendomsrecht.

Houdt men daarentegen vol dat de legataris van rechtswege eigenaar wordt bij het openvallen van de nalatenschap, of althans wanneer hij het legaat aanvaardt (en dit met terugwerkende kracht tot aan het openvallen van de nalatenschap), dan moet men besluiten dat de erfgenamen niet het werkelijke bezit hebben van de vermaakte zaak, maar slechts de detentie; dan is de afgifte geen levering meer in juridische zin, maar enkel nog in feitelijke zin. Dan moet men in de “laatste wil” van de erflater een daad zien waardoor hij de making uitvoert, en namelijk het goed gaat houden voor de legataris; zijn erfgenamen zijn dan, als algemene rechtsopvolgers, gebonden door die “laatste wil” en houden daardoor ook het goed voor de legataris. Maar dat betekent dan ook dat de legataris wel degelijk - onrechtstreeks - bezitter is van de zaak vanaf het tijdstip van het overlijden. De omgekeerde stelling zou overigens tot gekke gevolgen leiden: de erfgenaam zou geen eigenaar zijn, maar wel bezitter; zo hij weet heeft van het testament moet zijn bezit dan wel te kwader trouw zijn, met alle gevolgen van dien.

³⁸² Zie hierover onder meer G. WESENER, “Dingliche und persönliche Sachenrechte - iura in re und iura ad rem. Zur Herkunft und Ausbildung dieser Unterscheidung”, in *Festschrift für Hubert Niederländer*, red. E. Jayme, Heidelberg 1991, p. 197; J.H. DONDORP, Boekbespreking W. Zwolve, *WPNR* 1996 nr. 6221 p. 320-321.

³⁸³ Zie hierover DE PAGE, *Traité*, VIII-2 nr. 1171.

c) Derde mogelijkheid: een eigendomsrecht bezwaard met een bewinds- en genotsrecht.

Een derde mogelijke ontleding bestaat erin de bijzondere legataris als eigenaar te zien vanaf het openvallen van de nalatenschap, doch tevens de *saisine* te kwalificeren als een beperkt zakelijk recht, krachtens hetwelk men tijdelijk (d.i. tot aan de afgifte van het legaat) het bewind én het genot heeft over de goederen.

M.i. is dit wellicht de meest correcte opvatting, aangezien de ongerijmdheden van zowel de eerste als de tweede stelling hier niet voorkomen.

De legataris beschikt dus in beginsel dadelijk over bepaalde rechten van de eigenaar, maar niet alle bestuursbevoegdheden. Hij heeft ook vóór de afgifte van het gelegateerde goed de bevoegdheid om over - zijn eigendomsrecht op - het goed te beschikken (artikel 1014 lid 1 *in fine* BW)³⁸⁴, hij kan het gelegateerde goed revindiceren uit de handen van een derde³⁸⁵, en zijn schuldeisers kunnen reeds beslag leggen op het legateeerde goed³⁸⁶.

4° Regel bij oprichting van een rechtspersoon.

Dient het goed te worden geleverd aan een nog op te richten rechtspersoon, dan kan de leveringshandeling eerst met de oprichtingshandeling zelf plaatsvinden, en zal zij nog niet begrepen zijn in een gebeurlijke daaraan voorafgaande overeenkomst tussen de oprichters, wanneer die nog niet aan alle voorwaarden voor de oprichting zelf voldoet. Zoals hoger besproken is voor de oprichting in een heel aantal gevallen een authentieke akte nodig.

Bij een testamentaire stichting rijst *mut. mut.* dezelfde vraag als bij legaten - nl. of de stichting reeds bij het openvallen van de nalatenschap eigenaar wordt of niet, dan wel er nog een leveringshandeling van de erfgenamen nodig is. Aangezien de stichting eerst rechtspersoonlijkheid verkrijgt door de publicatie (neerlegging van de statuten voor de private stichting en erkenning bij K.B. voor de stichting van openbaar nut) kan ze voordien nog geen eigenaar zijn. Maar vervolgens bevindt de stichting zich in beginsel in dezelfde positie als elke andere legataris, die afgifte moet vragen, en geldt m.i. dus wat daarover hierboven is gesteld. Indien de stichting bij onderhands testament wordt “opgericht”, dan gaat het slechts om een last die aan de erfgenamen wordt opgericht om de stichting in het leven te roepen.

³⁸⁴ F. LAURENT, *Principes*, XIV, nr. 4.

³⁸⁵ E.R.N. ARNTZ, *Cours de droit civil français*, II, Brussel, Bruylant, 1879, nr. 2077; G. BELTJENS, *Encyclopédie*, III, “Article 1014”, nr. 11; A. KLUYSKENS, *Beginselen*, III, nr. 236, p. 338; **contra**: F. LAURENT, *Principes*, XIV, nr. 62.

³⁸⁶ G. BELTJENS, *Encyclopédie III*, “Article 1014”, nr. 8; F. LAURENT, *Principes*, XIV, nr. 4.

b. Toepassing in combinatie met de andere overdrachtsvereisten: het tijdstip van overdracht.

Tot slot volgt een overzicht van de gevallen waarin ofwel de regel van art. 1138 BW niet geldt, ofwel het tijdstip van overdracht omwille van andere vereisten of regels eerst later plaatsvindt.

1° Tijdstip van overdracht in de gevallen waarin de levering niet louter consensueel kan gebeuren

Indien er nadere vormvereisten zijn opdat de overdracht of vestiging kan plaatsvinden, geldt als regel dat partijen geacht worden te hebben ingestemd met de levering zodra aan de vormvereisten is voldaan en de eigendomsoverdracht of het ontstaan van het zakelijk recht ook niet verder te hebben uitgesteld (analoge toepassing van art. 1138 BW).

De nadere regels bij de vestiging van zakelijke zekerheidsrechten zoals pand en hypotheek, worden in de volgende Delen besproken,

2° Levering die bijkomstig is aan een verbintenis tot doen: aannemingsovereenkomsten (maatwerk).

Zoals gezegd wordt de regel van art. 1138 BW niet toepasselijk geacht wanneer de levering bijkomstig is aan een verbintenis tot doen, d.w.z. bij (roerende) aannemingsovereenkomsten waarbij de aannemer de stof levert (zie art. 1788 BW). Deze kwalificatie wordt in beginsel slechts gebruikt bij maatwerk, en niet bij generieke fabricage (waarover meer in).

De suppletieve regel luidt hier dat de eigendom slechts overgaat door de feitelijke levering (d.i. afgifte) van het werk, tenzij de goedkeuring de feitelijke levering voorafgaat, in welk geval de eigendom *constituto possessorio* overgaat door de goedkeuring.

Wordt het materiaal evenwel geleverd door de opdrachtgever, dan blijft hij gedurende de bewerking daarvan in beginsel eigenaar, zonder dat hierbij de gewone regels inzake roerende natrekking dienen te worden toegepast³⁸⁷.

Partijen kunnen bepalen dat de eigendom reeds vroeger overgaat. Zo kunnen zij bedingen dat de eigendom van de materialen, ook wanneer zij door de aannemer worden aangeschaft, reeds overgaat zodra deze gespecificeerd worden en dat de zaak voor rekening van de opdrachtgever met die materialen wordt gefabriceerd (loonfabricage), zodat zij onmiddellijk voor rekening van de opdrachtgever ontstaat.

³⁸⁷ Vgl. R. DERINE & F. van NESTE, *Zakenrecht*, I B, eerste uitgave, p. 1046-1047 en noot 299: de aannemer is in dat geval slechts houder van de materialen voor rekening van de opdrachtgever.

NB. Indien de te vervaardigen zaak een gebouw, werk of beplanting op onroerend goed is, gaat de eigendom ervan van rechtswege over naarmate het werk vordert, niet door middel van een overdracht, maar op grond van de onroerende natrekking. Deze vraag staat los van de vraag van de risico-overgang.

3° Bestanddelen, soortgoederen.

a) Beginsel

Gaat het om nog niet gespecificeerde soortgoederen of nog niet afgescheiden bestanddelen, of om goederen die nog moeten gefabriceerd worden zonder dat het om een aannemingsovereenkomst gaat, dan geldt de regel van art. 1138 BW in beginsel wel, maar kan de eigendomsoverdracht maar plaatsvinden wanneer de goederen gespecificeerd zijn en bestaan (toepassing van het zakenrechtelijke specialiteitsbeginsel).

Zo moet bij bestanddelen eerst de natrekking worden doorbroken; bij land- en bosbouwproducten bv. moet er eerst een daadwerkelijke roerendmaking plaatsvinden. Bij soortgoederen die niet bij de hoop worden verkocht (of als een onverdeeld aandeel van een hoop), moeten de verkochte goederen eerst gespecificeerd worden, en desnoods eerst gefabriceerd. Een specificatie kan bv. ook gebeuren door nummering van de goederen en inschrijving van de nummers (bv. bij waardepapieren).

Doch eenmaal deze objectieve vereisten zijn vervuld, is er volgens de traditionele opvatting geen verdere leveringshandeling meer nodig. Op grond van art. 1138 BW gaat de eigendom dus in beginsel van rechtswege over bij de specificatie, en niet bij de afgifte (feitelijke levering)³⁸⁸.

Deze traditionele opvatting vergt evenwel een schakering: er moet namelijk in beginsel een wil zijn van de vervreemder om voor de verkrijger te houden, waardoor de specificatie definitief is. M.i. gaat het hier dan ook in beginsel om een eenzijdige leveringshandeling *constituto possessorio*, waarmee de verkrijger op voorhand heeft ingestemd door niet te bedingen dat de juridische levering wordt uitgesteld tot aan de feitelijke levering of tegensprekelijke specificatie.

Zoals hoger gezegd kan het ook zijn dat het voorwerp van de verbintenis tot geven geen specifiek exemplaar of hoeveelheid is, maar een afgebakende hoop soortgoederen of een onverdeeld aandeel in zo een hoop soortgoederen³⁸⁹. Nu is het wel zo dat bij verkoop e.d. van soortgoederen, er in art. 1138

³⁸⁸ Zie o.m. BUFNOIR, p. 46-47; DE PAGE, IV nrs. 21, 1° en 25 B; H. van PARRY, "L'individualisation des choses de genre", *JT* 1947, 93; J. DENYS, "Le transfert de propriété des choses de genre", *JT* 1949, 197; G. van HECKE, *RCJB* 1952; J. HEENEN, *RIDC* 1954 extranr. Rapports, 109 v.; M. WAELBROECK, *Le transfert de la propriété dans la vente d'objets mobiliers corporels en droit comparé*, Bruylant Brussel 1961, nr. 10 p. 24; S. DAVID-CONSTANT, in *Rapports belges au Xe Congrès international de droit comparé Budapest 1978*, nr. 7; voor Frankrijk onder meer C. WITZ, in *Festschrift Jahr*, 1993, p. (533) 539-541. Cass. 3 januari 1952, *RCJB* 1952, 253, stelt als maatstaf de telling of weging voorop (met verwijzing naar art. 1585 BW), wat niet met specificatie zou mogen worden gelijkgesteld, doch dit onderscheid wordt algemeen als een vergissing beschouwd en door alle auteurs verworpen.

³⁸⁹ De "koop bij de hoop" is géén *emptio generis*, en de eigendomsoverdracht kan dus dadleijk plaatsvinden.

BW geen vermoeden besloten ligt dat partijen daarbij ook een onverdeeld aandeel in een hoop soortgoederen tot beloop van de verkochte hoeveelheid leveren (in rechtelijke zin), tenzij er uitdrukkelijk zo'n aandeel wordt verkocht - wat zelden het geval is. Het vermoeden speelt echter wel bij de soortgoederen waarvoor waardepapieren zijn uitgegeven. Verder geldt het van rechtswege bij gedematerialiseerde effecten en is het een bestendig gebruikelijk beding bij effecten die in handen worden gegeven of blijven van een bij de effectenvereffeningsinstelling aangesloten effectenhandelaar. Dit wordt nader besproken in Deel VII.

b) Verder uitstel van de levering op grond van de gebruiken.

Deze traditionele oplossing wordt volgens een belangrijk deel van de rechtsleer evenwel terzijde geschoven door andersluidende gebruiken, althans in handelszaken³⁹⁰. De handelsgebruiken zouden namelijk de eigendomsoverdracht in beginsel uitstellen tot er een tegensprekelijke specificatie of een feitelijke overgave heeft plaatsgevonden.

Over het bestaan en de omvang van dit gebruik is er geen eensgezindheid.

Dergelijk gebruik wordt wel in meerderheid aangenomen wanneer het gaat om goederen die aan een vervoerder worden overhandigd. In dat geval vindt de juridische levering krachtens gewoonterecht plaats bij afgifte aan de vervoerder³⁹¹, behoudens andersluidend beding (zie in dit verband ook onder nr.).

Volgens een andere opvatting, die voortgaat op de bepalingen van de vervoerwetgeving betreffende het beschikkingsrecht van de afzender, gaat de eigendom bij goederen die onder die wetgeving worden vervoerd maar over bij aankomst, behoudens enkele meer bijzondere gevallen door overgave. Tot dan houdt de vervoerder het goed nog voor de afzender, aangezien hij tot dan gehouden is de onderrichtingen te volgen van de afzender die "meester blijft" om over de verzending te beschikken³⁹².

In de internationale handel worden vaak standaardbedingen gebruikt, zoals bv. de *Incoterms*, waarmee onder meer het tijdstip van eigendomsovergang nader wordt aangeduid.

c) Verder uitstel van de levering op grond van een bijzonder beding.

Algemeen wordt wel aanvaard dat partijen van art. 1138 BW kunnen afwijken en de eigendomsoverdracht dus door middel van een bijzonder beding kunnen uitstellen,

³⁹⁰ Zo bv. J. RYN & J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, III, nr. 673 e.v.; P.A. FORIERS, "Les contrats commerciaux. Chronique de jurisprudence 1970-1984", *TBH* 1987, (2) 23 nr. 43.

³⁹¹ Zo meer bepaald G. van HECKE, *RCJB* 1952, 263.

³⁹² Zie voor bijzonderheden art. 12-13 Verdrag van Warschau op het luchtvervoer (bij aankomst ter bestemming), - zij het uitdrukkelijk enkel bedoeld voor de verhouding jegens de vervoerder (zie art. 15), art. 30-31 CIM (vervoer van goederen per spoor), art. 12-13 CMR (wegvervoer) (aankomst of ontvangst van het tweede exemplaar van de vrachtbrief), alsmede art. 6 van de oude Vervoerwet 1891 (nu nog slechts uitzonderlijk toepasselijk): "afgifte aan de besteldienst", d.i. de bestemming, of verzending van het bericht van aankomst.

bv. tot op het tijdstip van de tegensprekelijke specificatie of telling e.d. (d.w.z. dat de vervreemder niet bevoegd is om eenzijdig tot specificatie over te gaan), van de feitelijke levering op een bepaalde plaats of bepaalde wijze, van de betaling (eigendomsvoorbehoud), of van andere nader bepaalde feiten. Dergelijke bepalingen komen zeer veelvuldig voor. Zij worden meer algemeen (d.i. niet alleen voor soortgoederen) besproken onder i.

4° Andere toekomstige goederen

Zoals in het algemeen deel reeds uitgewerkt, kunnen er geen zakelijke rechten bestaan op goederen die nog niet bestaan en is ook de overdracht (als rechtsgevolg) van niet bestaande goederen dus niet mogelijk.

Een overdracht in eigendom of vestiging van zakelijke rechten kan dus maar plaatsvinden op het ogenblik waarop het goed als goed tot stand komt, al heeft de leveringshandeling eerder plaatsgehad. Voordien heeft de verkrijger geen zakelijk recht, maar slechts een persoonlijk recht. Waar een verbintenis betreffende een toekomstig goed reeds een verbintenis is, is eigendom van een toekomstig goed nog geen eigendom.

Wel zal de eigendomsoverdracht van rechtswege plaatsvinden bij het ontstaan van de goederen (voor toekomstige schuldvorderingen: bij het ontstaan van de schuldvordering; zie de bespreking hiervan in het Algemeen Deel).

Wil men dat de eigendom van nog niet bestaande goederen reeds tijdens de vorming, bouw, fabricage en dergelijke bij de bestemming berust, dan dient men de grond of grondstoffen (naargelang wat als hoofdzaak) wordt beschouwd, over te dragen, zodat de verkrijger ook de toekomstige goederen verkrijgt naarmate ze ontstaan.

Bestaat het goed reeds, maar is de schuldenaar van de verbintenis tot geven nog geen eigenaar van het goed en heeft hij ook anderszins geen beschikkingsbevoegdheid, dan spreekt men soms van “relatief toekomstige goederen”. Zij werden hoger reeds besproken i.v.m. de mogelijkheid tot levering bij voorbaat. Zo deze heeft plaatsgehad, zal de eigendomsoverdracht eveneens van rechtswege plaatsvinden, zodra de vervreemder het rechtelijk bezit kan verschaffen aan de verkrijger.

5° Overdracht krachtens een titel onder opschortende voorwaarde of termijn.

Indien de verbintenis tot geven zelf onder (geldige³⁹³) tijdsbepaling of opschortende voorwaarde is aangegaan, verandert dit op zichzelf nog niets aan het vermoeden dat partijen de verbintenis reeds bij voorbaat hebben uitgevoerd (d.i. hebben ingestemd met de levering - in rechtelijke zin). Wel blijft het rechtsgevolg (de overdracht) gekoppeld aan de vervulling van de tijdsbepaling of voorwaarde. De overdracht vindt dan ook van rechtswege plaats bij het verstrijken van de termijn of de vervulling van

³⁹³ Is de voorwaarde of tijdsbepaling ongeldig, doch de verbintenis geldig, dan vindt de overdracht natuurlijk wel in beginsel dadelijk plaats.

de voorwaarde (indien aan de andere eisen voor overdracht is voldaan). Ook dit vloeit voort uit de regel van art. 1138 BW; voor afwijkingen daarvan, zie hieronder. Voor de bijzondere gevallen van het legaat en de stichting, zie evenwel hoger.

De (in beginsel) terugwerkende kracht van de vervulling van een voorwaarde, betekent bij de opschortende voorwaarde enkel dat, achteraf gezien, de verbintenis voordien niet onverschuldigd was; op zakenrechtelijk vlak doet de vervulling van een opschortende voorwaarde de eigendom evenwel niet terugwerkend overgaan (zoals evenmin de risico-overgang, zie art. 1138, lid 2 BW)³⁹⁴.

Bij een opschortende tijdsbepaling moet men wel nagaan of de verbintenis tot geven zelf ook is onderworpen aan de tijdsbepaling, dan wel of deze enkel de verbintenis tot feitelijke afgifte betreft. De heersende leer gaat ervan uit dat een tijdsbepaling in beginsel enkel het laatste betreft, zodat de eigendom wel degelijk dadelijk overgaat³⁹⁵.

6° Verbintenissen tot geven uit andere bron dan overeenkomst.

Ontstaat de verbintenis tot geven niet uit een overeenkomst, dan kan de voor de levering vereiste wilsovereenstemming ook nog niet worden geacht tegelijk met de overeenkomst plaats te vinden. Dus is er in beginsel een afzonderlijke leveringshandeling nodig.

Bij eigendomsoverdracht krachtens bijzonder legaat, is zowel de aanvaarding door de legataris vereist als de afgifte door de erfgenamen (of veroordeling die in de plaats daarvan komt) (vgl. hoger nr.). De legataris heeft weliswaar recht op de vruchten vanaf de vordering tot afgifte (art. 1014, lid 2 BW), doch het betreft hier een schuldvordering en nog geen eigendomsrecht, schuldvordering die voortvloeit uit het in gebreke zijn van de erfgenaam om zijn verbintenis tot afgifte uit te voeren.

Bij verbintenissen tot geven die ontstaan door een eenzijdige rechtshandeling krachtens een conventionele bevoegdheid), zal de eigendomsoverdracht normaal wel plaatsvinden op dat tijdstip, aangezien de wederpartij geacht wordt op voorhand haar instemming te hebben gegeven (bv. bij abandonnement van een schip aan de zeeverzekeraar, art. 239 Scheepvaartwet).

7° Andere vereisten voor de overdraagbaarheid van een goed.

Is de overdraagbaarheid aan andere objectieve vereisten onderworpen, dan kan de overdracht natuurlijk niet plaatsvinden vooraleer deze zijn vervuld. Ook hier kan de levering in de zin van wilsovereenstemming tussen partijen in beginsel wel op

³⁹⁴ Vgl. DE PAGE, *Traité* IV nr. 20 noot 2.

³⁹⁵ Vgl. J. LIMPENS e.a., *Vente*, nr. 1977.

voorhand geschieden. De overdracht vindt dan van rechtswege plaats wanneer aan de bijkomende objectieve vereiste is voldaan.

Dit is dan bv. de toestemming van de partij tegen wie het recht wordt uitgeoefend (bij beperkingen aan de overdraagbaarheid van schuldvorderingen overeengekomen tussen de schuldenaar en de schuldeiser, of bij recht van gebruik en bewoning); de vervulling van de ter bescherming van de overdrager voorgeschreven vereisten (bv. art. 252 lid 3 Wb. Venn.: eerst op het ogenblik van betaling); de voorlopige keuring bij schuldvorderingen uit overheidsopdrachten (behoudens de uitzonderingen van art. 43 Overheidsopdrachtenwet 15 juni 2006); het verlenen van de voorgeschreven waarborgen inzake bodemsanering (risicogronen in de zin van het Bodemdecreet); machtiging van de bevoegde overheid, e.d.

8° Alternatieve verbintenissen.

Bij alternatieve verbintenissen geschiedt de levering in beginsel eenzijdig, door de kennisgeving die de keuzegerechtigde partij van haar keuze doet. Het is dan ook eerst op dat ogenblik dat de eigendom overgaat³⁹⁶. Vervalt de alternatieve verbintenis op een andere wijze tot een zuivere een eenvoudige verbintenis (bv. doordat, in een geval waarin de keuze bij de schuldenaar berustte, één van de beloofde zaken tenietgaat en niet meer kan geleverd worden, art. 1193 BW), dan geschiedt de overdracht in beginsel op dat tijdstip.

9° Andere conventionele afwijkingen van art. 1138 BW

De regel, die in art. 1138 BW besloten ligt voor hoofdverbintenissen tot geven, en volgens dewelke partijen geacht worden reeds te hebben ingestemd met de (rechtelijke) levering, is niet van dwingend recht (behalve in enkele hoger besproken gevallen).

Partijen kunnen dus niet alleen de opeisbaarheid van de verbintenis opschorten (door middel van een voorwaarde of termijn), maar verder ook bedingen dat de opeisbaarheid van de verbintenis op zichzelf niet voldoende is voor de uitvoering ervan, en de uitvoering integendeel bepaalde handelingen vereist. Ook kunnen zij bepalen dat de levering maar uitwerking zal hebben (d.w.z. de eigendom maar zal overgaan) op een later tijdstip of bij vervulling van een bijkomende voorwaarde³⁹⁷. Het gaat er dan niet meer om dat de verbintenis tot geven zelf onder tijdsbepaling of opschortende voorwaarde is aangegaan, maar wel dat partijen bepaald hebben dat voor de eigendomsoverdracht los van de opeisbaarheid van de verbintenis (ongeacht of dit dadelijk is, dan wel na het verstrijken van een termijn of de vervulling van een voorwaarde gebeurt) er toch nog een of meer andere feiten vereist zijn. Het kan daarbij gaan om een bepaald rechtsfeit (bv. ontvangst van de prijs) dan wel een rechtshandeling van één of beide partijen (bv. eigendom gaat over bij het verlijden van de notariële akte; of bv. keuze van één der partijen, zie hierboven de alternatieve

³⁹⁶ Vgl. LAURENT, *Principes*, XVI, nr. 221; DE PAGE, *Traité*, III, nr. 277 en 281; LIMPENS e.a., *Vente* nr. 1978.

³⁹⁷ A. KLUYSKENS, *Zakenrecht* nr. 103, 4°; minder duidelijk DE PAGE, *Traité*, IV, nr. 21, 4°.

verbintenis), of een combinatie ervan (bv. eigendom gaat over op een bepaald tijdstip na een bepaalde handeling). Anders dan bij een gekruiste optie met totstandkoming van de koop zelf eerst bij authentieke akte (subjectief plechtig contract), gaat hier niet om voorwaarden waaraan de verbintenis zelf onderhevig is, want de ene partij kan de andere tot uitvoering van die handeling verplichten. Dit is onder meer van belang voor de registratierechten: de registratieplicht is slechts afwezig indien het de verbintenis zelf is die aan een opschortende voorwaarde is onderworpen. Maar het is wel zo dat de levering, in afwijking van art. 1138 BW, dan maar zal plaatsvinden overeenkomstig wat partijen daarover hebben bepaald, dan wel het rechtsgevolg maar zal intreden na de vervulling van bijkomende voorwaarden.

a) Toepassingen bij roerende zaken.

Bij roerend goed kunnen partijen bepalen dat de eigendom eerst overgaat met de werkelijke overgave, met de verschaffing van het feitelijk bezit. Of ze kunnen bv. overeenkomen dat de eigendom overgaat op het tijdstip van de kennisname ervan door de derde die de zaak feitelijk houdt (levering onder derden).

i) Beding van eigendomsvoorbehoud.

Zij kunnen ook bepalen dat de eigendom eerst overgaat wanneer het goed betaald is. Dit is het beding van eigendomsvoorbehoud dat bij verkoop van roerende goederen heel vaak voorkomt, en waarvan het belang ongetwijfeld is toegenomen sinds de inwerkingtreding van de nieuwe Faill.W. 1997. We vinden het ook in zekere zin terug in de huurkoop en de *leasing* (het onderscheid tussen beiden betreft op dit ogenblik het al dan niet bedrijfsmatig karakter), waar de eigendom slechts overgaat door het lichten van de koopoptie.

Het eigendomsvoorbehoud wordt uitvoeriger besproken in Deel V.

ii) Betaling tegen levering bij effectentransacties.

Een bijzonder geval waarbij levering en betaling gelijktijdig zijn, vinden we bij overdracht van effecten wanneer de koop-verkoop ervan giraal wordt afgewikkeld in een effectenvereffeningsstelsel. Het stelsel wordt trouwens als “derde” ingeschakeld om de gelijktijdigheid van levering en betaling te verzekeren. De overdracht vindt plaats door de overboeking, juist nog door de inboeking in het systeem. Wanneer die inboeking precies plaatsvindt wordt nader bepaald door de werkingsvoorwaarden van het stelsel (zie art. 4 Wet van 28 april 1999 in omzetting van EU-Richtlijn 98/26/EG van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen³⁹⁸).

³⁹⁸ Zie in verband met achtergrond en eerdere ingrepen in die richting de bijdragen in *B & F* 1994 nr. 3, onder andere A. del MARMOL, “Aspects juridiques du fonctionnement d’un système de comptes-titres”, *B & F* 1994, 125.

b) Toepassingen bij onroerend goed.

Bij de verkoop van onroerend goed wordt vaak overeengekomen dat de eigendom - ook tussen partijen - maar zal overgaan bij het verlijden van de authentieke akte ("transportakte") (in vele andere landen kan de eigendomsoverdracht trouwens niet eerder plaatsvinden)³⁹⁹. De reden hiervoor is meestal dat men de overgang van het risico (ter zake van de tegenprestatie) wil uitstellen. Nochtans vallen eigendomsovergang en risico-overgang niet noodzakelijk samen. Het is volmaakt mogelijk beiden te scheiden; de wet zegt alleen dat zolang partijen niet anders bedongen hebben het risico overgaat op het ogenblik waarop de eigendom overgaat.

Het gaat hier om een opschortende voorwaarde voor het rechtsgevolg eigendoms-overgang, die evenwel niet verhindert dat de verbintenis zelf reeds onvoorwaardelijk is (en de registratieplicht voor verbintenissen tot overdracht van onroerend goed dus reeds bestaat en binnen de voorgeschreven termijn zal moeten worden uitgevoerd).

Bij onroerend goed komt het beding van eigendomsvoorbehoud zelden voor, omdat men beschikt over het onroerend voorrecht, dat eigenlijk een vorm van hypotheek bij wijze van voorbehoud (in plaats van vestiging) is (zie verder).

Ook komt het beding voor dat de eigendom dadelijk overgaat, maar de vervreemder het genot behoudt tot aan de authentieke akte (of een ander later tijdstip). De vraag rijst wat de rechtspositie van de vervreemder is in die tussentijd. In (Staats)Nederland wordt in dat geval het recht van de vervreemder als een vruchtgebruik (bij wijze van voorbehoud) beschouwd⁴⁰⁰.

c) Toepassingen bij schuldvorderingen.

Behoudens enkele gevallen (zie hoger) kan ook de overdracht van schuldvorderingen *solo consensu* gebeuren (waar in sommige ander rechtssystemen de mededeling aan de *cessus* vaak een constitutief vereiste is). Toch komt het voor dat wordt overeengekomen dat de overdracht maar zal plaatsvinden op een later tijdstip, meestal het tijdstip van kennisgeving aan de gecedeerde schuldenaar.

³⁹⁹ In sommige landen kan de eigendomsoverdracht ook niet later worden uitgesteld. Zo kan een Auflassung in het Duitse recht niet onder tijdsbepaling geschieden.

⁴⁰⁰ Art. 3:85, lid 2 NBW.

4. Relevantie van het tijdstip van eigendomsovergang tussen partijen⁴⁰¹.

Men kan de vraag stellen wat het uitmaakt of de verbintenis tussen partijen reeds is uitgevoerd (geleverd) *c.q.* de eigendom tussen partijen reeds is overgegaan of niet.

a. Relativering van het belang.

Enerzijds mag het belang van het al dan niet geschied zijn van een overdracht niet worden overroepen:

- Ook al is de eigendom nog niet overgegaan, de verkoper begaat in beginsel een wanprestatie door hetzelfde goed aan een derde te verkopen⁴⁰² - tenzij de tweede verkoop gebeurt onder voorwaarde dat de eerste geldig zou worden ontbonden, vernietigd, e.d.

- Ook al is de eigendom nog niet overgegaan, de derde kan zich schuldig maken aan een onrechtmatige daad door zich het goed te laten toezeggen en leveren wanneer hij wist of behoorde te weten van de oudere schuldvordering van de tweede (zie het leerstuk van de derde-medeplichtigheid. Over de nadere vereisten hiervan bestaat discussie, maar ondanks de traditioneel strengere verwoording van het leerstuk van de derde-medeplichtigheid, blijkt uit de rechtspraak dat de oudere schuldeiser in feite bijna even sterk wordt beschermd als de oudere verkrijger⁴⁰³).

- Ook al is de eigendom nog niet overgegaan, de koper (e.d.) kan in beginsel het gekochte goed reeds doorverkopen, mits hij de opvolgende koper daaromtrent niet in dwaling brengt, en zelfs al leveren “bij voorbaat” (de overdracht zelf zal in het laatste geval maar plaatsvinden wanneer de verkrijger het bezit in juridische zin verkrijgt).

- De overdracht van eigendom houdt ook niet noodzakelijk de overdracht van volle eigendom in, waarbij de vervreemder geen enkel recht meer zou behouden op de zaak. Zo kennen wij ten voordele van de onbetaalde verkoper het eigendomsvoorbehoud en het voorrecht van de verkoper, het retentierecht, en de verlenging daarvan in het reclamerecht van art. 20, 5° HypW of het recht van *stoppage in transitu* (art. 104 FaillW), enz.

⁴⁰¹ Zie hierover rechtsvergelijkend VINDING KRUSE, *What does property mean ?*

⁴⁰² Vgl. Cass. 12 oktober 1990, *Arr.* nr. 77. De rechter kan ondanks de verkoop aan een derde nog steeds bepalen dat het vonnis als titel kan worden overgeschreven – Cass. 31 januari 2008, *RW* 2008-2009, 573 n. R. JANSEN.

⁴⁰³ Zie M.E. STORME, “De uitwendige rechtsgevolgen van verbintenissen uit overeenkomst en andere persoonlijke rechten: zgn. derde-medeplichtigheid aan wanprestatie, pauliana en aanverwante leerstukken”, in *Overeenkomsten en derden: De externe gevolgen van overeenkomsten en de derde-medeplichtigheid*, p. 111 v.

b. Daadwerkelijk belang.

Anderzijds heeft het ogenblik van de eigendomsovergang tussen partijen wel degelijk belang.

1° Zakenrechtelijk

Het tijdstip van overdracht tussen partijen bepaalt in beginsel de anterioriteit tussen conflicterende rechten die van dezelfde partij worden afgeleid (behoudens derdenbescherming en soortgelijke regels).

Zolang er geen beschikkingsonbevoegdheid is, d.w.z. geen schending van een ouder zakelijk recht of zakelijk werkend recht, geldt de overdracht tussen partijen ook *erga omnes*. Dit sluit wel niet uit dat, zo men niet de nodige publiciteit geeft aan die overdracht, derden te goeder trouw, en bv. ook schuldeisers in samenloop, toch rechten kunnen verkrijgen in strijd met de rechten van de (eerste) verkrijger.

Het grote verschil met andere rechtsstelsels, waar de publiciteitsvoorwaarden voor de eigendomsoverdracht *überhaupt* zijn voorgeschreven⁴⁰⁴, is dat derden die de eigendomsverhouding tussen partijen kenden of behoorden te kennen (“derden te kwader trouw”) deze in ons recht beginsel ook moeten eerbiedigen (uitgezonderd wellicht de schuldeisers in samenloop en sommige andere gevallen waar de goede-trouw-eis niet wordt gesteld) (goede-trouw-eis, zie verder), terwijl in andere landen dergelijke derden slechts kunnen worden aangesproken op grond van een vordering uit onrechtmatige daad onder nader omschreven voorwaarden (nl. leer van de derde-medeplichtigheid) of door middel van een *actio Pauliana*.

Het is in beginsel vanaf de eigendomsovergang tussen partijen dat de verkrijger op zijn beurt bevoegd wordt over het goed te beschikken, en het is deze bevoegdheid die het voorwerp vormt waarop de goede trouw van een derde verkrijger betrekking moet hebben.

Zolang er omgekeerd tussen partijen nog geen eigendomsoverdracht heeft plaatsgevonden, kan deze ook niet tegenwerpbaar zijn aan derden.

Hoewel het tijdstip van eigendomsoverdracht tussen partijen aldus in beginsel wel relevant is, mag men dit ook niet overroepen. Over de werkelijke positie van de

⁴⁰⁴ Het Engelse recht neemt hier een tussenpositie in: waar hij bij ons reeds eigenaar is zonder publiciteit, en in andere landen een louter schuldeiser zolang er geen publiciteit is vervuld, wordt hij in het engelse recht reeds een “equitable owner” (verkrijgt hij een equitable interest, wat beduidend meer is dan een loutere schuldvordering). Wel is het zo dat de positie van de persoon die reeds eigenaar is tussen partijen, maar niet ten aanzien van derden, in andere rechtsstelsels ook soms wordt benaderd door de toekenning van een “anticiperend” recht zoals bv. het Anwartschaftsrecht of de Vormerkung in het duitse recht; het “ius ad rem” in het oude ius commune, enz.

betrokken partijen zegt de eigendomsovergang in ons recht nog weinig, veel minder bv. dan de vervulling van de publiciteit.

2° Risico-overgang.

Zo partijen niets anders hebben bedongen, gaat het risico van de tegenprestatie (in wederkerige overeenkomsten) over op het ogenblik van de eigendomsoverdracht. De eigendomsovergang moet wel goed onderscheiden worden van risico-overgang, d.i. de overgang van het risico ter zake van de tegenprestatie, ook al vallen beiden in ons recht veelal samen⁴⁰⁵.

3° Legitimatie ten aanzien van derden en andere afhankelijke rechten.

Het is eerst vanaf het ogenblik waarop de koper (e.d.) tussen partijen eigenaar is geworden dat hij als dusdanig kan optreden tegen derden die het goed bezitten zonder "titel". Voordien kan hij dat slechts als vertegenwoordiger van de eigenaar.

Tot aan de eigendomsovergang (juister: tot deze vaste datum heeft verkregen) kan de vervreemder in beginsel het goed nog verhuren op een wijze die tegenwerpbaar is aan de verkrijger (behoudens kwade trouw *c.q.* derde-medeplichtigheid van de huurder). Omgekeerd is het eerst vanaf de eigendomsovergang dat de verkrijger als eigenaar kan gelden jegens de huurder van het goed, en dus bv. voorrang kan krijgen bij eigen gebruik. Volgens de heersende opvatting moet de partij die opzegt voor eigen gebruik reeds op het tijdstip van de opzegging eigenaar zijn en niet slechts op het tijdstip waartegen wordt opgezegd. Deze opvatting is voor kritiek vatbaar: doel van de wet is dat de huurder minstens over de wettelijke termijn beschikt en dat nadien het goed binnen het jaar daadwerkelijk door de eigenaar of zijn familie wordt bewoond. In ieder geval kan de verkrijger tot opzegging overgaan zodra de huurovereenkomst aan hem wordt overgedragen (wat niet noodzakelijk tegelijk met de eigendom dient te gebeuren). In de praktijk wordt het probleem vaak opgelost door bij de verkoopovereenkomst de eigendom dadelijk te laten overgaan, maar de risico-overdracht uit te stellen tot aan het verlijden van de authentieke overdrachtsakte.

Meer algemeen is het tijdstip van de eigendomsoverdracht van belang - behoudens andersluidend beding - voor de overgang van alle *accessoria*, en dus voor de uitoefening van afhankelijke of "kwalitatieve" rechten (zie hiervoor hoger nr.). Hetzelfde kan gezegd worden van het recht op de vruchten, al is dit veeleer een *accessorium* van het bezit.

⁴⁰⁵ Een uitzondering vinden we in de wet vooruitbetalingsovereenkomsten in aanbouw zijnde woningen (Wet-Breyne 1971). Verder ook in het geval van een ontbindende voorwaarde: de vervulling daarvan doet wel de eigendomsoverdracht met terugwerkende kracht vervallen, maar verandert niets aan de risico-overgang, wanneer dit risico intussen reeds is verwezenlijkt (overmacht reeds is ingetreden). Vgl. J. LIMPENS e.a., *La vente*, nr. 2109 b).

Wanneer het risico en eigendom afzonderlijk overgaan, dan kan er een vraag van "schadeverplaatsing" rijzen. De partij die het risico draagt, lijdt schade, doch in sommige gevallen is het de andere partij die, als eigenaar (of als verzekeringnemer), het recht heeft de vergoeding te vorderen (vgl. de toestand bij de commissionair). De gerechtigde is verplicht ofwel vergoeding te vorderen en te verrekenen met de andere partij, ofwel zijn schuldvordering over te dragen op de andere.

Bijzondere regels zijn te vinden in art. 57 LVO in verband met het lot van de zaakschadeverzekering bij overdracht van de verzekerde zaak.

4° Kwalitatieve verbintenissen.

Het is eveneens van belang voor de gehoudenheid tot kwalitatieve verbintenissen (waaronder bv. huur). In beginsel is men gehouden tot de lasten die opeisbaar worden vanaf het tijdstip van eigendomsoverdracht. Per uitzondering - of op grond van een overeenkomst - is men ook gehouden tot lasten die reeds opeisbaar waren.

5° Sommige risico-aansprakelijkheden

De hoedanigheid van eigenaar is verder in beginsel bepalend voor een aantal (niet alle) risico-aansprakelijkheden, die dan ook "kwalitatieve aansprakelijkheden" worden genoemd. Dit geldt met name voor:

- de schade veroorzaakt door de instorting van gebrekkige of slecht onderhouden gebouwen (art. 1386 BW);
- de kosten veroorzaakt, in geval van besmetting of behoorlijk vastgestelde toevallige vervuiling, door producten aan de diensten van de civiele bescherming en aan de gemeentelijke brandweerdiensten tijdens hun interventies (art. 85 Wet 24 december 1976);
- de kosten om te voorkomen dat bodemverontreiniging zich verder verspreidt of een onmiddellijk gevaar vormt (Vlaams Bodemdecreet; voor andere kosten voerde het decreet geen volledige risico-aansprakelijkheid in).

De risico-aansprakelijkheid voor gebrekkige producten daarentegen berust op de "bewaker" van de zaak, dus niet noodzakelijk de eigenaar. Hierbij gelden dan ook andere maatstaven dan de eigendomsovergang. Andere aansprakelijkheidsregelingen zijn afgestemd op het "bezit" van de zaak, een m.i. veel beter criterium dan de eigendom (het moet wel gaan om bezit voor zichzelf, dus niet om detentie). Vb. art. 18 Wet 22 juli 1974 Giftig afval, art. 10 Wet 28 mei 1956 Ontpofbare stoffen en tuigen). Vele andere objectieve aansprakelijkheden tenslotte zijn gebaseerd op bepaalde vormen van exploitatie en rusten dus op de exploitant van bepaalde bedrijvigheden.

In sommige gevallen is er een hoofdelijke aansprakelijkheid met de schijnbare eigenaar⁴⁰⁶.

De hoedanigheid van eigenaar is ten slotte van belang voor de toepassing van wetsbepalingen buiten het privaatrecht (fiscaal, strafrecht, enz. - we gaan hier niet in op de vraag of de fiscus een "derde" is).

6° Registratierechten

Voor de heffing van de evenredige registratierechten op in het bijzonder vastgoedtransacties is het niet zozeer het tijdstip van eigendomsoverdracht maar het sluiten van de verkoop- of andere overeenkomst dat de verplichting tot betaling in beginsel doet ontstaan.

Sedert 1 november 2007 geldt voor het Vlaams gewest wel een nieuwe regeling, waardoor het mogelijk wordt om een "compromis" (verkoopovereenkomst) die nog niet notarieel verleden is, binnen het jaar minnelijk te ontbinden zonder dat de evenredige registratierechten verschuldigd zijn (zie o.m. art. 76 en 209, 1° W.Reg. zoals gewijzigd door Vlaams Decreet van 23 november 2007).

⁴⁰⁶ Zie bv. art. 1 § 7 en 13 van de Wet Monumenten en Landschappen, zoals vervangen door art. 2 Monumentendecreet 13 juli 1972, en vervolgens art. 5 § 3 en 8 § 3 Vlaams Monumentendecreet 3 maart 1976; art. 9 § 2, 19 § 2 en 24 § 2 van de Brusselse Ordonnantie Monumenten 4 maart 1993.

AFDELING D. BESCHIKKINGSBEVOEGDHEID EN BESCHERMING VAN VERKRIJGERS TEGEN BESCHIKKINGSONBEVOEGDHEID

1. Beschikkingsbevoegdheid

a. Rol van de beschikkingsbevoegdheid

Het begrip beschikkingsbevoegdheid⁴⁰⁷ werd in het Algemeen Deel reeds uitgewerkt.

Beschikkingsbevoegdheid is in beginsel vereist voor alle handelingen die een afgeleide verkrijging van goederen beogen, in het bijzonder voor de overdracht van goederen en vestiging van zakelijke rechten. Bij overdracht of vestiging van zakelijke rechten kan men in beginsel enkel goederen verkrijgen vanwege de eigenaar, juister: vanwege een persoon die bevoegd was om over de goederen te beschikken (d.i. ze over te dragen of er zakelijke rechten op te vestigen). Dit hangt samen met het prioriteitsbeginsel bij zakelijke rechten, ook gevat in het adagium "*nemo plus iura transferre potest quam ipse habet*".

Onder bepaalde voorwaarden evenwel - waaronder de "goede trouw" -, die verschillen naargelang het soort goederen, wordt de verkrijger *a non domino*, en meer in het algemeen de persoon die verkrijgt van een beschikkingsonbevoegde, beschermd.

Naast deze bescherming kan aan de verkrijger ook nog bescherming toekomen op grond van schijnvertegenwoordiging, wanneer hij er rechtmatig op mocht vertrouwen dat de vervreemder bevoegd was om voor rekening van de ware eigenaar (of beschikkingsbevoegde) te beschikken.

Beschikkingsbevoegdheid is daarentegen niet vereist wanneer de verkrijger op een andere grond verkrijgt (bv. door natrekking, vermenging, dertigjarige verjaring, enz.)⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ In het Frans "*pouvoir de disposition*", in het Duits *Verfügungsbefugnis*. De Franse terminologie is evenwel onduidelijker omdat er geen onderscheid wordt gemaakt tussen "macht" en "bevoegdheid" zoals in het Nederlands en het Duits wel het geval is. "Bevoegdheid" geeft aan wat men mag doen, "macht" wat men rechtelijk kan doen, ook la mag men het niet. Ook werden in het Frans in het verleden allerlei andere uitdrukkingen gebruikt, zoals "*défaut de qualité*" of "*défaut de droit*" of "*défaut de titularité*".

⁴⁰⁸ Zie hoger in dit Deel. Dit sluit niet uit dat de oudere gerechtigde gesubrogeerd kan zijn. Een specifiek voorbeeld vinden we bij effecten: zodra deze in een vereffeningstelsel zijn opgenomen kan de oudere gerechtigde zijn rechten niet meer laten gelden t.a.v. het effect zelf, maar enkel nog t.a.v. het onlichamelijk aandeel in het effectendepot dat daarvoor in de plaats is gekomen.

Vooraleer de bescherming van de verkrijger tegen beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder *c.q.* oudere zakelijke rechten uit te werken voor de belangrijkste categorieën van goederen, werken we eerst het begrip "beschikkings(on)bevoegdheid" uit en schetsen we zeer algemeen de regeling van de derdenbescherming (sub 2.).

In de verhouding tussen partijen speelt deze vereiste maar een beperkte rol. Beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder maakt de titel voor overdracht immers niet nietig (zie hoger voor nadere uitwerking van de vraag bij verkoop en bij legaat). Ook voor de levering tussen partijen wordt niet gekeken naar de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder. Deze is tussen partijen slechts uitzonderlijk (en onrechtstreeks) van belang, namelijk wanneer de verkoper geen civiel bezitter is van het goed (bv. het louter in detentie heeft en niet voor zichzelf houdt) en evenmin feitelijk in het bezit (macht) van de koper kan brengen. Dit werd hierboven reeds besproken.

b. Wie is bevoegd om te beschikken

1° Beginsel.

Bevoegd om te beschikken door overdracht is normaal de eigenaar. Bevoegd om te beschikken d.m.v. vestiging van zakelijke rechten is normaal de persoon die een ruimer zakelijk recht heeft op het goed (bv. de eigenaar kan zijn goed in erfpacht uitgeven of in hypotheek geven; de erfpachter kan zijn erfpachtrecht hypothekeren; de vruchtgebruiker kan zijn vruchtgebruik in pand geven).

Er zijn evenwel een aantal schakeringen nodig.

De nadere regeling van de beschikkingsbevoegdheid wordt bepaald door de wet van de ligging (*lex rei sitae*). Dit sluit evenwel niet uit dat een rechtsgrond die krachtens de wet van de ligging beschikkingsbevoegdheid toekent of beperkt, kan zijn tot stand gekomen op grond van een buitenlands recht, mits deze krachtens een erkenningsregel wordt erkend. Het duidelijkste geval betreft de beschikkingsonbevoegdheid van de eigenaar en beschikkingsbevoegdheid van de bewindvoerder (bv. curator) wanneer bepaalde vormen van buitenlands beslag ook op Belgisch grondgebied worden erkend, zoals bij een in een andere EU-lidstaat uitgesproken faillissement en enkele gelijkgestelde gevallen krachtens de EU-verordening nr. 1346/2000 betreffende de insolventieprocedures (voorheen europees faillissementsverdrag 1995)⁴⁰⁹.

⁴⁰⁹ Zie voor een bespreking DIRIX & SAGAERT, "Verhaalsrechten en zekerheidsposities van schuldeisers onder de Europese Insolventieverordening", *TBH* 2001, 580 v.

2° Begrip beschikkingsonbevoegdheid - verschil met andere figuren

"Beschikkingsonbevoegdheid" als begrip en mechanisme kwam reeds ter sprake in het Algemeen deel. Ze kan worden omschreven als het niet of niet volledig mogen beschikken over een goed (m.b. door het over te dragen of er zakelijke rechten op te vestigen) ten gevolge van een zakelijk of een zakelijk werkend recht van een derde. Het is het gevolg van de gedachte die onvolmaakt uitdrukking vond in het adagium "*nemo plus iura transferre potest quam ipse habet*". Beschikkingsonbevoegd is men dus altijd ten gunste van een of meer bepaalde personen, die daardoor een zeker volgrecht kunnen hebben, hoe beperkt dat soms ook moge zijn (bij roerende goederen bv. geldt het volgrecht meestal slechts tegen derden niet te goeder trouw dan wel gedurende drie jaar - bij gestolen en verloren goederen).

Zoals hoger reeds aangegeven, dient het mechanisme van de beschikkingsonbevoegdheid te worden onderscheiden van andere mechanismen of figuren, waarvan de belangrijkste in het Algemeen Deel reeds werden aangegeven. We bespreken hier nader de gevolgen daarvan.

a) Onderscheiden van titelgebreken en titelbeperkingen, waaronder ook handelingsonbekwaamheid, gezinsbescherming en reservebescherming

Beschikkingsonbevoegdheid moet goed onderscheiden worden van titelgebreken en vergelijkbare titelbeperkingen. Zie hoger Afdeling B.

Zo moet ze onder meer worden onderscheiden van handelingsonbekwaamheid - wat niet steeds gebeurt omdat zowel beschikkingsonbevoegdheid als handelingsonbekwaamheid vaak gepaard gaan met één of andere vorm van bewind. Handelingsonbekwaamheden zijn evenwel niet ten gunste van een derde ingesteld, maar ten gunste van de onbekwame zelf. Handelingsbekwaamheid is verder vereist in hoofde van de persoon die de handeling stelt of de persoon in wiens naam ze wordt gesteld; beschikkingsonbevoegdheid is steeds vereist in hoofde van de persoon in wiens naam wordt gehandeld.

Meer algemeen spelen de regels inzake bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid niet in geval van nietigheid⁴¹⁰. Dit geldt in beginsel voor alle titelbeperkingen of titelgebreken, zoals bv. Ook de inkorting, de nietigverklaringen van art. 224 § 1, 1°, 3° en 4° BW, de uitoefening van een wettelijk naastingsrecht of van een wettelijk voorkooprecht, de niet-tegenwerpbaarheid ingevolge een *actio Pauliana*, e.d.m., en de ontbindende voorwaarde met terugwerkende kracht (zie hoger nrs.).

Titelbeperkingen raken vooreerst de verbintenisrechtelijke verhouding tussen partijen (zij het soms in het algemeen belang of in het belang van derden), beschikkingsonbevoegdheden de rechten van derden. Bij beschikkingsonbevoegdheid is er een derde die op grond van zijn zakelijk of zakelijk werkend recht de goederen in beginsel rechtstreeks kan revindiceren (in de ruime

⁴¹⁰ Dit geldt ook wanneer de verkrijger een derde is t.a.v. de nietige overeenkomst, omdat het een overeenkomst is die door een tussenpersoon / middellijk vertegenwoordiger voor zijn rekening werd gesloten. Is zo'n overeenkomst nietig, wordt de opdrachtgever niet als derde-verkrijger beschermd.

zin). Bij titelgebreken e.d. moet de derde eerst zijn vernietigings-, ontbindings- of naastingsrecht⁴¹¹ uitoefenen jegens zijn wederpartij. Wel is het zo dat een titelgebrek tot gevolg kan hebben dat de verkrijger krachtens een gebrekkige titel daardoor terugwerkend beschikkingsonbevoegd wordt en een verdere overdracht tussen die verkrijger en een derde op die grond ongeldig is (d.i. niet tegenwerpbaar aan oudere gerechtigden).

Ook de erfrechtelijke reserve van de reservataire erfgenamen leidt technisch gesproken niet tot beschikkingsonbevoegdheid, ook al is er wel een sterke gelijkenis. De reden is dat een subjectief “erfrecht” jegens een nog niet opengevallen nalatenschap in ons recht geen actueel zakelijk recht is (ook geen voorwaardelijk recht, bv. onder voorwaarde van vooroverlijden van de erflater). Eerst door het openvallen van de nalatenschap ontstaat er een actueel vermogensrecht (met meerdere aspecten, zoals het recht op het erfdeel, gebeurlijk het recht op inkorting, het recht op erfuitkoop, gebeurlijk het bezitsrecht (*saisine*), enz.).

Een actueel zakelijk recht (vergelijkbaar met een *Anwartschaftsrecht*) vinden we wel in hoofde van de verwachter bij een *fideicommiss* (*Nacherbe*), in die gevallen waar dit laatste geldig is. Het gaat hier immers niet om een zakelijk recht van de verwachter t.a.v. de nog niet opengevallen nalatenschap van de voor-erfgenaam, maar wel t.a.v. de reeds opengevallen nalatenschap van diens erflater (zie de korte bespreking in Deel I).

b) Onderscheiden van inwendige beperkingen bij schuldvorderingen

Een andere beperking die ook geen beschikkingsonbevoegdheid is, werd reeds eerder vermeld en wordt verder uitgewerkt in Deel VI: de niet-overdraagbaarheid van schuldvorderingen en soortgelijke beperkingen, ofwel overeengekomen tussen de schuldeiser en schuldenaar van die schuldvordering ofwel van rechtswege inherent aan de schuldvordering, heeft zakelijke werking omdat ze inherent is in het obligatoire recht zelf. Denken we bv. aan de onbeschikbaarheid die voortvloeit uit een met de schuldenaar gesloten delegatie-overeenkomst.

Daarnaast geldt meer algemeen dat schuldvorderingen inzake loon en andere inkomsten krachtens de wet een inherente familiale bestemming *c.q.* alimentatiebestemming hebben ten gunste van de in art. 1412 GerW genoemde onderhoudsgerechtigden. Deze bestemming heeft zakelijke werking en betreft alle schuldvorderingen opgesomd in art. 1409, 1409 *bis* en 1410 GerW (met uitzondering van art. 1410 § 2, 8° en 9° GerW); ook dit komt aan bod in Deel VI.

c) Onderscheiden van de last van kwalitatieve verbintenissen.

Beschikkingsonbevoegdheid moet ook onderscheiden worden van kwalitatieve verbintenissen. Het begrip werd reeds besproken in Deel I. Hier gaan we in op de rechtsgevolgen, vergeleken met die van beschikkingsonbevoegdheid.

⁴¹¹ Het betreft hier zgn. Gestaltungsrechten, zie W. van GERVEN, *Algemeen deel*, nr. 31.

Het verbonden zijn aan de hoedanigheid van eigenaar of houder van een zakelijk recht, maakt van de kwalitatieve verbintenis nog geen aspect van dat zakelijk recht⁴¹². Het blijven wel degelijk verbintenissen en worden daardoor nog geen soort erfdiensbaarheden. Ze scheppen dan ook geen beschikkingsonbevoegdheid.

Nemen we bv. de verbintenissen van de verhuurder jegens de huurder in zoverre deze kwalitatief zijn. Het kwalitatief karakter van de verplichting van de verhuurder betekent dan ook nog niet dat het conflict tussen de huurder en de koper een probleem van beschikkingsonbevoegdheid zou vormen. De regels ter bescherming van de schuldeiser van een kwalitatieve verbintenis verschillen vrij sterk van die betreffende zakelijke rechten, al is dit ten dele ten gunste van de schuldeiser ervan (bv. tegenwerpbaarheid van de huur in geval van ontbinding van de titel van verkrijging van de verhuurder, na het einde van het vruchtgebruik, e.d.). Hier gelden in beginsel niet de regels die de voorrang bepalen in geval van dubbele beschikking (zoals art. 1141 BW), maar gewoon de chronologische volgorde, met dien verstande dat daarbij veelal een vaste datum zal vereist zijn⁴¹³. Met andere woorden: aangezien het geen zakelijke rechten zijn, moeten ze niet alleen ouder zijn dan de publicatie van het zakelijk recht waarmee ze conflicteren (bv. het eigendomsrecht van de koper van het verhuurde goed), maar ouder dan dat recht zelf.

Anderzijds zou het onlogisch zijn om de verkrijger te goeder trouw van een goed niet te beschermen tegen kwalitatieve verbintenissen door de vorige eigenaar aangegaan, minstens in de gevallen waarin de nieuwe eigenaar in het feitelijk bezit is gekomen.

Ook is de mogelijkheid om kwalitatieve verbintenissen betreffende een goed aan te gaan voor beperkt gerechtigden in beginsel beperkt tot de duur van hun recht (denk aan opstalhouders en erfpachters; voor vruchtgebruikers, zie art. 595 BW).

d) Onderscheiden van andere zuiver verbintenisrechtelijke beperkingen, onder meer conventionele onvervreemdbaarheden en fiduciaire verplichtingen.

Behalve onrechtstreeks door middel van de zopas genoemde mechanismen, wordt de beschikkingsbevoegdheid niet beperkt door louter persoonlijke (d.i. obligatoire) rechten. Dit vloeit voort uit de *numerus clausus* van zakelijke rechten. Deze *numerus clausus* is dus op de eerste plaats een beginsel ter bescherming van de verkrijgers; zekere verkrijging wordt hopeloos wanneer allerlei niet gekende rechten konden worden gevestigd met zakelijke werking. De houders van louter obligatoire rechten kunnen weliswaar gedeeltelijk worden beschermd door middel van andere regels, zoals de leer van de derde-medeplichtigheid aan wanprestatie, doch deze heeft geen zakelijke werking (een veroordeling van de derde leidt hoogstens tot een niet-

⁴¹² Erg verward hierin is m.i. J. HANSENNE, "La limitation du nombre des droits réels et le champ d'application du concept de service foncier", noot onder Cass. 16 september 1966, *RCJB* 1968, (170) 179-180, nr. 12. Ook de wetgever heeft moeite met het onderscheid tussen kwalitatieve verbintenissen en bv. erfdiensbaarheden.

⁴¹³ Zie voor de onroerende huur de argumentatie van E. DIRIX & R. de CORTE, *Zekerheidsrechten*, nr. 75; D. MEULEMANS, "De verkoop van het verhuurde goed; tegenwerpbaarheid van de verlenging", in *Woninghuur en nieuw algemeen huurrecht*, red. J. Herbots & Y. Merchiers, Die Keure Brugge 1991, nr. 16.

zakelijke vordering tot teruggave - daar waar de *Pauliana* bv. wel een zekere zakelijke werking heeft).

i) In het bijzonder vervreemdingsbeperkingen.

Deze werden in Deel I besproken, zowel wat betreft de voorwaarden voor hun verbintenisrechtelijke geldigheid, als hun gebrek aan zakelijke werking (behoudens mechanismen waardoor zij onrechtstreeks een zakelijke werking verkrijgen).

ii) In het bijzonder fiduciaire verplichtingen.

Ook het “fiduciair” karakter van een eigendom schept in ons recht, behalve de uitzonderlijke gevallen van begunstigingsbewind (zoals de geoorloofde vormen van *fideicommiss*), opnieuw geen beschikkingsonbevoegdheid, maar slechts obligatoire verplichtingen. Het gaat hier dan om gevallen waarin goederen fiduciair in eigendom worden overgedragen (de “romeinse” *fiducia*). Zie voor verdere uitwerking hoger Deel I.

iii) Beschikkingsbeperkingen die voortvloeien uit een “verdringende” volmacht

Ook de onherroepelijke volmacht schept geen beschikkingsonbevoegdheid van de lastgever. Dit werd ook reeds besproken in Deel I.

3° Gevallen waarin de bevoegdheid van de eigenaar om over zijn eigendom te beschikken beperkt is of hem ontnomen.

De beschikkingsbevoegdheid wordt dus slechts beperkt door rechten met zakelijke werking. Het gaat daarbij ofwel om zakelijke rechten in enge zin (a), de zakelijke werking van het beslag in al zijn vormen (b) en de zakelijke werking van de (zeldzame) door ons recht erkende vormen van begunstigingsbewind (c). De rechtsgevolgen van de verschillende vormen van mede-eigendom tenslotte worden onder (d) besproken.

a) Eigendomsrecht of andere “oudere” zakelijke rechten van derden.

i) Algemeen

Vooreerst is de beschikkingsbevoegdheid beperkt door de eigendom of beperkte zakelijke rechten van derden (over de betekenis van “oudere” rechten, zie de bespreking in het begin van punt 2.).

Het kan om een verloren of gestolen zaak gaan, of om een zaak waarvan de vervreemder slechts detentor was (bewaarnemer e.d.m.). Het kan ook zijn dat de vervreemder slechts beperkt eigenaar was: de blote eigenaar mag over het goed maar onder last van het vruchtgebruik beschikken, de eigenaar

van een gehypothekeerd goed slechts onder last van de hypotheek⁴¹⁴ (het kan ook een wettelijke hypotheek zijn, enz.), de koper onder eigendomsvoorbehoud slechts onder last van eigendomsvoorbehoud, e.d.m. (vgl. over de *numerus clausus* van zakelijke rechten hoger nr. en verder nr.). Het kan gaan om een dubbele verrichting betreffende hetzelfde goed (dubbele verkoop, schenking of inbreng, verkoop na inpandgeving, dubbele exclusieve licentie, e.d.m.). Het kan ook zijn dat het goed vervreemd wordt door iemand die het zelf had verkregen op grond van een titel die achteraf met terugwerkende kracht werd vernietigd, ontbonden, aan naasting of inkorting onderworpen, e.d.m.⁴¹⁵ (*resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis*).

Uit de laatste reeks voorbeelden blijkt met name dat wat tussen partijen een titelgebrek vormt, t.a.v. derden een probleem van beschikkings(on)bevoegdheid is. Het kan zijn dat de persoon die erfgenaam werd geacht maar een gedeeltelijke of schijnbare erfgenaam blijkt te zijn, wanneer achteraf een bijkomende of echte erfgenaam opduikt.

Wanneer de ontbinding, herroeping e.d. geen terugwerkende kracht heeft (bv. herroeping wegens ondankbaarheid, art. 958 BW), dan wordt de eigenaar maar beschikkingsonbevoegd op het ogenblik waarop deze herroeping ingaat, d.i. de instelling van de eis⁴¹⁶. Derden te goeder trouw worden dan tegen deze beschikkingsonbevoegdheid beschermd zolang de herroepende partij de wettelijk voorgeschreven publiciteit niet heeft vervuld (meer bepaald art. 3 HypW, zie verder).

ii) Omvang van de beschikkingsbevoegdheid van de eigenaar van een goed bezwaard met een beperkt zakelijk recht.

Aaa) Algemeen.

In hoeverre de eigenaar van een met een zakelijk recht bezwaard goed onbevoegd is om te beschikken over het goed, wordt bepaald door de specifieke regels voor elk van die beperkte zakelijke rechten.

Zakelijke of zakelijk werkende rechten van derden sluiten natuurlijk niet uit dat binnen de grenzen van het aldus belaste recht daarover wordt beschikt. Zo bv. mag de blote eigenaar niet de volle eigendom, maar wel de blote eigendom in pand geven. Zo bv. mag de pandgever geen pandrecht in eerste orde meer verlenen, maar wel nog één in tweede orde (zoals bv. bij registerpandrechten, zoals het pand op een handelszaak of landbouwvoorrecht). Zo kunnen meerdere niet-uitsluitende licenties op hetzelfde intellectuele recht verstrekt worden, of een sublicentie door een licentiehouder.

In sommige gevallen wordt de beschikkingsonbevoegdheid nog minder beperkt. We hebben het hier meer bepaald over die beschikkingen die de eigenaar ook zonder de

⁴¹⁴ Vgl. art. 109 HypW.

⁴¹⁵ Deze gevallen gelden enkel in een causaal stelsel van overdracht, niet in een abstract stelsel.

⁴¹⁶ Voor het onderscheid tussen het tijdstip waarop de ontbinding, herroeping, enz. ingaat en het tijdstip tot waar ze mogelijks terugwerkt, zie mijn bijdrage "Het ingaan en de terugwerkende kracht van de ontbinding van wederkerige overeenkomsten", *TBBR* 1991, p. 101 v.

instemming van de beperkt gerechtigde (bv. de pandhoudende of hypothecaire schuldeiser) mag verrichten; beschikkingen met machtiging van die schuldeiser komen verder aan bod (nr.).

Wanneer er ingevolge de hieronder besproken regels geen beschikkingsonbevoegdheid is, is het niet nodig dat de verderop besproken vereisten voor derdenbescherming (publicatie en goede trouw) door de derde-verkrijger worden vervuld.

Bbb) Uitbreiding van de beschikkingsbevoegdheid van de eigenaar van een goed bezwaard met een zekerheidsrecht (pand, hypotheek) of de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud.

Deze uitbreiding van de beschikkingsbevoegdheid vinden we voornamelijk ten gunste van de eigenaar van een met pand of hypotheek bezwaard goed, de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud, die in een aantal gevallen het goed of bepaalde bestanddelen ervan mogen vervreemden. De rechtvaardiging hiervan hangt samen met het feit dat een dergelijke beschikking zal gepaard gaan met zakelijke subrogatie van de pand- of hypotheekhouder in een zekerheidsrecht op de ten gevolge van die beschikking door de eigenaar verkregen goederen. Dit is niet verwonderlijk; zekerheidsrechten zijn het domein bij uitstek van de zakelijke subrogatie, vermits het zekerheidsrecht precies veeleer betrekking heeft op de waarde van de zaak dan op de zaak zelf (d.i. het genot ervan)⁴¹⁷.

Bij de bespreking van de zekerheidsrechten komen deze nadere regels over de beschikkingsbevoegdheid dan ook nader aan bod (bevoegdheid van de hypotheekgever, de persoon die een pandrecht op zijn handelszaak heeft gevestigd, de koper onder eigendomsvoorbehoud e.d.m.).

NB. In zoverre de bevoegdheid van de eigenaar van een goed bezwaard met een zakelijk recht niet reeds uit de wettelijke bevoegdheidsverdeling voortvloeit, maar op een machtiging berust van de beperkt gerechtigde, geldt hiervoor wat verderop wordt uitgewerkt: deze machtiging heeft geen “zakelijke werking”. Ook is ze herroepelijk, minstens in bepaalde gevallen.

Ccc) Ondeelbaarheid van de bezwaring met een beperkt zakelijk recht.

Opgemerkt kan worden dat de eigenaar van een bezwaard goed wel de bevoegdheid behoudt om het goed op te splitsen in afzonderlijke goederen en deze afzonderlijk te vervreemden, doch het erfpacht-, hypotheek- of pandrecht “ondeelbaar” op het geheel blijft rusten (zie art. 10 Erfpachtwet c.q. 2083 lid 1 BW voor pand en 41 HypW)

iii) Bevoegdheid van de beperkt zakelijk gerechtigde ten aanzien van het goed zelf

⁴¹⁷ Vandaar een zekere gelijkenis met de equitable interests in het Anglo-Amerikaanse recht, die ook geen recht op de zaak zelf verschaffen, maar op de vermogenswaarde ervan.

Omgekeerd heeft de beperkt gerechtigde krachtens de wettelijke regels betreffende dat beperkt recht ook bepaalde bevoegdheden ten aanzien van het goed. Ook hier bespreken we enkel de wettelijke bevoegdheden. Een conventionele uitbreiding van bevoegdheid door machtiging komt verderop ter sprake. De vraag of partijen, in plaats van een machtiging te geven, ook de zakenrechtelijke bevoegdheidsverdeling tussen eigenaar en beperkt zakelijk gerechtigde zelf bij overeenkomst tussen hen kunnen wijzigen, werd hoger reeds besproken in samenhang met de *numerus clausus*.

Aaa) Bevoegdheid van de beperkt gerechtigde bij zekerheidsrechten

Zo verleent het pand- en hypotheekrecht omgekeerd in beginsel de bevoegdheid om onder nadere voorwaarden het bezwaarde goed te doen verkopen of het zich te laten toewijzen, zij het dat dit in beginsel met tussenkomst van de rechter en/of via een bewindvoerder en volgens wettelijke rechtspleging zal moeten gebeuren. Verder heeft de pandhouder van schuldvorderingen de bevoegdheid deze te innen (art. 3 Handelspandwet, bij burgerlijk pand mogelijk krachtens een bijzonder beding), maar niet om er over te beschikken. Zie de nadere bespreking in Deel VI.

Bbb) Bevoegdheid van de beperkt gerechtigde bij genotsrechten

Regels inzake de bevoegdheid van beperkt gerechtigden bij genotsrechten vinden we in art. 582 v. BW voor het vruchtgebruik, art. 630 v. BW voor het recht van gebruik en bewoning, art. 3 en 6 Erfpachtwet, art. 2 Opstalwet en dergelijke meer.

Bij vruchtgebruik op schuldvorderingen is de vruchtgebruiker bevoegd het kapitaal te innen en dus de blote eigendom van de vordering teniet te laten gaan; het vruchtgebruik wordt omgezet in een quasi-vruchtgebruik en er ontstaat een verplichting om gelijkaardige goederen te leveren op het einde van het vruchtgebruik⁴¹⁸.

Volgens de rechtspraak van het Franse Hof van cassatie gaat het bij vruchtgebruik van een effectenportefeuille om een feitelijke algemeenheid van goederen waarbij de vruchtgebruiker bevoegd is om over de afzonderlijke bestanddelen te beschikken mits wederbelegging (en dus zakelijke subrogatie), d.w.z. bevoegd is tot een normaal beheer⁴¹⁹.

iv) Zijn voorrechten oudere zakelijke rechten die de beschikkingsbevoegdheid beperken ?

Aaa) Algemene voorrechten.

⁴¹⁸ DERINE, VANNESTE & VANDENBERGHE, *Zakenrecht* II A, nr. 876 A; Hof Brussel 21 oktober 1998, *RW* 1999-2000, 645.

⁴¹⁹ Zie Cass. Fr. 1re civ. 12 november 1998, *D.* 1999 nr. 40 n. D. FIORINA, ook besproken door D. DEMAREZ in *ERPL* 2001.

Algemene voorrechten zijn een mechanisme waardoor een schuldvordering (of een categorie schuldvorderingen) op het hele vermogen van de schuldenaar (of een abstract deel van het vermogen of een abstracte categorie, zoals bv. alle roerende goederen) voorrang verkrijgt boven de andere op dat vermogen verhaalbare schuldvorderingen, althans op het vermogen dat overblijft nadat de echte zakelijke rechten zijn uitgeoefend en de boedelschulden zijn betaald. Zij geven dus geen voorrang op alle vermogensbestanddelen afzonderlijk, maar wel op het semi-bruto vermogen (dat wat overblijft nadat de zakelijke rechten op bepaalde goederen zijn voldaan). Zij hebben dus geen specifiek voorwerp, noch volgrecht. Hoewel het zakelijke zekerheden zijn, zijn het geen zakelijke rechten in enge zin. Ze betreffen in beginsel slechts de verhouding tussen de schuldeisers onderling. Zolang er geen samenloop is ontstaan, verschaffen zij de algemeen bevoorrechte schuldeiser geen enkel recht noch bevoegdheid, en bij een samenloop dient deze het bewind van de bewindvoerder te ondergaan⁴²⁰.

De beschikkingsbevoegdheid wordt daarom ook niet beperkt door algemene voorrechten. Eerst door een beslag of samenloop wordt de schuldenaar beschikkingsonbevoegd en wordt de algemeen bevoorrechte schuldvordering “verzakelijkt”.

Bbb) Bijzondere voorrechten

Wat de bijzondere voorrechten betreft, moet er een onderscheid worden gemaakt.

Sommige bijzondere voorrechten zijn eigenlijk niets anders dan pandrechten (bij roerende voorrechten zoals het landbouwvoorrecht en dat van de verkoper, de verhuurder, de vervoerder, de hotelhouder, de commissionair, het slachtoffer van een ongeval (aansprakelijkheidsverzekering vervoerder, 20, 9° HypW) of hypotheekrechten (bij onroerende voorrechten zoals die van de verkoper, schenker, e.d.). Deze voorrechten verschaffen immers in beginsel een volgrecht (minstens ten aanzien van derden niet te goeder trouw) - zij het dat de precieze modaliteiten nogal uiteenlopen -, alsmede de mogelijkheid van zakelijke subrogatie van de schuldeiser in goederen die in de plaats komen van het goed waarop de schuldvordering bevoorrecht was⁴²¹. Het volgrecht is niet altijd even sterk: zo wordt het volgrecht van de pandhouder op handelszaak beperkt door art. 11 Wet Inpandgeving handelszaak, en wordt het uitgesloten bij onlichamelijke goederen; zo verschaft het voorrecht van de onbetaalde verkoper geen volgrecht (terwijl een beding van eigendomsvoorbehoud dit in beginsel wel doet).

⁴²⁰ Vgl. DIRIX & DECORTE nr. 228.

⁴²¹ Een voorbeeld van zakelijke subrogatie ten gunste van de verhuurder, met name in de schuldvordering op de koopprijs van de stofferende goederen waarop hij bevoorrecht was: Hof Antwerpen 28 april 1997, *RW* 1997-98, 678.

Bij de andere voorrechten, zoals bv. voor kosten tot behoud van de zaak, voor kosten van de oogst e.d., treedt de beschikkingsonbevoegdheid eerst in bij beslag of samenloop.

v) Scheppen eigendom onder opschortende voorwaarde of termijn en ontbindende voorwaarden beschikkingsonbevoegdheid ?

Aaa) Algemeen

Zoals hoger (Deel I.) reeds besproken is in het stelsel van ons zakenrecht de eigendom onder opschortende voorwaarde geen zakelijk recht⁴²² (anders is het bv. in een aantal gevallen het Duitse recht, waar het om het als zakelijk erkende “*Anwartschaftsrecht*” gaat). Het gevolg daarvan is dat de persoon die zijn eigendom verliest door de vervulling van zo’n voorwaarde (*pendente conditione*) intussen volledig beschikkingsonbevoegd blijft, ook al heeft hij een *verplichting* om niet te beschikken. Zo bv. schept het verbod om na een contractuele erfstelling onder levenden nog om niet over de goederen te beschikken, geen beschikkingsonbevoegdheid, al is de overtreding ervan wel wanprestatie.

Wel kan het zijn dat de eigenaar onder opschortende voorwaarde intussen reeds een ander zakelijk recht heeft op het goed, of reeds de blote eigenaar is. Vergelijkbaar hiermee zijn ook de (zeldzame) gevallen van begunstigingsbewind, die verderop ter sprake komen.

Doch ook enkele andere schakeringen moeten worden gemaakt. In bepaalde gevallen, die reeds her en der ter sprake kwamen, zou men namelijk toch een soort zakelijk recht kunnen erkennen, een soort *Anwartschaftsrecht* dus.

Dit is één van de mogelijke ontledingen van de rechtstoestand van de bijzondere legataris (zie hoger).

Het is ook een mogelijke ontleding van de rechtstoestand van de koper onder eigendomsvoorbehoud, zij het dat het hier m.i. niet om een *Anwartschaftsrecht* gaat, maar veeleer om een met pand bezwaard eigendomsrecht. Of de koper onder eigendomsvoorbehoud een zakelijk recht heeft op het goed is van belang om te weten of zijn positie faillissementsbestendig is (*konkursfest*, meer bepaald of ze bestand is tegen het faillissement van de tussentijdse eigenaar). Indien dit zo is, kan de eigenaar bv. ook niet de volle eigendom van de goederen overdragen aan een derde⁴²³, en ondergaat deze derde dan ook de eigendomsoverdracht die intreedt bij de vervulling van de voorwaarde (nl. betaling van de schuld). Het praktisch belang van de vraag wordt wel beperkt doordat de eigenaar onder opschortende voorwaarde in zo’n geval normaal over een retentierecht op het goed beschikt, maar daarom is de vraag nog niet zonder belang.

M.i. kent ons recht hier echter geen “eigendom onder voorwaarde” (overeenstemmend met het Duitse *Anwartschaftsrecht*) als een afzonderlijk zakelijk recht en komt men tot een veel juistere kwalificatie

⁴²² DE PAGE, *Traité*, IV 326 en 328; POTHIER, *Vente* nr. 387. In andere zin bv. LAURENT, *Principes*, XXIV nr. 392 e.v.; KLUYSKENS, *De contracten*, nr. 150 in fine.

⁴²³ Voor zover men aanvaardt dat eigendomsvoorbehoud een afhankelijk recht is, kan dit maar worden overgedragen tegelijk met de schuldvordering tot zekerheid waarvan ze strekt.

van de werkelijke rechtspositie van de koper onder eigendomsvoorbehoud door te stellen dat deze wel degelijk het eigendomsrecht heeft, zij het onder opschortende voorwaarde en bezwaard met een (“bezitloos”) pandrecht. Deze opvatting wordt verder in Deel V. verdedigd. De verkoper heeft in deze visie een bezitloos pandrecht en een ontbindingsrecht met zakelijke werking (dat evenwel beperkt is in geval van samenloop: eenmaal de goederen uit handen zijn gegeven vervalt het ontbindingsrecht bij samenloop indien het niet voordien is uitgeoefend, met uitzondering van het reclamerecht van art. 20, 5°, lid 6 HypW gedurende 8 dagen).

Een *Anwartschaftsrecht* dat de beschikkingsbevoegdheid daarentegen niet beperkt vinden we bij certificatie van vennootschapseffecten: hoewel de certificaathouder de certificaten kan omzetten in de gecertificeerde effecten bij wanprestatie van de eigenaar daarvan, is deze laatste tot aan de omzetting bevoegd om over de effecten te beschikken (behoudens de mogelijke werking van de ontbinding).

De verkrijger onder opschortende voorwaarde wordt meer in het algemeen wel beschermd wanneer het recht van de andere partij verkregen is op grond van een titel onder ontbindende voorwaarde, zoals bv. in tontinebedingen⁴²⁴. Dergelijke ontbindende voorwaarde heeft immers wel zakelijke werking en maakt de eigenaar onbevoegd om “onvoorwaardelijk” te beschikken over de goederen. Door de ontbinding van de titel voor de overdracht keert de eigendom immers in beginsel van rechtswege terug naar de vorige eigenaar, en maakt dit dat de verkrijger onder ontbindende voorwaarde achteraf gezien nooit eigenaar is geweest en dus ook niet bevoegd over de goederen te beschikken.

Hetzelfde geldt niet bij de aanwasovereenkomst, waarbij geen ontbindende voorwaarde speelt. Bij een aanwasovereenkomst tussen mede-eigenaars is elke mede-eigenaar eigenaar van zijn deel; van het andere deel wordt hij eigenaar onder opschortende voorwaarde van vooroverlijden van de andere. Intussen heeft hij op dat andere deel evenwel geen zakelijk recht, maar enkel een schuldvordering.

Toch blijft de vraag of de vervreemder die reeds geleverd heeft bij voorbaat, en geen enkele handeling meer moet verrichten opdat de eigendom zou overgaan, deze overdracht nog kan tegenhouden door nogmaals over het goed te beschikken. Is het misschien toch niet zo dat de vervreemder die geleverd heeft, reeds beschikkingsonbevoegd is, al gaat de eigendom pas later over? Dat zou wel betekenen dat de verkrijger *in spe* toch een soort zakelijk werkend recht heeft, zoals het Duitse *Anwartschaftsrecht*.

Bbb) Bijzonder geval: overdracht van toekomstige vorderingen

Bij overdracht of inpandgeving van toekomstige vorderingen rijst de meer bijzondere vraag of de overdrager nog over de vordering kan beschikken in die zin, dat hij er afstand van kan doen. Die bevoegdheid blijft inderdaad bestaan. De verkrijging van – rechten op – een toekomstige vordering blijft dus zee aleatoir.

Verder bestaan er bij toekomstige vorderingen bestaan er *de facto* soms soortgelijke situaties als bij tontine: de eigendom van een toekomstige vordering kan nog niet overgaan zolang ze niet bestaat,

⁴²⁴ Buiten dit geval (ontbindende voorwaarde in de vorige titel) lijken tontinebedingen, alsmede alle aanwasbedingen, dan ook geen zakelijke werking te hebben, d.i. maken zij de tussentijdse eigenaar niet beschikkingsonbevoegd.

doch het is wel mogelijk dat er een bestaand recht is om zo'n vordering te verkrijgen (een optie bv.), dat als dusdanig kan worden overgedragen.

b) Beslag en vergelijkbare beperkingen met zakelijke werking; vereffeningbewind.

i) Opsomming.

Beschikkingsonbevoegdheid is vervolgens ook het gevolg van elke vorm van beslag, daaronder begrepen alle vormen van samenloop (maar ook de bewarende beslagen, waarbij geen samenloop ontstaat) of vereffeningbewind⁴²⁵ (telkens wanneer een bepaald vermogen wordt afgezonderd met het oog op vereffening). Niet elk beslag leidt tot samenloop, maar elke samenloop is gelijk te stellen met een beslag in ruime zin (zoals hoger betoogd kan men het recht dat de schuldeisers verkrijgen in geval van samenloop een collectief pandrecht noemen). Verder schept ook een beslag dat niet tot samenloop leidt, ook beschikkingsonbevoegdheid ten gunste van de beslaglegger.

Het betreft meer bepaald de bijzondere bewarende en uitvoerende beslagen (waaronder ook bijzondere gevallen zoals het beperkingsfonds geregeld door het *LLMC-Verdrag*⁴²⁶), inbegrepen het strafrechtelijk bewarend beslag⁴²⁷. Deze beslagen hebben een specifiek voorwerp en strekken zich niet uit over goederen die later zouden worden verworven.

Het betreft ook de "algemene beslagen" zoals het faillissement, de vereffening van een rechtspersoon, e.a. Zij treffen in beginsel het hele beslagbare vermogen ("boedel"). Aangezien het vermogen een dynamisch geheel is, strekken deze beslagen zich in beginsel ook uit over toekomstige goederen die dit vermogen verwerft. Minstens voor een aantal gevallen van samenloop wordt dit – en daarmee ook de "vlottende aard" van het collectief pandrecht - in de wet verduidelijkt. Zo omvat de boedel in beginsel alle bestaande beslagbare goederen (alsmede de goederen die tijdens de staat van faillissement (zie art. 16 Faill.W.) *c.q.* procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag (art. 59 v WCO⁴²⁸) *c.q.* de uitvoering van de collectieve aanzuiveringsregeling *c.q.* de vereffening van de rechtspersoon worden verkregen

Gelijk te stellen met een (bewarend) beslag - en dus beschikkingsonbevoegdheid scheppend - is ook het vervreemdingsverbod opgelegd krachtens art. 223, lid 3 BW

⁴²⁵ Zie W. van GERVEN, *Bewindsbevoegdheid*, Bruylant 1962, p. 60 e.v.; R. de CORTE, "Samenloop van preferente aanspraken", *TPR*, 1983, (213) 216 nr. 6 e.v.

⁴²⁶ Het betreft het fonds ter beperking van de aansprakelijkheid van de scheepseigenaar inzake zeevorderingen, geregeld door het desbetreffende Verdrag van Londen 19 november 1976, waarvan de vorming in België geregeld wordt door art. 48 Scheepvaartwet, en dat de opvolger is van de vroegere "bodemerij" (fortune de mer).

⁴²⁷ Zie art. 35 en 35 bis W.Sv., zoals gewijzigd bij Wet van 20 mei 1997.

⁴²⁸ Voorheen onder de WGA reeds vanaf het begin van de gerechtelijk-akkoord-procedure, art. 13 WGA.

(dat aan overschrijving is onderworpen). Hetzelfde geldt wellicht ook voor soortgelijke vervreemdingsverboden op grond van andere wetsbepalingen. Een soortgelijke beschikkingsonbevoegdheid vloeit ook voort uit de dagvaarding tot naasting van aandelen op grond van art. 336 en 638 Wb.Venn.

ii) Ontstaan.

De specifieke regels voor elk van die gevallen bepalen wanneer precies de beschikkingsonbevoegdheid ontstaat.

Zo ontstaat deze bij faillissement reeds op uur 0 van de dag van het uitspreken ervan (en niet eerst bij de bekendmaking); bij vrijwillige vereffening vanaf de invereffeningstelling (en niet eerst vanaf de publicatie ervan); bij uitvoerend onroerend beslag reeds vanaf de overschrijving van het bevel - art. 1577 GerW; bij bewarend onroerend beslag vanaf de overschrijving van het beslag - art. 1444 GerW; bij collectieve schuldenregeling vanaf de zgn. beschikking van toelaatbaarheid, of juist nog - vanaf 25 oktober 2010 (inwerkingtreding Centraal beslagregister) -, vanaf de dag na de ontvangst in het Centraal Beslagregister van het “bericht van collectieve schuldenregeling” (art. 1675/7 § 6 GerW zoals gew. W. 29 mei 2000).

In geval van overlijden hebben de schuldeisers van de overledene in zekere zin altijd een soort collectief pandrecht op de nalatenschap, aangezien zij tot zes maanden na het openvallen van de nalatenschap een (retro-actieve) inschrijving kunnen nemen tot boedelscheiding (zie art. 878 BW en 39 HypW).

iii) Beschikkingsonbevoegdheid veeleer dan buitenbezitstelling.

Wordt dergelijk bewind aan een derde toevertrouwd, zoals bv. aan de curator in geval van faillissement of van een onbeheerde nalatenschap, of de notaris of de gerechtsdeurwaarder belast met de executie, of de beheerder van een onder voorrecht van boedelbeschrijving aanvaarde nalatenschap (art. 803*bis*-804 BW), dan sprak men vroeger doorgaans van buitenbezitstelling. Bij collectieve schuldenregeling (waar bij gebrek aan minnelijke regeling de boedel te gelde wordt gemaakt door de “schuldbemiddelaar” - zie art. 1675/13 § 1 GerW) spreekt de wet van “onbeschikbaarheid” (art. 1675/7 GerW). Het ware evenwel juist te spreken van beschikkingsonbevoegdheid over de goederen die in die boedel vallen (zie bv. art. 16 Faill.W. 1997, waarvan de Franse tekst duidelijker is dan de Nederlandse), beschikkingsonbevoegdheid die ook geldt in gevallen waarin er geen buitenbezitstelling is en de “beslagene” zelf bewindvoerder is (zie bv. art. 803 en 806 BW voor de nalatenschap aanvaard onder voorrecht van boedelbeschrijving).

iv) Gevolgen; relativiteit beschikkingsonbevoegdheid.

Het is niet zo dat beslag steeds een beschikkingsonbevoegdheid schept ten gunste van alle schuldeisers; voor elke vorm van beslag zijn er bijzondere regels die bepalen in hoeverre de andere schuldeisers dan de beslagleggende mee genieten van dit beslag en de erdoor geschapen beschikkingsonbevoegdheid. In beginsel genieten alle schuldeisers die zich tijdig hebben aangemeld (zie bv. art. 1515 GerW) van beschikkingsonbevoegdheid te hunnen gunste. Zolang andere schuldeisers nog geen

maatregelen hebben genomen, kan de beslaglegger wel zonder medewerking van andere schuldeisers het beslag opheffen (bv. wanneer hij een vrijwillige betaling, cessie of delegatie bekomt).

Na beslag kan de eigenaar niet meer ten nadele van de in samenloop opkomende schuldeisers beschikken over de in beslag genomen goederen. Zuiver beschouwelijk kan hij nog beschikken onder last van het beslag, maar betekenis heeft dit natuurlijk niet meer, tenzij:

- de waarde van het goed groter zou zijn dan de som van de schuldvorderingen van de schuldeisers die in het beslag of bewind aantreden en van de vereffeningskosten;
- of wanneer het beslag niet aan alle schuldeisers ten goede komt (voor de opsomming van de schuldeisers die krachtens beslag voorrang krijgen op een latere vervreemding of bezwaring, zie art. 1444 en 1577 GerW)

Enkel de bewindvoerder kan bevoegd over de goederen beschikken, en dan nog slechts volgens de wettelijke regels van rangregeling en evenredige verdeling.

Beslag schept weliswaar geen voorrecht voor de individuele beslaglegger, en dus geen individueel zakelijk recht, maar zoals hoger uiteengezet wel een soort gezamenlijk voorrecht of pandrecht voor alle schuldeisers die mee in de samenloop kunnen opkomen. Ook hier is de beschikkingsonbevoegdheid dus het gevolg van een zakelijk werkend recht van één of meerdere derden. Deze beschikkingsonbevoegdheid is met name in beginsel dezelfde als diegene die het gevolg is van een pandrecht op de goederen.

De beschikkingsonbevoegdheid is niet in alle gevallen even verregaand. Bij collectieve schuldenregeling blijft een “normaal vermogensbeheer” toegelaten, voor zover het geen daden betreft die een schuldenaar bevoordelen (uitgezonderd met toestemming van de rechter en betaling van niet-achterstallig onderhoudsgeld) (art. 1675/7 § 3).

c) Andere vormen van bewind

i) Begunstigingsbewind.

Ons recht kent eigenlijk maar één vorm van begunstigingsbewind, nl. het fideicommissair bewind, waarbij de bewindvoerder eigenaar is, doch de verwachter een beperkt zakelijk recht heeft op het fideicommissiar vermogen. Dit werd reeds besproken in Deel I.

ii) Bewind over de nalatenschap: saisine, executele.

Een zeer bijzonder bewindsrecht is ook de "*saisine*" over het sterfhuis (de nalatenschap) en de testamantaire vorm ervan (*executele*), die in Deel I reeds kort werden besproken.

d) Regels inzake beschikkingsbevoegdheid die voortvloeien uit de verschillende vormen van mede-eigendom

i) Beschikkingsbevoegdheid over een onverdeeld goed door de mede-eigenaar.

De beschikkingsbevoegdheid van een mede-eigenaar is in beginsel beperkt tot zijn aandeel in de goederen of de boedel waarvan hij mede-eigenaar is. Deze beschikkingsbevoegdheid vinden we in art. 577-2 § 4 BW (“De mede-eigenaar kan over zijn aandeel beschikken en het met zakelijke rechten bezwaren”). De mede-eigenaar is niet bevoegd te beschikken over het aandeel van de anderen (bij mede-eigendom van afzonderlijke goederen) (zie art. 577-2 § 6 BW) dan wel over de afzonderlijke goederen van de boedel (bij mede-eigendom van een geheel van goederen).

De beschikkingsbevoegdheid over een aandeel in afzonderlijke goederen van een boedel (geheel van goederen, *masse*) wordt verder onder 3° en 4° besproken.

Ook bij mede-eigendom rijst de vraag of de mede-eigenaars bij overeenkomst kunnen afwijken van de wettelijke beschikkingsbevoegdheid, bv. door elkaar of één van hen bevoegd te maken over de gehele zaak of over afzonderlijke goederen van de boedel te beschikken. Zeker is natuurlijk dat de mede-eigenaars elkaar volmacht kunnen geven. Ook hier heeft volmacht in beginsel geen zakelijke werking, en maakt zij dus de andere mede-eigenaars niet beschikkingsonbevoegd over hun aandeel.

Een zakelijk werkende wijziging van de beschikkingsbevoegdheid is bij mede-eigendom echter wel mogelijk door de goederen onder te brengen in een wettelijk georganiseerde gemeenschap, zoals de huwelijksgemeenschap, de feitelijke vereniging, de maatschap of eenvoudige vennootschap, enzovoort. In dat geval gelden immers de regels inzake bestuursbevoegdheid voor dat soort gemeenschap. Deze komen verder onder f) en g) ter sprake.

ii) Gedwongen mede-eigendom.

Bij gedwongen mede-eigendom van gemeenschappelijke gedeelten wordt de beschikkingsbevoegdheid beperkt door de desbetreffende wetgeving (o.m. bij appartementsmede-eigendom door de bestuursbevoegdheid van de vereniging van mede-eigenaars). Men spreekt ook wel van een collectieve erfdienstbaarheid op de gemeenschappelijke gedeelten⁴²⁹.

iii) Gezamenhandse eigendom, meer bepaald bij de niet-ontbonden gemeenschap.

De beschikkingsbevoegdheid wordt ook beperkt door het gezamenhandse karakter van de mede-eigendom van een geheel van goederen (*Gesamthand*, *propriété collective*) in de wettelijk georganiseerde benoemde gemeenschappen, met name de

⁴²⁹ De wetgever werd geïnspireerd door de leer van de “servitude collective” van J. HANSENNE.

huwelijksgemeenschap, de maatschap (openbare, stille of tijdelijke), het beleggingsfonds en de feitelijke vereniging. Voorwerp van het mede-eigendomsrecht is niet een afzonderlijk goed, maar wel een “boedel” (*masse*), die naast activa ook passiva omvat⁴³⁰.

Deze vermogens werden uitvoeriger besproken in Deel I.

Voor zover men zou aanvaarden dat de afzondering van een *trust*vermogen in ons recht mogelijk zou zijn (wat zo al geen wetgevend ingrijpen, dan toch een belangrijke wijziging in de rechtspraak vereist), dient daarvoor hetzelfde te worden gezegd: de fiducianten zijn dan te beschouwen als mede-eigenaars van een vermogen dat onder bewind is gesteld, waardoor zij enkel nog kunnen beschikken over hun netto-aandeel in dit vermogen als geheel⁴³¹.

Hoewel een dergelijke vorm van gebonden gemeenschap niet wettelijk is georganiseerd, zijn er toch een aantal aanknopingspunten in de wet, onder meer art. 38 Wb. Venn. (vroeger art. 1861 BW - de *croupier*-verhouding) en art. 2 § 1 W.Venn. (de stille maatschap). Zo er meerdere eigenaars zijn, maar de goederen door één van de partijen in eigen naam wordt beheerd (zoals in de stille maatschap), is er in ieder geval ook sprake van een *Gesamthand*. Volgens de uitleg die VAN GERVEN⁴³² geeft aan het vroegere art. 1861 BW dient de splitsing van de eigendom tussen partijen bij dergelijke verhouding echter zelfs niet eens zuiver kwantitatief te zijn (in de vorm van een onverdeeld aandeel in de goederen), en kan zij er ook in bestaan dat een partij (lasthebber) geen aandeel krijgt, maar enkel bewindsbevoegdheid (en mogelijks lidmaatschapsrechten, wanneer het om aandelen e.d. gaat). Deze bevoegdheid zou dan zakelijk werken, althans zolang de verhouding niet ontbonden wordt, en het resultaat zou een “echte” trust zijn.

iv) Onverdeelde mede-eigendom van deelgenoten in een nalatenschap of ontbonden gemeenschap.

De vraag rijst of genoemd gezamenhandse karakter van de mede-eigendom ook aanwezig is bij een niet-gebonden gemeenschap van een geheel van goederen.

In deze categorie vallen met name de ontbonden gemeenschappen, de onverdeelde nalatenschap en enkele andere juridische algemeenheden, met name het (giraal)

⁴³⁰ Het is niet uitgesloten dat de gemeenschap initieel maar uit één goed bestaat. Doch het gaat slechts om een gemeenschap (en niet slechts om een onverdeelde van één enkele zaak) wanneer die gemeenschap potentieel op een veelheid van goederen kan slaan, bv. ingevolge zakelijke subrogatie (zie hierover H. CASMAN, “Gemeenschap beperkt tot één goed?”, in *Liber amicorum Edmond Bouttiau & Jacques Demblon* (1987), 27 v., i.h.b. 37 nr. 16).

⁴³¹ Zie verder mijn bijdrage “Vertrouwen is goed, dual ownership is beter. Elf essentialia bij de invoering van een trustachtige figuur of fiduciaire overeenkomst in het Belgische recht”, *RW* 1996-97, 432 W. van GERVEN, “Van ‘croupiers’ in de zin van art. 1861 BW en van ‘trustees’”, in *Recht in beweging. Opstellen aangeboden aan prof. mr. ridder R. Victor*, Kluwer Antwerpen 1970, II (1159) 1162.

effectendepot⁴³³, het beleggingsfonds met een veranderlijk aantal rechten van deelneming, en de faillissementsboedel (massa) (deze boedel omvat strikt genomen niet het eigendomsrecht op de goederen van de gefailleerde, maar veeleer een collectief pandrecht van (de “massa” van) de samenlopende schuldeisers).

In welke zin de mede-eigenaars in deze gevallen over hun aandeel kunnen beschikken, werd eveneens reeds uitvoeriger besproken in Deel I.

4° Gevallen waarin andere personen dan de gerechtigde bevoegd zijn om over goederen te beschikken, ofwel uitsluitend, ofwel concurrerend met de eigenaar.

Bij de bespreking van de verschillende gevallen waarin de beschikkingsbevoegdheid van de gerechtigde wordt beperkt, kwamen ook reeds een aantal gevallen ter sprake waarin die beperking inhoudt dat een andere partij wel een zekere beschikkingsbevoegdheid heeft, al is hij niet de gerechtigde. Zo kunnen houders van een beperkt zakelijk recht een zekere beschikkingsbevoegdheid hebben. Zo heeft de vereniging van mede-eigenaars in een gedwongen appartementsmede-eigendom een zekere beschikkingsbevoegdheid. Zo kunnen de mede-eigenaars van een gebonden gemeenschap beschikkingsbevoegdheid hebben over de goederen van die gemeenschap (zie ook nog verder). Voor zover een dergelijke verhouding ook zonder eigenlijke mede-eigendom kan ontstaan, kan de beschikkingsbevoegdheid ook aan een *trustee* worden gegeven zonder hem de eigendom over te dragen.

Meer in het algemeen kan iemand een derde machtigen om over zijn goederen te beschikken. Dit kan zowel in naam van de opdrachtgever geschieden (onmiddellijke vertegenwoordiging) als in eigen naam voor diens rekening of *qualitate qua*. In de laatste gevallen spreken we van middellijke vertegenwoordiging. Deze werd in het algemeen Deel reeds besproken. Verbintenisrechtelijk ontstaat er in beginsel weliswaar geen rechtsband tussen de vertegenwoordigde. Maar zakenrechtelijk gaat de eigendom ook bij middellijke vertegenwoordiging in beginsel rechtstreeks over van de principaal op de verkrijger, althans voor zover aan de overige voorwaarden voor dergelijke eigendomsoverdracht (bv. geïndividualiseerd zijn van de goederen) is voldaan⁴³⁴. In het eerste geval is de bevoegdheidsverlening geen zakenrechtelijke rechtshandeling, in het tweede geval wel (zie verder nr.).

Bij de gewone of onmiddellijke vertegenwoordiging is de vertegenwoordiger strikt genomen gewoon geen partij is bij de rechtshandeling. Zij wordt hier slechts vermeld om erop te wijzen dat de eigenaar zich niet op de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder kan beroepen, wanneer deze als schijnvertegenwoordiger voor de eigenaar is opgetreden.

⁴³³ Dat kan in de huidige wetgeving inderdaad niet meer worden beschouwd als de mede-eigendom van afzonderlijke effecten, maar slechts als een geheel van effecten van dezelfde soort, waarin elke deponent een onlichamelijk aandeel heeft. Art. 2 lid 3 KB giraal effectenverkeer spreekt uitdrukkelijk van “mede-eigendom van onlichamelijke aard”.

⁴³⁴ Vgl. hoger nr.

a) Conventionele bevoegdheidsverlening in het algemeen buiten gebonden gemeenschappen om.

Vooreerst kan beschikkingsbevoegdheid conventioneel verleend worden, zo bv. de verkoopcommissienair: hoewel hij strikt genomen de commettant-eigenaar niet "vertegenwoordigt" heeft hij van de eigenaar wel de bevoegdheid verkregen om over de betrokken goederen te beschikken.

Doorslaggevend bij beschikkingsbevoegdheid op grond van middellijke vertegenwoordiging is - zoals bij gewone vertegenwoordiging - niet de interne bestuurs- of vertegenwoordigingsbevoegdheid van de persoon die als vertegenwoordiger optreedt, maar zijn - uitwendige - vertegenwoordigingsmacht⁴³⁵. En die is er niet alleen bij interne bevoegdheid, doch ook wanneer interne beperkingen niet aan derden kunnen worden tegengeworpen, ofwel op grond van de wet, ofwel op grond van de vertrouwensleer⁴³⁶.

Voor het laatste is vanwege de wederpartij een "rechtmatig vertrouwen" vereist, dat op zeer gelijkaardige wijze gewaardeerd wordt als de "goede trouw" van de derde-verkrijger⁴³⁷. Dit is niet verwonderlijk, aangezien het uiteindelijk om hetzelfde rechtsgevolg gaat: namelijk of de derde eigenaar is geworden ondanks het ontbreken van beschikkingsbevoegdheid of vertegenwoordigingsbevoegdheid. Anderzijds ontslaat de schijnvertegenwoordiging de verkrijger van de andere vereisten voor bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid (met name bezit of publiciteit), precies omdat de schijnvertegenwoordiger geacht wordt bevoegd te zijn.

Vb. de commissienair die onbevoegd beschikt over goederen die hij onder zich heeft. De verkrijger wordt beschermd indien hij rechtmatig op de bevoegdheid van de commissienair mocht vertrouwen, ook al is hij nog niet in het bezit van de goederen gesteld (daardoor verschilt deze situatie van de normale regel van art. 1141 BW).

⁴³⁵ Het onderscheid is te weinig gekend en wordt veelal enkel uiteengezet in het vennootschapsrecht, sedert het Duitse Prokurastelsel voor de N.V. en de BV. op grond van de eerste EG-Richtlijn werd ingevoerd door de W. 6 maart 1973, en daarmee het onderscheid tussen "Vertretungsmacht" (vertegenwoordigingsmacht) en "Geschäftsführungsbefugnis" (bestuurs- of vertegenwoordigingsbevoegdheid). Zie daarvoor verder P. van OMMESLAGHE, *Le régime des sociétés par actions et leur administration en droit comparé*, 439, nr. 268; J. RONSE, *De vennootschapswetgeving 1973. Commentaar van de wet van 6 maart 1973 tot aanpassing aan de eerste E.E.G.-Richtlijn van 9 maart 1968*, Story Gent 1975, nr. 284-289 et 320-327; J. RONSE, J.M. NELISSEN GRADE, K. VAN HULLE, J. LIEVENS et H. LAGA, "Overzicht van rechtspraak 1978-1985. Vennootschappen", *TPR* 1986, (859) 912-913 nr. 57; W. van GERVEN, *Algemeen deel*, n° 147, p. 477 noot 12.

⁴³⁶ De vertrouwensleer vond zoals bekend een bevestiging in het arrest Cuivre-et-Zinc, Cass. 20 juni 1988, *RW* 1989-90, 1425 noot A. van OEVELEN.

De rechtsleer legt meestal het verband niet tussen de gevallen van schijnmandaat en de gevallen waarin de vertegenwoordigingsmacht op grond van de wet niet tegenover derden kan worden ingeperkt. Nochtans gaat het om de twee gevallen waarin er vertegenwoordigingsmacht is zonder vertegenwoordigingsbevoegdheid.

⁴³⁷ Het verband tussen beide concrete vragen wordt ook gezien door F.H.J. MIJNSSEN, *Causale en abstracte rechtshandelingen*, p. 9. Meer in het algemeen werd de samenhang tussen deze uiteenlopende figuren van vertrouwensbescherming reeds meesterlijk ontleed in het proefschrift van J. THIEL, *De goede trouw van derden*, pr. UvA 1903, Scheltema & Holkema Amsterdam 1903.

Een louter conventionele bevoegdheidsverlening werkt wel in die zin niet zakelijk, dat zij de lastgever (commettant e.d.) niet beschikkingsonbevoegd maakt (ook niet zo hij er zich toe verbindt zelf niet te beschikken) – en dus bv. evenmin de curator in geval van faillissement van de lastgever. Lastgeving kan dus leiden tot concurrerende bevoegdheid, niet tot een loutere verschuiving ervan.

Een vergelijkbare toepassing van de vertrouwensleer, die echter niet als een verlening van beschikkingsbevoegdheid kan worden beschouwd, is de niet-tegenwerpbaarheid, door de uitgever van een zakenrechtelijk waardepapier, van titelgebreken (nietigheid of ontbinding van de aan de uitgifte ten grondslag liggende overeenkomst of rechtshandeling) aan de derde-verkrijger, voor zover het gaat om een waardepapier dat daarvan abstractie maakt (zie daarvoor randnr. ...).

Een andere geval van conventionele bevoegdheidsverlening vinden we bij goederen bezwaard met een beperkt zakelijk recht, waar de beperkt gerechtigde (bv. pand- of hypotheekhouder) met een vervreemding voor onbelast door de eigenaar heeft ingestemd⁴³⁸.

Wat betreft de bevoegdheid van de eigenaar van een goed bezwaard met een beperkt zakelijk recht, om dit goed als onbelast te vervreemden, werd hoger reeds onderzocht in welke gevallen deze bevoegdheid stilzwijgend aanwezig kan worden geacht (vnl. beschikkingen over verpande goederen mits subrogatie van de pandhouder in de vervangende goederen), en werden ook gevallen besproken waarin twijfel bestaat of dergelijke bevoegdheid ook stilzwijgend aanwezig is (bv. beschikking over de voorraden die deel uitmaken van een verpande handelszaak, of goederen aangekocht onder eigendomsvoorbehoud). In de laatste gevallen evenwel kan deze bevoegdheid in ieder geval wel conventioneel worden verleend (waardoor de pandhouder afstand doet van zijn pandrecht, meestal onder voorwaarde van zakelijke subrogatie of een vervangende zekerheid).

b) Bestuursbevoegdheid bij gebonden gemeenschappen en andere vormen van gebonden mede-eigendom.

Bij de meeste gebonden gemeenschappen (maatschap, huwelijksgemeenschap, vereniging, enz.) vinden we regels betreffende de bevoegdheid van één of meerdere deelgenoten of derden om over goederen van de gemeenschap te beschikken. Voor zover deze bevoegdheid door de wet wordt verleend, spreken we van bestuursbevoegdheid. Daarnaast kan deze bevoegdheid ook voortvloeien uit een conventionele bevoegdheidsverlening (inb. schijnmandaat). Wanneer de bestuurder in eigen naam handelt (zoals bij de stille maatschap en het beleggingsfonds) gaat het om een vorm van middellijke vertegenwoordiging.

Zo zijn echtgenoten in beginsel bevoegd om anders dan bij wijze van schenking kunnen beschikken over goederen van de gemeenschap te beschikken, met uitzondering van daden van beschikking in het kader van een gemeenschappelijk beroep en beschikkingen betreffende voor hypotheek vatbare goederen, handelszaak of bedrijf, hypothecaire schuldvorderingen (zie artt. 1417, 2, 1418 en 1419, 1 BW, met een

⁴³⁸ Vgl. art. 3:90, 2 in fine NBW.

aantal nietigheden in art. 1422 BW). Zo vinden we bestuursregels voor de maatschap in art. 33-37 Wb. Venn. (vroeger art. 1856-1860 BW). In andere gebonden gemeenschappen zal de bestuursregeling omzeggens steeds conventioneel zijn vastgelegd ("statuten" van een feitelijke vereniging, beheersovereenkomst van een beleggingsfonds, e.d.m.)

Bij appartementsmede-eigendom is deze bevoegdheid wettelijk toevertrouwd aan de organen van de vereniging van mede-eigenaars (art. 577-4 en 577-5 v. BW).

c) Bestuursbevoegdheid bij ontbonden gemeenschappen

Deze bestuursbevoegdheid vervalt bij de ontbinding van de maatschap, huwelijks-gemeenschap, e.d. en bestaat evenmin bij een onverdeelde nalatenschap. In die gevallen moet men terugvallen op de gemeenrechtelijke regels van art. 577-2 en de gemeenrechtelijke lastgeving - behoudens de beperkte regeling van de testamentuitvoerder (art. 1026 v. BW). Een efficiënter bestuursstatuut werd in ons recht tot nu toe niet uitgewerkt. In uitzonderlijke gevallen wordt een gerechtelijk bewindvoerder aangesteld.

d) Wettelijke bestuursbevoegdheid bij handelingsonbekwamen.

Verder denke men ook aan alle gevallen van "wettelijke vertegenwoordiging", meer bepaald van handelingsonbekwamen, waar de vertegenwoordiger niet in naam van de vertegenwoordigde, maar in eigen naam of *qualitate qua* optreedt. Weliswaar geldt die bevoegdheid niet voor een hele reeks daden van beschikking, maar ze geldt dan toch voor de beschikking over de meeste roerende goederen.

e) Vereffeningsbewind.

Ten slotte kan deze bevoegdheid krachtens de wet verkregen worden om een vermogen geheel of gedeeltelijk te vereffenen: de notaris die aangesteld wordt voor de gedwongen verkoop na beslag, de gerechtsdeurwaarder die de inbeslaggenomen roerende goederen verkoopt, de persoon die door de rechter wordt aangesteld om het (handels)pand te verzilveren; de *curator* om de onder het faillissementsbeslag vallende boedel te verzilveren, de beheerder van een beneficiair aanvaarde nalatenschap. Naast de genoemde gevallen waarin de vereffenaar door de rechter wordt aangesteld zijn er ook andere, waarbij iemand van rechtswege die bevoegdheid heeft, zoals de vereffenaars die bevoegd zijn het vermogen van de rechtspersoon in vereffening te verkopen, de beneficiair aanvaardende erfgenaam die bevoegd is de onder het voorrecht van boedelbeschrijving aanvaarde nalatenschap te vereffenen, e.d.m.

De bewindvoerder is hierbij niet de "vertegenwoordiger" van de schuldenaar: de bewindvoerder treedt immers op, weliswaar in eigen naam, maar voor rekening van de schuldeisers en niet van de eigenaar. De bewindvoerder is dan ook veeleer een middellijk vertegenwoordiger van de (samenlopende) schuldeisers, en oefent de

rechten uit die de schuldeisers door middel van hun (gezamenlijk) pand- of hypotheekrecht of het beslag of de samenloop hebben verkregen. In de meeste gevallen immers mogen de schuldeisers deze rechten niet zelf uitoefenen en organiseert de wet een “dwangvertegenwoordiging” door een bewindvoerder.

In geval van beslag is de bewindvoerder, zolang er geen samenloop is, slechts de middellijke vertegenwoordiger van de beslagleggende schuldeiser⁴³⁹. Het is eerst vanaf het ontstaan van de samenloop dat hij de wettelijke opdracht heeft om alle in de samenloop opkomende schuldeisers te “vertegenwoordigen”.

De juiste omvang van de beschikkingsbevoegdheid wordt door bijzondere bepalingen geregeld. Wat de aard van de beschikkingen moeten die overigens in beginsel niet beperkend worden uitgelegd. Zo bv. is een notaris aangesteld voor de verkoop na onroerend beslag in beginsel ook bevoegd om het goed op te splitsen in kavels.

f) Gerechtelijk bewindvoerder.

Een voorlopige bewindvoerder kan in sommige gevallen door de rechter worden aangesteld met een nader omschreven bevoegdheid, die ook een bestuurstaak kan zijn in plaats van vereffening⁴⁴⁰.

g) Andere gevallen.

Ook in enkele andere gevallen (dan schijnvertegenwoordiging) leidt de vertrouwensleer tot beschikkingsbevoegdheid.

Dit vinden we bv. bij de schijnerfgenaam (voor een specifiek wettelijk geregeld geval, zie art. 828 BW: na het verstrijken van 6 maanden sinds het openvallen van een nalatenschap dient men alleen rekening te houden met de erfgenamen wier banden van verwantschap met de overledene zijn vastgesteld of die hun rechten hebben opgeëist).

Een bijzondere toepassing vinden we ook bij de uitgifte van zakenrechtelijke waardepapieren. Tegenover de oorspronkelijke wederpartij kan de uitgever zich normaal beroepen op een retentierecht (bijzondere vorm van pandrecht); voor zover daarvan abstractie wordt gemaakt in het papier, kan deze partij evenwel zijn rechten op het goed door middel van dat papier overdragen zonder dat dat retentierecht tegenwerpbaar is aan de derde-verkrijger van het papier.

Doch over het algemeen gesproken is de schijn van eigendom (enz.) niet voldoende voor beschikkingsbevoegdheid, en moet de derde-verkrijger ook nog aan andere voorwaarden voldoen om te worden beschermd tegen de *verus dominus*.

⁴³⁹ Zie DIRIX & BROECKX, *Beslag*, nr. 23, 3°.

⁴⁴⁰ Zie algemeen F. BLONTROCK, “De gerechtelijk bewindvoerder. Analyse van rechtspraak”, *T. Not.* 1991, 2 v. Voor een toepassing bij echtgenoten, zie art. 220 BW

NB. Geen beschikkingsbevoegdheid over andermans goed, maar een andere rechtsfiguur vinden we bij naastingsrechten, voorkooprechten, goedkeuringsrechten (mogelijks gepaard met een ontbindende voorwaarde), vernietigingsrechten van de echtgenoot, e.d.m.

c. Het tijdstip van beschikkingsbevoegdheid.

Vervolgens rijst ook de vraag wanneer de vervreemder beschikkingsbevoegd moet zijn. Duidelijk is dat de beschikkingsbevoegdheid niet noodzakelijk reeds aanwezig moet zijn op het ogenblik van het aangaan van de verbintenis tot levering, wanneer de leveringshandeling eerst later plaatsvindt. Ook is duidelijk dat de beschikkingsbevoegdheid niet noodzakelijk nog aanwezig moet zijn bij de publicatie van de levering (tegenwerpbaar maken aan derden).

In de - toch vrij talrijke - gevallen waarin de leveringshandeling en het tijdstip van eigendomsovergang tussen partijen niet samenvallen (zie hoger nr. - bv. bij nog niet gespecificeerde goederen, toekomstige goederen, opschortende voorwaarde, e.d.m.) blijft de vraag of beschikkingsbevoegdheid aanwezig moet zijn a) op het ogenblik van de levering tussen partijen, dan wel b) op het ogenblik waarop de eigendom overgaat (*c.q.* het zakelijk recht tot stand komt), dan wel c) op beide tijdstippen. Om deze vraag te beantwoorden bekijken we zowel het geval waarin de beschikkingsbevoegdheid pas na de leveringshandeling ontstaat, als dat waarin ze reeds voor de uitwerking van de eigendomsovergang is weggevallen.

1° Beschikkingsbevoegdheid die reeds voor de uitwerking van de eigendomsovergang is weggevallen.

In beginsel moet de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder nog aanwezig zijn op het ogenblik waarop de eigendom overgaat, voor zover de eigendom langs het vermogen van de vervreemder passeert. Is dat zo, en gaat de vervreemder bv. intussen failliet, of worden de goederen in beslag genomen, dan vallen de goederen in de failliete boedel *c.q.* onder het beslag. In zoverre evenwel de eigendom rechtstreeks van bv. de leverancier van de verkoper overgaat op de koper (bv. wanneer de verkoper als middellijk vertegenwoordiger optreedt), is dit natuurlijk niet vereist. Dit vraagstuk werd ten dele hoger reeds besproken, bij de levering bij voorbaat en de alternatieven daarvoor.

De vraag is met name van belang in het geval van faillissement van de verkoper onder eigendomsvoorbehoud, indien men ervan uitgaat dat het eigendomsvoorbehoud een “echt” eigendomsrecht is en niet veeleer een soort bezitloos pandrecht. M.i. kan de curator van het faillissement van de verkoper in ieder geval de goederen onder eigendomsvoorbehoud niet revindiceren (tenzij hij de koop kan ontbinden wegens niet-betaling door de koper), en moet men dus ofwel

stellen dat eigendomsvoorbehoud slechts een pandrecht is, ofwel erkennen dat de voorbehoudskoper reeds een soort zakelijk recht heeft (*Anwartschaftsrecht*).

De vraag rijst verder in het bijzonder bij overdracht of inpandgeving van toekomstige schuldvorderingen. Moet de beschikkingsbevoegdheid aanwezig zijn op het tijdstip van de rechtshandeling cessie of op dat van de uitwerking van de cessie ?

Het is in ons recht betwist of de beschikking uitwerking heeft indien de cedent of pandgever voor het ontstaan van de schuldvordering zijn beschikkingsbevoegdheid verliest (bv. door beslag of faillissement), dus of de oudere beschikking ook nog voorrang heeft wanneer tussen de beschikking en het ontstaan van de schuldvordering de cedent beschikkingsonbevoegd wordt (ingevolge beslag, faillissement, e.d.).

Hier lijkt men een verder onderscheid te moeten maken.

- Bij “toekomstige” termijnen uit een reeds bestaande overeenkomst met opeenvolgende prestaties, die slechts opeisbaar zullen worden indien de overeenkomst blijft doorlopen, zo bv. toekomstige huurtermijnen uit een bestaande huurovereenkomst, heeft de cessie van die toekomstige termijnen geen voorrang op het intussen gelegde beslag⁴⁴¹, en is de cessie dus niet tegenwerpelijk aan de samenlopende schuldeisers.
- Hetzelfde moet *a fortiori* gelden voor vorderingen die pas na de samenloop ontstaan.
- Bij schuldvorderingen die de keerzijde zijn van een nog te leveren tegenprestatie in een overeenkomst zonder tijdsbepaling (bv. de prijs voor werken of diensten die nog moeten worden verricht, maar waarover reeds een overeenkomst is gesloten), gaat de voor het beslag verrichtte cessie voor.

2° Beschikkingsbevoegdheid die pas na de leveringshandeling ontstaat - convalescentie

Omgekeerd kan het zijn dat de vervreemder eerst op een later tijdstip (dan de leveringshandeling) beschikkingsbevoegd wordt. Intussen is de eigendomsoverdracht dan ook niet tegenwerpbaar aan oudere gerechtigden. Doch wanneer de vervreemder beschikkingsbevoegd wordt, treedt ook “convalescentie” in⁴⁴²: de overdracht wordt *post factum* tegenwerpbaar, mits de titel ervan op dat ogenblik nog geldig is (het kan natuurlijk zijn dat de titel intussen vernietigd is of ontbonden, of er een ontbindende voorwaarde is verstreken).

⁴⁴¹ In die zin in elk geval § 108 van de Duitse Insolvenzordnung, in het Staatsnederlandse recht HR 26 maart 1981, *NJ* 1982 nr. 615; Cass Fr. 26 april 2000, *Bull.* 2000 IV 74 nr. 84 = *D.* 2000 Jur. 717 kritische noot LARROUMET. Zie over de discussie onder meer DIRIX & DECORTE, p. 317-318 nr. 481 bis met verw.

⁴⁴² Zie hierover o.m. F. RANIERI, *Alienatio convalescit. Contributo alla storia ed alla dottrina della convalida nel diritto dell'Europa continentale*.

Of de overdracht met terugwerkende kracht intreedt, hangt af van de vraag of de beschikkingsonbevoegdheid met terugwerkende kracht wegvalt (zoals bv. het geval is bij een deelgenoot die een goed uit een onverdeelde nalatenschap heeft verkocht, en aan wie het goed nadien bij verdeling wordt toebedeeld).

Denken we bv. aan de onbevoegde doorverkoop van goederen die nog onder eigendomsvoorbehoud staan: eigendomsoverdracht zal tegenwerpbaar zijn aan de leverancier van de vervreemder zodra deze betaald is.

2. Bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid en tegen oudere zakelijke rechten in het algemeen.

a. Grondvereisten - bepaling van de anterioriteit

Verkrijgers die goederen hebben verkregen van een beschikkingsonbevoegde worden in ons recht onder bepaalde voorwaarden beschermd. Men kan ook spreken van vereisten voor de tegenwerpbaarheid van de verkrijging tegenover oudere zakelijk gerechtigden (de personen ten gunste van wie de vervreemder beschikkingsonbevoegd was).

De persoon die revindiceert moet wel aantonen dat zijn recht op het goed dateert van voor de datum waarop het conflict op dit goed voor het eerst is ontstaan, ongeacht de datum van verkrijging door de partijen die uiteindelijk tegenover elkaar staan. Dit wordt nader uiteengezet bij de bespreking van conflicten bij onroerend goed.

1° Bepaling van de anterioriteit - conflict met voorbehouden rechten

Een oudere zakelijk gerechtigde is met name diegene wiens recht ten aanzien van het desbetreffende goed ouder is dan het recht van de partij die van de beschikkingsonbevoegde heeft verkregen of zijn rechtsopvolger. “Ouder” veronderstelt niet noodzakelijk dat het recht als dusdanig ouder is - d.w.z. dat de rechtshandeling waardoor het totstandkomt ouder is dan die waardoor het jongere recht totstandkomt -, maar wel dat het recht in verhouding tot het concrete voorwerp ervan ouder is.

Een belangrijke toepassing van deze regel vinden we bij een conflict met een zakelijk recht (i.h.b. een zekerheidsrecht) dat door voorbehoud is ontstaan (Het verschil tussen een zakelijk recht door overdracht of vestiging en één door voorbehoud kwam hoger reeds algemeen ter sprake in Afdeling A. Van dit hoofdstuk). Aldus kan een recht nooit “ouder” zijn dan de rechten die verbleven zijn bij de rechtsvoorganger van de persoon van wie men verkrijgt. Dit verklaart dat de rechten van een onbetaalde verkoper altijd “ouder” zijn dan de rechten die derden van de koper hebben verkregen, ook al zou dat zijn geschied op grond van een rechtshandeling van eerdere datum dan die verkoop.

Een typisch voorbeeld om dit te verduidelijken vinden we bij de inpandgeving van de handelszaak: bij conflict tussen de pandhouder en andere gerechtigden, bv. de verkoper, is niet relevant de datum waarop de handelszaak in pand is gegeven, het recht van de verkoper is ouder omdat het ouder is in verhouding tot de verkochte zaak. Dit geldt zelfs als het enkel om een voorrecht van de verkoper gaat ; de verkoper had immers voor de overdracht een recht dat ruimer was dan het voorrecht en het dus omvatte.

2° Bepaling van de anterioriteit - meerdere beschikkingen over toekomstige goederen

Heeft bij meerdere beschikkingen op voorhand (cessies of inpandgevingen) de eerst overeengekomen beschikking voorrang, ook al hebben zij maar tegelijk uitwerking en is er in beginsel geen anterioriteit tussen obligatoire rechten ?

Bij meerdere beschikkingen op voorhand (cessies of inpandgevingen) wordt de eerst overeengekomen beschikking geacht ouder te zijn, en heeft ze daarom in beginsel voorrang, behoudens derdenbescherming van de latere verkrijger.

b. Grondvereisten voor bescherming

1° Grondvereisten - algemene regel.

De vereisten voor bescherming verschillen naargelang de aard van het goed en worden in de volgende Delen uitgewerkt. Naast een aantal bijzondere vereisten voor bepaalde categorieën van goederen zijn er twee vereisten die algemeen gelden, met name:

1° Een zekere "publicatie" (*sensu lato*) van de levering: de bescherming van de verkrijger tegen oudere zakelijke rechten hangt in beginsel daarvan af, of er ten aanzien van de oudere zakelijk gerechtigde (de persoon ten wiens gunste de vervreemder beschikkingsonbevoegd is) levering heeft plaatsgehad⁴⁴³. Zo zien we dat vereisten die in andere rechtsstelsels vaak reeds gesteld worden voor de overdracht (of vestiging van zakelijke rechten) tussen partijen, in ons Frans-Belgisch-italiaans stelsel opduiken als tegenwerpbaarheidsvereisten.

2° Verder is in de meeste gevallen "goede trouw" van de verkrijger vereist. Het gaat dan ook in beginsel om de bescherming van de verkrijger te goeder trouw. De goede trouw moet betrekking hebben op de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder. Wel zijn er op die eis een aantal uitzonderingen, waardoor de bescherming van de derde-verkrijger wordt uitgebreid (met name bij bescherming tegen oudere niet-gepubliceerde zekerheidsrechten en niet-gepubliceerde contractuele erfstellingen). Zij komen verderop ter sprake.

⁴⁴³ Traditioneel wordt dergelijke benadering in ons recht zoals in Frankrijk - doch anders dan in dat van de meeste andere landen, bv. (Staats)Nederland, Duitsland, Italië, Zwitserland e.a. - niet gebruikt bij roerende zaken, waar men immers uitgaat van het bezit zelf van de verkrijger, ongeacht de wijze waarop hij in het bezit is gekomen (zie de ontleding door J.G. SAUVEPLANNE, *De bescherming van de derde verkrijger te goeder trouw van roerende lichamelijke zaken*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor rechtsvergelijking, Kluwer Deventer 1968, p. 7 e.v.; P. ORTSCHIEDT, *La possession en droit civil français et allemand*). M.i. is het evenwel vruchtbaarder ook de overdracht van roerende zaken te bespreken volgens de systematiek die voor alle andere goederen geldt, en op dit verschil terug te komen bij de bespreking van het titelvereiste t.a.v. derden.

Behoudens deze uitzonderingen kan men bij gebrek aan goede trouw slechts verkrijgen door middel van één van de oorspronkelijke wijzen van eigendomsverkrijging, zoals onder meer de verkrijgende verjaring van dertig jaar, of de natrekking, vermenging en andere uitwerkingen van het eenheids- en specialiteitsbeginsel. In die gevallen is revindicatie door de oudere gerechtigde (inbegrepen de verkoper onder eigendomsvoorbehoud) uitgesloten⁴⁴⁴; een uitzondering is er wanneer de vermenging niet speelt omdat het oudere recht betrekking heeft op de hele hoop goederen van eenzelfde soort. Wel zal de eerdere gerechtigde in een aantal gevallen een schuldvordering hebben tot teruglevering of tot vergoeding.

2° Gevallen van versterkte of meer uitgebreide bescherming.

Naast de gevallen waarin goede trouw niet wordt vereist zijn er nog een aantal uitzonderingsgevallen waarin derden sneller worden beschermd. Het gaat dan om oudere rechten waarvan de zakelijke werking nog zwakker is, of - juister misschien - veeleer betrekking heeft op een (economische) waarde dan op het goed zelf.

- Tegenover inkorting van de vorige overdracht.

Dit geldt voor het recht op inkorting van schenkingen: tegen een derde-verkrijger kan dit slechts worden uitgeoefend wanneer uitwinning van de begiftigde zelf onvoldoende heeft opgeleverd.

- Tegenover oudere zekerheidsrechten (inb. onroerend voorrecht).

Wanneer het oudere zakelijk recht slechts een zekerheidsrecht is, wordt de derde-verkrijger die niet aan de gewone vereisten voor bescherming voldoet, toch nog in zekere mate beschermd door een “lossingsrecht”. Hij heeft het recht de goederen te behouden tegen volledige betaling van de schuld tot zekerheid waarvan de goederen met een ouder recht zijn bezwaard. Bij onroerend goed wordt dit lossingsrecht van de verkrijger (C) in geval van ontbinding van de eerdere overdracht A-B en terugvordering door de oorspronkelijke eigenaar (A) uitdrukkelijk erkend in art. 28, lid 3 HypW. Hetzelfde recht zou moeten worden erkend bij ontbinding van de overdracht van roerende goederen; weigering daarvan kan als een misbruik van het ontbindingsrecht worden gekwalificeerd.

Dezelfde mogelijkheid heeft de derde-verkrijger soms ook ten aanzien van een ontbinding, herroeping of vernietiging door de oudere gerechtigde. In die gevallen waar de ontbinding ten aanzien van een derde-verkrijger slechts mogelijk is voor zover de vervreemder nog over een voorrecht beschikt (zie verder), kan de derde-verkrijger de ontbinding of herroeping tegenhouden door enkel en alleen het bevoorrecht gedeelte van de schuldvordering te voldoen (zie art. 28, lid 3 HypW).

⁴⁴⁴ Behoudens dan de revindicatie op grond van de eigendom van een aandeel van de soortzaken, zoals bij girale bewaargeving e.d. - zie verder onder nr.

Is het goed met een hypotheek bezwaard, dan is het evident dat de verkrijger het goed van de hypotheek kan zuiveren door de hypothecaire schuld volledig te betalen. Bovendien kan hij onder bepaalde voorwaarden het goed ook zuiveren van hypotheeken door de hypothecaire schuld te voldoen ten belope van de prijs of de opgegeven waarde (zuivering van art. 109 v. HypW).

- Art. 828 BW.

Deze bepaling biedt de verkrijger bescherming tegen erfgenamen van de vervreemder, wiens band van verwantschap niet rechtens was vastgesteld, en die pas meer dan 6 maanden na het openvallen van de nalatenschap opduiken⁴⁴⁵.

c. Nauwkeuriger omschrijving van het hier behandelde conflict en van de rol van de publiciteit.

Waar de levering in beginsel, en dus minstens tussen partijen, beheerst wordt door het consensualiteitsbeginsel (behoudens de bovengenoemde uitzonderingen), geldt bij conflict tussen verkrijgers te goeder trouw van rechten met zakelijke werking in beginsel het publiciteitsbeginsel⁴⁴⁶. We vinden dit voor het geval van een dubbele levering duidelijk in art. 1141 BW, maar dezelfde regels gelden ook voor de andere genoemde conflicten tussen een verkrijger door middel van levering en een ouder zakelijk gerechtigde.

Zolang niet aan die publiciteit voldaan is blijft het recht van de verkrijger een "stil" recht (stille eigendom, stil vruchtgebruik, stil pandrecht, stille licentie) dat niet tegenwerpbaar is aan oudere zakelijk gerechtigden.

“Stille” rechten zijn ook niet tegenwerpbaar aan derden die te goeder trouw een jonger zakelijk recht verkregen hebben, doch die er wel reeds publiciteit aan hebben gegeven (het jongere recht is dus eerst gepubliceerd). In sommige gevallen, zoals de meeste zekerheidsrechten ook zijn “stille” rechten zelfs niet tegenwerpbaar aan derden niet te goeder trouw. Zolang het oudere recht “stil” is, kan een derde te goeder trouw (soms zelfs een derde te kwader trouw) daarmee strijdige rechten op hetzelfde goed blijven verkrijgen.

Om voorrang te verkrijgen ten aanzien van derden met een ouder zakelijk recht is daarnaast steeds ook vereist dat er tussen partijen reeds levering heeft plaatsgevonden, wat bv. niet het geval is indien het goed zich nog bevindt bij iemand die verplicht is het voor een ander te houden dan de verkrijger (zie Afdeling C.)

⁴⁴⁵ Zie nader M. PUELINCKX-COENE, *Erfrecht*, 1996, p. 218 nr. 171.

⁴⁴⁶ Vgl. A. KLUYSKENS, *Zakenrecht* nr. 104: eigendom wordt t.o.v. derden eerst als overgedragen beschouwd nadat deze er kennis van hebben gekregen of kunnen krijgen.

Dit wil nog niet zeggen dat de levering jegens alle derden slechts plaatsvindt door publicatie noch dat deze publicatie voldoende is om ze jegens alle derden tegenwerpbaar te maken. Ons recht ken géén eenvormige regel voor de levering jegens derden in het algemeen⁴⁴⁷. De (beschermings)regels gelden slechts ten gunste van bepaalde categorieën van derden, naargelang de aard van het recht waarover zij beschikken. Bij de derdenbescherming gaat het over conflicten met personen met een ouder zakelijk recht of recht met zakelijke werking.

In de praktijk gaat het niet alleen om de bescherming tegen zakelijke rechten die ouder zijn dan het eigen recht, maar ook om zakelijke rechten die tussentijds door derden (in beginsel alleen derden te goeder trouw) worden verkregen, d.w.z. vooraleer men het eigen recht aan eenieder tegenwerpbaar heeft gemaakt (m.a.w. bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid die bestond op het ogenblik van de overdracht *inter partes* dan wel op het ogenblik van de publicatie van die levering *erga omnes*). Dit ziet men bv. aan de regeling van art. 1 HypW

Nemen we bv. het geval van een dubbele verkoop van eenzelfde onroerend goed:

- enerzijds is ingevolge art. 1 HypW de overschrijving van de titel een middel voor de verkrijger om te beletten dat andere partijen die intussen (d.i. weliswaar later, maar toch voor de overschrijving) te goeder trouw een concurrerend recht hebben verkregen, zouden worden beschermd. De eerste koper B wordt maar tegen een tweede koper (te goeder trouw en met geldige titel) C beschermd indien hij eerst overschrijft.
- anderzijds maakt deze bepaling de eerdere overschrijving van zijn recht ook tot een vereiste opdat een verkrijger zich op de verkrijging zou kunnen beroepen tegen een ouder gerechtigde. De tweede koper (te goeder trouw en met geldige titel) C wordt maar tegen de eerste beschermd indien hij eerst overschrijft.

Dit laatste is vooral van belang indien tussen de verkrijging van een zakelijk recht en de overschrijving (publicatie) ervan beslag wordt gelegd door schuldeisers of anderszins samenloop ontstaat. Samenlopende schuldeisers worden immers in vele gevallen in ons recht beschermd op gelijkaardige wijze als verkrijgers te goeder trouw (zie de eerste bespreking hiervan in Deel I en de uitwerking in de volgende Delen).

Ook bij andere goederen (dan onroerende) speelt de basisvorm van publicatie (bezit bij roerende zaken, kennisgeving bij schuldvorderingen) dezelfde rol. Over het

⁴⁴⁷ Die fout wordt nochtans door vele auteurs gemaakt, zelfs de beste. Zo stelde P. van OMMESLAGHE, in *La transmission des obligations*, p. (81) 91-92, bij de bespreking van de oude regels inzake overdracht van schuldvordering (art. 1690 BW voor de wijziging van 1994) dat de uitwendige gevolgen van een overeenkomst door het sluiten ervan in beginsel tegenwerpbaar zijn aan alle derden, maar dat deze regel niet geldt voor de overdracht van schuldvordering. M.i. gold (en geldt) voor de overdracht van schuldvordering, zoals voor elk ander goed, dat de uitwendige gevolgen ervan door het sluiten van de overeenkomst tegenwerpbaar zijn aan derden zonder concurrerend recht, en geldt voor alle andere goederen, zoals voor schuldvorderingen, dat zij slechts tegenwerpbaar zijn aan derden met een concurrerend recht door de publicatie.

algemeen bepaalt de publicatie van de levering - onder voorbehoud van een aantal bijzondere regels (zoals bv. art. 2279, lid 2 BW) - de voorrang tussen partijen met concurrerende zakelijke rechten te goeder trouw (in sommige gevallen zelfs zonder die goede trouw), die tegenover elkaar komen te staan doordat één van hen van een beschikkingsonbevoegde heeft verkregen.

Het duidelijkst is de rol van de publicatie bij dubbele levering en aanverwante gevallen: dubbele cessie, levering na vestiging van een beperkt zakelijk recht of omgekeerd. Hetzelfde beginsel geldt evenwel ook bij levering door iemand die nooit beschikkingsbevoegd geweest is (bewaarnemer bv.), of door iemand wiens titel met terugwerkende kracht werd vernietigd, ontbonden of beperkt (zoals gezegd veroorzaakt een titelgebrek tussen partijen in de verhouding tot de derde-verkrijger een probleem van beschikkingsbevoegdheid), of die door de declaratieve werking van de verdeling geacht wordt niet beschikkingsbevoegd te zijn geweest. Hetzelfde geldt in beginsel ook bij conflict tussen de verkrijger en eerdere beslagleggende of in samenloop zijnde schuldeisers. Het geldt bv. ook bij conflict tussen de begunstigde van een geoorloofde erfstelling over de hand en de tussentijdse verkrijger.

d. Publiciteitsvormen in het algemeen

1° Eenheid of veelheid van publiciteitsmaatstaven.

Jegens derden met een ouder zakelijk recht bestaat er in beginsel voor elke categorie van goederen één publiciteitsmaatstaf voor de levering. Voor roerende zaken en waardepapieren⁴⁴⁸ is dit het feitelijk bezit, voor onroerende goederen⁴⁴⁹, teboekgestelde schepen, en de meeste intellectuele rechten is dit de inschrijving in een register, voor schuldvorderingen op naam is dit de kennisname door de schuldenaar.

Dit sluit niet uit dat andere publiciteitsvormen een rol spelen voor de goede trouw (bv. inschrijving van pandrechten op roerende zaken). Deze hebben echter in beginsel niet dezelfde werking ten aanzien van oudere zakelijk gerechtigden. In die zin zou men moeten spreken van een publicatie in enge zin en een publicatie in ruime zin. De publicatie in enge zin omvat steeds een zekere inbezitname, zij het dat “inbezitname” een verschillende betekenis heeft naargelang de aard van de goederen.

2° Rol van andere publiciteitsvormen.

⁴⁴⁸ Behoudens het bijzondere geval van gedematerialiseerde effecten, waarover meer onder nr.

⁴⁴⁹ Bij onroerende goederen en gelijkgestelden is de verkrijging krachtens legaat vrijgesteld van overschrijving op het hypotheekkantoor, aangezien art. 1 HypW enkel geldt voor akten onder levenden. De legataris kan daardoor omgekeerd ook niet van de helende werking van de overschrijving genieten; het bezit herneemt hier dan ook zijn rol als een oorspronkelijker publiciteitscriterium (behoudens een declaratief vonnis of opname in een akte van verdeling). Dit wordt verderop uitgewerkt.

Andere publiciteitsregels voor de overdracht van goederen en vestiging van zakelijk rechten dan de hogergenoemde grondvorm (naargelang de aard van het goed: registers; bezit; kennis schuldenaar) hebben in ons recht in beginsel geen helende werking.

Dit geldt voornamelijk voor de bijkomende publiciteitsvormen bij zekerheidsrechten op roerende zaken (registerpandrecht zoals de in pandgeving handelszaak, voorrecht van de verkoper door middel van neerlegging van een factuur ter griffie (art. 20, 5° HypW), e.d.m.) en voor meer algemene publiciteitsvormen zoals bv. het Centraal Beslagregister of de publicatie in (de bijlagen van) het Staatsblad. Al deze regels kunnen dan ook in beginsel geen bescherming bieden tegen derden met een ouder zakelijk recht. De waarde van deze publiciteitsvormen komt verderop bij de bespreking van de verschillende soorten goederen nader aan bod.

De vraag of andere publiciteitsvormen wel een dergelijke positieve werking kunnen hebben t.g.v. de beslaglegger en dergelijke, komt verder ter sprake.

e. Verbintenisrechtelijke plaats van de publiciteit.

Verbintenisrechtelijk maakt de vervulling van deze publiciteit - voor zover ze meer zou inhouden dan vereist is voor de levering tussen partijen - een verbintenis tot doen uit van de vervreemder, die bijkomstig is aan zijn verbintenis tot geven. Bij roerende goederen valt deze verbintenis vaak samen met de "leveringsplicht" in feitelijke zin, d.i. de verplichting het goed ter beschikking te stellen van de koper (zie hoger nr.), doch niet noodzakelijk (de leveringsplicht zal vaak ook meer inhouden dan enkel publiciteit). Ook bij schuldvorderingen vallen beide vaak. Bij onroerend goed daarentegen zijn het twee vrij verschillende verplichtingen: enerzijds de verplichting mee te werken aan de overschrijving (zij het dat de kosten in beginsel ten laste vallen van de koper, art. 1593 BW), anderzijds de feitelijke inbezitstelling, bv. door afgifte van de sleutels (art. 1605 BW).

f. Alternatieve beschermingsmiddelen ?

Natuurlijk bestaat er een zekerder mogelijkheid om zich te beschermen tegen mogelijke oudere zakelijke rechten van derden, namelijk de oudere gerechtigde doen toestemmen in de vervreemding *c.q.* afstand doen van zijn ouder recht t.a.v. de verkrijger, zodanig dat er geen beschikkingsonbevoegdheid meer is en zelfs geen risico meer op toepassing van de leer van de derde-medeplichtigheid. Zo bv. zal een bank die krediet geeft tegen hypotheek op een goed dat de kredietnemer door schenking heeft verkregen, bedingen dat de schenkers tussenkomen bij de akte om afstand te doen van hun eventueel recht op herroeping.

T.a.v. jongere verkrijgers die de eerste "te snel af zijn" is dit niet mogelijk, maar kan men wel maatregelen nemen om te beletten dat zij te goeder trouw zouden zijn (nl. zo spoedig mogelijk vervullen van de publiciteit, bv. zo spoedig mogelijk overschrijven van de transportakte voor onroerend goed; zo spoedig mogelijk meedelen van de cessie aan de gecedeerde schuldenaar).

Dat laatste is evenwel vaak niet mogelijk ten aanzien van (concurrente) schuldeisers, omwille van de traditionele opvatting dat deze altijd als derden te goeder trouw moeten worden behandeld.

Wat betreft het lossingsrecht, zie hoger.

g. Afstand van bescherming

Kan de derde-verkrijger afstand doen van de bescherming en verkiezen de voorrang te laten aan de oudere gerechtigde⁴⁵⁰ ? De vraag is gelijkaardig aan de hoger behandelde vraag of de koper de nietigheid kan invoeren van de verkoop door een beschikkingsonbevoegde (zie nr.). De koper kan zich niet op de loutere beschikkingsonbevoegdheid van de verkoper beroepen om van zijn verbintenissen af te geraken, wanneer het bij overeenkomst beoogde resultaat wel degelijk is bereikt.

Ook is het niet ondenkbaar dat de afstand van bescherming Paulianeus is.

h. Gevolgen van niet-bescherming.

Wordt de derde-verkrijger niet beschermd, dan betekent dit nog niet dat zijn titel nietig is tussen partijen. Omgekeerd is het ook niet nodig dat de titel van de derde-verkrijger nietig wordt verklaard opdat de oudere gerechtigde zijn recht zou kunnen uitoefenen. Hierover bestaat er vaak wel enige verwarring,⁴⁵¹ onder meer door de verwarring tussen de leer van de derdenbeschermingsvoorwaarden en die van de derde-medeplichtigheid, alsook doordat de cassatierechtspraak ten onrechte de nietigheid voorschrijft als sacantie van derde-medeplichtigheid.

⁴⁵⁰ Zo BUFNOIR, *Propriété et contrat*, p. 64.

⁴⁵¹ Zo bv. Hof Gent 12 november 2009, *T.Not.* 2010, 254, dat ten aanzien van een latere verkrijger niet te goeder trouw nodeloos onderzocht of deze zich schuldig had gemaakt aan derde-medeplichtigheid.

HOOFDSTUK V. ANDERE AFGELEIDE WIJZEN VAN VERKRIJGING ONDER BIJZONDERE TITEL.

AFDELING A. AFDELING A. De verkrijging van wettelijke hypotheeken, wettelijke pandrechten en ten slotte het beslag en gelijkgestelde figuren als verkrijging van een recht met een zekere zakelijke werking

1. De verkrijging van wettelijke hypotheeken en wettelijke pandrechten

Pand en hypotheek zijn beperkte zakelijke rechten die meestal op grond van een daartoe strekkende overeenkomst (verbintenis) ontstaan. Zij worden gevestigd worden op een wijze die analoog is aan de overdracht van onroerende goederen (voor het hypotheekrecht) *c.q.* roerende goederen (voor het pandrecht). Deze vestiging wordt dan ook tezamen met de overdracht van eigendom besproken voor de algemene regels, en in de Bijzondere Delen naargelang het om pandrechten *c.q.* hypotheekrechten op roerende zaken, schuldvorderingen, waardepapieren of onroerend goed gaat.

Naast conventionele pandrechten en hypotheekrechten bestaan er in ons recht echter ook wettelijke hypotheeken en pandrechten, dit zijn rechten die niet krachtens een overeenkomst worden gevestigd, maar krachtens een eenzijdige rechtshandeling van de begunstigde schuldeiser, of zelfs van rechtswege, ter verzekering van bepaalde schuldvorderingen aan het ontstaan ervan of aan andere rechtsfeiten worden vastgeknoopt. Sommige *bijzondere onroerende voorrechten* hebben het karakter van een echt zakelijk recht. Sommige daarvan zijn veeleer als bedongen hypotheekrechten te beschouwen, die krachtens een (uitdrukkelijke of stilzwijgende) verbintenis worden “voorbehouden” – bv. het voorrecht van de verkoper van onroerend goed -. Andere daarvan kunnen met een wettelijke hypotheek worden gelijkgesteld (bv. het voorrecht van de bouwers of bearbeiders van onroerend goed, art. 27, 5° HypW).

Het gaat telkens in beginsel om een afgeleide wijze van verkrijging van zakelijke rechten. Deze wettelijke hypotheeken en voorrechten / pandrechten worden veelal beheerst door regels die gelijkaardig zijn aan de regels betreffende de door vestiging krachtens een verbintenis verkregen hypotheeken en pandrechten. Er zijn evenwel ook aan aantal verschillen. De verschillende gevallen worden eveneens nader besproken in de Bijzondere delen.

Ook bij roerend goed ontstaan een aantal pandrechten of andere voorrechten van rechtswege uit de rechtsverhouding. Bij roerende zaken gaat het voornamelijk om:

- een aantal *bijzondere roerende voorrechten* die het karakter van een echt zakelijk recht hebben. Vele daarvan kunnen ook als bedongen pandrechten worden beschou-

wd, die krachtens een (uitdrukkelijke of stilzwijgende) verbintenis worden “gevestigd” – bv. het landbouwvoorrecht, het voorrecht van de verkoper van roerend goed, van de verhuurder, van de commissionair, van de vervoerder, van de hotelhouder en dergelijke meer. Andere daarvan kunnen als een wettelijk pandrecht worden beschouwd (bv. het voorrecht van Douane en Accijnzen op goederen die ten name van de accijnsschuldenaar in entrepot zijn, art. 313 § 2 AWDA). Ook het zgn. retentierecht is in wezen niets anders dan een pandrecht, dat ofwel als stilzwijgend bedongen, ofwel als wettelijk pandrecht kan worden beschouwd.

Bij schuldvorderingen gaat het voornamelijk om de niet-abstrakte rechtstreekse vorderingen en de daarmee samenhangende voorrechten, die als variaties van een pandrecht op schuldvorderingen kunnen worden beschouwd.

2. De verkrijging van een gezamenlijk pandrecht als schuldeiser

Ook het beslag en gelijkgestelde figuren (bijzonder beslag, faillissement, collectieve schuldenregeling, invereffeningstelling, e.d.) hebben zoals hoger uiteengezet een zekere zakelijke werking. Zo is de beslagene nadien niet meer bevoegd om ten nadele van de beslaglegger te beschikken en zo wordt de gefailleerde beschikkingsonbevoegd. Beslag e.d. verschaffen de beslaglegger e.d. dan ook een recht met een zekere zakelijke werking. Wel verschaffen zij geen voorrang, althans niet te aanzien van de andere - samenlopende⁴⁵² - schuldeisers die mede in het beslag e.d. opkomen. In die zin kan men beslag, faillissement e.d. beschouwen als een wijze van verkrijging van een gezamenlijk pandrecht van de schuldeisers⁴⁵³ (als onderscheiden van de individuele pandrechten (en de daarmee gelijk te stellen bijzondere voorrechten), die wel individuele voorrang verschaffen). Deze beschouwingswijze sluit overigens duidelijk aan bij de tekst van art. 7 en 8 HypW (*gage commun*).

Dit gezamenlijk pandrecht wordt door de - samenlopende - schuldeisers verkregen telkens wanneer bepaalde activa (bijzonder beslag) of een bepaald vermogen (algemeen beslag) wordt afgezonderd met het oog op de vereffening ervan bepaald vermogen. Men kan het ook een bewindsrecht (met zakelijke werking) noemen. Het heeft betrekking op de in beslag genomen goederen of op de faillissementsboedel (faillissement is immers een bijzondere vorm van beslag).

Dit gezamenlijk pandrecht ontstaat niet door een vestiging in de enge zin des woords (nl. een vestiging krachtens een verbintenis daartoe), maar door een eenzijdige

⁴⁵² Beslag als dusdanig schept nog geen samenloop, maar het recht uit beslag is van gezamenlijke aard, in die zin dat men samenloop met andere schuldeisers moet ondergaan, zo er andere schuldeisers aantreden. Vgl. DIRIX & BROECKX, *Beslag*, nr. 23.

⁴⁵³ Vgl. E. DIRIX & K. BROECKX, *Beslag*, nr. 41 v.; DE PAGE VII nr. 1074, evenwel eerder anders in I 121-122. Anders bv. I. PEETERS, “Derden en kontrakten met “zakenrechtelijke” gevolgen betreffende schuldvorderingen en andere onlichamelijke goederen”, in *Het kontrakt en de derden - de externe gevolgen - de derde-medeplichtigheid*, BVBJ - Vlaams Pleitgenootschap - Jeune Barreau Brussel 1995, p. (55) 83-84 (samenlopende schuldeisers zijn geen “verkrijger” van een zakelijk recht).

handeling van de schuldenaar of de schuldeiser of beslissing van de rechter, zoals het beslag (waarvan het faillissementsbeslag een bijzondere vorm is), de beneficiaire aanvaarding, de beschikking tot collectieve schuldenregeling, de beslissing tot gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag (art. 60 v. WCO), de boedelafstand, de invereffeningstelling, e.d., of in sommige gevallen krachtens de wet (zo zou men kunnen stellen dat de schuldeisers van de overledene krachtens de wet een soort gezamenlijk pandrecht hebben op de nalatenschap, mits zij binnen de zes maanden een inschrijving nemen tot boedelscheiding - zie art. 39 HypW).

Hoewel het bij algemeen beslag gaat om een geheel vermogen waarop een soort beperkt zakelijk recht wordt gevestigd, en waarbij de vereisten voor beslag op elk goed afzonderlijk niet moeten worden vervuld, zijn de gevolgen voor elk van de goederen van dat vermogen in beginsel afzonderlijk te bekijken. Een faillissementsbeslag heeft heel andere gevolgen dan een verkrijging onder algemene titel : de schulden gaan precies niet over op de schuldeisers.

Hoewel het beslag dus niet gelijk te stellen is met een vestiging van een zakelijk recht in de enge zin des woords (nl. een vestiging krachtens een verbintenis daartoe), heeft het ten dele dezelfde zakelijke werking als een overdracht, of liever als een vestiging van pandrecht, zij het ten gunste van de gezamenlijke samenlopende schuldeisers en niet ten gunste van een individuele verkrijger (NB. Onder die concurrente schuldeisers zullen sommigen wel bevoorrecht zijn boven anderen).

Onder bepaalde voorwaarden worden de samenlopende schuldeisers beschermd zoals een verkrijger onder bijzondere titel.

Het recht dat men door beslag verkrijgt is verder in beginsel ook een bijzaak van de schuldvordering, en gaat dus mee over bij overgang van de schuldvordering waarvoor beslag werd gelegd.

AFDELING B. ONEIGENLIJKE NATREKKING VAN BESTAANDE GOEDEREN

1. Situering

Goederen kunnen ook op andere gronden dan het eenheidsbeginsel (dat “natuurlijke” bijzaken betreft) tot “bijzaak” worden verklaard van een “hoofdzaak”. De belangrijkste toepassing daarvan, de kwalitatieve schuldvordering, werd hoger reeds gedeeltelijk besproken. Toen ging het over de rechtsfiguur, waardoor dergelijke vorderingen *ab initio* aan iemand anders toekomen dan de schuldeiser op wiens naam ze zijn ontstaan.

Anderzijds is er ook het fenomeen, dat bij de overdracht van eigendom van de “hoofdzaak” of bij de afsplitsing van beperkte zakelijke rechten erop, de bestaande accessoria mee zullen overgaan *c.q.* in dezelfde mate als hoger besproken genoemd ook aan de beperkt zakelijk gerechtigde zullen toekomen. Ook hier geldt “*accessorium sequitur principale*”. Ook dit kan men als een vorm van (oneigenlijke) natrekking beschouwen, met dien verstande dan toch dat de inhoud van de vordering niet “oorspronkelijk” wordt bepaald (geen novatie), maar het om een bestaande vordering gaat die geheel of ten dele aan een nieuwe gerechtigde toekomt. Dat laatste betekent ook dat die vordering bewaard blijft met de rechten die er voordien reeds op rusten, en bv. de verkrijger van een verhuurde zaak in beginsel gebonden is aan het pandrecht dat op de toekomstige huurvorderingen zou rusten.

2. Belangrijkste toepassingen van accessoire rechten

Behalve bij de overgang van kwalitatieve schuldvorderingen vindt men dergelijke natrekking bv. ook voor :

a) Kwalitatieve schuldvorderingen

Deze worden in Deel VI. nader besproken.

b) Alles wat voor het blijvend gebruik van een zaak is bestemd, ook al maakt het er van nature niet één geheel mee uit (art. 1615 BW).

c) Een opstalrecht toegekend als *accessorium* van een ander recht.

Zo heeft de erfpachter van rechtswege een opstalrecht voor de duur van de erfpacht (zie hoger). Een opstalrecht kan ook een *accessorium* zijn van een vruchtgebruik, van een erfdienstbaarheid, van een huurovereenkomst (zelfs impliciet, bv. door verzaking aan natrekking van door de huurder op te richten gebouwen). In die gevallen moet vestiging voldoen aan de regels van principale vestiging⁴⁵⁴,

⁴⁵⁴ Betwist.

maar eenmaal het opstalrecht als *accessorium* gevestigd is, volgt het wel de hoofdzaak. Volgens sommigen kan het ook een *accessorium* zijn van een huwelijk - indien het huwelijk meer dan 50 jaar duurt, lost dit afhankelijk karakter het probleem van de beperking van de duur van het opstalrecht vaak op⁴⁵⁵.

d) Zekerheidsrechten, met name pand, hypotheek, bijzondere voorrechten, eigendomsvoorbehoud, schuldvorderingen op een borg, en rechtstreekse vorderingen (niet : abstracte garanties e.d.). Het zijn afhankelijke rechten, ongeacht of zij uit de wet ontstaan of niet. Dit wordt in Deel IV nader besproken.

e) Alle erfdienstbaarheden, ongeacht hun wijze van ontstaan.

⁴⁵⁵ Vgl. L. ROUSSEAU, 120. *R.Not.B.* 218.

AFDELING C. PERSOONLIJKE SUBROGATIE (*CESSIO LEGIS*)

Persoonlijke subrogatie is eveneens een afgeleide wijze van eigendomsverkrijging onder bijzondere titel. Aangezien deze enkel betrekking heeft op schuldvorderingen, wordt ze nader besproken in Deel VI.

AFDELING B. De zakelijke werking van een herroeping of ontbinding zonder terugwerkende kracht.

Herroeping, ontbinding e.d. van een titel geschiedt normaal met terugwerkende kracht. Dit is echter niet steeds het geval (zie verder nr. ..., bv. herroeping wegens ondankbaarheid), en bij gebrek aan terugwerking is er sprake van afgeleide eigendomsverkrijging (althans voor zover die verkrijging van rechtswege geschiedt, en niet een teruglevering veronderstelt, waarover verder nr. ...).

HOOFDSTUK VI. ANDERE WIJZEN VAN VERLIES VAN GOEDEREN

Overdracht van eigendom brengt - met verkrijging door de verkrijger - ook verlies door de vervreemder mee. Voor zover de verkrijger daarbij ook wordt beschermd bij verkrijging *a non domino*, verliest ook de eigenaar niet-vervreemder zijn recht.

Ook de meeste andere wijzen van (eigendoms)verkrijging veronderstellen een “verlies” ervan bij de vorige eigenaar. Dit geldt allereerst voor alle afgeleide wijzen van eigendomsverkrijging. Bij de oorspronkelijke wijzen van eigendomsverkrijging daarentegen stemmen de regels inzake verkrijging en verlies wel vaak overeen (bv. de verjaring, de natuurlijke natrekking), maar niet altijd. Veelal is het daar precies zo, dat de verkrijging maar mogelijk is omdat aan de regels voor verlies van goederen is voldaan.

In andere gevallen gaat het verlies van een goed door de rechthebbende niet gepaard met een “verkrijging” ervan door een andere partij, maar wel bv. met een bevrijding van een andere partij (van de schuldenaar van een schuldvordering bv.) of van eenieder (bij tenietgaan van intellectuele rechten bv.). Het gaat dan om een zgn. “absoluut” verlies i.t.t. een “relatief verlies” (verlies aan iemand anders).

AFDELING A. Het wegvallen van een beperkt zakelijk recht door het verstrijken van de termijn, de niet-hernieuwing van de inschrijving of andere wettelijke gronden

Voorbeelden :

- van wegvallen door het verstrijken van de termijn : bij opstalrecht, erfpacht, vruchtgebruik;
- van wegvallen wegens niet-hernieuwing van de inschrijving : art. 37 en 90 HypW voor hypotheek, zo ook bij registerpandrecht zoals het pand op handelszaak, het landbouwvoorrecht en het voorrecht van de verkoper van bedrijfsuitrusting;
- afschaffing van erfdienstbaarheden door de rechter en sommige andere gevallen van beëindiging van erfdienstbaarheden.
- in het kader van een realisatie- of vereffeningsprocedure : bij niet-tijdig uitoefenen van zekerheidsrechten, door de realisatie van het voorwerp van de zekerheid en uitbetaling van de opbrengst, enz. In beginsel valt een zekerheidsrecht slechts van rechtswege weg indien de verzekerde schuldvordering volledig wordt betaald, en niet ook gedeeltelijk wanneer de waarde ervan hoger ligt dan de resterende schuld (“ondeelbaarheid” van zakelijke zekerheden); maar in sommige gevallen wordt de schuldeiser verplicht om de zekerheid gedeeltelijk vrij te geven of vrijgave door de rechter te ondergaan; vergelijkbaar is ook de “zuivering” (van hypotheek), zoals geregeld door art. 110 HypW.

Een erfdienstbaarheid, waarvan de vestiging is overgeschreven, gaat niet teniet doordat bij overdracht van het heersend erf er geen melding van wordt gemaakt⁴⁵⁶.

Ook andere rechten kunnen door allerlei gronden tenietgaan, zo bv. :

- intellectuele rechten gaan teniet door het verstrijken van de termijn, verval of rechtsverwerking;
- schuldvorderingen en soortgelijke rechten gaan natuurlijk ook teniet door de verschillende vormen van beëindiging van schuldvorderingen die in het verbintenissenrecht aan bod komen, zoals betaling zo er geen subrogatie plaatsvindt (ook betaling aan de schijnschuldeiser), door schuldvergelijking, novatie, uitgevoerde delegatie -, vermenging e.d. Voor afstand, zie hieronder.

⁴⁵⁶ Evidente oplossing, bv. Cass. 25 februari 2010, C.09.0022.N

AFDELING B. De zakelijke werking van een herroeping of ontbinding zonder terugwerkende kracht.

Herroeping, ontbinding e.d. van een titel geschiedt normaal met terugwerkende kracht. Dit is echter niet steeds het geval (zie verder nr. ..., bv. herroeping wegens ondankbaarheid), en bij gebrek aan terugwerking is er sprake van enerzijds een verlies van een goed en, anderzijds een afgeleide eigendomsverkrijging (althans voor zover die verkrijging van rechtswege geschiedt, en niet een teruglevering veronderstelt, waarover verder nr. ...).

AFDELING A. Tenietgaan van een recht door tenietgaan van het goed waarop het recht is gevestigd of tenietgaan van het goed waarbij het recht accessoir is

Rechten op een goed gaan teniet doordat het goed tenietgaat of als een zelfstandig goed verdwijnt (het laatste kwam reeds aan bod bij de natrekking), behoudens zakelijke subrogatie alsmede de bijzondere regels bij vermenging van schuldeiser en schuldenaar. Voor zover de rechten maar kunnen bestaan op een bepaalde categorie van goederen, zullen zij ook bij wijziging van de aard van het goed verdwijnen - zo meer bepaald zekerheidsrechten op roerend goed bij onroerendmaking, behoudens naleving van de door art. 20, 5° HypW voorgeschreven publiciteit (of zakelijke subrogatie).

Zekerheidsrechten gaan ook teniet door het tenietgaan van de verzekerde schuldvordering (behalve in de uitzonderlijke gevallen waar het recht niet accessoir is).

AFDELING B. Afstand (in ruime zin)

Eigendom en andere rechten kunnen ook tenietgaan door afstand van recht zonder overdracht.

1. Bijzondere gevallen

Daarvan bestaan er ook een aantal meer bijzondere vormen.

- Het bijzondere geval van *afstand van rechten op goederen in een gemeenschap* (mede-eigendom van een geheel van goederen), die tot aanwas van de rechten van de anderen leidt, onder meer in de vorm van de verdeling, en m.i. een vorm van uitdovende afstand is, wordt *infra* besproken.

- Zo spreken we bij zaken ook van *prijsggeving (derelictio)*; behoudens in de gevallen waarin ze eigendom worden van de overheid worden ze daardoor van niemand (*res nullius*) en kunnen ze door een ander worden toegeëigend.

- Bij beperkte zakelijke rechten is er de *louter uitdovende afstand*, bv. van een vruchtgebruik (impliciet erkend in art. 622 BW), een pand- of hypotheekrecht of een onroerend voorrecht (bv. door ontslag van ambtshalve inschrijving of door doorhaling), een opstalrecht of erfpachtrecht. Aan de zijde van de eigenaar van het goed waarop het recht gevestigd is, vindt er dan een aanwas plaats. Onder de louter uitdovende afstand valt niet de afstand die een beperkt zakelijk recht doet ontstaan, en noodzakelijk “*in favorem*” (ten gunste van iemand) geschiedt, zoals de “afstand van natrekking” (bij onroerend goed), die een opstalrecht inhoudt⁴⁵⁷, of de “afstand van vruchtgebruik” door de eigenaar. Hier gaat het wel degelijk om een “vestiging”. Voor art. 1 HypW is het onderscheid niet zo belangrijk, aangezien art. 1 lid 2 ook de uitdovende afstand aan de overschrijving onderwerpt. Zoals andere vormen van afstand kan ook uitdovende afstand kan om niet of onder bezwarende titel gebeuren.

In een aantal gevallen is afstand mogelijk om te ontsnappen aan schulden⁴⁵⁸:

- Zo kennen we de *verwerping van een nalatenschap* (zuiver of na boedelbeschrijving) of een algemeen legaat of legaat onder algemene titel, of de

⁴⁵⁷ Op grond van de numerus clausus van zakelijke rechten heeft Cass. 19 mei 1988, *R. Not B.* 1988, 473, beslist dat er geen plaats kan zijn voor een “afstand van natrekking” buiten de vestiging van een opstalrecht om.

⁴⁵⁸ Ons BW kent nog de gerechtelijke boedelafstand in art. 1268 v.; deze is echter zonder betekenis sinds de afschaffing van de lijfswang in burgerlijke zaken. De boedelafstand bevrijdt de schuldenaar immers niet van de niet aangezuiverde schulden, maar enkel van lijfswang.

Meer algemeen over het probleem van goederen met een negatieve vermogenswaarde, zie A.A.J. SMELT, *Goederen met negatieve waarde in het Nederlands vermogensrecht*, Kluwer Deventer 2006.

verwerping van de huwelijksgemeenschap e.d.m. (deze afstand is te beschouwen als de afstand van een onlichamelijk goed)⁴⁵⁹.

- Zo kan men in een aantal gevallen door afstand ontsnappen aan bepaalde (kwalitatieve) verbintenissen te ontsnappen⁴⁶⁰, bv. art. 656 BW (afstand van gemeenschap), art. 699 BW (afstand van een met erfdienstbaarheid bezwaard erf),
- Afstand van het goed waarvoor men bij revindicatie jegens de bezitter de eraan gemaakte kosten moet vergoeden⁴⁶¹;
- “Abandonnement” van schepen;
- In sommige gevallen afstand van het gehypothekeerde goed (art. 98 v. HypW)⁴⁶².

Ondanks de soms bijzondere benamingen ervan (bv. de prijsgeving (*derelictio*); de verwerping van een nalatenschap, e.d.) gaat het in al deze gevallen om een rechtshandeling van de “verliezer” die men algemeen kan benoemen als “afstand”.

2. Algemene regels voor afstand

Op afstand van zakelijke rechten (inbegrepen zakelijke rechten op schuldvorderingen, doch niet de loutere afstand van een schuldvordering) zijn de meeste regels inzake overdracht van goederen in beginsel van overeenkomstige toepassing :

- de afstand veronderstelt dat het recht voor afstand vatbaar is en
- dat de afstanddoende partij bevoegd is over het goed te beschikken. men kan in beginsel geen afstand doen van een zakelijk recht ten nadele van derden die reeds een zakelijk recht of recht met zakelijke werking op dat goed hebben verkregen. Anders dan bij overdracht, is hier geen sprake van derdenbescherming van de verkrijger.

Afstand geschiedt echter niet noodzakelijk krachtens en door middel van de uitvoering van een verbintenis om afstand te doen; soms heeft het geen zin een verbintenis te onderkennen. Wel zal afstand meermaals geschieden in uitvoering van een daartoe aangegane verbintenis. Is dat het geval, dan werkt de ongeldigheid daarvan wel door in de afstand volgens dezelfde regels als bij overdracht. Van de in Hoofdstuk IV hoger opgesomde titels komen de overeenkomst onder bezwarende titel of om niet en de eenzijdige rechtshandeling ook in aanmerking als titel voor afstand van zakelijke rechten (en in die zin kwamen ze hoger reeds aan bod) en voor de gebeurlijk daarmee gepaard gaande aanwas ten gunste van medegerechtigden (declaratieve verkrijging, zie volgend hoofdstuk).

⁴⁵⁹ Als afstand van erfrechten kan deze eerst geschieden na het openvallen van de nalatenschap.

⁴⁶⁰ Vlg. DE PAGE, *Traité* V nr. 1162 kan men in het algemeen afstand doen van een goed om te ontsnappen aan de nog niet ontstane kwalitatieve verbintenissen. Voor de reeds ontstane kan dit slechts in de gevallen door de wet bepaald.

⁴⁶¹ Het NBW voorziet hier geen afstand, maar een overdracht waaraan de bezitter verplicht is mee te werken (art. 3:122 NBW).

⁴⁶² Het kan zijn dat het eigendomsrecht op het goed gehypothekeerd is zonder dat beperkte zakelijke rechten erop dat zijn. Wanneer de afstanddoende partij op het gehypothekeerde goed beperkte zakelijke rechten had die niet onder de hypotheek vielen, behoudt zij na afstand die rechten (zie art. 105 HypW).

Zelfs indien de afstand niet zou gebaseerd zijn op een onderliggende verbintenis, kan de afstand wel gekwalificeerd worden als een handeling om niet. De afstand kan dan ook een schenking in materiële zin inhouden (in zoverre ze beoogt een ander onrechtstreekse te laten profiteren, het gaat dan om een onrechtstreekse schenking, die in beginsel niet aan de vormvereisten van de formele schenking onderworpen is). Aangezien het een “onrechtstreekse” schenking is, kan ze in beginsel eenzijdig en vormvrij kan geschieden (zelfs indien zij *animo donandi* zou geschieden).

Enkele andere afwijkende regels worden in de loop der verdere uiteenzetting vermeld. Van belang is wel dat de partij die van de afstand profiteert niet de rechtsverkrijger is van de afstanddoende partij, zodat de regels inzake derdenbescherming in beginsel niet van toepassing zijn.

3. Afstand van schuldvorderingen

Afstand van schuldvorderingen - die geen overdracht inhoudt, maar enkel een geheel of gedeeltelijk tenietgaan van de schuldvordering (inbegrepen een wijziging van de schuldvordering waardoor men bepaalde rechten verliest) - dient gedeeltelijk anders te worden bekeken, omdat het strikt genomen een zuiver verbintenisrechtelijke vraag is.

Bij dergelijke afstand van schuldvorderingen heeft het geen zin te onderscheiden tussen een onderliggende verbintenis tot afstand en de afstand zelf : het gaat noodzakelijk om één enkele handeling.

De geldigheid van deze handeling wordt beheerst door de regels inzake verbintenisrechtelijke handelingen, en in beginsel gelden daarbij dezelfde regels als bij verbintenis-scheppende handelingen. Voor sommige rechten gelden er wel bijzondere regels, bv. vormvereisten⁴⁶³.

Wel zijn de regels inzake beschikkingsbevoegdheid, die wel gelden voor afstand van zakelijke rechten, in beginsel ook op de afstand van schuldvorderingen van overeenkomstige toepassing. Afstand kan in beginsel niet geschieden ten nadele van de zakelijke of zakelijk werkende rechten die derden intussen op de schuldvordering zouden hebben verkregen (bv. cessionaris, pandhouder, beslaglegger e.d.). Deze derden kunnen wel onrechtstreeks hun rechten verliezen :

- doordat de schuldenaar die op een onbevoegde afstand heeft vertrouwd, kan worden beschermd; dit wordt niet in dit werk besproken, omdat het een zuiver verbintenisrechtelijke vraag is.
- doordat over de schuldvordering, voorwerp van hun zakelijk recht, op een onrechtstreekse wijze wordt beschikt (bv. opzegging of ontbinding van de huur, nadat de huurvordering in pand is gegeven). De derde worden daartegen in beginsel alleen beschermd door de niet-tegenwerpbaarheid van de afstand door middel van de

⁴⁶³ Een vb. Zijn de vormvereisten voor afstand van voorkooprecht door de pachter.

actio pauliana e.d., behoudens in een aantal bijzondere gevallen. Uitwerking hiervan gaat het kader van dit werk eveneens te buiten.

AFDELING C. Tenietgaan van beperkte zakelijke rechten door vermenging IN HOOFDE VAN EEN PERSOON.

Beperkte zakelijke rechten gaan in beginsel teniet in de mate waarin de gerechtigde de volle eigendom verkrijgt of althans een ruimer recht waarin het eerdere is opgenomen. Maar dat tenietgaan is niet volledig; zo bv. herleeft de hypotheek indien de verkrijging in volle eigendom achteraf retroactief tenietgaat⁴⁶⁴.

⁴⁶⁴ Bv. reeds Cass. 25 juni 1840, *Pas.* 419.

HOOFDSTUK VII. ONZELFSTANDIGE OF DECLARATIEVE WIJZEN VAN VERKRIJGING, M.I.V. VERDELING EN ZAKELIJKE SUBROGATIE.

AFDELING A. INLEIDING

Traditioneel erkent ons recht ook een aantal operaties – waaronder in de meeste gevallen de verdeling - als “declaratief”. Zo spreekt art. 1 HypW ook van declaratieve of aanwijzende rechtshandelingen. Over de betekenis van dit begrip bestaat veel verwarring. Zo wordt een declaratieve operatie vaak wel eens verward met een retroactieve overdracht, terwijl er juist helemaal geen overdracht plaatsvindt.

Hét kenmerk van een declaratieve operatie is inderdaad dat er geen sprake is van enige – zelfstandige - titel van overdracht of verkrijging. Door een declaratieve operatie wordt de titel waaronder de goederen gehouden worden (een algemene of een bijzondere) niet gewijzigd, maar de titel “voortgezet” door een slechts een deel van de gerechtigden of zelfs door een andere persoon (die niet reeds medegerechtigd was in het goed). De persoon die een goed bij een declaratieve operatie krijgt toebedeeld houdt het goed onder dezelfde titel waaronder het goed voor die operatie werd gehouden door de eigenaar ervan – dan wel, bij toebedeling uit een mede-eigendom – door de persoon die het toebedeeld krijgt en zijn voormalige mede-eigenaars gezamenlijk. Hij heeft precies dezelfde rechten en precies hetzelfde bezit als datgene wat deze c.q. hij tezamen met de anderen - voordien reeds had(den).

Dit kenmerk vonden we reeds bij de verkrijging onder algemene titel. Het blijkt evenwel in een beperkt aantal gevallen ook te bestaan bij verkrijgingen onder bijzondere titel, waaronder de verdeling en de zakelijke subrogatie. Bij de verdeling e.d. gaat het om een rechtshandeling, de zakelijke subrogatie vindt in beginsel van rechtswege plaats. Deze twee rechtsfiguren bespreken we hier.

AFDELING B. DECLARATIEVE VERKRIJGING DOOR HET WEGVALLEN VAN SAMENLOPENDE RECHTEN VAN ANDEREN BIJ PLURALITEIT VAN RECHTEN OP EENZELFDE GOED OF VERMOGEN.

1. De declaratieve toebedeling als een vorm van aanwas

Een eerste vorm van declaratieve verkrijging vinden we bij de verdeling en andere vormen van toebedeling waardoor men een exclusief of minstens een “exclusiever” recht krijgt op een goed dat men voordien met andere rechthebbenden – of althans meer rechthebbenden – moest delen.

In het Romeinse recht was de verdeling een translatieve rechtshandeling, een soort ruil waarbij iedere deelgenoot zijn aandeel in de goederen die aan anderen werden toebedeeld aan die andere overdroeg en omgekeerd.

In ons recht daarentegen is de verdeling declaratief – dit wordt algemeen afgeleid uit art. 883 BW –. De belangrijkste kenmerken daarvan werden hoger reeds besproken (in het hoofdstuk over afgescheiden vermogens):

1° De verdeling is geen “titel” in de zin van bv. art. 2265 BW. Door een verdeling wordt de titel waaronder de goederen gehouden worden (een algemene of een bijzondere) niet gewijzigd⁴⁶⁵. De persoon die een goed bij een verdeling krijgt toebedeeld houdt het goed als enige eigenaar namelijk onder dezelfde titel waaronder waaronder het goed voor de verdeling werd gehouden door de mede-eigenaars gezamenlijk. Hij heeft precies dezelfde rechten en precies hetzelfde bezit als datgene wat hij voordien reeds had, zij het voordien samen met anderen, en nu zonder die beperking.

2° Bij een declaratieve handeling vindt geen ruil plaats: de persoon aan wie iets wordt toebedeeld uit een verdeling, verkrijgt niets dat hij niet reeds had.

3° Wat wel gebeurt is dat rechten van anderen op de aangewezen goederen wegvallen, zoals omgekeerd de rechten van de eerste op de aan andere mede-eigenaars toegewezen goederen evenzeer wegvallen. Deze declaratieve opvatting van de verdeling en de juiste betekenis van die opvatting vinden we reeds duidelijk bij POTHIER : *“Le partage n’est donc pas considéré comme un titre d’acquisition par*

⁴⁶⁵ Zie reeds Cass. fr. 24 april 1850, S. 1850, I, 513. Vgl. art. 3:186 lid 2 NBW, dat bepaalt dat “hetgeen een deelgenoot verkrijgt, houdt hij onder dezelfde titel als waaronder de deelgenoten dit tezamen voor de verdeling hielden”. Anders dan sommige andere auteurs leidt M.J.A. van MOURIK daaruit af dat het zonder twijfel niet om een overdracht gaat, al is deze overgang in (Staats)Nederland grotendeels - veel meer dan bij ons - aan dezelfde regels onderworpen (“Boedelscheiding zonder levering, in het bijzonder bij onroerend goed”, *WPNR* (1991) nr. 6030, p. (890) 892).

*lequel chaque cohéritier acquiert de ses cohéritiers les portions indivises qu'ils avaient avant le partage dans les effets qui lui sont assignés dans son lot*⁴⁶⁶.

Een declaratieve handeling houdt dus veeleer een versterking in van het recht dat men reeds heeft, door soortgelijke rechten van anderen te doen wegvallen. Deze versterking wordt traditioneel ook “aanwas” genoemd. En het wegvallen van de andere rechten dient als een bijzondere vorm van afstand te worden gezien.

- Dit verklaart dat een louter uitdovende afstand van een aandeel in een mede-eigendom niet leidt tot een *res derelicta*, maar tot aanwas van het aandeel bij het recht van de mede-eigenaars. In een aantal gevallen wordt dit uitdrukkelijk in de wet bepaald⁴⁶⁷, maar de regel geldt algemeen voor de mede-eigendom van een geheel van goederen en minstens enkele gevallen van mede-eigendom van afzonderlijke goederen.

- De verdeling houdt een aanwas in waarbij het recht dat men reeds had op een toebedeeld goed aanwast tot een volledig recht erop, doordat de andere deelgenoten afstand doen van hun rechten op dat goed. Deze aanwas is het automatisch gevolg van de afstand die de andere deelgenoten doen (op precies dezelfde wijze als het eigendomsrecht aanwast wanneer een vruchtgebruik uitdooft). Voor de toebedeling van een goed is dus een toestemming vereist van alle partijen die afstand doen van hun rechten daarop (dus van alle andere deelgenoten) - zij het dat bij gebreke van akkoord deze toestemming kan worden vervangen door een rechterlijke beslissing (dit vloeit voort uit het “recht op verdeling” van de andere deelgenoten).

2. Gevallen van mede-eigendom waar geen declaratieve toebedeling c.q. aanwas plaatsvindt

Van een dergelijke declaratieve handeling kan geen sprake zijn indien men ervan uitgaat dat de mede-eigenaars tijdens de duur van de mede-eigendom geen “beperkt” recht hebben op het geheel van de goederen, maar wel een “volledig” recht op een deel van het goed of van elk van de goederen.

Dan zou de toekenning van het volledige goed aan één van de onverdeelde mede-eigenaars immers slechts door middel van een overdracht geschieden (de bovengenoemde “romeinse” opvatting). De afstand door een mede-eigenaar van zijn aandeel kan dan immers geen louter uitdovende afstand zijn, maar slechts een translatieve afstand *in favorem*.

Dit nu lijkt in ons recht het geval te zijn bij de gewone onverdeeldheid van een enkele zaak (zaaksgemeenschap). Een gevolg daarvan is bv. dat de aanwasovereenkomst tussen personen die reeds mede-eigenaar zijn (en dus niet een

⁴⁶⁶ *Traité des successions*, Ch. IV art. V § 1 (p. 497 in uitg. Dupin, Brussel 1830). Zie ook POTHIER, *Traité des fiefs*, nr. 452.

⁴⁶⁷ Bv. bij octrooien, art. 43 § 4 Octrooiwet 1984.

beding vormen in de titel krachtens dewelke men gezamenlijk verkrijgt), en betrekking hebben op het aandeel van de ene of de andere partij in een afzonderlijke zaak, een translatieve en geen declaratieve overdracht meebrengt. De situatie is anders wanneer de aanwas reeds in de gemeenschappelijke verkrijgingstitel is opgenomen (zie de bespreking daarvan in het volgende Deel); dan gaat het van bij het begin om een bijzondere vorm van gezamenlijke eigendom.

De kwalificatie kan belangrijke gevolgen hebben:

- zo bv. dient bij een translatieve overdracht aan de deelgenoot van een aandeel in de onverdeeldheid van een onroerend goed door de notaris een verwitting te worden gestuurd aan de fiscus ("notificatie")⁴⁶⁸. Wil men dat vermijden, dan is het overigens ook veiliger om te bevestigen dat de verkrijger geacht wordt altijd eigenaar te zijn geweest, om te vermijden dat uit een beding dat de verkrijger *ex nunc* eigenaar wordt zou afgeleid worden dat de handeling niet declaratief is⁴⁶⁹.
- voor de registratierechten evenwel geldt het lagere tarief inzake verdeling (1 %) ook voor sommige gevallen die eigenlijk translatief zijn en niet declaratief.

Er zijn wel bepaalde gevallen van mede-eigendom van een afzonderlijk goed waarvoor bijzondere regels gelden, zoals gemeenschappelijke octrooien, gemeenschappelijk vruchtgebruik⁴⁷⁰, hoofdelijke en ondeelbare schuldvorderingen (zie het laatste Hoofdstuk van Deel VI), e.d.

3. GevalLEN waar wel een declaratieve toebedeling c.q. aanwas kan plaatsvinden.

a. Algemeen

Daarnaast zijn er in ons recht een aantal gevallen van mede-eigendom of andere vormen van medegerechtigdheid in goederen – meestal een geheel van goederen – waar wel een declaratieve toebedeling van het goed mogelijk is, dus een aanwas van rechten van een of meer mede-eigenaars bij wegvallen van de rechten van één of meer andere.

Deze toebedeling kan geschieden door een verdeling, maar ook op andere wijzen. Voor een declaratieve handeling is niet noodzakelijk vereist dat de goederen verdeeld worden over de mede-eigenaars. Het volstaat dat het gaat om goederen waarop meerdere personen een recht hadden, dat door de uitdoving van de rechten van de anderen kan aanwassen. Een declaratieve toebedeling is dus in beginsel niet mogelijk

⁴⁶⁸ Zo Rb. Mechelen 10 februari 2009, *RGEN* 2009, 208 n. A. CULOT.

⁴⁶⁹ Zoals gebeurde in Rb. Mechelen 10 februari 2009, *RGEN* 2009, 208 n. A. CULOT.

⁴⁷⁰ De aanwas van het vruchtgebruik van de eerstoverledene bij dit van de langstlevende wordt, in het geval het om echtgenoten gaat, wel eens geconstrueerd als een last van de verkrijger van de blote eigendom, opdat het niet zou gaan om een overdracht tussen echtgenoten, waarvan de geldigheid betwistbaar zou zijn. M.i. is dit een overbodige constructie, omdat bij gemeenschappelijk vruchtgebruik (in de zin van meerhoofdig vruchtgebruik) alle vruchtgebruikers een recht op het geheel hebben en de aanwas dus declaratief is en niet translatief.

voor goederen waarop de persoon aan wie het wordt toebedeeld voorheen geen rechten had (wat wel mogelijk is, is zakelijke subrogatie, zie verder).

b. Toebedeling uit mede-eigendom

In beginsel moet het gaan om goederen uit een mede-eigendom, die toebedeeld worden aan één van de mede-eigenaars (ongeacht of dit de oorspronkelijke mede-eigenaar is of een rechtsopvolger van een oorspronkelijke mede-eigenaar) en waarop de rechten van de andere wegvallen. Dit betekent dus dat de verschillende gerechtigden kwalitatief gelijke rechten hebben (zie onder c. Bij kwalitatief verschillende rechten, zoals bv. blote eigendom en vruchtgebruik).

De mede-eigendom kan op verschillende wijzen ontstaan zijn, zowel doordat meerdere verkrijgers tegelijk onder algemene titel hebben verkregen (erfopvolging, legaten onder algemeen titel, boedelmenging, algemene maatschap) als doordat het goed onder bijzondere titel, zoals bv. de inbreng, in gemeenschap wordt ingebracht of als deel van een gemeenschap wordt verkregen (gemeenschappelijk wordt gemaakt of verkregen), of doordat het goed gemeenschappelijk werd verkregen onder een beding van aanwas van bij de verkrijging.

1° Toebedeling onder bijzondere titel s.s.

Een declaratieve werking is op de eerste plaats mogelijk door toewijzing van bepaalde goederen aan één van de vroegere mede-eigenaars, dus een toewijzing onder bijzondere titel.

Het heeft daarbij geen belang of elk van de mede-eigenaars uit de onverdeeldheid verkrijgt (verdeling s.s.) of niet (andere vormen van toebedeling).

Aan de ene zijde is er natuurlijk de verdeling s.s., al dan niet met opleg: een wederkerige overeenkomst waarbij elke partij van zijn rechten op een deel van de goederen afstand doet, in ruil voor de afstand door de andere deelgenoten van de rechten op andere gelijkwaardige goederen uit de gemeenschap ofwel een verbintenis van die andere deelgenoten om een opleg te betalen (die betaling houdt dan wel een overdracht in krachtens de oplegverbintenis).

De verdeling is dus wel een wederkerige overeenkomst, maar geen ruil van aandelen, wel een combinatie van afstand en aanwas. Het verbintenisrechtelijk regime van de verdelingsovereenkomst is wel vergelijkbaar is aan dat van de ruil, met enkele afwijkende regels.

Maar ook wanneer het enige gemeenschappelijke goed of alle activa van een gemeenschappelijk vermogen aan één enkele mede-eigenaar worden toebedeeld, blijft het een declaratieve verkrijging⁴⁷¹.

Dit kan onder meer in de volgende gevallen voorkomen:

- de overname van een woning of bedrijf uit een nalatenschap, al dan niet met opleg, in toepassing van de Wet van 16 mei 1900 op de kleine nalatenschappen of de Wet van 29 augustus 1988 op de erfregeling landbouwbedrijven; het overnamerecht vormt geen titel voor overdracht, maar wel voor een declaratieve toebedeling.
- de toewijzing bij voorrang van een goed uit een huwelijksgemeenschap op grond van art. 1446 of 1447 BW,
- de terugname op grond van art. 1455 BW van goederen die bij huwelijkscontract in de huwgemeenschap werden ingebracht en nog in natura aanwezig zijn bij de verdeling, aangerekend aan hun waarde ten tijde van de verdeling⁴⁷²;
- andere soortgelijke gevallen van overname van een of meer afzonderlijke goederen⁴⁷³.

Een heel bijzonder geval vinden we wanneer de persoon die effecten in een giraal effectendepot in bewaring heeft gegeven, en daardoor mede-eigenaar is van dat effectendepot, om uitlevering vraagt van zijn effecten (in papier). Dan gaat het om een gedeeltelijke verdeling. De massa van de gemeenschappelijke goederen wordt immers verminderd met het uitgeleverde effect (voor het omgekeerde, nl. de storting, zie verder bij zakelijke subrogatie).

Wanneer er meer dan 2 deelgenoten zijn in een boedel, en een van hen doet afstand van zijn aandeel ten gunste van de anderen (al dan niet tegen een opleg als prijs), dan vindt er geen verdeling *stricto sensu* plaats, maar gaat het nog steeds om een declaratieve handeling⁴⁷⁴.

In de hedendaagse opvatting geldt hetzelfde ook voor een goed dat afzonderlijk het voorwerp is van een mede-eigendom onder tontine of aanwas (eigenlijk volgt dit reeds uit de cassatierechtspraak van 1833⁴⁷⁵). De toebedeling ervan aan de overlevende is dan een aanwas, die declaratief en niet translatief is. De omzetting van die bijzondere onverdeeldheid in een gewone onverdeeldheid is eveneens declaratief (met name een vorm van verdeling).

⁴⁷¹ Opdat het bij de toebedeling van de activa van een gemeenschappelijk vermogen om een verkrijging onder bijzondere titel zou gaan, moet de boedel wel eerst worden vereffend. Zie verder 2° bij de overname van het aandeel in actief én passief.

⁴⁷² De bepaling is niet dwingend, maar behoudens afstand is het wel een wettelijk recht dat voornag heeft op de preferentiële toewijzing: Hof Gent 9 november 2006, *T. Not.* 2007, 3450; *T. Not.* 2008, 196 n. C. DE BUSSCHERE.

⁴⁷³ Vgl. G. VANDENBERGHE, *Not & Fisc. M.* 1992-10, (215) 219.

⁴⁷⁴ Bv., in het kader van de vraag of de notaris een verwittigingsplicht had jegens de fiscus, Hof Antwerpen 19 juni 2007, *TFR* 2008, 347 n. J. VERSTAPPEN "Fiscale verwittigingen door de notaris en actio pauliana in geval van afstand van onverdeelde gerechtigdheden".

⁴⁷⁵ Cass. 27 maart 1833, *Pas.* 68.

2° Toebedeling van een aandeel in een gemeenschap.

Indien de mede-eigendom betrekking heeft op een wettelijk erkend geheel van goederen (een afgescheiden vermogen), zoals een maatschap (openbare, stille of tijdelijke maatschap, openbaar beleggingsfonds), huwgemeenschap, feitelijke vereniging, of giraal effectendepot, of een (reeds opengevallen) nalatenschap, dan hebben de mede-eigenaars daarin een abstract aandeel, dat als een onlichamelijk recht wordt gekwalificeerd. De bijzondere kenmerken van dergelijke aandelen als onlichamelijke goederen werden ten dele reeds eerder besproken (Deel I).

Dit abstracte aandeel in de gemeenschap als geheel kan – althans bij bepaalde gemeenschappen - als dusdanig ook het voorwerp zijn van een overdracht of een declaratieve toebedeling (aanwas). Ook dit – de verkrijging van rechten op een vermogen – werd hoger reeds besproken.

Een dergelijke overdracht of aanwas heeft zoals gezegd een dubbele aard :

- ten aanzien van het aandeel als onlichamelijk goed gaat het om een verkrijging onder bijzondere titel;
- ten aanzien van de goederen van dat vermogen geldt de verkrijging van een aandeel als een overgang onder algemene titel.

Ten aanzien van de afzonderlijke goederen die deel uitmaken van het vermogen wordt dus gewoon de titel voortgezet (de titel op grond waarvan het goed ging deel uitmaken van de gemeenschap), ongeacht of het aandeel wordt overgedragen dan wel aanwast. Maar het feit dat het tevens om de overgang van een onlichamelijk recht gaat, maakt dat sommige beschikkingen mogelijk zijn, die men ten aanzien van zijn vermogen als geheel niet geldig zou kunnen maken.

Dit zien we duidelijk bij verblijvens- en voortzettingsbedingen in een maatschap, huwgemeenschap, e.d. Door middel van deze bedingen wordt een regeling getroffen voor een abstract aandeel in een geheel van tegenwoordige en toekomstige goederen (activa en passiva). Het kan ook om een regeling gaan die in werking treedt bij het overlijden van een van de deelgenoten. Indien men een dergelijke regeling zou overeenkomen over zijn hele (eigen) vermogen, zou dit in vele gevallen ongeldig zijn als overeenkomst over een niet opengevallen nalatenschap (zie daarover verder). Maar doordat het voorwerp gekwalificeerd wordt als een bestaand onlichamelijk recht kan het wel (net zoals bij een aandeel in een vennootschap met rechtspersoonlijkheid). Geldt er in een maatschap een verblijvensbeding of een voortzettingsbeding of in een huwgemeenschap een verblijvensbeding⁴⁷⁶, dan gaat het dus om een daadwerkelijke overdracht (bij voortzettingsbeding) *c.q.* toebedeling of aanwas (bij verblijvensbeding) van een bestaand goed onder opschortende voorwaarde. Daardoor maakt – wanneer de voorwaarde een voorwaarde is van vooroverlijden van een deelgenoot - het aandeel geen deel uit van de nalatenschap

⁴⁷⁶ I.t.t. bv. het Duitse recht kennen wij de voortzetting van de huwgemeenschap met de erfgenamen niet.

van de vooroverledene, en gaat het wel degelijk om een verkrijging door overdracht (bij voortzettingsbeding⁴⁷⁷) of door aanwas (verblijvensbeding). Het overlijden is slechts het rechtsfeit waardoor de opschortende voorwaarde vervuld wordt en doet de eerder overeengekomen regeling in werking treden. De verkrijging geschiedt niet *mortis causa*, niet krachtens erfrecht, *iure hereditario* -⁴⁷⁸. Gaat het om een verblijvensbeding, dan is het een verkrijging door aanwas van de rechten die men reeds had op die goederen - *iure non decrescendi* -. Deze kwalificatie blijft bestaan ook al zou de aanwas optioneel zijn (met keuzebeding).

Naargelang de omstandigheden zal een dergelijke toebedeling beschouwd worden als een handeling onder bezwarende titel dan wel als een handeling om niet.

a) Volkomen huwelijksvoordelen (die gelden als onder bezwarende titel)

De toebedeling aan de langstlevende echtgenoot van de aanwinsten uit de huwgemeenschap zal onder bepaalde voorwaarden een "volkomen huwelijksvoordeel" vormen dat als een verkrijging onder bezwarende titel wordt gekwalificeerd, nl. binnen de grenzen van art. 1455, 1464 en 1465 BW. Het gaat in wezen om de toebedeling van de aanwinsten uit de periode van het huwelijk. Buiten de grenzen van die bepalingen gaat het slechts om een onvolkomen of oneigenlijk huwelijksvoordeel, dat behandeld wordt als een verkrijging om niet (zie hoger).

Op het voordeel van de langstlevende bij overlijden (d.i. het gedeelte dat als "om niet" geldt) zal in beginsel wel een successierecht geheven worden (art. 5 W.Succ.); dat is niet het geval indien de toebedeling tegen vergoeding van waarde gebeurt (verblijvensbeding onder last), waardoor de vergoedingsgerechtigde erfgenamen op die vergoeding successierechten verschuldigd zijn. Ook kan het nuttig zijn de aanwas optioneel te maken, zodat de langstlevende op dat ogenblik de keuze kan maken.

Gebeurt de toebedeling niet aan "de langstlevende" maar aan één van de partijen op naam, ongeacht vooroverlijden, dan verschilt de fiscale behandeling. In dat geval is de toebedeling niet om niet voor wat betreft het geheel van de aanwinsten en voor de helft van de niet-aanwinsten (art. 1464 lid 2 BW; zie ook art. 1458 lid 2 BW wat betreft bedingen van vooruitmaking). Voor de andere helft van de niet-aanwinsten is ze te behandelen als een schenking (en niet als een contractuele erfstelling, zoals bij

⁴⁷⁷ Waarbij wel de vraag rijst of de nieuwe deelgenoot rechtstreeks verkrijgt van de uitgescheiden deelgenoot, dan wel door overdracht door de overblijvende deelgenoten, aan wie het aandeel door aanwas was toegekomen bij het overlijden. In werkelijkheid komen beide situaties voor. In het eerste geval zal de overnemer de scheidende deelgenoot (of zijn erfgenamen) moeten uitbetalen, in het tweede geval betaalt de gemeenschap een scheidingsaandeel, en dient de voortzettende deelgenoot zich in te kopen door betaling aan de gemeenschap. Bij de voortgezette huwgemeenschap in het Duitse recht gaat het eveneens om een toetreding tot de gemeenschap, niet om een rechtstreekse overname van het aandeel van de overledene. Vgl. onder meer - bij zijn bespreking van het Duitse recht - J. BONNECASE, "L'institution de la communauté continuée. Contribution à l'étude de la réforme du droit matrimonial français", *Ann. Univ. Grenoble* 1910, XVII-1, p. 12.

⁴⁷⁸ Wat niet belet dat de wetgever natuurlijk kan beslissen om er toch successierechten op te heffen, maar daarvoor is dan een uitdrukkelijke wetbepaling vereist (zo bv. art. 5 W.Succ.).

toebedeling aan de langstlevende in plaats van op naam)⁴⁷⁹. Dit is de zgn. “sterfhuiskonstructie”, die men aanwendt door de wijziging van het huwelijkscontract op een tijdstip waarop met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid vaststaat wie de langstlevende zal zijn.

b) Aan huwelijksvoordelen analoge voordelen

Zie de bespreking hoger bij de inbreng als titel.

c) Kansovereenkomsten

De declaratieve toebedeling is ook onder bezwarende titel, ook indien ze niet onder de zopas besproken categorie van huwelijksvoordelen valt, wanneer de onderliggende overeenkomst een wederkerige kansovereenkomst is. Dit vinden we bv. wanneer bedongen wordt dat alles naar de langstlevende gaat (verblijfsbeding) en ieders overlevingskansen min of meer evenredig zijn met zijn aandeel.

Het is wel degelijk de handeling op grond waarvan de aanwasregeling ontstond, die als handeling onder bezwarende titel of om niet zal moeten worden gekwalificeerd met het oog op de mogelijke toepassing van de regels inzake handelingen om niet (bv. inkorting ervan door reservataire erfgenamen); de handeling is onder bezwarende titel:

- wanneer daartegenover een vergoeding staat (bv. scheidingsaandeel bij uitscheiden uit een maatschap), evenals
- wanneer de oorspronkelijke overeenkomst een kansovereenkomst was met min of meer gelijkwaardige kansen.

Bij manifeste ongelijkheid in de onderscheiden overlevingskansen van partijen (die ook niet wordt gecompenseerd door een even onderscheiden aandeel in de goederen) gaat het - behalve bij de hoger besproken huwelijksvoordelen binnen de wettelijke grenzen - om een handeling om niet⁴⁸⁰ (meestal te kwalificeren als een vermomde of een onrechtstreekse schenking).

d) Overeenkomst om niet, w.o. "onvolkomen huwelijksvoordelen"

Behalve een titel voor een translatieve of constitutieve handeling (overdracht of vestiging) kan een schenkings- of andere overeenkomst om niet ook een afstand van recht inhouden (louter uitdovende afstand om niet), een aanwasregeling tot voorwerp hebben (wanneer het geen kansovereenkomst betreft), enz. Een declaratieve toebedeling van goederen aan een van de mede-eigenaars van een gezamenlijke eigendom zal gegrond zijn op een kosteloze titel wanneer een partij zonder tegenprestatie afstand doet van zijn rechten op het goed of de goederen (dadelijk of

⁴⁷⁹ Vlg. Hof Antwerpen 24 juni 2008, *RW* 2008-2009, 876, zou het noch een contractuele erfstelling noch een schenking zijn en zouden dus noch successierechten noch schenkingsrechten verschuldigd zijn.

⁴⁸⁰ Zie hierover o.m. D. MICHIELS, *RW* 1995-96, 969 v.

ingevolge de werking van een voorwaarde). Zie o.m. hierboven de "sterfhuiskonstructie".

3° Omzetting gebonden mede-eigendom in ontbonden mede-eigendom.

De ontbinding van een gebonden gemeenschap (bv. maatschap, huwgemeenschap) houdt geen verkrijging in, ook geen declaratieve operatie. Het is enkel zo dat door de ontbinding het regime van de mede-eigendom (bestuursregels, recht op verdeling, enz.) wijzigt, maar niet de aard of omvang van de rechten van de deelgenoten. De ontbinding van een gemeenschappelijk vermogen heft ook het afgescheiden karakter daarvan niet op. De goederen blijven deel uitmaken van het afgescheiden vermogen tot ze daaruit translatief of declaratief worden afgezonderd. In de praktijk kan het wel gebeuren dat men bij de afsluitende vereffening van een gemeenschap bepaalde goederen vergeten is (bv. goederen niet opgenomen in de regelingsakte bij echtscheiding bij onderlinge toestemming⁴⁸¹); bij de afsluiting gaan deze dan het voorwerp vormen van een afzonderlijke mede-eigendom⁴⁸². Aangezien het hier om de overgang van één (vereffend) naar een ander vermogen gaat (voor de helft naar elk van de eigen vermogens) vindt hier wel een verkrijging onder bijzondere titel plaats, zij het declaratief⁴⁸³.

Ook de opsplitsing van een goed in kavels door middel van een splitsingsakte is een declaratieve beschikking (en vormt geen oorspronkelijke wijze van verkrijging, zoals de zaaksvorming).

c. Andere vormen van veelheid van rechten op één goed, meer bepaald bij erfrechtelijk en huwelijksvermogensrechtelijk vruchtgebruik en bij fideicommis.

1° Beginsel

Bij opsplitsing van een eigendomsrecht in rechten van een verschillende aard, zoals blote eigendom en vruchtgebruik (of een ander beperkt recht), of bij een trustachtige opsplitsing, of wanneer het goed is ingebracht in een rechtspersoon, is er geen sprake van mede-eigendom. De toebedeling van een goed in volle eigendom tussen blote eigenaar en vruchtgebruiker, of tussen de met een fideicommis bezwaarde erfgenaam en de verwachter/begunstigde van het fideicommis, of nog tussen rechtspersoon en vennoot/aandeelhouder kan normaal gesproken dan ook niet declaratief geschieden.

- Aldus is de "verdeling" van het netto-actief na vereffening van een vennootschap een overdracht (krachtens een vorm van inbetalinggeving).

⁴⁸¹ Daar kan dit eerder voorkomen omdat de regelingsakte eerst uitwerking heeft na de echtscheiding zelf (opschortende voorwaarde), en er intussen nog een huwgemeenschap bestaat die goederen kan verwerven.

⁴⁸² Cass. 11 december 1958, *Pas.* 373.

⁴⁸³ Daaruit kan men afleiden dat de toebedeling van een afzonderlijk goed uit een gemeenschappelijk vermogen in onverdeeldheid in beginsel wel onder art. 1 HypW valt en dus aan overschrijving is onderworpen. Anders : D. MEULEMANS, "De overschrijving op het hypotheekkantoor van de regelingsakte bij de procedure van echtscheiding door onderlinge toestemming", *Waarvan akte*, 1987, 160.

- Aldus kan de blote eigendom in beginsel niet aanwassen bij het vruchtgebruik doordat de eigenaar afstand doet van zijn blote eigendom. Afstand van vruchtgebruik brengt wel een “aanwas” mee bij de blote eigendom, maar niet omgekeerd. De vruchtgebruiker kan de eigendom in beginsel maar verkrijgen door een translatieve handeling (overdracht).

2° Eerste uitzondering - omzetting van erfrechtelijk of huwelijksvermogensrechtelijk vruchtgebruik

Nochtans zijn er op deze regel bepaalde uitzonderingen. Met name bestaat bij sommige vormen van erfrechtelijk en huwelijksvermogensrechtelijk vruchtgebruik - meer bepaald van de langstlevende echtgenoot⁴⁸⁴ - krachtens uitdrukkelijke wetsbepalingen wel de mogelijkheid om het vruchtgebruik op declaratieve wijze om te zetten in de volle eigendom van een deel van de desbetreffende goederen⁴⁸⁵ (art. 745*quater* v. BW).

Opgemerkt kan worden dat het hier steeds gaat om goederen die voor de totstandkoming van de opsplitsing in blote eigendom en vruchtgebruik deel uitmaakten van een groter geheel van goederen⁴⁸⁶. Indien de goederen van bij het begin (d.i. het openvallen van de nalatenschap c;q. de ontbinding van de huwgemeenschap) in volle eigendom waren toebedeeld, zou het dus ook een declaratieve toebedeling zijn geweest. Nu vindt die onder bepaalde voorwaarden met vertraging plaats, in wijziging van een oorspronkelijk andere wijze van toebedeling van die goederen (nl. opgesplitst in blote eigendom en vruchtgebruik). Dat het om een wijziging achteraf gaat verklaart allicht dat de wetgever gemeend heeft aan deze omzetting geen zgn. “terugwerkende kracht” te moeten verlenen. Zoals uit de bespreking van die zgn. terugwerkende kracht hierna moge blijken, betekent dit eigenlijk dat zolang de omzetting niet heeft plaatsgehad, de blote eigenaar en de vruchtgebruiker wel elke afzonderlijk bevoegd zijn om te beschikken voer hun recht op de goederen.

3° Tweede uitzondering - fideicommiss

Ook het *fideicommiss* is een bijzonder geval. Aldus zal bij het overlijden van de bezwaarde erfgenaam zijn recht op de goederen wegvallen en “aanwassen” bij het *Anwartschaftsrecht* van de verwachter, dat daardoor tot volle eigendom uitgroeit. Deze laatste verkrijgt de goederen niet uit de nalatenschap van de vorige erfgenaam, maar uit die van de oorspronkelijke erflater. Er vindt dus geen verkrijging plaats uit

⁴⁸⁴ In het Franse recht geldt dit op veel ruimere schaal. In de France CC worden samen met de overeenkomsten betreffende onverdeeldheden ook overeenkomsten tussen vruchtgebruikers en blote eigenaars behandeld. En de regels betreffende overeenkomsten inzake mede-eigendom zijn volgens art. 815-18 CC van overeenkomstige toepassing.

⁴⁸⁵ Zie hierover H. CASMAN, “De omzetting van het vruchtgebruik”, *TPR* 1991, 803 v.; BROHEE-MANNES, “La conversion de l’usufruit du conjoint survivant”, *RNotB* 1986, 218 v.

⁴⁸⁶ De regeling geldt niet voor vruchtgebruik krachtens een titel (algemeen aanvaard; bv. Hof Luik 20 maart 2009, *JT* 2009, 537).

het vermogen van de bezwaarde erfgenaam, maar een voortzetting van diens titel (indien het om een restlegaat ging, is de verwachter dus legataris van de oorspronkelijke erflater). Voor zover de verwachter andere goederen verkrijgt dan diegene die de bezwaarde erfgenaam heeft verkregen, met name doordat er zakelijke subrogatie optreedt, gaat het eveneens om een voortzetting van de titel krachtens dewelke de bezwaarde erfgenaam heeft verkregen (zie verder hieronder bij zakelijke subrogatie).

4. Declaratieve verkrijging als zakenrechtelijke handeling en onderliggende overeenkomst.

Hoewel de verdeling geen overdracht is, en dus niet zoals de overdracht een verkrijging is door de uitvoering van een verbintenis tot geven, die de verkrijgingstitel vormt, is het ook bij de verdeling en andere declaratieve handelingen wel mogelijk en zinvol om een onderscheid te maken tussen :

- enerzijds de zakenrechtelijke handeling (de vrijwillige afstand door de mede-eigenaar, en bij gebrek aan vrijwillige afstand de gedwongen afstand door rechterlijke toewijzing of toebedeling aan de anderen), en
- anderzijds de gebeurlijke onderliggende obligatoire overeenkomst op grond waarvan deze plaatsvindt (bv. de verdelingsovereenkomst, de aanwasovereenkomst (verblijvensbeding), enz.).

De verdeling als zakenrechtelijke handeling (die net zoals de levering kan samenvallen met de onderliggende overeenkomst) en de zakenrechtelijke gevolgen ervan worden dan ook beheerst door de *lex rei sitae*; de onderliggende obligatoire rechtsverhouding daarom nog niet.

Maar net zoals bij afstand van recht in het algemeen, is er niet altijd een onderliggende obligatoire overeenkomst. Is de toebedeling het gevolg van de afstand door medegerechtigden van hun recht, dan geldt wat hierboven voor de afstand is gesteld. Ze kan echter ook het gevolg zijn van het wegvallen van het recht van de medegerechtigden door de werking van een (geldige) voorwaarde. In vele gevallen van mede-eigendom heeft de mede-eigenaar een recht op het verkrijgen van een deel in volle eigendom (“recht op verdeling”) dat uit de aard van de mede-eigendomsverhouding voortvloeit, en waarvoor dus niet noodzakelijk een voorafgaande overeenkomst is vereist. Daarom beschouwt men dit recht ook als een modaliteit van het mede-eigendomsrecht, of beter nog een zakelijke aanspraak⁴⁸⁷.

De declaratieve toebedeling kan dus zowel het dadelijke gevolg kan zijn van een verdeling of andere overeenkomst, als het uitgestelde gevolg van een opschortende voorwaarde voor dergelijke toebedeling, bv. het vooroverlijden van de andere echtgenoot bij een huwgemeenschap met verblijvensbeding, het vooroverlijden van een andere maat bij een maatschap met verblijvensbeding, het vooroverlijden van een mede-vruchtgebruiker bij een vruchtgebruik met aanwas voor de langstlevende, enz. In die gevallen is de (voorwaardelijke afstand) te vinden in het eerder gemaakte

⁴⁸⁷ Zo ook DE PAGE, *Traité* IX nr. 1070 (action réelle).

beding, al zal deze maar uitwerking krijgen (en vandaar aanwas teweegbrengen) bij de realisatie van de voorwaarde.

Ook is er niet echt sprake van een levering. De zakenrechtelijke handeling is niet als een levering te beschouwen, maar veeleer als een afstand (met (declaratieve) aanwas aan de medegerechtigde). Er vindt daarbij ook geen echte bezitsverkrijging plaats, evenmin als eigendomsverkrijging. Het gaat immers in eerste instantie om het wegvallen van de rechten van een medegerechtigde. Hetzelfde kan men zeggen in verband met het bezit: er vindt een afstand van het bezit plaats door de medebezitter, zodat diens deel van het bezit "aanwast" bij dat van de andere.

Bovendien kan men niet zeggen dat de onderliggende overeenkomst een titel is voor een verkrijging. De verkrijging (in oneigenlijke zin, beter is te zeggen de aanwas) is alleen het zijdelings gevolg van de afstand, waarvoor de verdeling de titel vormt. De onderliggende overeenkomst vormt dus wel de *causa* (oorzaak) van de afstand van de medegerechtigden op die goederen. Maar wie uit een verdeling verkrijgt (anders dan bij wijze van opleg), houdt de goederen wel onder dezelfde titel als die krachtens dewelke ze voor de uitvoering van de verdeling gehouden werden (door de mede-eigenaars). Los van de vraag naar een eventuele *causa* van de aanwijzing (declaratieve toebedeling), is het dus zo dat de declaratieve verkrijger de titel voortzet van de persoon in wiens plaats hij verkrijgt, en zijn verkrijging natuurlijk wel van die titel afhankelijk is (zie hieronder punt 5.).

Dit belet niet dat de afstand retro-actief zonder effect zal zijn indien deze vernietigd of ontbonden wordt; wat de nietigheden wegens wilsgebrek betreft gelden wel enkele van het gemeen contractenrecht afwijkende regels (zie art. 887 v. BW). Wat de ontbinding betreft, is een uitdrukkelijk ontbindend beding mogelijk zowel als een ontbindende voorwaarde, maar wordt traditioneel wel geleerd dat het stilziggend ontbindend beding niet speelt bij de overeenkomst tot verdeling⁴⁸⁸.

5. Enkele gevolgen van het declaratief karakter; al dan niet retro-activiteit van de verdeling.

a. De voortzetting van de bestaande titel

Uit het declaratieve karakter volgt dat een persoon die een goed toebedeeld krijgt uit een verdeling in plaats van geleverd krachtens een daartoe strekkende verbintenis geen derde is t.o.v. de persoon die het goed aan de gemeenschap (of de erflater ervan) heeft overgedragen; hij wordt dus ook niet als derde-verkrijger beschermd tegen personen met een ouder zakelijk recht, voor zover niet ook voordien de mede-eigenaars als derde-verkrijger beschermd werden.

⁴⁸⁸ LAURENT, *Principes* X nr. 462. DEKKERS leidt dit af uit de niet-vermelding van de ontbinding in art. 28 hypW.

Zo is de verdeling ook niet aan alle regels inzake overdracht onderworpen⁴⁸⁹. Dit sluit niet uit dat de (zakenrechtelijke) handeling van afstand (verdeling, eenzijdige afstand) waardoor het recht van de deelgenoot aanwast, ook aan publiciteit kan onderworpen zijn om ze te kunnen tegenwerpen aan personen met een jonger zakelijk recht (d.w.z. om te vermijden dat latere verkrijgers te goeder trouw zouden zijn) (declaratieve handelingen staan dan ook mee opgesomd in art. 1 HypW). Maar zij is niet onderworpen aan de publiciteit voorgeschreven om de levering tegenwerpelijk te maken aan personen met een ouder zakelijk recht, precies omdat men bij de verdeling niet als derde verkrijgt en dus ook niet als derde-verkrijger kan worden beschermd. Aldus gelden voor de verdeling, evenmin als in het *Ancien régime*, de belastingen inzake overdracht⁴⁹⁰.

Het kan natuurlijk gebeuren dat de vereffening van een onverdeeldheid of gemeenschap niet declaratief gebeurt, maar door middel van translatieve handelingen, zoals een verkoop (aan derden of aan een mede-eigenaar). In dat geval is de koop-verkoop wel een titel voor overdracht⁴⁹¹. Het verschil zien we bv. bij verdeling van een onverdeeldheid tussen echtgenoten, die vormvrij kan geschieden, i.t.t. de onderlinge verkoop van een aandeel in een goed dat tussen de echtgenoten in onverdeeldheid is, waarvoor de beperkende bepalingen art. 1469 en 1595, 4° BW gelden⁴⁹². In dat geval is de koper een “derde”, en zal hij onder bepaalde voorwaarden beschermd worden indien hij te goeder trouw is. Dat laatste is echter niet het geval wanneer de verkrijging afkomstig is uit een onverdeeldheid waaraan hij deelhad.

Ook een dading kan zowel declaratief als translatief zijn, of beter nog : een dading zal vaak translatieve elementen bevatten. Men kan dan ook niet zomaar in het algemeen zeggen dat dadingen declaratief zijn. Zij kunnen declaratief zijn, maar zijn dat vaak ook niet.

Hetzelfde geldt voor vonnissen: meestal zijn zij declaratief, maar zij kunnen ook “constitutief” zijn (en wanneer men van constitutieve vonnissen spreekt, wordt het woord daar ruimer gebruikt dan in het zakenrecht; een constitutief vonnis kan niet alleen de vestiging van zakelijke rechten inhouden, maar ook de overdracht ervan). In veruit de meeste gevallen houden vonnissen die over zakelijke rechten gaan evenwel geen zakenrechtelijke beschikking in, maar ofwel een “declaratieve” uitspraak die iemands eigendom bevestigt, of een verbintenisrechtelijke “veroordeling”, waardoor iemand verplicht wordt om in uitvoering van dat vonnis tot

⁴⁸⁹ In (Staats)Nederland daarentegen moet voor de overgang krachtens verdeling geleverd worden op dezelfde wijze als voor de overdracht krachtens een titel (verbintenis) (art. 3: 186 lid 1 NBW), al is de verdeling ook daar geen titel voor overdracht.

⁴⁹⁰ Dit is voor POTHIER het eerste rechtsgevolg van het feit dat de verdeling geen titel van overdracht is - *Traité des successions*, p. 497

⁴⁹¹ DE PAGE, *Traité* IX nr. 1378, merkt terecht op dat partijen afstand kunnen doen van de mogelijkheid tot declaratieve verdeling, en in plaats daarvan kunnen kiezen voor een translatieve constructie (die echter veelal fiscaal oninteressant is, althans bij onroerend goed).

⁴⁹² Zie bv. C. de BUSSCHERE, *De feitelijke scheiding der echtgenoten en de echtscheiding op grond van feitelijke scheiding*, Kluwer Antwerpen, (2) 1985, nr. 462

overdracht van bepaalde goederen of vestiging van zakelijke rechten over te gaan (het vonnis is dan een – verbintenisrechtelijke - titel voor overdracht).

Het onderscheid tussen verdeling in enge zin en vereffening door middel van een verkoop, schenking, translatieve dading, e.d.m. is in de praktijk dan ook niet altijd eenvoudig te maken en geeft aanleiding tot veel discussie⁴⁹³.

b. De zogezegde terugwerking als uitdrukking van de beschikkingsgebondenheid

De zopas nogmaals besproken regel - nl. de voortzetting van titel -, die één van de zaken is welke traditioneel worden samengevat in de term “declaratieve werking”, mag niet worden verward met de zogezegde terugwerkende kracht van de verdeling, die niet noodzakelijk voortvloeit uit dat “declaratief” (aanwijzend) karakter⁴⁹⁴.

Als we ons beperken tot de zakenrechtelijke vragen (d.i. los van de eventuele verbintenissen die uit de onderliggende verdelings- of andere overeenkomst voortvloeien), dan gaat het bij een declaratieve toebedeling uit een gemeenschap om het volgende :

- de *declaratieve werking* in enge zin, d.i. de voortzetting van titel, heeft te maken met de rechten van derden die reeds bestonden op het ogenblik van het ontstaan van de gemeenschap (rechten waartegen bij verdeling, anders dan bij overdracht, geen derdenbescherming kan worden aangevoerd).
- de *zogezegde terugwerkende kracht* van een toebedeling uit een gemeenschap daarentegen heeft te maken met de rechten die derden tijdens de gemeenschap kunnen verkrijgen of zouden verkregen hebben op goederen van de gemeenschap, dus met het lot van *beschikkingen* die tijdens de duur van de gemeenschap hebben plaatsgevonden.

In werkelijkheid gaat het niet om een echte terugwerkende kracht maar om een geheel van een tweetal regels, die achter deze zogezegde terugwerkende kracht schuilgaan, maar minder ver strekken dan een volledige terugwerkende kracht.

Een echte terugwerkende kracht zou immers alle beschikkingen ongedaan maken die in de tussentijd zijn gedaan. In werkelijkheid gaat het om het volgende.

⁴⁹³ Zie verder o.m. G. VANDENBERGHE, *Not & Fisc. M.* 1992-10, 215 v.

⁴⁹⁴ Zie voor het onderscheid tussen de terugwerking en de declaratieve werking terecht onder meer MARTY & RAYNAUD, *Les successions et les libéralités*, Sirey Paris 1983, nr. 806; MALAURIE & AYNES, *Les successions. Les libéralités*, Cujas Paris 1989, nr. 982-986, en in navolging daarvan G. VANDENBERGHE, “Onderscheid tussen overeenkomsten gelijkgesteld met verdeling of verkoop”, *Not & Fisc. M.* 1992-10, (215) 221. Als elementen van declarativiteit zien deze schrijvers wel voornamelijk verbintenisrechtelijke vragen (regels betreffende de benadeling, het voorkooprecht van de pachter, e.d.). Aan de hier behandelde zakenrechtelijke vraag (voortzetting van titel) wordt eigenlijk nauwelijks aandacht besteed.

- een beschikking over een gemeenschapsgoed, die bevoegdelijk voor gemene rekening is gebeurd (in overeenstemming met de bestuursregels van die gemeenschap) wordt niet tenietgedaan door de terugwerking;
- een beschikking over het aandeel in de gemeenschap als geheel wordt evenmin aangetast door de terugwerking van de verdeling : bij overdracht van het aandeel als geheel is het de verkrijger ervan die deelgenoot wordt en dus partij bij de verdeling, en wiens recht op de hem toebedeelde goederen zal aanwassen;
- de verplichtingen van de mede-eigenaars, meer bepaald tot bijdrage in de lasten van de mede-eigendom tijdens de duur ervan, gaan niet retroactief teniet door de toebedeling van het goed aan één van hen; hetzelfde geldt voor de gebruiksvergoeding die een eigenaar zou verschuldigd zijn aan de mede-eigenaars omdat eerstgenoemde het exclusieve gebruik had⁴⁹⁵;
- het is wel zo dat zo een deelgenoot zou willen beschikken over het aandeel dat hij zou hebben in een afzonderlijk goed van de gemeenschap (bv. door “zijn” helft van een onroerend goed uit een ruimere gemeenschap te hypothekeren), het volgende gevolg intreedt :
 - wordt dat goed uiteindelijk niet aan hem toebedeeld, dan is die beschikking niet tegenwerpelijk aan de andere deelgenoten (hierin ziet men een "terugwerkende kracht")
 - wordt dat goed uiteindelijk wel aan hem toebedeeld, dan is die beschikking perfect geldig.

Hieruit kan men m.i. niet anders dan afleiden dat:

- a) een onbevoegde beschikking convalesceert wanneer de partij die ze verricht heeft ingevolge de verdeling toch bevoegd wordt;
- b) in die gevallen waarin de verdeling zagezegd retroactief werkt deelgenoten gewoon niet bevoegd zijn om voor eigen rekening te beschikken over een aandeel in een afzonderlijk goed. Die zagezegde terugwerkende kracht is eigenlijk niets anders is dan de - erachter verscholen - beschikkingsonbevoegdheid over de (aandelen in) afzonderlijke goederen van de boedel, die we vinden telkens wanneer het aandeel van de deelgenoten slechts een abstract of onbepaald karakter heeft⁴⁹⁶.

⁴⁹⁵ Zie bv. Hof Antwerpen 19 maart 2008, *RW* 2008-09, 1436, n. D. MICHIELS

⁴⁹⁶ Vgl. eerder onder meer J. KOHLER, “Le code civil dans la théorie et la pratique allemandes”, in *Le code civil 1804-1904, Livre du centenaire*, Parijs 1904, p. (617) 619, - met verwijzing naar J. KOHLER, *Gesammelte Abhandlungen zum gemeinem und französischen Civilrecht*, Mannheim 1883, p. 466 v., die aantoon dat deze regel precies de vertaling is van de regels van de Gesamthand en daaruit stamt, en niet uit de romeinsrechtelijke opvatting van de onverdeeldheid (waarbij geen terugwerking gold).

De uitwerking van de terugwerkende kracht van de verdeling in het oud-franse recht was dus duidelijk in strijd met de zgn. Romeinsrechtelijke opvatting van de mede-eigendom en hield tevens een keuze in voor een geheel andere opvatting van het aandeel in een boedel. Over de ontwikkeling van de regel van de terugwerkende kracht, zie, behalve VAN HEMEL, Beschikken over een aandeel in een gemeenschap, onder meer G. SIESSE, *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*, 48 v. (op p. 49-50 stelt hij dat de terugwerking van de verdeling oorspronkelijk slechts een noodzakelijk gevolg was van de bijzondere aard van de ervengemeenschap, maar op een bepaald ogenblik niet langer vandaaruit werd begrepen, wat grote moeilijkheden heeft veroorzaakt); P. VAN BEMMELEN, “Regtsgemeenschap”, in *Regtsgeleerde opstellen*, I, 296 v.

Beide regels zijn echter geen regels die uit de aard van de verdeling voortvloeien, maar die afhankelijk zijn van de aard van de mede-eigendom waaruit men toebedeeld heeft.

Wanneer de mede-eigendom niet op een afzonderlijk goed betrekking heeft, maar op een geheel van goederen (een vermogen) – dus bij de gezamenhandse eigendom, dan zal deze zogenaamde retroactieve werking dan ook altijd aanwezig zijn.

Omgekeerd bestaat er ook geen retroactieve verdeling in ons recht in die gevallen waarin elke mede-eigenaar tijdens de onverdeeldheid wel degelijk apart over zijn aandeel in het goed mag beschikken. Dit is zoals gezegd meestal het geval wanneer de onverdeeldheid slechts uit één enkel goed bestaat⁴⁹⁷ (overigens kan er in dat geval in de meeste gevallen gewoon uit de aard van de zaak helemaal geen verdeling plaatsvinden⁴⁹⁸). Dit is bv. ook het geval wanneer het niet om een mede-eigendom gaat, maar om een opsplitsing in vruchtgebruik van de langstlevende en blote eigendom : de blote eigenaar c.q. vruchtgebruiker zijn juist wel beschikkingsbevoegd over hun recht ten aanzien van het geheel zowel als elk van de goederen; vandaar is het logisch dat art. 745 *sexies* § 4 bepaalt dat de omzetting van dit vruchtgebruik geen terugwerkende kracht heeft.

Ook bij die andere zo dadelijk nog verder te bespreken declaratieve operatie, namelijk zakelijke subrogatie, gaat het bij die zogezegde terugwerkende kracht om deze twee regels, nl. dat de subrogant die een goed verkrijgt waarin zijn schuldeiser zakelijk gesubrogeerd wordt, ab initio in zijn beschikkingsbevoegdheid over dat goed beperkt wordt, zodat zelfs beschikkingen over dat goed die hij reeds op voorhand zou hebben verricht (bv. cessie of in pandgeving van toekomstige vorderingen) geen voorrang hebben op die zakelijke subrogatie.

⁴⁹⁷ De terugwerkende kracht van de verdeling s.s. is bv. ook uitgesloten bij sommige intellectuele rechten. Art. 43 § 3 Octrooiwet bepaalt dat de gewone regels inzake verdeling (waaronder ook de terugwerkende kracht) niet van toepassing zijn inzake octrooien (en octrooiaanvragen). Niet duidelijk is of de toebedeling krachtens verdeling van rechtswege intreedt dan wel een levering vereist. Onduidelijk is dit ook voor de verdeling van onverdeelde rechten op een merk, tekening of model. Aangezien het hier om Beneluxwetgeving gaat, zou het niet verwonderlijk zijn dat het stelsel van deze wetten daar wel van uitgaat, omdat dit het stelsel is van het (Staats)Nederlandse recht.

⁴⁹⁸ Het uit onverdeeldheid treden bij een afzonderlijk goed kan niet gebeuren door middel van een verdeling, maar enkel door een overdracht van de zaak aan een derde (in zijn geheel) of aan één van de mede-eigenaars (voor het aandeel dat hij nog niet heeft). Het is m.i. ten onrechte dat de regel van art. 577-2 § 8 (die de gewone mede-eigendom van een afzonderlijk goed betreft) verwijst naar de regels inzake verdeling. Vgl. H. CASMAN, “Enkele open vragen omtrent beschikkingsbevoegdheden over onverdeelde zaken”, in *Liber Amicorum G. Baeteman*, Story scientia Antwerpen 1997, 3 v.

AFDELING C. Zakelijke SUBROGATIE

1. Kenmerken en declaratief karakter

Een tweede vorm van declaratieve verkrijging, zij het ditmaal niet krachtens een rechtshandeling maar krachtens de wet, vinden we bij de zakelijke subrogatie⁴⁹⁹. Bij zakelijke subrogatie vindt de toebedeling plaats krachtens de wet als een wijze van handhaving van een zakelijk recht (en dus niet als een wijze van uitvoering van een verbintenis).

Bij zakelijke subrogatie wordt een zakelijk recht zoals gezegd gehandhaafd, hoewel het oorspronkelijk voorwerp van dat zakelijk recht voor de rechthebbende verloren gaat; het recht wordt gehandhaafd doordat het wordt voortgezet op andere goederen, die dus juridisch de plaats van de eerste gaan innemen (onder meer omdat er ook een causaal verband is tussen de verkrijging van die goederen door de subrogant en het verlies van het recht van de gesubrogeerde). Zoals gezegd vinden we deze handhaving enkel bij zakelijke en niet bij obligatoire rechten.

Anders dan de persoonlijke subrogatie is de zakelijke subrogatie geen afgeleide wijze van eigendomsverkrijging. Ook bij zakelijke subrogatie wordt de titel waaronder de goederen - waarin men gesubrogeerd is - gehouden worden (een algemene of een bijzondere) niet gewijzigd, maar (geheel of ten dele) “voortgezet” door de gesubrogeerde in plaats van door de subrogant. Het recht op de nieuwe zaak komt in die mate niet meer toe aan de subrogant (meestal de restituteschuldenaar of andere schuldenaar) maar wel aan de gesubrogeerde (vaak de verzekerde schuldeiser).

De zakelijk gesubrogeerde houdt het goed, in het recht waarop hij gesubrogeerd is, onder dezelfde titel waaronder het goed werd verkregen (of bij gebreke aan subrogatie zou zijn verkregen) door de subrogant. Binnen de grenzen van de subrogatie heeft hij de rechten die de subrogant zou hebben verkregen.

Het recht van de gesubrogeerde is dus wel afgeleid van de subrogant, maar niet in de technische betekenis van "afgeleide wijze van eigendomsverkrijging". Het is afgeleid in die zin dat de gesubrogeerde niet meer rechten verkrijgt dan de subrogant zou hebben verkregen, maar het is niet afgeleid in die zin dat het recht van de gesubrogeerde niet afkomstig is uit het vermogen van de subrogant, maar gehouden wordt onder de titel waaronder de subrogant het zou verkregen hebben. De zakelijke subrogatie vertoont aldus een grote gelijkenis met de toebedeling uit een gemeenschap.

⁴⁹⁹ Zie verder V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, passim; E. DIRIX, "Zakelijke subrogatie", *RW* 1993-94, 273.

Zoals de verdeling zich ent op een rechtsfeit dat leidt tot een gemeenschap, en de gevolgen daarvan ten dele ongedaan maakt, met voortzetting van de bestaande titel door diegene die uit de verdeling verkrijgt, zo ook ent de zakelijke subrogatie zich op een ander rechtsfeit, waardoor het zakelijk recht van de gesubrogeerde geheel of gedeeltelijk tenietgaat, wat precies in zekere mate ongedaan wordt gemaakt doordat het recht door die zakelijke subrogatie gehandhaafd blijft met voortzetting van andermans titel door de zakelijk gesubrogeerde. Dit verklaart waarom de gesubrogeerde in beginsel voorgeht op alle (andere) rechtsopvolgers van de subrogant. Subrogatie kan zich daarbij niet enkel enten op een overdracht, maar ook op een andere wijze van verkrijging van goederen door de gesubrogeerde (bv. zaaksvorming, vermenging, enz.).

Om de voorwaarden voor zakelijke subrogatie na te gaan, bespreken we afzonderlijk de zakelijke subrogatie in het kader van een afgescheiden vermogen en die daarbuiten.

2. Afgescheiden vermogens : algemene zakelijke subrogatie

Afgescheiden vermogens werden in het Algemeen deel al uitvoeriger besproken. Wanneer nu goederen uit een afgescheiden vermogen daaruit verdwijnen – ofwel omdat zij bevoegdelijk worden vervreemd, ofwel zonder bevoegdheid maar doordat het volgrecht is tenietgegaan – dan worden de rechten van de gerechtigden op dat vermogen hun rechten vaak mede gehandhaafd op andere goederen doordat deze in de plaats van de eerste in dat vermogen komen.

In de meeste gevallen is een beroep op zakelijke subrogatie hiervoor overbodig, omdat dit het zopas genoemde rechtsgevolg zal voortvloeien uit een rechtshandeling. Wanneer de persoon die het vermogen bestuurt in de uitoefening van zijn functie goederen verkrijgt, zullen deze toekomen aan dat vermogen, en dit in beginsel zowel wanneer die goederen op naam van de rechthebbenden van het vermogen zijn verkregen (dus bij een gemeenschap: op gemeenschappelijke naam), dan wel enkel voor rekening van de rechthebbenden van het vermogen zijn verkregen (dus bij een gemeenschap: voor gemene rekening) (in het eerste geval gaat het om een gewone vertegenwoordiging, in het tweede om een middellijke vertegenwoordiging).

Subsidiair echter kan ook zakelijke subrogatie spelen⁵⁰⁰.

3. Voorwaarden voor bijzondere zakelijke subrogatie

⁵⁰⁰ Een variante op de subrogatie vinden we bij verkrijging krachtens wederbelegging, zoals bv. in het geval van art. 1403 BW, waarbij een door een echtgenoot met verklaring van vervroegde wederbelegging aangekocht goed van rechtswege overgaat van de huwelijksgemeenschap naar het eigen vermogen op het ogenblik van de terugbetaling van meer dan de helft van het bedrag dat voor de aankoop is opgenomen uit de huwelijksgemeenschap, mits dit binnen de 2 jaar na de aankoopakte gebeurt.

Voorbeelden van bijzondere zakelijke subrogatie en aanverwante rechtsfiguren kwamen eerder al ter sprake.

Zo bespraken we kort de handhaving van rechten die men had op geïncorporeerde, vermengde of verwerkte zaken door voortzetting van die rechten op het geheel van of een aandeel in de hoofdzaak, de nieuw gevormde zaak of de vermengde hoop (zie de vermelding bij de bespreking van natrekking, zaaksvorming en vermenging). Ook hier zien we dat in sommige gevallen het recht op de nieuwe zaak door de gerechtigde op de verloren gegane zaak wordt verkregen omdat de zaaksvormer enz. minstens ten dele voor rekening van die oude gerechtigde optreedt (vertegenwoordiging). Maar wanneer de zaaksvormer dat niet doet, kan onder bepaalde voorwaarden zakelijke subrogatie plaatsvinden.

(NB. bij vermenging van effecten door deponering in een gemeenschappelijk effectendepot ontstaat o.i. een gemeenschappelijk vermogen, zodat dit geval reeds onder de hoger besproken afgescheiden vermogens valt⁵⁰¹).

Hoger werd ook reeds de figuur besproken waarbij schuldvorderingen die ontstaan op naam van een bepaalde persoon desondanks “ab intio” toekomen aan een andere persoon, zodat ze geacht wordt rechtstreeks in diens hoofde (vermogen) te zijn ontstaan. Zoals gezegd kan ook dit het gevolg zijn:

- van middellijke vertegenwoordiging (waar de vorderingen die de vertegenwoordiger verkrijgt voor rekening van zijn opdrachtgever op zijn naam staan maar in het vermogen van de opdrachtgever vallen), maar ook
- van een toewijzing bij verdeling of een aanwas (een vordering ontstaan als een gezamenlijke vordering, die door die verdeling of aanwas aan één van de medegerechtigden toekomt),
- van de uitoefening van een naastings- of uitkooprecht, of
- tenslotte ook van een variatie op de zakelijke subrogatie die we vinden in de figuur van de “kwalitatieve vorderingen”, met name in die gevallen waar bij het ontstaan van de kwalitatieve vordering zij reeds van rechtswege geheel of ten dele toekomt aan iemand anders dan de persoon op wiens naam ze ontstaat. Dit werd hoger reeds iets uitvoeriger besproken (het gaat niet altijd om zakelijke subrogatie in enge zin, met name niet wanneer de vordering slechts een vergoeding is voor de waardevermindering van het oorspronkelijk onderpand en niet geheel in de plaats ervan komt omdat het oorspronkelijk onderpand nog bestaat, zij het met een mindere waarde).

Een ander bijzonder wettelijk geregeld geval is de toewijzing aan de benadeelde van een misdrijf van de strafrechtelijk verbeurdverklaarde goederen⁵⁰².

⁵⁰¹ Door de vermenging wordt de eigendom van het gedeponeerde effect omgezet in een aandeel in het effectendepot als mede-eigendom (zie art. 9 lid 2 (voorheen 7 lid 2 van het KB giraal effectenverkeer, dat spreekt van “storting” bij de vereffeningsinstelling). Deze omzetting is declaratief in die zin dat de titel waaronder men houdt niet wordt gewijzigd.

⁵⁰² Art. 44 SW. Zie uitvoeriger V. SAGAERT, *TPR* 2001, p. 89 v.; V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, nr. 108.

Recente doctrine (m.b. V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*) heeft overtuigend aangetoond dat zakelijke subrogatie niet beperkt blijft tot wettelijk⁵⁰³ omschreven gevallen (wettelijke affectatie van het goed) en deze waarin het surrogaat een schuldvordering is⁵⁰⁴, maar een algemeen geldende rechtsfiguur is onder een aantal voorwaarden. Zonder in te gaan op alle mogelijke andere gevallen van zakelijke subrogatie in ons recht, kunnen we de algemene voorwaarden waaronder ze intreedt opsommen.

1° Zakelijke subrogatie kan enkel intreden voor de handhaving van zakelijke rechten⁵⁰⁵, niet van andere rechten op zaken of vermogens. Onder zakelijke rechten verstaan we ook de onlichamelijke rechten op aandelen in afgescheiden vermogens en het collectief pandrecht van de concurrente schuldeisers na samenloop. Louter obligatoire rechten, algemene voorrechten e.d. worden dus niet gehandhaafd door middel van zakelijke subrogatie⁵⁰⁶. Zakelijke subrogatie is ook uitgesloten voor rechten die uit hun aard niet kunnen worden voortgezet op iets anders dan het oorspronkelijke voorwerp van het recht (bv. erfdiensbaarheden op het lijdend erf).

2° Zakelijke subrogatie treedt enkel, en het zakelijk recht wordt enkel gehandhaafd op het surrogaat, wanneer er een causaal verband bestaat tussen het wegvallen van het oorspronkelijk onderpand als voorwerp van het zakelijk recht van de gesubrogeerde en het in plaats daarvan ontstaan of verkregen worden van het surrogaat (het surrogaat zou niet verkregen zijn indien het oorspronkelijk voorwerp niet verloren was gegaan).

3° Zakelijke subrogatie wijkt niet af van de hoger besproken regels inzake eenheid, specialiteit en bepaaldheid van het voorwerp van zakelijke rechten. Zakelijke subrogatie kan dus enkel rechten (eigendom, mede-eigendom, pandrecht, enz.) verschaffen op een surrogaat wanneer dat surrogaat aan de genoemde vereisten voldoet, en meer bepaald gespecificeerd is.

Zakelijke subrogatie is niet uitgesloten bij vermenging, in zoverre er een mede-eigendom kan ontstaan waarbij het aandeel van eenieder procentueel kan worden

⁵⁰³ Bv. art. 747 IIBW, art. 10 HypW, 58 LVO 1992, art. 7 VII Monumenten- en landschappenwet 7 augustus 1931, en dergelijke meer.

⁵⁰⁴ Deze restrictievere (zij het niet de meest restrictieve) opvatting vanden we bv. bij E. DIRIX, "Zakelijke subrogatie", *RW* 1993-94, 273 v. Volgens H. de PAGE, *Traité*, V nr. 600 speelt de subrogatie in zoverre de wet erkent dat een bepaald goed dezelfde affectatie (bestemming) heeft als het verdwenen goed. Meestal gaat het om een affectatie in waarde, en is de subrogatie dus een middel tot behoud van dezelfde waarde van een vermogen, ongeacht de precieze samenstelling c.q. het precieze voorwerp ervan (DE PAGE *Traité*, III nr. 513 A.).

⁵⁰⁵ Niet alle zakelijke zekerheden zijn ook zakelijke rechten. Algemene voorrechten zijn dat bv. zeker niet, en sommige bijzondere voorrechten evenmin. Andere bijzondere voorrechten zijn echter wel zakelijke rechten, en dus eigenlijk een soort pandrechten (dit komt verder ter sprake) - zodat zakelijke subrogatie speelt. Zie bv. voor het zgn. voorrecht (in feite pandrecht) van de verhuurder Hof Antwerpen 28 april 1997, *RW* 1997-98, 678.

⁵⁰⁶ Een eenzijdige verkoopbelofte, d.i. aankoopoptie op een zaak kan niet gelicht worden op de verzekeringsuitkering die verschuldigd was ingevolge de vernieling van de zaak: Cass. 12 december 1991, *Arr. Cass.* 1991-92, 336 = *Pas.* 1992 I 284, concl. B. Janssens de Bisthoven = *RCJB* 1994, 7, noot F. GLANSDORFF = *Rev. not. b.* 1992, 107, noot D.S. = *RW* 1992-93, 217, noot A. CARETTE.

bepaald, wat veronderstelt dat het geheel van de vermengde goederen duidelijk afgebakend is.

Om die reden kan zakelijke subrogatie slechts zeer uitzonderlijk rechten verschaffen op een geldsom (namelijk enkel wanneer die geldsom duidelijk afgezonderd is gebleven, bv. door middel van een bijzondere rekening); chartaal geld is immers in beginsel steeds vermengd met alle ander geld van de bezitter ervan, en giraal geld (een geldvordering) maakt deel uit van een ondeelbare rekening-courantverhouding tenzij het op een afzonderlijke rekening is afgezonderd. Ook volstaat het niet dat een ander goed in waarde toeneemt opdat het een surrogaat zou worden (bv. een bestaande bankrekening op naam van de debiteur, waarop giraal geld wordt overgeschreven kan geen surrogaat zijn, een zelfstandige aparte rekening kan dat wel zijn, ook wanneer ze op naam staat van de debiteur, mits die deze dan wel qualitate qua houdt (zgn. kwaliteitsrekening)).

4° Zakelijke subrogatie treedt enkel subsidiair in, en met name wanneer er a) geen volgrecht meer is op het oorspronkelijk voorwerp, en b) het surrogaat niet reeds krachtens middellijke vertegenwoordiging, naasting e.d. verkregen is.

Volgens sommigen is zakelijke subrogatie ook subsidiair aan verbintenissenrechtelijke remedies andere dan deze uit ongegronde verrijking (een vergoedingsaanspraak uit overeenkomst of onrechtmatige daad; die uit ongegronde verrijking is immers nog meer subsidiair), zodat het zakelijk recht maar op het surrogaat zou kunnen worden uitgeoefend indien de debiteur van de obligatoire aanspraak insolvabel is. Maar over deze voorwaarde bestaat er geen eensgezindheid. M.i. is het veeleer zo dat zakelijke subrogatie niet verhindert dat de persoon op wiens naam het surrogaat staat of ontstaat, in vele gevallen een bewindsbevoegdheid over dat goed behoudt. Zo bv. zullen kwalitatieve vorderingen die op naam van de subrogant ontstaan, in beginsel door die subrogant kunnen worden uitgeoefend (zolang deze niet failliet is e.d.) en niet zomaar door de gesubrogeerde. Zakelijke subrogatie kan aan vermogensbestanddelen dan ook in zekere mate hetzelfde statuut geven als dat van vennootschapsgoederen voor de aandeelhouder van de vennootschap of dat van trustgoederen voor de *beneficiary* van de trust⁵⁰⁷.

4. Gevolgen van zakelijke subrogatie

Het belangrijkste rechtsgevolg van de subrogatie is zoals gezegd de handhaving van het zakelijk recht op een nieuw voorwerp. Maar die verandering van voorwerp brengt natuurlijk ook enige wijzigingen mee in het gehandhaafde recht, ondanks aspecten van continuïteit.

⁵⁰⁷ De anglo-amerikaanse trust is precies ook gegrond op het onderscheid tussen de zaak als zaak en de zaak als waarde (zie B. RUDDEN, "Things as Thing and Things as Wealth", 14. *Oxford Journal of legal studies*, 1994, 81 v). Zakelijke zekerheidsrechten komen daar dichtbij; in vele opzichten hebben zij meer betrekking op de waarde van het goed dan op het goed zelf. Een echte trust veronderstelt echter wel een afgescheiden vermogen, en dus een veralgemeende zaaksvervanging (zie verder onder nr. ... en voetnoten).

- Het gehandhaafde recht past zich aan aan de aard van het surrogaatvoorwerp. Zo bv. zal een vergoedingsaanspraak die door zakelijke subrogatie aan de hypotheekhouder van het vernielde goed toekomen, hem geen hypotheekrecht verschaffen (er bestaat geen hypotheek op schuldvorderingen) maar een pandrecht⁵⁰⁸.

- De na de subrogatie toepasselijke regels zijn die van het nieuwe voorwerp; zo bv. de toepasselijke publiciteitsregels.

Zoals hoger reeds uiteengezet is de titel van de gesubrogeerde dus geen andere dan de titel waaronder de subrogant heeft verkregen of zou hebben verkregen, ware er niet de zakelijke subrogatie. De titel is dus niet de vordering die hij had op de gesubrogeerde, maar wel de titel van die gesubrogeerde (in termen van driepartijenverhoudingen: de titel van de gesubrogeerde is te vinden in de “valutaverhouding” en niet in de “dekkingsverhouding”, die de interne verhouding is tussen gesubrogeerde en subrogant).

Aangezien de gesubrogeerde zijn recht niet afleidt van de subrogant, is hij in beginsel niet gebonden aan de beschikkingen in strijd met zijn recht die de subrogant zou hebben verricht, tenzij de subrogant de bevoegdheid had om die voor rekening van de gesubrogeerde te verrichten (en behoudens toepassing van de regels van derdenbescherming tegen de gesubrogeerde).

De rechten van de subrogant zijn wel beperkt tot de rechten die voortvloeien uit de titel van de gesubrogeerde. De subrogant zal dus beschermd worden als derde-verkrijger in de mate waarin de gesubrogeerde beschermd zou zijn; tegen de gebreken van de titel zelf (die van de gesubrogeerde) wordt is hij geen derde-verkrijger.

Ook wordt bij subrogatie aan de gesubrogeerde in beginsel geen bescherming verleend aan de verkrijger tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de subrogant, zodat in de verhouding tussen de verkrijger van de schuldvordering door subrogatie en derden met een ouder zakelijk recht de publicatie ervan (bv. mededeling aan de debiteur van de schuldvordering waarin men is gesubrogeerd) ook geen rol speelt. Deze kan wel een rol spelen voor de bescherming van de schuldenaar, wanneer de subrogatie heeft plaatsgevonden in een schuldvordering : de schuldenaar te goeder trouw kan immers bevrijdend betalen aan de schijnschuldeiser (bv. de persoon van wie men denkt dat hij de schuldvordering door subrogatie heeft verkregen).

Omgekeerd is ook de gebondenheid van de schuldeisers van de subrogant (die immers in beginsel niet benadeeld worden) niet afhankelijk van de publicatie van de subrogatie: de subrogatie kan aan de schuldeisers van de subrogant tegengeworpen worden door het feit zelf van de betaling (of ander feit) (voor het bewijs van de

⁵⁰⁸ Vgl. V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, nr. 36.

datum van betaling geldt in beginsel wel de regel van art. 1328 BW). Een uitzondering vinden we meer bepaald bij hypothecaire of onroerend bevoorrechte schuldvorderingen (art. 5 HypW). In bepaalde gevallen dienen voor de tegenwerpelijk bepaalde vormen te zijn vervuld (bv. art. 1250 lid 2 BW bij persoonlijke subrogatie)⁵⁰⁹.

⁵⁰⁹ Dit betreft inderdaad de tegenwerpelijkheid aan derden : Cass.fr. 11 januari 1893, *S.* 1894 I 12.

DEEL I. - VERKRIJGING EN VERLIES VAN GOEDEREN	240
HOOFDSTUK I. VERKRIJGING VAN BEZIT	240
AFDELING A. Inleiding - BEZITSVORMEN.....	240
AFDELING B. BEZITSVERKRIJGING ZONDER INSTEMMING VAN DE VORIGE BEZITTER	241
AFDELING C. BEZITSVERKRIJGING ONDER ALGEMENE TITEL.....	242
AFDELING D. BEZITSVERKRIJGING BIJ SUBROGATIE.....	243
AFDELING E. DECLARATIEVE VERKRIJGING DOOR AANWAS.....	243
AFDELING F. BEZITSVERKRIJGING onder bijzondere titel MET INSTEMMING VAN DE VORIGE BEZITTER	243
AFDELING G. BEZITSVERLIES	243
AFDELING H. VERMOEDEN VAN BEZITSVERKRIJGING	244
HOOFDSTUK II. DE WIJZEN VAN OORSPRONKELIJKE (NIET-AFGELEIDE) VERKRIJGING VAN GOEDEREN.....	245
AFDELING A. Inleiding.....	245
AFDELING B. verkrijging op grond van bezit.....	246
1. Algemeen – functies van het bezit.....	246
2. De toe-eigening.....	247
3. De vruchtdraging en -trekking.....	248
4. Verkrijgende verjaring	249
a. Verkrijging krachtens bezit te goeder trouw én geldige titel:	249
b. Verkrijging krachtens deugdelijk bezit en tijdsverloop:.....	249
c. Verkrijging krachtens deugdelijk bezit alleen:	250
AFDELING C. Eigendomsverkrijging op grond van het eenheids-, bepaaldheids- of specialiteitsbeginsel.....	251
1. Natrekking in enge zin, zaaksvorming, <i>confusio</i>	251
a. Algemeen	251
b. Natuurlijke onroerende natrekking.....	251
c. Kunstmatige onroerende natrekking en zaaksvorming.....	251
d. Roerende natrekking en zaaksvorming.....	252
2. Vermenging (<i>commixtio</i> , <i>Vermengung</i>).....	253
a. Vermenging in enge zin (vermenging van soortgoederen).	253
b. Boedelmenging	254
AFDELING D. Eigendomsverkrijging op grond van publiekrechtelijke regels	256
AFDELING E. Eigendomsverkrijging bij namaking, op grond van regels tot bescherming van intellectuele eigendom.....	257
AFDELING F. Ontstaan van erfdienstbaarheden uit de wet	258
AFDELING G. Verkrijging van niet-zakelijke vermogensrechten door het ontstaan ervan.....	259
1. Algemeen.....	259
2. Het “ab initio” toekomen van schuldvorderingen e.d. aan andere personen dan diegene op wiens naam zij ontstaan; i.h.b. kwalitatieve vorderingen.	260
a. Situering tussen gelijkaardige rechtsfiguren	260
AFDELING H. Het verschil met afgeleide wijzen van eigendomsverkrijging	262

<i>HOOFDSTUK III. DE WIJZEN VAN VERKRIJGING VAN GOEDEREN ONDER ALGEMENE</i>	
<i>TITEL</i>	263
AFDELING A. Inleiding.....	263
AFDELING B. OVERZICHT VAN DE WIJZEN VAN VERKRIJGING ONDER ALGEMENE	
<i>TITEL</i>	264
1. Erfopvolging (en legaat onder algemene titel)	264
2. De vorming van een gemeenschap (huwgemeenschap, algemene maatschap).....	265
3. Sommige verrichtingen met vennootschappen of bedrijfstakken	265
4. Sommige gevallen van ontbinding van een rechtspersoon.....	266
AFDELING C. DE VERKRIJGING VAN RECHTEN OP EEN VERMOGEN.	266
AFDELING D. Gevolgen van de overgang onder algemene titel tegenover de	
overgang onder bijzondere titel	267
<i>HOOFDSTUK IV. Overdracht VAN GOEDEREN EN VESTIGING VAN ZAKELIJKE RECHTEN</i>	270
AFDELING A. INLEIDING OP DE BESPREKING VAN DE OVERDRACHT	270
1. Plaats van de overdracht in ons zakenrecht, definitie.....	270
2. Grondvereisten.	272
a. Overzicht.....	272
b. Geldige titel.....	272
c. Levering.....	272
d. Beschikkingsbevoegdheid.....	273
e. Overdraagbaarheid en andere objectieve vereisten uit beginselen van ons	
zakenrecht	273
1° Uitgangspunt.....	273
2° Het vereiste dat het om een erkend zakelijk recht gaat (<i>numerus clausus</i> -	
beginsel).	274
3° Toepassing van het eenheidsbeginsel, het specialiteitsbeginsel en het	
bepaaldheidsbeginsel.	274
4° Overdraagbaarheid.	275
5° Het bestaan van de verkrijger.	275
6° Het vereiste van bestaan van het goed.	275
3. Overdracht als generieke figuur.....	276
a. Generiek karakter	276
b. Verduidelijking : het begrip “levering”	277
1° Plaatsing tussen de verbintenissen van de verkoper.....	277
a) De verbintenis tot geven.....	278
b) De verbintenis tot doen.	279
2° Levering en bezit; rechtelijk en feitelijk begrip.	279
c. Afwijkende regels.....	282
d. Toepassing op (vestiging van) beperkte zakelijke rechten.....	282
e. Verrijking van een beperkt recht door voorbehoud in plaats van overdracht.....	283
4. Relativiteit van de eigendomsoverdracht.....	284
AFDELING B. HET VEREISTE VAN EEN GELDIGE TITEL (<i>IUSTA CAUSA</i>	
<i>ADQUIRENDI</i>).....	286
1. Het causaal karakter van de overdracht, relativering ervan en uitzonderingen.	286
a. Beginsel	286
b. Relativering.	288

c. Uitzondering: overboeking van effecten.....	288
2. Het vereiste van een schuldeiser (van de verbintenis tot geven)	289
a. Het vereiste bestaan van de schuldeiser, alsmede de titel in complexe of meerpartijenverhoudingen.....	289
1° Beginsel en uitzondering (geoorloofde erfstellingen over de hand).....	289
2° Verkrijging krachtens titel in meerpartijenverhoudingen.....	289
a) Onmiddellijke vertegenwoordiging.....	290
b) Middellijke vertegenwoordiging	290
c) Derdenbeding	291
i) Geldigheid	291
ii) (On)herroepelijkheid.....	292
iii) Vormvereisten	294
d) Stichting.....	294
e) Alternatieve schuldeisers.....	294
f) Levering als last van een andere handeling	294
g) Schuldeiser als rechtsopvolger van de bedinger in een schuldvordering tot geven.	295
h) Declaratieve verkrijging van een schuldvordering tot geven.....	295
i) Toebedeling uit een gezamenlijke eigendom.	295
ii) Door de uitoefening van een naastingsrecht.....	295
iii) Bij zakelijke subrogatie in de vordering tot geven.....	296
b. De rechtsbekwaamheid van de schuldeiser	297
3. De vereisten betreffende het “voorwerp” van de verbintenis tot geven.....	297
a. Bepaalbaarheid	297
b. Regel en beperkingen bij toekomstige goederen.....	298
c. Beperking tot het geven van een erkend zakelijk recht (<i>numerus clausus</i>).....	299
4. Overzicht van mogelijke verkrijgingstitels.....	300
a. Inleiding	300
1° Titel en oorzaak	300
2° Indeling van de titels	301
3° Titels voor vestiging van zakelijke rechten	301
b. Overeenkomst (onder levenden) onder bezwarende titel	302
1° Overzicht van soorten overeenkomsten (translatief en constitutief).....	302
2° Koop-verkoop en bijzondere modaliteiten ervan.....	303
a) Overzicht	303
i) Gemengd met een andere overeenkomst.....	303
ii) Voorwerp van de (ver)koop	303
iii) Pluraliteit van kopers.....	304
iv) Vrijwillige v. executoriale verkoop (gedwongen verkoop).....	304
b) Modaliteiten van de (ver)koop.....	304
c) In het bijzonder de gezamenlijke aankoop onder aanwas- of tontinebeding	305
i) Hier besproken gevallen.....	305
ii) Betreffende de volle eigendom dan wel enkel het vruchtgebruik	306
iii) Aard van de handeling (om niet/onder bezwarende titel).....	306
iv) Aard van de mede-eigendom voor het tijdstip van aanwas.....	307
v) Gebonden mede-eigendom (geen recht op verdeling).....	307

vi) Een bijzondere vorm van mede-eigendom; aanwas als gevolg daarvan; keuzebedingen	308
vii) Gronden voor voortijdige beëindiging.....	309
viii) Lot bij vervreemding van het goed	311
ix) Gevolgen van beëindiging van de aanwasregeling.....	312
d) De verkoop die totstandkomt door het lichten van een optie.	312
i) Overzicht	312
ii) Contractuele aankoopopties of aankooprechten.....	312
iii) Contractuele verkoopties / aankoopbelofte	314
e) De verkoop die totstandkomt door de uitoefening van een voorkooprecht of van een voorkeurrecht	314
3° Inbreng in een rechtspersoon.....	315
4° Ruil, schenking onder last	315
5° Opleg bij declaratieve handelingen	315
6° Beheersovereenkomst (fiduciaire overeenkomst).....	316
7° Verkrijging als deelgenoot ingevolge inbreng in een gemeenschap, huwelijksvoordelen en vergelijkbare familie-overeenkomsten.	316
i) Inbreng tegen overeenstemmend aandeel in de gemeenschap.	316
ii) Inbreng zonder overeenstemmend aandeel in de gemeenschap	318
iii) Huwelijksvoordelen en oneigenlijke huwelijksvoordelen.....	318
iv) Vergelijkbare familie-overeenkomsten.	319
8° Overeenkomst om specifieke goederen onder aanwas te brengen (voor zover het om een kansovereenkomst gaat).....	320
9° Inbetalinggeving, toewijzing aan de pandhouder.....	322
10° Overeenkomsten houdende een verbintenis tot levering (of teruglevering) van soortgoederen.	322
c. Overeenkomst (onder levenden) om niet	324
1° Welke overeenkomsten (translatief, constitutief, declaratief)	324
a) Overdracht.....	324
b) Vestiging van zakelijke rechten.....	325
c) Afstand en declaratieve handelingen.....	325
2° Modaliteiten.....	325
3° Bijkomende (vorm)vereisten aan de titel bij overeenkomsten om niet.....	326
a) Plechtige schenkingsakte	326
b) Handgift (onder levenden).....	327
i) Voorwerp van de handgift en wijze van handgift.....	327
ii) Handgift niet in volle eigendom.....	329
iii) Handgift met modaliteiten	330
c) Vermomde schenking	330
d) Omzetting van een natuurlijke verbintenis	330
e) Oneigenlijke huwelijksvoordelen en aanverwante	331
f) (Andere vormen van) onrechtstreekse schenking	331
i) Buitenbezitstelling bij schuldvorderingen op naam (m.i.v. aandelen op naam).	331
ii) Derdenbeding.....	332
iii) Andere onrechtstreekse schenkingen die niet translatief zijn.....	334

g) Belofte tot verbruiklening of bewaargeving.....	335
h) Belofte tot inbreng in een vzw.....	335
d. Zekerheidsovereenkomsten.....	337
e. Eenzijdige belofte om niet (onder levenden) van de vervreemder	338
f. Stichting (oprichting) van een rechtspersoon.....	339
g. Legaat of making (erfgift), testamentaire stichting.....	340
1° Legaat of making	340
2° Testamentaire hypotheek.	340
3° Testamentaire stichting.	341
h. Uitoefening van een aankoopoptie.....	342
1° In het wetboek vennootschappen.....	342
2° Andere voorbeelden	342
i. Uitoefening van een verkoopoptie of recht om te worden uitgekocht.	344
1° In het Wetboek vennootschappen	344
2° In Vlaamse decreten inzake grondbeleid.....	344
3° Andere.....	345
j. Vennootschapsbesluiten	346
k. Herstelplicht uit onrechtmatige daad	347
l. Verplichtingen uit ongegronde verrijking s.l. (restitutieverbintenissen)	348
m. Natuurlijke verbintenis, verjaarde schuld, nietige schuld.....	349
1° Omzetting van een natuurlijke verbintenis	349
2° Verjaarde schuld.....	349
3° Nietige overeenkomst.....	349
n. Andere verbintenissen uit de wet.....	351
5. Titelgebreken en titelbeperkingen met zakelijke werking tussen partijen	352
a. Begrip en draagwijdte in het algemeen.....	352
1° Begrip	352
2° Zakelijke werking tussen partijen.....	352
3° Gebrek aan zakelijke werking tussen partijen	353
4° In meerpartijenverhoudingen	353
b. Beperkingen van de omvang van de titel	355
1° Algemeen	355
2° Voorbehoud van beperkte zakelijke rechten	355
3° Voorbehoud van zekerheidsrechten.....	355
4° Voorbehoud van omwisselingsrecht bij certificaten.....	356
c. Nietigheden van de titel.....	357
1° Algemeen	357
2° Absolute of volstreckte nietigheden	358
a) Algemeen.....	358
b) Goederen “buiten de handel”	358
c) Bedingen betreffende niet opengevallen nalatenschappen.	359
i) Aard van het verbod	359
ii) Inhoud van het verbod: gebeurlijke rechten	359
iii) Geen verbod bij daadwerkelijke rechten.....	360
d) Gebrek aan rechtsbekwaamheid (rechtsbevoegdheid).....	360

e) Nietigheid van de titel wegens nietigheid van een voorwaarde of bijzonder beding	361
i) Overeenkomsten in strijd met de vrijheid van handel en nijverheid, ongeldige vervreemdingsbeperkingen e.d.....	361
ii) Nietige ontbindende voorwaarden.....	361
iii) Nietige opschortende voorwaarden	362
3° Betrekkelijke nietigheden ingeroepen door de beschermde contractspartij	362
a) Algemeen.....	362
i) Nietigheidsgronden	362
ii) Relativiteit van de nietigheid	363
iii) Retro-activiteit van de nietigverklaring.....	364
iv) Aanvullende schadevergoeding	364
b) Gevallen die geen nietigheid zijn	364
c) Bescherming tegen “overdreven” verbintenissen die in de overeenkomst zelf worden aangegaan.	365
d) Bescherming tegen potestativiteit.....	366
e) Bescherming tegen gebrek aan informatie over verplichtingen of lasten m.b.t. het goed.....	367
i) Bosdecreet	367
ii) Monumenten en landschappen	368
iii) Ruimtelijke ordening.....	368
iv) Roerende zaken.....	369
v) Andere	369
vi) Algemeen	370
f) Bescherming tegen ongekende verplichtingen zowel als tegen onzekerheid: informatieplichten waartegenover een informatierecht staat	371
i) Bodemdecreet	371
ii) Wet-Breyne	373
iii) Andere gevallen ?	373
g) Dwingend voorgeschreven bepalingen van de overeenkomst.....	374
4° Nietigheden in het belang van derden (i.h.b. schuldeisers).....	375
a) Nietigheden uit het huwelijksvermogensrecht.	375
b) Nietigheid van legaten.....	376
c) Andere	377
5° Niet-tegenwerpbaarheden ingevolge aanvechting door schuldeisers; leidt derdemedeplichtigheid, bv. bij miskenning van een vervreemdingsbeperking, tot nietigheid ?	377
6° Bijzondere bepalingen van niet-tegenwerpbaarheid aan de overheid	378
d. Ontbindende voorwaarden van de titel en inkorting en inbreng ervan	380
1° Beroep op de vervulling van een ontbindende voorwaarde of de uitoefening van een ontbindings- of herroepingsrecht.....	380
a) Vervulling van een uitdrukkelijke ontbindende voorwaarde.....	380
i) Bronnen	380
ii) Nietige ontbindende voorwaarden.....	381
iii) Zakelijke werking.....	383
iv) De voorwaarde van vooroverlijden.....	383

b) Ontbinding (vervulling van een stilzwijgende ontbindende voorwaarde, onder meer niet-nakoming) en herroeping.....	383
i) Wettelijke of conventionele ontbindingsrechten met zakelijke werking en aanverwante.....	384
ii) Wettelijke of conventionele ontbindingsrechten zonder zakelijke werking.....	388
iii) Wettelijke of conventionele ontbindingsrechten met zakelijke werking, doch ook lossingsrecht verkrijger	389
iv) Buitenwettelijke ontbindingsrechten, door de rechtspraak geschapen	389
c) Wettelijke terugkeer.....	390
d) Verval van huwelijksvoordelen.....	391
2° Inkorting en/of inbreng in natura van beschikkingen om niet gevorderd door de erfgenamen van de vervreemder.....	391
a) Inkorting.....	391
i) Getroffen beschikkingen / goederen.....	392
ii) Gevolgen.....	394
iii) Bijkomend getroffen beschikkingen door het recht op reserve in natura.....	394
iv) Dwingend karakter.....	395
b) Inbreng.....	395
e. Naasting van de titel of zakelijke subrogatie in de titel.....	396
1° Naasting.....	396
a) Opsomming.....	396
i) Het naastings- of uitkooprecht van mede-eigenaars bij een gezamenlijke eigendom	396
ii) Het naastingsrecht bij miskenning van het voorkooprecht van de beherende vennoten in een landbouwvennootschap	397
iii) Het naastings- of uitkooprecht ten gunste van de persoon tegen wie een betwist recht wordt uitgeoefend.....	397
iv) Het naastingsrecht bij miskenning van het wettelijk voorkooprecht van de pachter en zijn gezin.....	397
v) Het naastingsrecht bij miskenning van voorkooprechten ten gunste van de overheid.	398
b) Gevolgen van de aanbidding van het voorkooprecht	401
c) Gevolgen van de uitoefening van het naastingsrecht.....	401
2° Zakelijke subrogatie.....	402
f. Gevallen van terugwerkende kracht die geen titelgebreken zijn: beschikkingsonbevoegdheden.....	402
6. Titels onder termijn en/of opschortende voorwaarde.....	404
a. Algemeen	404
1° Tijdsbepaling en voorwaarde – definitie en bespreking.....	404
2° Modaliteiten van de verbintenis en modaliteiten van de overdracht.	404
3° Nietige en geldige opschortende voorwaarden	405
4° Nietige opschortende tijdsbepalingen, in het bijzonder bij schenkingen.....	406
b. Inlassing; toepassingen.....	407
c. Rechtsgevolgen.....	409
1° Opschortende voorwaarde	409
2° Tijdsbepaling.....	410

AFDELING C. DE UITVOERING VAN DE VERBINTENIS TOT GEVEN: “LEVERING” IN RECHTELIJKE ZIN - VERHOUDING MET BEZITSVERKRIJGING	411
1. Aard van de levering (in rechtelijke zin) en regels waaraan ze is onderworpen.	411
a. Het begrip levering (in rechtelijke zin)	411
b. De levering als beschikking of zakenrechtelijke handeling.....	412
c. De levering (in rechtelijke zin) als een afzonderlijk te ontleden - zakenrechtelijke - rechtshandeling.....	412
d. Aard van de leveringshandeling en regels waaraan de levering (in rechtelijke zin) als handeling is onderworpen.....	415
1° Algemeen: in welke mate gelden voor de levering de regels inzake (tweezijdige) rechtshandelingen ?	415
a) Rechtshandeling ?	415
b) Tweezijdige handeling?	415
i) In beginsel tweezijdig karakter.	415
ii) Instemming vervangen door rechterlijke beslissing.	417
c) Zakenrechtelijke eisen aan de handeling.	418
d) Toepasselijkheid van regels betreffende handelingen om niet ?	418
e) Vormvereisten ?	418
2° Wie moet leveren; levering door middel van een vertegenwoordiger.....	419
3° Aan wie moet geleverd worden.	420
4° Modaliteiten (tijdsbepaling en voorwaarde).	421
a) Beginsel.....	421
b) Uitzonderingen.....	421
c) Verhouding met de modaliteiten van de titel.....	422
2. Vereisten gesteld aan de leveringshandeling, afgezien van de vereisten in geval van conflict met andere zakelijke rechten – louter consensuele en niet-consensuele levering.....	423
a. De verhouding tussen levering en bezitsverschaffing	423
1° Consensualisme – de eerste regel van art. 1138 BW	423
2° Levering en bezitsverschaffing.	424
b. Levering zonder bezitsverschaffing.....	425
c. Levering door loutere bezitsverschaffing (al dan niet consensueel).....	425
1° Louter consensuele bezitsverschaffing.	425
a) De vormen van consensuele levering en bezitsverschaffing bij zaken en rechten op zaken	425
i) <i>Traditio brevi manu</i>	426
ii) <i>Constitutum possessorium</i> (houderschapsverklaring).	426
b) Consensuele levering en bezitsverschaffing bij onlichamelijke goederen.	427
c) Draagwijdte van de regel dat levering consensueel kan geschieden.	428
2° Uitzonderingen op het consensualisme: gevallen waarin de bezitsverschaffing niet louter consensueel kan geschieden.	429
a) Louter schijnbare uitzonderingen.....	429
b) Uitzonderingen die volgen uit de aan het bezit gestelde vereisten.....	429
c) Onmogelijkheid van levering <i>solo consensu</i> door een loutere detentor: beginsel en verklaring.....	429
i) De regel: geen interversie van titel zonder “buitenbezitstelling”	429
ii) Verklaring.....	430

iii) Toepassingsgebied	431
d. Uitzonderingen waarbij er bijkomende voorwaarden gelden voor de leveringshandeling.....	432
1° Regels die al dan niet een uitzondering vormen.	432
a) Vereisten die de geldigheid van de titel betreffen.....	432
b) Afwijking bij overeenkomst tussen overdrager en overnemer ?	433
2° Wettelijke vormvereisten.....	433
a) Pand en hypotheek	433
b) Inbreng in een rechtspersoon.....	433
c) Overdracht van en vestiging van beperkte rechten op (bepaalde) intellectuele rechten.....	433
d) Sommige andere onlichamelijke goederen	434
3° Externe werking van inwendig bepaalde vormvereisten bij schuldvorderingen.....	434
e. Levering van een aandeel in soortgoederen in plaats van specificatie van het goed; girale levering.	435
1° Waardepapier uitgegeven voor een bepaalde hoeveelheid soortgoederen.....	435
2° Effectendepots en gedematerialiseerde effecten.	435
3° Geld ?	435
f. De levering bij voorbaat en de alternatieven daarvoor.....	436
1° De loutere levering bij voorbaat.	436
a) Beginsel.....	436
b) Toepassingen.	437
c) Maakt levering bij voorbaat een onbevoegde levering <i>solo consensu</i> aan een derde onmogelijk ?	437
2° Alternatieven.....	438
a) Overdracht van een recht op grond waarvan de verkrijger het toegezegde goed rechtstreeks kan verkrijgen.	438
b) Overeenkomst tot middellijke vertegenwoordiging en optreden van de tussenpersoon <i>qualitate qua</i>	439
3. Tijdstip van de levering en tijdstip van de overdracht of vestiging tussen partijen.	441
a. Beginselen en regels in verband met het tijdstip van de leveringshandeling.	441
1° Gevallen waarin er al dan niet een vermoeden van levering is zodra de verbintenis tot geven is aangegaan bij overeenkomst - juiste draagwijdte van art. 1138 BW	441
a) Toepassingsgebied van art. 1138 BW.....	441
b) Draagwijdte.....	441
c) Gevolg voor het tijdstip van overdracht.	443
2° Dwingend karakter van de dadelijke levering bij bepaalde overeenkomsten.	443
a) Schenking.....	443
b) Vooruitbetalingsovereenkomsten betreffende te bouwen of in aanbouw zijnde woningen.	443
c) Andere bijzondere wettelijke bepalingen.	444
3° Regel bij overdracht krachtens bijzonder legaat: is er nog een leveringshandeling nodig of volstaat het testament daartoe ?	444
a) Eerste mogelijkheid: een beperkt zakelijk recht van de legataris.....	444
b) Tweede mogelijkheid: een volwaardig eigendomsrecht.	445

c) Derde mogelijkheid: een eigendomsrecht bezwaard met een bewinds- en genotsrecht.....	446
4° Regel bij oprichting van een rechtspersoon.....	446
b. Toepassing in combinatie met de andere overdrachtsvereisten: het tijdstip van overdracht.....	447
1° Tijdstip van overdracht in de gevallen waarin de levering niet louter consensueel kan gebeuren.....	447
2° Levering die bijkomstig is aan een verbintenis tot doen: aannemingsovereenkomsten (maatwerk).....	447
3° Bestanddelen, soortgoederen.....	448
a) Beginsel.....	448
b) Verder uitstel van de levering op grond van de gebruiken.....	449
c) Verder uitstel van de levering op grond van een bijzonder beding.....	449
4° Andere toekomstige goederen.....	450
5° Overdracht krachtens een titel onder opschortende voorwaarde of termijn.....	450
6° Verbintenissen tot geven uit andere bron dan overeenkomst.....	451
7° Andere vereisten voor de overdraagbaarheid van een goed.....	451
8° Alternatieve verbintenissen.....	452
9° Andere conventionele afwijkingen van art. 1138 BW.....	452
a) Toepassingen bij roerende zaken.....	453
i) Beding van eigendomsvoorbehoud.....	453
ii) Betaling tegen levering bij effectentransacties.....	453
b) Toepassingen bij onroerend goed.....	454
c) Toepassingen bij schuldvorderingen.....	454
4. Relevantie van het tijdstip van eigendomsovergang tussen partijen.....	455
a. Relativering van het belang.....	455
b. Daadwerkelijk belang.....	456
1° Zakenrechtelijk.....	456
2° Risico-overgang.....	457
3° Legitimatie ten aanzien van derden en andere afhankelijke rechten.....	457
4° Kwalitatieve verbintenissen.....	458
5° Sommige risico-aansprakelijkheden.....	458
6° Registratierechten.....	459
AFDELING D. BESCHIKKINGSBEVOEGDHEID EN BESCHERMING VAN VERKRIJGERS	
TEGEN BESCHIKKINGSONBEVOEGDHEID.....	460
1. Beschikkingsbevoegdheid.....	460
a. Rol van de beschikkingsbevoegdheid.....	460
b. Wie is bevoegd om te beschikken.....	461
1° Beginsel.....	461
2° Begrip beschikkingsonbevoegdheid - verschil met andere figuren.....	462
a) Onderscheiden van titelgebreken en titelbeperkingen, waaronder ook handelingsonbekwaamheid, gezinsbescherming en reservebescherming.....	462
b) Onderscheiden van inwendige beperkingen bij schuldvorderingen.....	463
c) Onderscheiden van de last van kwalitatieve verbintenissen.....	463
d) Onderscheiden van andere zuiver verbintenisrechtelijke beperkingen, onder meer conventionele onervreemdbaarheden en fiduciaire verplichtingen.....	464

i) In het bijzonder vervreemdingsbeperkingen.....	465
ii) In het bijzonder fiduciaire verplichtingen.....	465
iii) Beschikkingsbeperkingen die voortvloeien uit een “verdringende” volmacht.....	465
3° Gevallen waarin de bevoegdheid van de eigenaar om over zijn eigendom te beschikken beperkt is of hem ontnomen.	465
a) Eigendomsrecht of andere” oudere” zakelijke rechten van derden.	465
i) Algemeen.....	465
ii) Omvang van de beschikkingsbevoegdheid van de eigenaar van een goed bezwaard met een beperkt zakelijk recht.	466
iii) Bevoegdheid van de beperkt zakelijk gerechtigde ten aanzien van het goed zelf	467
iv) Zijn voorrechten oudere zakelijke rechten die de beschikkingsbevoegdheid beperken ?	468
v) Scheppen eigendom onder opschortende voorwaarde of termijn en ontbindende voorwaarden beschikkingsonbevoegdheid ?	470
b) Beslag en vergelijkbare beperkingen met zakelijke werking; vereffeningsbewind.	472
i) Opsomming.	472
ii) Ontstaan.	473
iii) Beschikkingsonbevoegdheid veeleer dan buitenbezitstelling.	473
iv) Gevolgen; relativiteit beschikkingsonbevoegdheid.	473
c) Andere vormen van bewind.....	474
i) Begunstigingsbewind.....	474
ii) Bewind over de nalatenschap: saisine, executele.	474
d) Regels inzake beschikkingsbevoegdheid die voortvloeien uit de verschillende vormen van mede-eigendom.....	475
i) Beschikkingsbevoegdheid over een onverdeeld goed door de mede- eigenaar.....	475
ii) Gedwongen mede-eigendom.....	475
iii) Gezamenhandse eigendom, meer bepaald bij de niet-ontbonden gemeenschap.....	475
iv) Onverdeelde mede-eigendom van deelgenoten in een nalatenschap of ontbonden gemeenschap.....	476
4° Gevallen waarin andere personen dan de gerechtigde bevoegd zijn om over goederen te beschikken, ofwel uitsluitend, ofwel concurrerend met de eigenaar.	477
a) Conventionele bevoegdheidsverlening in het algemeen buiten gebonden gemeenschappen om.....	478
b) Bestuursbevoegdheid bij gebonden gemeenschappen en andere vormen van gebonden mede-eigendom.	479
c) Bestuursbevoegdheid bij ontbonden gemeenschappen.....	480
d) Wettelijke bestuursbevoegdheid bij handelingsonbekwamen.	480
e) Vereffeningbewind.	480
f) Gerechtelijk bewindvoerder.....	481
g) Andere gevallen.....	481
c. Het tijdstip van beschikkingsbevoegdheid.	482

1° Beschikkingsbevoegdheid die reeds voor de uitwerking van de eigendomsovergang is weggevallen.....	482
2° Beschikkingsbevoegdheid die pas na de leveringshandeling ontstaat - convalescentie.....	483
2. Bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid en tegen oudere zakelijke rechten in het algemeen.	485
a. Grondvereisten - bepaling van de anterioriteit.....	485
1° Bepaling van de anterioriteit - conflict met voorbehouden rechten	485
2° Bepaling van de anterioriteit - meerdere beschikkingen over toekomstige goederen.....	486
b. Grondvereisten voor bescherming.....	486
1° Grondvereisten - algemene regel.....	486
2° Gevallen van versterkte of meer uitgebreide bescherming.....	487
c. Nauwkeuriger omschrijving van het hier behandelde conflict en van de rol van de publiciteit.....	488
d. Publiciteitsvormen in het algemeen	490
1° Eenheid of veelheid van publiciteitsmaatstaven.....	490
2° Rol van andere publiciteitsvormen.....	490
e. Verbintenisrechtelijke plaats van de publiciteit.....	491
f. Alternatieve beschermingsmiddelen ?	491
g. Afstand van bescherming	492
h. Gevolgen van niet-bescherming.....	492
<i>HOOFDSTUK V. ANDERE AFGELEIDE WIJZEN VAN VERKRIJGING ONDER BIJZONDERE TITEL.....</i>	<i>493</i>
AFDELING A. AFDELING A. De verkrijging van wettelijke hypotheek, wettelijke pandrechten en ten slotte het beslag en gelijkgestelde figuren als verkrijging van een recht met een zekere zakelijke werking.....	493
1. De verkrijging van wettelijke hypotheek en wettelijke pandrechten.....	493
2. De verkrijging van een gezamenlijk pandrecht als schuldeiser	494
AFDELING B. ONEIGENLIJKE NATREKKING VAN BESTAANDE GOEDEREN.....	496
1. Situering.....	496
2. Belangrijkste toepassingen van accessoire rechten	496
AFDELING C. PERSOONLIJKE SUBROGATIE (<i>CESSIO LEGIS</i>).....	498
AFDELING B. De zakelijke werking van een herroeping of ontbinding zonder terugwerkende kracht.	499
<i>HOOFDSTUK VI. ANDERE WIJZEN VAN VERLIES VAN GOEDEREN.....</i>	<i>500</i>
AFDELING A. Het wegvallen van een beperkt zakelijk recht door het verstrijken van de termijn, de niet-hernieuwing van de inschrijving of andere wettelijke gronden.....	501
AFDELING B. De zakelijke werking van een herroeping of ontbinding zonder terugwerkende kracht.	502
AFDELING A. Tenietgaan van een recht door tenietgaan van het goed waarop het recht is gevestigd of tenietgaan van het goed waarbij het recht accessoir is.....	503
AFDELING B. Afstand (in ruime zin).....	504
1. Bijzondere gevallen	504
2. Algemene regels voor afstand	505
3. Afstand van schuldvorderingen	506

AFDELING C. Tenietgaan van beperkte zakelijke rechten door vermenging IN	
HOOFDE VAN EEN PERSOON.	508
<i>HOOFDSTUK VII. ONZELFSTANDIGE OF DECLARATIEVE WIJZEN VAN VERKRIJGING,</i>	
<i>M.I.V. VERDELING EN ZAKELIJKE SUBROGATIE.....</i>	<i>509</i>
AFDELING A. INLEIDING	509
AFDELING B. DECLARATIEVE VERKRIJGING DOOR HET WEGVALLEN VAN	
SAMENLOPENDE RECHTEN VAN ANDEREN BIJ PLURALITEIT VAN RECHTEN OP	
EENZELFDE GOED OF VERMOGEN.....	510
1. De declaratieve toebedeling als een vorm van aanwas.....	510
2. Gevallen van mede-eigendom waar geen declaratieve toebedeling c.q. aanwas	
plaatsvindt.....	511
3. Gevallen waar wel een declaratieve toebedeling c.q. aanwas kan plaatsvinden.	512
a. Algemeen	512
b. Toebedeling uit mede-eigendom	513
1° Toebedeling onder bijzondere titel s.s.....	513
2° Toebedeling van een aandeel in een gemeenschap.....	515
a) Volkomen huwelijksvoordelen (die gelden als onder bezwarende titel)	516
b) Aan huwelijksvoordelen analoge voordelen	517
c) Kansovereenkomsten	517
d) Overeenkomst om niet, w.o. "onvolkomen huwelijksvoordelen"	517
3° Omzetting gebonden mede-eigendom in ontbonden mede-eigendom.	518
c. Andere vormen van veelheid van rechten op één goed, meer bepaald bij erfrechtelijk	
en huwelijksvermogensrechtelijk vruchtgebruik en bij fideicommis.	518
1° Beginsel	518
2° Eerste uitzondering - omzetting van erfrechtelijk of	
huwelijksvermogensrechtelijk vruchtgebruik.....	519
3° Tweede uitzondering - fideicommis	519
4. Declaratieve verkrijging als zakenrechtelijke handeling en onderliggende	
overeenkomst.	520
5. Enkele gevolgen van het declaratief karakter; al dan niet retro-activiteit van de	
verdeling.....	521
a. De voortzetting van de bestaande titel.....	521
b. De zogezegde terugwerking als uitdrukking van de beschikkingsgebondenheid.....	523
AFDELING C. Zakelijke SUBROGATIE.....	526
1. Kenmerken en declaratief karakter.....	526
2. Afgescheiden vermogens : algemene zakelijke subrogatie	527
3. Voorwaarden voor bijzondere zakelijke subrogatie	527
4. Gevolgen van zakelijke subrogatie.....	530