

Prof. dr. Matthias E. Storme

Erfpacht en opstalrecht

syllabus ten behoeve van het vak
notarieel zaken- en contractenrecht

uitgave 2009-2010

INHOUDSTAFEL ERFPACHT EN OPSTAL

I. ERFPACHT	5
1. Omschrijving	5
2. Algemene kenmerken regeling	5
3. Voorwerp	5
4. Ontstaan	7
a) Vestiging (ook "uitgifte" genoemd)	7
b) Verkrijgende verjaring	9
4. Inhoud en duur van het erfpachtrecht (rechten t.a.v. het onroerend goed)	9
a) Aard, omvang en accessoria :	9
b) Duur	11
1° Mogelijke verlenging	11
2° Mogelijke verkorting	12
c) Resterende rechten van de eigenaar	14
5. Rechten t.a.v. het erfpachtrecht zelf als vermogensbestanddeel	14
a) Overdraagbaar en beslagbaar	14
b) Vatbaar voor bezwaring met beperkte zakelijke rechten	14
6. Verplichtingen van de schuldenaar van de vestiging van de erfpacht (tijdens de erfpacht)	16
a) Verplichtingen uit de onderliggende overeenkomst	16
b) Sancties bij niet-nakoming	17
c) Géén andere verplichtingen	17
7. Verplichtingen van de erfpachter	17
<u>a) Verplichting tot betaling van de canon</u>	17
1° Inhoud van de verplichting	17
2° Schuldenaar van de verplichting	18
3° Schuldeiser van de verplichting	19
4° Sancties bij niet-nakoming	19
4° Zekerheden voor de vervreemder/eigenaar	20
b) Verplichting tot instandhouding van de waarde van het onroerend goed en tot de gewone herstellingen en gebeurlijke bijkomende conventionele verplichtingen	22
1° Inhoud	22
aa) Inhoud van de wettelijke verplichtingen	22
bb) Belastingen	22
cc) Inhoud van de conventionele verplichtingen	23
2° Schuldenaar (kwalitatieve aansprakelijkheid) en schuldeiser	23
3° Sancties bij toerekenbare niet-nakoming	23
9. Aansprakelijkheid jegens derden	24
10. Einde van de erfpacht en rechten en verplichtingen van partijen daarbij	24
a. Wijzen van beëindiging	24
1° <i>Ex nunc</i>	24

a) Mogelijks <i>ex tunc</i>	25
b) Gevolgen van de beëindiging	26
1° Zakenrechtelijk	26
2° Verbintenisrechtelijk - rechten van de erfpachter	26
3° Verbintenisrechtelijk - rechten van de eigenaar	27
11. Toepassingen	27
II. OPSTAL (M.I.V. VERZAKING AAN NATREKKING)	28
1. Omschrijving	28
2. Algemene kenmerken van de regeling	28
3. Voorwerp	28
4. Totstandkoming van een opstalrecht	29
a) Zelfstandig opstalrecht	29
b) Afhankelijk opstalrecht	30
c) Zgn. afstand van natrekking en kwalificatie ervan	32
d) Verkrijgende verjaring	33
4. Inhoud en duur	33
a) Inhoud : gebouwen, werken of beplantingen	33
b) Duur	34
1° Maximumduur van een zelfstandig opstalrecht	34
bb) Afhankelijk opstalrecht: deze periode geldt niet voor een afhankelijk opstalrecht (bv. inbegrepen in het erfpachtrecht)	35
5. Het opstalrecht als vermogensbestanddeel	36
a) Overdraagbaar	36
b) Vatbaar voor bezwaring met beperkte zakelijke rechten	36
6. Verplichtingen van de schuldenaar van de vestiging van het opstalrecht (tijdens de opstal)	37
a) Verplichtingen uit de onderliggende overeenkomst	37
b) Sancties bij niet-nakoming	38
c) Geen andere verplichtingen	38
7. Verplichtingen van de opstalhouder tijdens de duur van het opstalrecht	38
a) Instandhouding van niet afgekochte gebouwen	38
b) Instandhouding van afgekochte gebouwen	39
c) Betaling van de overeengekomen cijns	39
d) Gehoudenheid voor belastingen	39
e) Andere	39
e) Sancties en zekerheden	39
8. Einde van het opstalrecht en rechten en verplichtingen van partijen daarbij	40
a) Wijzen van beëindiging	40
b) Zakenrechtelijke gevolgen van de beëindiging	40
2° Verbintenisrechtelijke gevolgen van de beëindiging	41
a) Zelfstandig opstalrecht	41
b) Accessoir opstalrecht	41
9. Toepassingen (opstal zowel als erfpacht)	42

a) Ondergrondse bouwwerken	42
b) Kabels en leidingen	42
c) Versterking van de positie van de echtgenoot of partner niet-grondeigenaar.....	43
d) Gebruik van het opstalrecht bij bouwpromotie.....	45
e) Gebruik bij uitgifte van vastgoedcertificaten.....	47
f) Gebruik door de overheid in het raam van een ruimtelijk ordeningsbeleid of soortgelijk beleid.....	47
g) (Onroerende) financieringshuur (<i>leasing</i>).....	48
h) Andere samenwerkingsvormen.....	50

I. Erfpacht

1. Omschrijving

Erfpacht (ook "cijnspacht" genoemd; Fr. *Emphytéose*, Dui. *Erbpachtrecht*¹, correspondeert in het En. Het meest met een *leasehold (estate)*) is een beperkt zakelijk recht op onroerende zaken. Het omvat in beginsel het meest volledige genotsrecht op een onroerend goed, mits de zaak zelf in stand wordt gehouden. Andere verplichtingen van de erfpachter kunnen voortvloeien uit de onderliggende overeenkomst.

2. Algemene kenmerken regeling.

Na de afschaffing van bijna alle zakelijke rechten door de Code Napoleon, werden het recht van erfpacht en opstal in de Nederlanden terug ingevoerd bij wet van 10 januari 1824².

De bepalingen van de Erfpachtwet zijn niet van dwingend recht, behoudens de bepaling over de maximumduur. Dit zou de erfpacht mogelijks geschikt maken om te ontsnappen aan de pacht- en huurwetgeving, ware er niet de minimumduur van 27 jaar.

Ook is er een gunstig regime voor de registratierechten (vergelijkbaar met huur), althans voor vestiging van erfpacht onder bezwarende titel.

3. Voorwerp

a) Op beperkte onroerende rechten ?

Erfpacht kan gevestigd worden op een onroerende zaak, dus in beginsel enkel op lichamelijke onroerende goederen (inbegrepen een mede-eigendomsrecht in een onroerende zaak³). In beginsel kan het dus niet op bv. een opstalrecht of een

¹ Dat is althans de Belgische term. In het Duitse recht bestaat de erfpacht niet en gebruikt men het woord Erbpacht soms ook voor Erbbaurecht, d.i. opstalrecht.

² In het Franse recht werd de erfpacht terug wettelijk ingevoerd bij Wet van 25 juni 1902.

³ Voor dat laatste V. SAGAERT, in *Familiale vermogensplanning*, nr. 49.

vruchtgebruik⁴. Maar dit wordt soms zo geïnterpreteerd dat men ook een erfpacht kan vestigen op een deel van een gebouw, wat wil zeggen dat ook een opstalhouder (als eigenaar van een gebouw) een erfpacht kan uitgeven. Ook een vruchtgebruiker zou, wanneer hij tijdens het vruchtgebruik eigenaar is van bepaalde opstallen, een erfpacht daarop kunnen vestigen voor de duur van zijn vruchtgebruik⁵. Dit blijft evenwel erg betwistbaar.

Een erfpacht op een erfpacht (zgn. ondererfpacht) is evenwel niet mogelijk omdat het recht van de zgn. ondererfpachter wegens de *numerus clausus* gewoon een erfpachtsrecht is en de oorspronkelijke erfpachter dus geen recht meer overhoudt: de ondererfpacht is dus eigenlijk een gehele of gedeeltelijke vervreemding van het erfpachtsrecht⁶. Net zoals een eigenaar aan een koper geen eigendomsrecht kan verlenen voor een bepaalde tijd, maar hoogstens een eigendomsrecht met verplichting het goed na verloop van tijd terug over te dragen), dan wel een beperkter zakelijk recht dan eigendom, zo ook kan een erfpachter slechts ofwel een beperkter zakelijk recht leveren dan erfpacht ofwel zijn erfpacht geheel of ten dele vervreemden (al dan niet tegen een verplichting deze terug over te dragen). De verwijzing naar de mogelijkheid van onderverhuur bij huur gaat niet op, omdat erfpacht een zakelijk recht is.

b) Op goederen van het openbaar domein ?

Traditioneel werd geleerd dat erfpacht niet kon worden gevestigd op goederen die tot het openbaar domein van de overheid behoren. Vandaag wordt meer en meer aanvaard dat erfpacht mogelijk is voor zover dit verzoenbaar is met de openbare bestemming van het onroerend goed, en in de nieuwe Vlaamse gemeente- en provinciedecreten is dat ook uitdrukkelijk bepaald. Het beginsel werd ook duidelijk aanvaard in een cassatie-arrest van 18 mei 2007⁷: een zakelijk recht kan gevestigd worden op goederen die tot het openbaar domein behoren voor zover dit recht de *bestemming* tot het gebruik van allen niet

⁴ Zie DE PAGE VI nr. 701; DERINE-VANNESTE-VANDENBERGHE, II B nr. 1000; VAN OEVELEN, in *Zakenrecht. Absoluut niet een rustig bezit*, p. 326 nr. 4; P. LECOCQ, *Le point sur le droit des biens*, p. 142, F; K. VANHOVE & BAUDONCQ, *NFM* 2004, p. (135) 153 nr. 21.

⁵ Zo Hof Brussel 2 juni 1978, *RGEN* 1979 nr. 22.399; C. MOSTIN, *Répertoire notarial* 2004, nr. 18; P. LECOQ, in *Le point sur le droit des biens* p. 140; HANSENNE, *Les biens* nr. 1219; V. SAGAERT, in *Familiale vermogensplanning*, nr. 51; K. VANHOVE & BAUDONCQ, *NFM* 2004, p. (135) 153 nr. 22 en 23.

⁶ Anders evenwel V. SAGAERT, in *Familiale vermogensplanning*, p. 248 nr. 50.

⁷ *Hesse-Noordnatie*, gepubliceerd in *NjW* 2007, 652 noot WR = *JLMB* 2007, 1726 = *R.Not.B.* 2007, 631 goedkeurende noot D. LAGASSE "Remise en cause par la Cour de cassation de l'indisponibilité du domaine public" = *RW* 2007-2008, 736 n. V. SAGAERT "Opstal en openbaar domein: een doorbraak" = *CDPK* 2008, 219 n. J. DE STAERCKE.

verhindert, of althans geen afbreuk doet aan het recht van de overheid om het recht te allen tijde gelet op dat gebruik te regelen.

4. Ontstaan

a) Vestiging (ook "uitgifte" genoemd).

1° Begrip en vereisten voor vestiging

Als een beperkt zakelijk recht op onroerend goed wordt het erfpachtrecht "gevestigd" (of uitgegeven) op dezelfde wijze als een onroerend goed wordt overgedragen ("vestiging" van beperkte zakelijke rechten geschiedt analoog aan "overdracht" van goederen). De vestiging geschiedt krachtens (d.i. door de uitvoering van) een geldige titel door een beschikkingsbevoegde uitgever:

- de vestigingstitel kan in beginsel elke titel zijn die tot overdracht kan leiden: een akte onder levenden, een testament, een vonnis dat tot vestiging veroordeelt;
- zoals bij elke verkrijging krachtens een titel is in beginsel vereist dat de vervreemder beschikkingsbevoegd is, maar wordt de derde-verkrijger in bepaalde gevallen beschermd tegen beschikkingsonbevoegdheid van de uitgever (gemeen recht inzake onroerend goed).

Zoals andere beperkte rechten kan een erfpachtrecht niet enkel gevestigd worden in strikte zin, maar ook ontstaan doordat de vervreemder zich bij vervreemding van een onroerende zaak een erfpachtsrecht voorbehoudt⁸.

2° Publiciteit, registratierechten, bodemdecreet

Weliswaar dateren de erfpacht- en opstalwetten uit de Hollandse tijd, en is in het Staats-Nederlandse recht de inschrijving in de registers constitutief voor de eigendomsovergang (en niet slechts voor de tegenwerpelijkheid aan derden), doch minstens sedert de wet op de hypothecaire inrichting van 1854 dienen zij toch te worden uitgelegd in overeenstemming met de hypotheekwet en dus met het algemeen stelsel van het Belgische zakenrecht. Voor de tegenwerpelijkheid aan derden met conflicterende rechten is dus overschrijving vereist (art. 1 Hyp.W.).

Een registratierecht van 0,2% is verschuldigd op het samengevoegde bedrag van de vergoedingen plus lasten, die aan de erfpachter zijn opgelegd. Gezien dit gunstig fiscaal regime let de fiscus erop of de akte - ev. samen met andere - niet als een verkoop in volle eigendom kan worden gekwalificeerd; dit kan bv. gebeuren bij een verkoop uitgesplitst in

⁸ Vgl. V. SAGAERT, in *Familiale vermogensplanning*, nr. 42.

de uitgifte van een erfpacht en verkoop van de eigendom; of bij een erfpacht met een aankoopoptie voor een veeleer symbolisch bedrag⁹.

De vestiging van een erfpacht geldt als een overdracht voor de toepassing van het bodemsaneringsdecreet.

3° Vestiging om niet of enkel onder bezwarende titel ?

Bij art. 1 Erfpachtwet rijst de vraag: moet de vestiging, of juister nog de onderliggende verbintenisrechtelijke overeenkomst¹⁰, noodzakelijk onder bezwarende titel geschieden ?

Meestal wordt dit gesteld¹¹. Het valt m.i. echter 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). Maar de canon kan ook louter symbolisch mag zijn (1 "symbolische" Euro per jaar)¹². In die gevallen heeft de canon niet de rol van tegenprestatie, maar veeleer de rol van erkenning van het eigendomsrecht van de naakte 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 Euro zijn (de fiscus probeert meestal de uitgifte van erfpacht tegen een symbolische frank te kwalificeren als een vermoede schenking, wat dus niet altijd terecht is).

4° Periodieke of ook eenmalige tegenprestatie ?

Er wordt een geldige erfpacht gevestigd bij overeenkomst ook al bedingt deze voor de uitgifte van het recht een éénmalige in plaats van een periodieke canon¹³. Veiligheidshalve zal men daar een symbolische jaarlijkse canon aan koppelen.

⁹ Zie hiervoor D. MICHIELS, *Not.Fisc.M.* 2006, (191) nr. 16-17; C. ENGELS, in *Rechtskroniek voor het notariaat IX*, Die Keure Brugge 2006, p. 275, met verw. naar een administratieve beslissing van 24 april 2001.

¹⁰ Reeds DE PAGE, VI nr. 697 merkte op dat men het erfpachtrecht en de erfpachtovereenkomst nogal eens door elkaar gooit.

¹¹ Bv. Hof Brussel 29 april 1914, *Pas.* 1914, II, 204.

¹² A. VERBEKE & S. SNAET, p. (365) 383. In oudere rechtspraak werd zelfs geoordeeld dat het tot het wezen van de erfpacht behoorde dat de canon gering is: Hof Brussel 29 april 1914, *Pas.* 1914 II 204.

¹³ CARTON DE TOURNAI & CHARLIER, *JT* 1971, p. 71; A. VERBEKE & S. SNAET, p. (365) 383.

5° Herkwalificatie in verkoop van het goed in volle eigendom

Indien bij het einde van de erfpacht de eigendom van de zaak zelf van rechtswege of door het lichten van een optie kosteloos dan wel tegen een symbolische prijs (ver beneden de waarde) overgaat op de erfpachter, zal de overeenkomst tot vestiging van een erfpachtrecht (verkoop van een loutere erfpacht) o.m. door de fiscus geherkwalificeerd worden tot een overeenkomst tot overdacht in volle eigendom (een verkoop van de zaak zelf)¹⁴.

b) Verkrijgende verjaring.

Erfpacht kan ook door verjaring worden verkregen, doch uiteraard kan de erfpachter niet door verjaring het eigendomsrecht verwerven behoudens na interversie van zijn titel¹⁵. Naargelang de voorwaarden vervuld zijn, verkrijgt men door verjaring van 10/20 jaar krachtens deugdelijke bezit te goeder trouw en geldige titel¹⁶ dan wel 30 jaar krachtens deugdelijke bezit¹⁷.

4. Inhoud en duur van het erfpachtrecht (rechten t.a.v. het onroerend goed)

a) Aard, omvang en accessoria :

1° Genotsrecht

Het is een beperkt zakelijk genotsrecht.

Dit genotsrecht houdt in dat de erfpachter recht heeft op het volledig genot, onder meer de vruchten (doch ruimer dan vruchtgebruik); art. 3 Erfpachtwet bepaalt "*De erfpachter oefent alle de regten uit, welke aan den eigendom van het erf verknocht zijn (...)*".

Het is een *genotsrecht* in de zin van een vrijheid tot genot, geen aanspraak op genot met een verplichting van de uitgever om het genot te verzekeren zoals bij huur.

De erfpachter heeft geen "*ius abutendi*": hij moet het goed zelf instandhouden (zie verder).

¹⁴ Vgl. onder meer V. SAGAERT, in *Familiale vermogensplanning*, nr. 62.

¹⁵ Cass. 8 november 1842, *Pas.* 1844, I, 83.

¹⁶ zie Rb. Tongeren 21 maart 1877, *Pas.* 1878, III, 72.

¹⁷ zie Cass. 4 maart 1847, *Pas.* 1848, I, 43. Zie ook Rb. Dendermonde 17 november 1950, *RW* 1950-51, 551.

Commentaar. De erfpachter heeft bv. de bevoegdheid:

- de *actio negatoria servitutis* uit te oefenen¹⁸;
- de gemeenmaking van een scheidingsmuur te vorderen¹⁹;
- zich als nabuur van een erf waarvan de eigenaar een woning gebouwd heeft en in stand gehouden zonder vergunning, burgerlijke partij te stellen in het strafproces tegen de nabuur²⁰.

Deze regeling is niet dwingend; maar bij een te verregaande inperking van de bevoegdheden zou het erfpachtrecht kunnen worden geherkwalificeerd tot huur²¹.

Omgekeerd werd een huur waarbij de huurder het recht had om het genot en de bestemming van een onroerend goed te wijzigen, meer bepaald om gronden in bossen om te zetten zonder toestemming van de eigenaar, geherkwalificeerd tot erfpacht²².

2° Accessoir opstalrecht

Opstalrecht wordt algemeen beschouwd als van rechtswege begrepen in het erfpachtrecht²³. Dit heeft tot gevolg dat de erfpachter eigenaar is van de opstallen voor de duur van het erfpachtrecht (vgl. art. 5 Erfpachtwet). Er moet dus geen afzonderlijk opstalrecht worden gevestigd (noch afzonderlijk gepubliceerd), de erfpachter heeft het van rechtswege. Bovendien is het niet beperkt tot 50 jaar, maar loopt het voor de duur van de erfpacht. Dus heeft de erfpachter niet een eenvoudig recht op de materialen die hebben gediend voor het optrekken van het gebouw doch, zolang het recht van erfpacht duurt, een eigendomsrecht op het gebouw dat hij heeft opgetrokken dat als dusdanig onroerend is²⁴.

Sommige rechtsleer oordeelt dat de erfpachter geen eigenaar is van de bij vestiging reeds bestaande gebouwen die niet door hem zijn opgericht, tenzij hij deze afkoopt²⁵. Dit is betwistbaar, maar maakt dat het wel aangewezen is om in de uitgifte-akte het lot van de bestaande gebouwen uitdrukkelijk te regelen (waarbij men er om fiscale redenen voor moet

¹⁸ Hof Brussel 13 juli 1874, *Pas.* 1874, II, 400; zie verder ook: Rb. Bergen 13 augustus 1875, *Pas.* 1876, III, 61; Rb. Tongeren 21 maart 1877, *Pas.* 1878, III, 72.

¹⁹ Hof Brussel 16 januari 1819, *Pas.* 1819, II, 271.

²⁰ Hof Antwerpen 13 januari 1984, *R.W.* 1984-85, 908.

²¹ V. SAGAERT, in *Familiale vermogensplanning*, nr. 47.

²² Hof Brussel 11 februari 1819, *Pas.* 1819, II, 305.

²³ Bv. D. MICHIELS, *T.Not.* 2007, (213) 215 nr. 11 met verwijzingen.

²⁴ Hof Gent 25 mei 1901, *Pas* 1901, II, 334.

²⁵ J. VERSTAPPEN, "Een nieuwe kijk op drie oude zakelijke rechten: erfpacht, opstal en vruchtgebruik", in *Zakelijke rechten en fiscaliteit*, p. 60; D.MICHIELS, *NFM* 2006 (191) 198.

zorgen dat de overgang van de gebouwen naar de erfpachter zo geformuleerd wordt dat het niet om een verkoop van gebouwen gaat, tenzij men precies om BTW-redenen een dergelijke verkoop wenst).

3° Vestiging erfdienstbaarheden

Ook kan de erfpachter voor de duur van zijn recht erfdienstbaarheden vestigen op het goed (art. 6 Erfpachtwet).

De erfpachter kan omgekeerd wel eeuwigdurende verfdienstbaarheden bedingen en verkrijgen ten *gunste* van het erf²⁶.

4° Geen bevoegdheid over het eigendomsrecht

Stel dat de erfpachter het goed in eigendom verkoopt en probeert te leveren. De erfpachter gaat zijn beschikkingsbevoegdheid te buiten: wat de naakte eigendom betreft is hij immers niet bevoegd te beschikken. De koper heeft een erfpachtrecht verkregen en bevindt zich wat de naakte eigendom betreft in de positie van een derde-verkrijger : in geval van goede trouw (wat slechts mogelijk is als de hypotheekregisters onjuist zijn) kan hij de eigendom verkrijgen door een bezit gedurende een verkorte verjaring (10 of 20 jaar - zie de cursus “overdracht van goederen”). De eigenaar zal dus voordien moeten optreden om zijn recht te behouden.

b) Duur

Deze bedraagt minimum 27, maximum 99 jaar. Deze termijn betreft de periode waarvoor vestiging mogelijk is.

1° Mogelijke verlenging

Indien de erfpacht is aangegaan voor meer dan 99 jaar, wordt deze herleid tot de wettelijke maximumduur van 99 jaar (vgl. de rechtspraak bij opstal *infra*). De sanctie is dus herleiding, niet nietigheid²⁷.

²⁶ Vgl. bv. VANHOVE & BAUDONCQ, *NFM* 2004, p. (135) nr. 34.

²⁷ De PAGE, *Traité* VI nr. 700; LAURENT, *Principes*, VIII nr. 368, die wel onderscheidt tussen de erfpacht van een bepaalde duur van meer dan 99 jaar, die tot 99 jaar word herleid, en de eeuwigdurende erfpacht, die ten allen tijde afkoopbaar is conform art. 530 BW. Vlg. KLUYSKENS, *Beginselen* V, nr. 240, is de erfpacht voor meer dan 99 jaar aflosbaar op grond van art. 530 BW.

De uiteindelijke duur kan ten gevolge van latere feiten langer zijn. Immers :

- de erfpacht kan vernieuwd worden door uitdrukkelijke overeenkomst. Partijen kunnen niet overeenkomen dat een partij eenzijdig de erfpacht kan vernieuwen of verlengen voor een termijn die maakt dat de erfpacht in totaal meer dan 99 jaar duurt; dat kan enkel met een nieuwe toestemming van de andere partij. Wel kan op voorhand een recht worden toegekend op eenzijdige verlenging, voor zover de gezamenlijke periode niet meer bedraagt dan 99 jaar. Dat recht moet dan ook worden uitgeoefend voor het einde van de erfpacht; zoniet gaat het om een nieuwe vestiging die een nieuwe overeenkomst vereist. De Ook een loutere verplichting om een erfpachtrecht toe te staan kan dus niet voor meer dan 99 jaar worden toegestaan ("optie", stilzwijgende vernieuwing)²⁸. Wel zou de erfpachter een voorkeurrecht kunnen bedingen dat hem recht op voorrang geeft in geval de verpachter de erfpacht zou verlengen of opnieuw zou uitgeven²⁹.

- de erfpacht loopt door voor onbepaalde duur (met voortdurende opzegmogelijkheid) indien partijen het in feite verder zetten (art. 14 Erfpachtwet)³⁰. De erfpacht kan wel niet meer worden opgezegd nadat de erfpachter die over een aankoopoptie beschikte, deze heeft gelicht³¹.

De verlenging, andere dan de stilzwijgende, is ook onderworpen aan art. 1 Hyp.W.

Deze verlenging is verder ook slechts mogelijk indien de eigenaar op dat ogenblik tot deze beschikking bevoegd is (bv. niet in faillissement noch goed in beslag genomen).

2° Mogelijke verkorting

De uiteindelijke duur kan ten gevolge van latere feiten ook korter zijn, met name door de volgende beëindigingsgronden die ook in de eerste periode van 27 jaar een rol kunnen spelen:

- door de werking van een (uitdrukkelijke) ontbindende voorwaarde, bv. de voorwaarde van insolventie of invereffeningstelling van de wederpartij³²; of de voorwaarde van

²⁸ Hof Gent 16 maart 1972, *RW* 1971-72, 1986 (ongeldigheid optiebeding); Rb. Dendermonde 4 juli 1942, *T.Not.* 1942, 139 (stilzwijgende vernieuwing).

²⁹ F. HAUMONT, *L'emphytéose au service de l'aménagement du territoire*, 62.

³⁰ Zie bv. Hof Brussel 24 september 2008, *JT* 2009, 327.

³¹ Zie bv. Hof Brussel 24 september 2008, *JT* 2009, 327.

³² Hof Bergen 4 mei 1998, *JLMB* 1999, 444 = *RGEN* 2000 nr. 25.015 p. 146 (in hervorming van kh. Charleroi 19 maart 1996, *R. Not. B.* 279) (ontbindende voorwaarde van faillissement); Y. HENDRICKX, "Les emphytéoses, superficies et usufruits sont-ils des actifs bancables?", *RGEN* 2004, 435 randnr. 4; A. VERBEKE & S. SNAET, p. (365) 383. Men kan dit ook afleiden uit Cass. 30 maart 2006, *RW* 2006-2007,

vooroverlijden van de erfpachter die zich het erfpachtsrecht bij schenking heeft voorbehouden³³;

- de eenzijdige ontbinding ingevolge een uitdrukkelijk ontbindend beding - ook al is dat ruimer dan art. 15 Erfpachtwet (waarover *infra*)³⁴;

- de eenzijdige ontbinding ingevolge het stilzwijgend ontbindend beding van ernstige tekortkoming (art. 1184 BW) (waarover verder meer)³⁵.

Indien de erfpacht initieel voor minder dan 27 jaar is gevestigd, of éénzijdig kan worden beëindigd door een partij buiten elke wanprestatie van de andere of een andere niet-potestatieve voorwaarde om (bv. ook een éénzijdige koopoptie voor de grondeigenaar), gaat het evenwel niet om een zakelijk recht, maar om een loutere schuldvordering (een vorm van huur). De sanctie is hier dus niet de nietigheid of de verlenging van de duur tot de minimumduur, maar een herkwalificatie³⁶.

678 n. K. VANHOVE "Erfpacht: meer contractvrijheid dan gedacht!" = *TBBR* 2008, 88 n. V. WATERKEYN "L'emphytéose et les clauses et conditions résolutoires"; ook besproken door V. SAGAERT & M. SOMERS, "Erfpacht, ontbinding en faillissement: een complexe trilogie", *T.Not.* 2008, 78 v.; al ging het in deze zaak het in werkelijkheid om een uitdrukkelijk ontbindend beding, vermits het beding *in casu* aan de erfpachtgever een keuzerecht gaf om al dan niet te beëindigen (bij faillissement van de erfpachter).

³³ Anders dan een voorbehouden vruchtgebruik (in de hypothese dat het aan het leven van de vruchtgebruiker zelf is gekoppeld) is een voorbehouden erfpachtrecht immers niet automatisch beëindigd door het overlijden van de erfpachter.

³⁴ Hof Bergen 4 mei 1998, *JLMB* 1999, 444 = *RGEN* 2000 nr. 25.015 p. 146 (in hervorming van Kh. Charleroi 19 maart 1996, *Rev. not. b.* 1996, 279); Hof Bergen 17 mei 1999, *JLMB* 1999, 1757 = *RGEN* 2000 nr. 25.016 p. 152; Rb. Gent 13 december 1882, *Pas.* 1883, 211 = *RGEN* 1882 nr. 10.198 = *JT* 1883, 117; F. LAURENT, *Principes* VIII nr. 397; A. VAN OEVELEN, In *Het zakenrecht: absoluut geen rustig bezit*, p. 351-352 nr. 23; C. MOSTIN, in *Répertoire notarial* 2004, nr. 102; DERINE-VANNESTE-VANDENBERGHE, *Zakenrecht* 2 B nr. 1017. Men kan dit ook afleiden uit Cass. 30 maart 2006 (*supra*), dat immers in werkelijkheid een uitdrukkelijk ontbindend beding betrof.

Volgens DE PAGE, *Traité* VI nr. 707, 2 c en de Franse rechtspraak daarentegen is het beding dat de rechterlijke tussenkomst uitsluit ongeldig: Cass. Fr. 14 november 2002, *Bull.civ.* III nr. 223 = *RTDC* 2003, 527 n. T. REVET.

³⁵ In die zin o.m. LAURENT, *Principes* VIII nr. 397; A. VAN OEVELEN, in *Het zakenrecht: absoluut geen rustig bezit*, p. 339-340 nr. 13; J. HANSENNE, *Les biens* nr. 1237; A. VERBEKE & K. VANHOVE, "Actualia vruchtgebruik, erfpacht, opstal en erfdienstbaarheden", *Themis zakenrecht 2002-2003*, p. 91; Hof Brussel 19 februari 1986, *R.Not.B.* 1986, 536 n. D. STERCKX "L'emphytéose et la condition résolutoire tacite". Anders: DERINE-VANNESTE-VANDENBERGHE, II B nr. 1017.

³⁶ F. LAURENT, *Principes* VIII nr. 368; impliciet A. KLUYSKENS, *Beginselen* V nr. 240; impliciet DE PAGE, *Traité* VI nr. 700; DERINE-VANNESTE-VANDENBERGHE, *Zakenrecht* II B, nr. 1000 C; HANSENNE, *Les biens*, nr. 1219; K. VANHOVE "Erfpacht: meer contractvrijheid dan gedacht!", *RW* 2006-2007, 678

Een minnelijke ontbinding van de erfpacht bij overeenkomst tussen partijen voor het verstrijken van de 27 jaar kan in beginsel; een dergelijke beëindiging zal evenwel door de fiscus als een overdracht van erfpachter naar erfverpachter worden gekwalificeerd, een kosteloze als er geen normale vergoeding van de erfpachter tegenover staat³⁷, en een verkoop als er wel een normale vergoeding is (zie de bespreking bij beëindiging).

c) Resterende rechten van de eigenaar

De eigenaar heeft geen genotsrecht meer. Hij heeft wel de rechten jegens de erfpachter die voortvloeien uit de erfpachtverhouding. En hij kan nog steeds over zijn eigendomsrecht beschikken, bv. door overdracht, hypotheekvestiging, enz.

5. Rechten t.a.v. het erfpachtsrecht zelf als vermogensbestanddeel

a) Overdraagbaar en beslagbaar

Erfpacht is geen aan de persoon van de erfpachter verbonden recht (anders dan bv. een recht van gebruik en bewoning) en kan dus worden overgedragen en geërfd³⁸ alsook in beslag worden genomen. Overdracht geschiedt op dezelfde wijze als de vestiging (uitgifte) ervan *c.q.* als de overdracht van het goed zelf (en vereist dus voor tegenwerpelijkheid aan derden een authentieke akte plus overschrijving; een kennisgeving aan de eigenaar in de zin van art. 1690 BW is daarentegen niet vereist).

De overdraagbaarheid is niet dwingend; zij kan worden uitgesloten³⁹. Dergelijk beding heeft in beginsel geen zakelijke werking⁴⁰. Ook wordt het meestal restrictief uitgelegd⁴¹.

b) Vatbaar voor bezwaring met beperkte zakelijke rechten

Het erfpachtrecht kan worden bezwaard met rechten die beperkter zijn dan het

³⁷ Zie D. MICHIELS, *NFM* 2006, nr. 18.

³⁸ Cass. 30 maart 1854, *Pas.* 1854 I 189.

³⁹ Gent 20 oktober 1900, *Pand. pér.* 1901, nr. 1169 = *Pas.* 1901 II 227; DE PAGE, *Traité* VI nr. 704. Oudere rechtsleer oordeelde soms dat het niet meer om erfpacht ging wanneer de overdraagbaarheid was uitgesloten; bv. MATON, *R.prat.not.* 1875, p. 73 zoals geciteerd door DONNAY, *RGEN* 1974 nr. 21.803 p. 229.

⁴⁰ Zo ook o.a. V. SAGAERT, in *Familiale vermogensplanning*, nr. 46.

⁴¹ DE PAGE, *Traité* VI nr. 704; zie de rechtspraak geciteerd door DONNAY, *RGEN* 1974 nr. 21.803 p. 230 en v. randnr. 24.

erfpachtsrecht zelf. Dit houdt bepaalde beperkingen in die in de recente rechtsleer nogal snel worden terzijde geschoven. Daarbij gaat men bijna uitsluitend uit van de vraag welke bevoegdheid de erfpachter heeft. Maar het gaat ook om de vraag welke precies de rechten zijn op het goed (of recht op het goed) die zouden resulteren voor elk van de 3 betrokken partijen.

Het erfpachtrecht is vatbaar voor bezwaring met:

- hypotheek (op het erfpachtrecht, niet op het goed) (art. 45 I, 2° HypW). Dit is één van de grote voordelen van het erfpachtrecht vergeleken met persoonlijke rechten;
- vruchtgebruik (*idem*, d.w.z. maximaal voor de duur van de erfpacht)⁴²;
- opstalrecht (*idem*) - daarvoor geldt bovendien ook de maximumduur van 50 jaar (maximumduur voor zelfstandige opstalrechten);
- erfdiensbaarheden (strikt genomen, en ook conform de letter van art. 6, rust de erfdiensbaarheid op de onroerende zaak zelf, want een erfdiensbaarheid kan alleen rusten op een onroerende zaak, doch de erfpachter is slechts bevoegd ze te vestigen voor de duur van het erfpachtrecht);
- daarentegen kan men een erfpacht niet met erfpacht bezwaren; ondererfpacht kan dus niet, een overdracht van het erfpachtrecht zelf wel⁴³. Immers, wanneer de erfpachter een erfpacht toekent aan iemand anders heeft hij zelf geen erfpachtrecht meer. Wel zou een gedeeltelijke overdracht (met opsplitsing) mogelijk zijn.

In de overeenkomst kan dit alles wel verboden worden. Het verbod om het erfpachtrecht te vervreemden, impliceert niet het verbod om het recht van erfpacht te hypotheekeren⁴⁴.

Indien het gehypothekeerde goed - in dit geval het erfpachtrecht - tenietgaat of eindigt, en daarvoor een schuldvordering in de plaats komt, gaat het zekerheidsrecht krachtens

⁴² bv. Hof Brussel 2 juni 1978, *RGEN* 1979, p. 241, nr. 22399; HANSENNE, *Les biens* nr. 1222 v.; SAGAERT, in *Familiale vermogensplanning*, nr. 48; VANHOVE & BAUDONCQ, *NFM* 2004, p. (135) nr. 29.

Soms stelt men dat de erfpachter een vruchtgebruik zou kunnen vestigen op de zaak zelf (de grond) (V. SAGAERT, in *Familiale vermogensplanning*, nr. 48); VANHOVE & BAUDONCQ nr. 42). M.i. gaat het om een vruchtgebruik op het erfpachtrecht: de vruchtgebruiker heeft op de eerste plaats een verhouding met de erfpachter en niet met de eigenaar. Wel is het zo dat de inhoud van het erfpachtrecht niet de hele onroerende zaak moet betreffen, maar ook beperkt kan zijn tot een deel ervan.

⁴³ O.m. M. DONNAY, *RGEN* 1974 nr. 21.803 randnr. 5 E en 17; P. LECOCQ, in *Le point sur le droit des biens*, p. 145-146; V. SAGAERT, in *Familiale vermogensplanning*, nr. 50.

Volgens sommigen zou wel op de gebouwen die eigendom zijn van de erfpachter een erfpacht kunnen worden gevestigd: A. VERBEKE & S. SNAET, p. (365) 379; V. SAGAERT, in *Familiale vermogensplanning*, nr. 50; VANHOVE & BAUDONCQ, *NFM* 2004, p. (135) 147.

⁴⁴ Cass. 1 april 1886, *Pas.* 1886, I, 134.

(zakelijke) subrogatie over op die schuldvordering (zie art. 10 Hypotheekwet)⁴⁵. In plaats van een hypotheekrecht gaat het dan wel om een pandrecht op de schuldvordering (aangezien deze laatste roerend is).

NB. Het hypotheekrecht blijft bestaan indien het erfpachtrecht tenietgaat krachtens een minnelijke beëindiging of een afstand. Partijen zijn immers niet bevoegd een verkregen zakelijk recht van een derde teniet te doen, tenzij in het geval waarin ze de titel van diens voorganger (hier de hypotheekgever, tweede hand) met terugwerkende kracht kunnen ontbinden (wat vlg. art. 28 Hyp.W. slechts kan voor zover het voorrecht van de eerste hand behouden is) of ingevolge de werking van een eigenlijke ontbindende voorwaarde.

6. Verplichtingen van de schuldenaar van de vestiging van de erfpacht (tijdens de erfpacht).

a) Verplichtingen uit de onderliggende overeenkomst.

De partij die de erfpacht toezegt (of de erfgenamen van de partij die een erfpacht legateert) is gehouden tot de verplichtingen die volgen uit de aard van de onderliggende overeenkomst.

Anders dan men dikwijls meent is de overeenkomst tot vestiging van een erfpachtrecht geen overeenkomst *sui generis*. Een erfpachtrecht is immers een zelfstandig onlichamelijk goed (zelfstandig zakelijk recht), dat dus in beginsel het voorwerp kan zijn van een verkoop of van een andere overeenkomst onder bezwarende titel, zoals bv. inbreng in vennootschap (volgens de heersende leer in beginsel niet om niet, zie hoger). De overeenkomst moet worden gekwalificeerd naargelang de tegenprestatie waartoe de erfpachter is gehouden.

Meestal is het een verkoop, ofwel tegen een jaarlijkse vergoeding (in dat geval zou men de onderliggende overeenkomst ook als een vestiging tegen rente van bepaalde duur kunnen kwalificeren) (de canon bedraagt meestal tussen de 2,5 en 6 % van de verkoopwaarde), ofwel tegen een eenmalige prijs plus een jaarlijkse vergoeding (die eventueel louter symbolisch kan zijn).

Is de vergoeding niet in geld bepaald, maar *in natura*, dan gaat het veeleer om een ruil of een andere soort wederkerige overeenkomst.

In geval het om een verkoop gaat, is de verkoper zoals elke persoon die zich onder

⁴⁵ Algemeen aanvaard in de rechtsleer. Toepassing: Rb. Gent 13 december 1882, *Pas.* 1883, 211 = *RGEN* 1882 nr. 10.198 = *JT* 1883, 117.

bezwarende titel verbindt onroerend goed over te dragen of te vestigen, gehouden tot vrijwaring wegens uitwinning⁴⁶, verborgen gebreken e.d. (zie koop-verkoop). Indien de prijs symbolisch is, zal de uitgever van het erfpachtrecht evenwel slechts gehouden zijn tot vrijwaring wegens gebreken die hij daadwerkelijk kende en niet heeft meegedeeld (zoals bij schenking).

b) Sancties bij niet-nakoming.

De sancties zijn deze die gelden voor de onderliggende overeenkomst, naargelang de aard ervan, dus meestal die van de verkoop van onroerend goed.

c) Géén andere verplichtingen.

Behalve de verplichtingen uit de onderliggende overeenkomst, heeft de eigenaar als eigenaar geen verplichtingen jegens de erfpachter. Zo kan de erfpachter de eigenaar niet tot herstellingen verplichten (art. 5 I Erfpachtwet). Indien de naakte eigendom door de partij die het erfpachtrecht heeft toegestaan wordt overgedragen aan een ander, dan is deze dus in het geheel niet aansprakelijk jegens de erfpachter (enkel de verkoper van het erfpachtrecht kan aansprakelijk zijn) (de verplichtingen uit de onderliggende overeenkomst zijn niet kwalitatief: wel is bij overdracht van de blote eigendom een derdenbeding of schuldtoetreding mogelijk)

De verplichting van de eigenaar (erfverpachter) is dus - behoudens de mogelijke vrijwaringsplicht - een éénmalige prestatie, die van de erfpachter daarentegen bestaat uit opeenvolgende en/of voortdurende prestaties.

Dit maakt het erfpachtrecht uitermate geschikt in het kader van onroerende *leasing (infra)*. Ook de mogelijke duur van de erfpacht past goed voor de financiering van gebouwen.

7. Verplichtingen van de erfpachter

a) Verplichting tot betaling van de canon.

1° Inhoud van de verplichting

⁴⁶ Bv. DE PAGE, *Traité* VI nr. 708 noot 4.

- Deze verplichting kan eenmalig zijn⁴⁷ dan wel periodiek (zie hierboven); indien niets anders bepaald gaat het om een jaarlijkse canon (art. 1 Erfpachtwet).

- Er zijn geen dwingende regels over de schommeling van de canon (anders dan bij huur): men is niet verplicht de prijsstijging te beperken tot de stijging van de index (*a fortiori* niet de misleidend zo genoemde "gezondheidsindex"). Kosten en lasten kunnen ook vrij worden geregeld. Zie wel, voor de oude erfpachten, de Wet van 14 mei 1955.

- Aangezien de eigenaar geen verplichting heeft na de uitgifte van de erfpacht, kan de erfpachter zich in beginsel niet op de risicoleer beroepen om bij het wegvallen van het genot bevrijd te zijn van de verplichting de *canon* te betalen (vgl. art. 11, lid 1 Erfpachtwet).

Uitzonderingen voorzien door de wet:

- kwijtschelding in geval van minstens 5 achtereenvolgende jaren genotsstoornis (art. 11, lid 2 Erfpachtwet);
- bij (definitief) tenietgaan van de grond (art. 18 Erfpachtwet j° art. 9 Opstalwet).

Deze uitzonderingen zijn niet van dwingend recht. Zij kunnen bv. uitgesloten worden in het kader van een *leasing*operatie.

2° Schuldenaar van de verplichting

Is de verplichting tot betalen van de canon een kwalitatieve verplichting van de erfpachter ?

De oorspronkelijke erfpachter blijft op grond van de onderliggende overeenkomst gehouden tot betaling van de canon⁴⁸ (gedurende hoogstens de oorspronkelijk overeengekomen duur), tenzij hij daarvan door de eigenaar ontslagen wordt. Wordt het erfpachtrecht echter overgedragen, dan is de nieuwe erfpachter mede aansprakelijk voor de termijnen te rekenen vanaf het tijdstip van overdracht. In die zin is de verplichting

⁴⁷ Ten onrechte zegt sommige rechtsleer (bv. DONNAY, "L'emphytéose", *RGEN* 1974 nr. 21.803, p. 221 nr. 11) dat bij een éénmalige vergoeding in ruil voor bestaande gebouwen, de erfpacht zou moeten worden geherkwalificeerd in een verkoop van de gebouwen; immers, enerzijds is de uitgifte van erfpacht een verkoop of een andere overeenkomst tot geven, maar anderzijds wel een verkoop enkel van het erfpachtrecht en niet van de volle eigendom, ook niet een verkoop van de eigendom van de gebouwen, aangezien de horizontale natrekking juist maar doorbroken wordt door de vestiging van een erfpacht- of opstalrecht. Of de vergoeding eenmalig is of periodiek is daarbij niet relevant.

⁴⁸ DE PAGE, *Traité* VI nr. 704; DERINE-VANNESTE-VANDENBERGHE, *Zakenrecht* II B, p. 869 nr. 1005; DONNAY, *RGEN* 1974 nr. 21.803 p. 227 randnr. 20; A. VERBEKE & S. SNAET, p. (365) 384; SAGAERT, in *Familiale vermogensplanning*, nr. 45; VANHOVE & BAUDONCQ, *NFM* 2004, p. (135) 146.

(onvolmaakt) kwalitatief⁴⁹. Is de oude niet ontslagen, dan zijn beiden tezamen *in solidum* aansprakelijk.

Deze verplichting is “onsplitsbaar”, in die zin dat bij opsplitsing van het erfpachtrecht over meerdere personen, elke erfpachter tot beloop van de waarde van zijn recht gehouden is tot betaling van de gehele canon (art. 10, lid 1 Erfpachtwet) (vgl. art. 41 Hypotheekwet). Deze onsplitsbaarheid is een bijzondere vorm van hoofdelijkheid, beperkt tot het goed. Men herkent hierin nog dat de cijns of grondrente oorspronkelijk een zakelijk recht was van de erfverpachter (grondrente als een variante van de hypotheek). De onsplitsbaarheid van art. 10 lid 1 Erfpachtwet is niet dwingend, en deelbaarheid kan dus worden overeengekomen.

3° Schuldeiser van de verplichting

Het recht op de *canon* gaat in beginsel over op de nieuwe eigenaar in geval het eigendomsrecht overgaat. In die zin is het een kwalitatief recht.

4° Sancties bij niet-nakoming

De erfverpachter beschikt over de volgende remedies:

- (gedwongen) uitvoering *in natura*.
- indien de canon anders dan in geld luidt, is ook schadevergoeding en onrechtstreekse uitvoering mogelijk - zie verder onder b).
- ontbinding van de onderliggende overeenkomst (art. 1184 BW) - enkel indien de verplichting ontstond uit een wederkerige overeenkomst. De rechtsleer aanvaardt overwegend dat art. 1184 BW van toepassing is, ondanks de beperkte bepaling over de "vervallenverklaring" in art. 15 Erfpachtwet⁵⁰. Daarnaast is ontbinding mogelijk bij niet-betaling van de indexatie krachtens de wet van 14 mei 1955 (zie art. 2 van die wet). Om ontbinding te bekomen moet de wanbetaling voldoende ernstig zijn. Indien het gaat om erfpacht tegen een uitsluitend (of hoofdzakelijk) periodieke vergoeding, zal de ontbinding in beginsel slechts werken *ex nunc* (vanaf het ogenblik waarop deze ontbinding ingaat, d.i.

⁴⁹ Zo ook A. VERBEKE & K. VANHOVE, *Themis* 2002-2003; SAGAERT, in *Familiale vermogensplanning*, nr. 45.

⁵⁰ O.m. DONNAY, *RGEN* nr. 21.803 randnr. 27; F. HAUMONT, *L'emphytéose*, p. 73; uitvoerig SAGAERT & SOMERS, *T.Not.* 2008, (78) 88-89. Zo ook Hof Brussel, 19 februari 1986, *Rev. not. b.* 1986, 536, noot D. STERCKX “L'emphytéose et la condition résolutoire tacite”. Anders nog DE PAGE, *Traité* VI nr. 707, die wel de ontbinding in rechte aanvaardt maar niet het uitdrukkelijk ontbindend beding.

normaal het tijdstip van het instellen van de eis tot ontbinding. Tot dat ogenblik is de *canon* verschuldigd, nadien eventueel nog een bezettingsvergoeding).

Bij erfpacht krachtens legaat (onder last) of schenking onder last zijn de daarbij geldende regels van toepassing : herroeping wegens niet-ervulling van de voorwaarden (art. 1046 j° 954 BW).

- een uitdrukkelijk ontbindend beding kan de voorwaarden voor ontbinding versoepelen (art. 1762 *bis*, dat zulks verbiedt, geldt enkel voor huur, niet voor erfpacht). Dergelijke bedingen zijn geldig, behoudens rechtsmisbruik (strijd met de goede trouw)⁵¹.

4° Zekerheden voor de vervreemder/eigenaar

aa) Voorrechten

De uitgevende eigenaar beschikt wél over het voorrecht van de verkoper van art. 27,1 Hyp.W⁵². Sommigen⁵³ menen echter dat dit voorrecht niet van toepassing zou zijn omdat de overeenkomst tot uitgifte van een erfpacht geen verkoop zou zijn. Dit werd hoger reeds bestreden. Erfpachtrecht is immers een onroerend goed in de zin van art. 27, 1° Hyp.W. (dat spreekt van goed en niet van zaak). Verder nog een argument *ex absurdo* : indien er geen voorrecht is, heeft ook de ontbinding geen zakelijke werking (zie art. 28 Hyp.W.) en zou dus de uitgever van een erfpachtrecht, anders dan de vervreemder van het goed zelf, en anders dan omzeggens elke andere onroerende vervreemder, geen zekerheid kunnen verkrijgen tot betaling van de prijs voor het geval van bv. faillissement van de erfpachter of hypotheek of beslag op het erfpachtrecht, tenzij door een hypotheek te nemen. Waarom zou men evenwel de eigenaar verplichten om een hypotheek te nemen indien elke andere eigenaar krachtens de wet een hypotheek hééft onder de benaming "onroerend voorrecht" (vgl. de uiteenzetting in de cursus "overdracht van goederen") ? De hypotheekbewaarders nemen in de praktijk dan ook een inschrijving van ambtswege, tenzij hen ontslag wordt

⁵¹ Hof Bergen 4 mei 1998, *JLMB* 1999, 444 = *RGEN* 2000 nr. 25.015 p. 146 (in hervorming van Kh. Charleroi 19 maart 1996, *Rev. not. b.* 1996, 279); Hof Bergen 17 mei 1999, *JLMB* 1999, 1757 = *RGEN* 2000 nr. 25.016 p. 152; Rb. Gent 13 december 1882, *Pas.* 1883, 211 = *RGEN* 1882 nr. 10.198 = *J.T.* 1883, 117; F. LAURENT, *Principes* VIII nr. 397 (geldig); C. MOSTIN, *Emphytéose et superficie, Répertoire notarial* 2004, nr. 102; DERINE-VANNESTE-VANDENBERGHE, *Zakenrecht* 2 B nr. 1017; D. MICHIELS, *NFM* 2006 (191) nr. 19. Men kan dit ook afleiden uit Cass. 30 maart 2006 (hoger), dat immers in werkelijkheid een uitdrukkelijk ontbindend beding betrof.

⁵² zo ook GENIN, *R.P.D.B.*, Tw. *Emphytéose*, en in *Traité des hypothèques et de la transcription*, nr. 1026; DONNAY, *RGEN* 1974 nr. 21.803 p. 20 randnr. 10.

⁵³ bv. DEHAN, in *Le droit de la construction et de l'urbanisme*; J. VERSTAPPEN nr. 31; DE PAGE, *Traité* VII nr. 339.

verleend⁵⁴. Het zou dus ook *de lege ferenda* geheel onwenselijk zijn om dit voorrecht uit te sluiten in geval van erfpacht.

Het voorrecht wordt behouden door vaststelling in de vestigingstitel van het verschuldigd zijn van de prijs. Deze publiciteit is vanzelfsprekend ook vereist voor de tegenwerpelijkheid aan latere verkrijgers, bv. voorrang op een hypotheek toegestaan door de erfpachter (zie voor andere gegevens de bespreking van art. 1 Hyp.W. in de cursus “overdracht van goederen”).

Er is geen voorrecht van de verhuurder (art. 20, 1^o)⁵⁵. Het gaat immers niet om huur.

bb) Zakelijke werking van de ontbinding

De ontbinding heeft zakelijke werking onder dezelfde voorwaarden als bij verkoop van een onroerend goed; zo zal de ontbinding wegens niet-betaling van de prijs maar tegenwerpelijk zijn aan derden met een concurrerend recht indien het voorrecht behouden werd (art. 28 Hyp.W.).

Is die zakelijke werking er, dan betekent dit bv. dat de door de erfpachter gevestigde hypotheek vervalt⁵⁶.

cc) Parate executie (art. 10, 2 Erfpachtwet) ?

Voor de invoering van het Gerechtelijk wetboek kon men parate executie bedingen, d.w.z. dat men tot executie van de debiteur kon overgaan zonder nadere formaliteiten. Deze vorm van eigenrichting is door het Gerechtelijk wetboek afgeschaft, doch schuldeisers die over een uitvoerbare titel (m.b. notariële akte) beschikken c.q. in de verpande goederen in hun macht hebben kunnen wel rechtstreeks overgaan tot beslag en nadien tot de vereenvoudigde executieprocedure (op verzoekschrift, zie bv. art. 1580 Ger.W.), en in sommige gevallen zelfs rechtstreeks tot een vereenvoudigde executieprocedure op verzoekschrift (bij handelspand).

Ondanks de letter van art. 10 Erfpachtwet is de eigenaar dus toch gehouden tot naleving van de procedure volgens het Ger.W. De eigenaar bevindt zich in een positie die op dit punt evenwaardig is aan die van een bijzonder bevoorrecht of een hypothecair schuldeiser.

⁵⁴ Vgl. DONNAY, *RGEN* 1974 nr. 21.803 p. 20 randnr. 10.

⁵⁵ Brussel 5 november 1975, *Pas.* 1976, II, 126 = *B.R.H.* 1976, 241, noot = *Rev. not. b.* 1977, 597, *Rec. gén. enr. not.* 1976, p. 182, nr. 22040 = *J.T.* 1976, 27

⁵⁶ Hof Bergen 17 mei 1999, *JLMB* 1999, 1757 = *RGEN* 2000 nr. 25.016 p. 153.

b) Verplichting tot instandhouding van de waarde van het onroerend goed en tot de gewone herstellingen en gebeurlijke bijkomende conventionele verplichtingen.

1° Inhoud

aa) Inhoud van de wettelijke verplichtingen

Zie voor nadere bepaling art. 3 tot 5 en 9 Erfpachtwet:

Art. 3. *"De erfpachter (...) niets te verrigten, waardoor de waarde van den grond zoude worden verminderd.*

Hij mag alzoo, onder andere, geene af- of uitgravingen doen van steen, steenkolen, turf, klei of andere soortgelijke tot het erf behorende grondspecien, ten ware de ontginning reeds mogt zijn aangevangen, toen zijn regt is geboren".

Art. 4. *" De boomen, welke gedurende het erfpachtsregt sterven, of door een toeval worden omgeworpen, komen ten voordeele van den erfpachter, mits hij andere in derzelver plaats stelle.*

Hij heeft insgelijks de vrije beschikking over alle beplantingen, door hem zelven aangelegd."

Art. 5. *"De grondeigenaar is tot geenerlei reparatie gehouden.*

Daarentegen is de erfpachter verplicht het in erfpacht uitgegeven goed te onderhouden, en daaraan de gewone reparaties te doen.

Hij mag door het stellen van gebouwen, of door het ontginnen of beplanten van gronden, het erf verbeteren".

"Gewone herstellingen" valt te begrijpen in de zin van art. 605 BW inzake vruchtgebruik.

bb) Belastingen

Art. 9. *"Hij draagt alle belastingen, welke op het erf zijn gelegd, het zij gewone, het zij buitengewone, het zij jaarlijksche, het zij dezulke die slechts eenmaal moeten worden betaald."*

De vergoedingen die de eigenaar ontvangt zijn voor hem natuurlijk wel belastbaar in de personenbelasting.

cc) Inhoud van de conventionele verplichtingen

Daarnaast kan de erfpachter ook verplicht zijn tot bepaalde werken, oprichting van gebouwen, of beplantingen (*a contrario* uit art. 7 Erfpachtwet). Voorbeeld : verplichting tot renovatie / restauratie. Historisch ging het zelfs vooral om dergelijke verplichtingen (en was de canon vaak symbolisch).

De regeling wordt vaak bij overeenkomst verstrengd tot een verbod van (bepaalde) wijzigingen (bestemming, toestand gebouwen, e.d.).

Andere voorbeelden: verplichting niet te vervreemden, niet te hypothekeken, enz. Dergelijke verbintenissen worden beperkend uitgelegd. Ook brengt een loutere verplichting niet te beschikken nog geen (zakelijk werkende) onbevoegdheid tot beschikken mee.

2° Schuldenaar (kwalitatieve aansprakelijkheid) en schuldeiser

- Dit is een aansprakelijkheid van de erfpachter *qualitate qua*. Ook hier evenwel kan bij overdracht van het erfpachtrecht de oude erfpachter op grond van de overeenkomst solidair gehouden blijven, tot de eigenaar hem ervan ontslaat.

- Omgekeerd is het recht hierop een recht van de eigenaar *qualitate qua* (bij eigendomsovergang gaat het dus over op de nieuwe eigenaar).

3° Sancties bij toerekenbare niet-nakoming

De aansprakelijkheid wordt beoordeeld volgens de normale regels van het verbintenissenrecht. De erfpachter is dus niet gehouden tot vergoeding van de door overmacht ontstane schade, voor zover een herstelling zijn herstellingsplicht (*ex art. 605 BW*) zou te boven gaan.

Remedies voor de schuldeiser:

- uitvoering *in natura*;

- schadevergoeding, onrechtstreekse uitvoering (art. 1143-1144 BW);

- vervallenverklaring: art. 15 Erfpachtwet bij ernstige tekortkomingen daar omschreven. Uit art. 16 volgt echter dat er eerst een ingebrekestelling nodig is, aangezien de erfpachter eerst nog een kans moet krijgen tot herstel van zijn tekortkoming;

- daarnaast is ook nog ontbinding (art. 1184 BW) mogelijk, doch enkel indien de verplichting ontstond uit een wederkerige overeenkomst, of herroeping van het legaat wegens niet-ervulling van de voorwaarden. Vgl. hoger; anders dan bij ontbinding wegens niet-betaling van de canon is dit ook nooit betwist geworden⁵⁷. Ook hier moet de tekortkoming voldoende ernstig zijn voor ontbinding.

- een uitdrukkelijk ontbindend beding kan de voorwaarden voor ontbinding versoepelen (vgl. hoger).

9. Aansprakelijkheid jegens derden

Aangezien de erfpachter eigenaar is van de gebouwen tijdens de erfpacht, rust de objectieve aansprakelijkheid voor gebrekkige gebouwen uit art. 1386 BW op de erfpachter. Ook de vergoedingsplicht voor nabuurlaster (traditioneel gegrond op art. 544 BW) rust op de erfpachter en niet op de blote eigenaar⁵⁸.

10. Einde van de erfpacht en rechten en verplichtingen van partijen daarbij.

a. Wijzen van beëindiging

1° Ex nunc

Het erfpachtrecht eindigt:

- Van rechtswege door het verstrijken van de termijn waarvoor het recht werd gevestigd (uitgegeven). Er vindt dus geen stilzwijgende vernieuwing plaats (art. 14 Erfpachtwet).

- bij *Mutuus consensus* (die ook moet worden overgeschreven krachtens art. 1 Hyp.W.); men kan echter niet op voorhand aan één van de partijen het (optie)recht geven om de erfpacht gedurende de eerste 27 jaar te beëindigen (zie hoger). Deze minnelijke beëindiging geschiedt niet retroactief en laat de rechten van derden intact.

- Door het “tenietgaan van de grond” die voorwerp is van het recht.

⁵⁷ Bv. ook niet door DE PAGE, zie *Traité* VI nr. 716 A, 5°

⁵⁸ Rb. Namen 15 september 2000, *JLMB* 2001, 643 = *Chron.not. Liège* 2002 vol. XXXV, p. 399.

- Vermenging (vereniging in één hand van eigendom en erfpacht, tenzij het om afgescheiden vermogens gaat) bv. door de uitoefening van een koopoptie door de erfpachter; vermenging doet evenwel de rechten van derden op één van beide rechten niet teniet (bv. hypotheek op het opstalrecht)⁵⁹.

- Louter uitdovende afstand door de erfpachter, waarbij evenwel de toestemming van de eigenaar nodig is indien de erfpachter verplichtingen heeft die meer dan louter symbolisch zijn of afstand anderszins in strijd zou zijn met (de ratio van) de erfpachtovereenkomst⁶⁰. Ook deze afstand laat de rechten van derden intact.

- Niet-uitoefening gedurende 30 jaar (uitdovende verjaring, art. 18 *juncto* art. 9, 3° Opstalwet)

- Onteigening e.d.m.

Anders dan vruchtgebruik eindigt erfpacht niet bij het overlijden van een persoon op wiens hoofd het zou zijn gevestigd.

a) Mogelijks *ex tunc*

- Werking van een ontbindende voorwaarde (zie hoger). Deze werkt retroactief en zakelijk.

- Ontbinding of vervallenverklaring (zie hoger). Een ontbinding werkt in ons recht in beginsel retroactief voor het geheel van de overeenkomst; aangezien de erfpachtovereenkomst in wezen de vestiging van een zakelijk recht inhoudt, is de toepassing van de regel inzake duurovereenkomsten⁶¹ hier niet vanzelfsprekend. Hoe dan ook moet worden nagegaan of de overeenkomst in de bedoeling van de partijen deelbaar of ondeelbaar was om te bepalen of de ontbinding het recht in zijn geheel treft, dan wel enkel de nog te lopen termijn ervan. Voor zover de ontbinding retroactief werkt, werkt dit zoals hoger besproken ook zakelijk, zij het dat de ontbinding niet tegenwerpelijk is aan derden met een zakelijk recht indien het voorrecht is tenietgegaan.

⁵⁹ DERINE-VANNESTE-VANDENBERGHE, *Zakenrecht* II B p. 882 nr. 1011; zie bv. Rb. Brussel 14 juli 1950, *Pas.* 1951 III 47 = *R.prat.not.* 1951, 255.

⁶⁰ De afstand is een eenzijdige zakenrechtelijke handeling; maar om aan de verbintenissen te ontsnappen is er wel een obligatoire overeenkomst nodig.

⁶¹ Zie daarover mijn bijdrage "Het ingaan en de terugwerkende kracht van de ontbinding van wederkerige overeenkomsten", *TBBR* 1991, 101 v., ook op <http://www.storme.be/ontbinding.pdf>.

b) Gevolgen van de beëindiging.

1° Zakenrechtelijk.

aa) Erfpachtrecht

Door het einde van het erfpachtrecht vervalt ook het daarin besloten opstalrecht van de erfpachthouder. De grondeigenaar wordt dus van rechtswege eigenaar van de gebouwen, werken en beplantingen.

Is het erfpachtrecht van rechtswege beëindigd (bv. door het verstrijken van de termijn), is er geen rechtshandeling of akte nodig om zulks vast te stellen. Is er betwisting, en beslist de rechter dat het erfpachtrecht is beëindigd, dan kan het vonnis worden gekantmeld en is ook geen andere akte nodig.

Een vervroegde beëindiging zal evenwel door de fiscus als een overdracht van erfpachter naar erfverpachter worden gekwalificeerd, een kosteloze overdracht als daar geen normale vergoeding van de erfpachter tegenover staat, een verkoop als er wel een vergoeding overeengekomen wordt bij vervroegde beëindiging. In het laatste geval wordt dit door de fiscus als een verkoop van het gebouw belast; de rechtspraak is hierover verdeeld⁶². Deze fiscale herkwalificatie lijkt enkel terecht indien de beëindiging plaatsvindt tijdens de eerste 27 jaar.

bb) Beperkte rechten op de erfpacht

Wanneer de erfpacht niet retro-actief tenietgaat, blijven de erop gevestigde zakelijke rechten (bv. hypotheek) in stand - natuurlijk binnen de grenzen van het erfpachtrecht zoals het bestond ten tijde van de hypotheekvestiging. De vervulling van een ontbindende voorwaarde s.s. daarentegen werkt terug en heeft daarmee ook zakelijke werking (met voorbehoud voor zakelijke subrogatie⁶³).

2° Verbintenisrechtelijk - rechten van de erfpachter

De erfpachter heeft behoudens andersluidende overeenkomst geen recht op vergoeding van de door hem opgerichte / gedane werken, gebouwen, betimmeringen, beplantingen e.d. (art. 8 Erfpachtwet). Dit is een afwijking van het gemeen recht van art. 553 BW inzake

⁶² Zie de bespreking onder bij Opstal; SAGAERT & SOMERS, *T.Not.* 2008, p. 91-92.

⁶³ SAGAERT & SOMERS, *T.Not.* 2008, (78) 94-95.

onroerende natrekking. Betwist is dan ook of de afwezigheid of beperking van de vergoeding ook geldt indien de erfpacht voortijdig eindigt⁶⁴.

Wel kan een vergoeding worden bedongen (bv. wanneer de verkrijger zich jegens de eigenaar verbonden heeft ze op te richten).

Mocht de erfpachter zo'n vergoeding bedongen hebben, beschikt hij over een opschortingsrecht (retentierecht), zoals in art. 6 Opstalwet.

Ook zal die vergoeding bij voorrang toekomen aan derden wiens rechten zouden zijn tenietgegaan (bv. een hypotheek bij retroactieve ontbinding), dit ingevolge zakelijke subrogatie⁶⁵.

Tenzij anders bedongen heeft de erfpachter echter wel recht tot wegneming van de door hem opgerichte/gedane werken, gebouwen of beplantingen, mits vergoeding van de aan de grond aangerichte schade (art. 7 Erfpachtwet). Wegneming en vergoeding moeten in beginsel gelijktijdig geschieden : vandaar heeft de eigenaar een retentierecht op de werken, beplantingen e.d. tot de vergoeding wordt betaald of voldoende zekerheid is gesteld.

3° Verbintenisrechtelijk - rechten van de eigenaar

Zie art. 13: "*Bij het eindigen van het erfpachtsregt, heeft de eigenaar tegen den erfpachter eene personele regtsvordering tot vergoeding der kosten, schaden en interessen, veroorzaakt door nalatigheid en gebrek van onderhoud van het erf, en voor de regten die de erfpachter door zijne schuld mogt hebben laten verjaren.*"

11. Toepassingen.

Voor toepassingen door de overheid, zie onder II. Opstal, *in fine*.

⁶⁴ Niet volgens Hof Bergen 4 mei 1998, *JLMB* 1999, 444 = *RGEN* 2000 nr. 25.015 p. 146 en in dezelfde zaak Hof Bergen 17 mei 1999, *JLMB* 1999, 1757 = *RGEN* 2000 nr. 25.016 p. 153.

Wel volgens Rb. Gent 13 december 1882, *Pas.* 1883, 211 = *RGEN* 1882 nr. 10.198 = *J.T.* 1883, 117: de grondeigenaar die in de erfpachtovereenkomst heeft voorzien dat hij na pachteinde niet zal gehouden zijn meer te betalen dan een bepaalde som voor overname van gebouwen, fruitbomen en hagen, kan deze bepaling invoeren, zelfs indien de erfpacht een einde neemt om een andere reden dan het verstrijken van de voorziene termijn.

⁶⁵ SAGAERT & SOMERS, *T.Not.* 2008, (78) 95.

II. Opstal (m.i.v. verzaking aan natrekking)

1. Omschrijving

Zie art. 1 Opstalwet : “Het recht van opstal is een zakelijk recht, om gebouwen, werken of beplantingen op een andermans grond te hebben”

Het opstalrecht heet in het Fr. *droit de superficie*; in het Duits *Erbbaurecht* (in Oostenrijk en Zwitserland ook *Baurecht*; de cijns (*Erbbauzins*) wordt verwarrend voor ons ook soms *Erbpacht* genoemd).

Het is dus een beperkt zakelijk recht op een onroerende zaak, waardoor de "verticale" natrekking “horizontaal” wordt doorbroken (d.i. met horizontaal gescheiden eigendom tot gevolg). Het gevolg is dat de opstalhouder (Fr. *superficiaire*) eigenaar kan zijn van gebouwen, werken of beplantingen op de grond van iemand anders (de eigenaar, Fr. *propriétaire tréfoncier*). Ik schrijf "kan" omdat er natuurlijk nog iets op die grond moet staan ook vooraleer men van zulke eigendom kan spreken. Maar er kan dus zowel een opstalrecht gevestigd worden op reeds bebouwde als op nog niet bebouwde grond.

2. Algemene kenmerken van de regeling

De bepalingen van de Opstalwet zijn niet van dwingend recht, behoudens de bepaling over de maximumduur. Dit maakt het opstalrecht bv. geschikt om te ontsnappen aan de pacht- en huurwetgeving.

Ook is er een gunstig regime voor de registratierechten (vergelijkbaar met huur), althans voor vestiging van opstal onder bezwarende titel. Bij vestiging om niet kan het evenredig (schenkings)recht worden geheven.

3. Voorwerp

Voorwerp van het opstalrecht is een onroerend goed; het opstalrecht kan op de zaak zelf (het onroerend goed) worden gevestigd, maar bv. ook op andere zakelijke rechten die een accessoir opstalrecht - d.i. een eigendomsrecht van opstallen - inhouden:

- op een erfpachtrecht;
- op een vruchtgebruik wanneer de vruchtgebruiker eigenaar is of zou worden van de

opstallen⁶⁶.

Dit accessoir opstalrecht kan dan afgesplitst worden tot een zelfstandig opstalrecht (steeds binnen de perken van het recht waarvan het wordt afgesplitst).

Het opstalrecht kan algemeen zijn dan wel slechts bepaalde gebouwen, werken of beplantingen op een perceel tot voorwerp hebben (zie verder enkele voorbeelden). Het kan dus ook betrekking hebben op bijkomende verdiepingen op een gebouw⁶⁷.

Het is verstandig om bij de vestiging van een opstalrecht m.b.t. bestaande gebouwen en/of beperkt tot een deel van de bestaande of te bouwen gebouwen duidelijk te stellen dat het een opstalrecht op het onroerend goed zelf betreft, waarvan de inhoud nader wordt aangegeven (en dus geen opstalrecht op een gebouw)⁶⁸. Het opstalrecht wordt ook vermoed zich niet uit te strekken tot de reeds bestaande gebouwen, werken en beplantingen waarvoor geen vergoeding wordt bedongen (tenzij ze reeds eerder door de toekomstige opstalhouder werden opgericht).

Het opstalrecht kan ook beperkt worden tot een aandeel in de grond, zodat de gebouwen in mede-eigendom zullen zijn van de opstalhouder voor zijn aandeel en de grondeigenaar voor het andere deel (vgl. verder de bespreking van de bouwpromotie).

Voor opstalrechten op goederen die tot het openbaar domein behoren geldt wat hoger werd gesteld over het erfpachtrecht: een zakelijk recht kan gevestigd worden op goederen die tot het openbaar domein behoren voor zover dit recht de bestemming tot het gebruik van allen niet verhindert, of althans geen afbreuk doet aan het recht van de overheid om het recht te allen tijde gelet op dat gebruik te regelen⁶⁹.

4. Totstandkoming van een opstalrecht

a) Zelfstandig opstalrecht

Als een beperkt zakelijk recht op onroerend goed kan een zelfstandig opstalrecht "gevestigd" worden op dezelfde wijze als een onroerend goed wordt overgedragen (zie de

⁶⁶ J. VERSTAPPEN, "Een nieuwe kijk op drie oude zakelijke rechten: erfpacht, opstal en vruchtgebruik", in *Zakelijke rechten en fiscaliteit*, p. 37 nr. 61 *in fine*; SAGAERT, in *Familiale vermogensplanning*, nr. 71; VANHOVE & BAUDONCQ, *NFM* 2004, p. (135) nr. 27.

⁶⁷ SAGAERT, in *Familiale vermogensplanning*, nr. 70-71; S. SNAET, "Recht van opstal", in *Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, III; P. LECOCQ, in *Le point dur le droit des biens*, p. 137 v.

⁶⁸ O.m. om discussie over de kwalificatie op fiscaal vlak te vermijden.

⁶⁹ Cass. 18 mei 2007, *NjW* 2007, 652 noot WR.

cursus "overdracht van goederen"): "vestiging" van beperkte zakelijke rechten geschiedt analoog aan "overdracht" van goederen. De vestiging geschiedt krachtens een geldige titel door een beschikkingsbevoegde uitgever.

- Als titel komt in beginsel elke titel in aanmerking die uit zijn aard tot overdracht kan leiden, in het bijzonder een akte onder levenden, een testament of een vonnis dat tot vestiging veroordeelt.

- In bepaalde gevallen wordt de derde-verkrijger beschermd tegen beschikkingsonbevoegdheid van de uitgever. Is dat niet het geval, dan geniet de derde-verkrijger van een opstalrecht anders dan de derde-verkrijger in eigendom niet van het voordeel van art. 103 Hyp.W. (dit is dat hij tot beloop van de door hem geschapen meerwaarde voorrang heeft op een oudere hypotheekhouder)⁷⁰.

Het opstalrecht kan zoals andere zelstandige zaelijke rechten ook gevestigd worden door "door voorbehoud" doordat de vervreemder eigenaar van het erf die dit vervreemdt, zich het opstalrecht (of de eigendom van de gebouwen, werken of beplantingen) voorbehoudt bij die vervreemding (vgl. een vervreemding onder voorbehoud van vruchtgebruik).

Er bestaat geen twijfel over dat een opstalrecht zowel onder bezwarende titel als om niet kan worden gevestigd.

Gezien het om een vestiging van een onroerend goed gaat, is deze aan overschrijving onderworpen (art. 1 Hyp.W.) om tegenwerpelijk te zijn aan derden met conflicterende rechten.

De vestiging van een recht van opstal staat fiscaal gelijk met een huurovereenkomst. Een registratierecht van 0,2% is verschuldigd op het samengevoegde bedrag van de vergoedingen plus lasten die aan de opstalhouder zijn opgelegd.

De vestiging van een opstalrecht geldt als een overdracht voor de toepassing van het bodemsaneringsdecreet.

b) Afhankelijk opstalrecht.

Daarnaast kan een opstalrecht gevestigd worden als bijzaak van een ander recht:

- zo heeft de erfpachter automatisch een opstalrecht voor de duur van de erfpacht (zie hoger).

- een opstalrecht kan ook een *accessorium* zijn van een vruchtgebruik⁷¹; dit is evenwel niet

⁷⁰ Deze beperkende interpretatie van art. 103 Hyp.W. vinden we in Cass. 15 juni 2001, *RW* 2001-2002, 308 noot V. SAGAERT.

⁷¹ D. MICHIELS, *T.Not.* 2007 (213) nr. 12

dwingend het geval en partijen kunnen bij vestiging van het vruchtgebruik natuurlijk ook het tegendeel bedingen;

- van een erfdienstbaarheid (zie art. 697 BW);

- van een huurovereenkomst, zelfs impliciet, bv. door verzaking aan natrekking van door de huurder op te richten gebouwen; minstens een deel van de rechtspraak aanvaardt dat elke "toelating tot bouwen" in een huurovereenkomst impliciet een opstalrecht zou inhouden⁷². De verzaking aan de natrekking wordt behoudens andersluidende overeenkomst geacht te blijven duren tot de huurovereenkomst een einde neemt.

- 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 op⁷³. Zie verder onder 9) toepassingen, b.

- Verder ook accessoir aan een samenlevingsovereenkomst⁷⁴. In sommige gevallen heeft de rechtspraak de mede-eigendom van de opstallen (en dus een afstand van natrekking ten gunste van een mede-eigendom) afgeleid zonder dat dit uitdrukkelijk was overeengekomen⁷⁵.

In al die gevallen van accessoir opstalrecht moet aan de voorwaarden van de hoofdovereenkomst zijn voldaan (bv. bij huur van meer dan 9 jaar overschrijving) én is overschrijving in de registers noodzakelijk voor tegenwerpelijkeit aan derden⁷⁶ - het blijft immers nog steeds een vestiging krachtens een overeenkomst en geen recht dat krachtens de wet wordt geschapen als een afhankelijk recht.

In ieder geval kan het opstalrecht gekoppeld worden aan een ontbindende voorwaarde als het wegvallen van een andere rechtsverhouding of relatie. Indien het niet "accessoir" is, wil dat wel zeggen dat de maximumduur van 50 jaar blijft gelden, maar een dergelijke ontbindende voorwaarde is overigens wel geldig.

Vb. Een opstalrecht met als ontbindende voorwaarde het beëindigen van de (private) relatie tussen opstalgever en opstalhouder; ook indien de ontbindende voorwaarde potestatief zou

⁷² F. WERDEFROY, *TPR* 1983, 293 v.; een meer restrictieve opvatting bij VAN MUYLDER & VERSTAPPEN, nr. 7. Kritisch ook A. GITS & B. DEVOS, "Verzaking aan het recht van natrekking getoetst aan de landpachtwet: begrippen en misvattingen", *T.Not.* 2007, 205 v.

⁷³ Zie verder L. ROUSSEAU, *R.Not.B.*, 1994, 218; A. DELIEGE, p. 81.

⁷⁴ Voor een model, zie "Samenlevingsovereenkomst met opstalrecht" @ http://www.michiels-stroeykens.be/frameset%20denotaris_weet_raad3.htm.

⁷⁵ Bv. Hof Antwerpen 6 maart 2002, *NjW* 2002, 25, besproken door G. VERSCHULDEN e.a., "Overzicht van rechtspraak. Familierecht (2001-2006)", *TPR* 2007, (141) 449 nr. 422.

⁷⁶ Dit laatste is betwist. Sommigen menen dat een opstalrecht dat afhankelijk is van een huur, niet aan afzonderlijke publiciteit moet voldoen. Vgl. VAN MUYLDER & VERSTAPPEN, nr. 6. Zie ook WERDEFROY nr. 16.

zijn, is dit geldig omdat het om een ontbindende en geen opschortende voorwaarde gaat⁷⁷.

Discussie is er over de vraag of op een accessoir opstalrecht een hypotheek kan worden gevestigd.

c) Zgn. afstand van natrekking en kwalificatie ervan

Op grond van de *numerus clausus* van zakelijke rechten heeft het Hof van cassatie⁷⁸ beslist dat er geen plaats kan zijn voor een "afstand van natrekking" buiten de vestiging van een opstalrecht om (Dit was niet zo vanzelfsprekend, omdat de regels van de natrekking volgens de tekst van het BW niet van dwingend recht schijnt te zijn: bij nader toezien is de natrekking wel van dwingend recht, maar is bij roerende natrekking niet dwingend geregeld aan wie der partijen de zaak in zijn geheel toekomt). Dit betekent twee dingen :

- de voorwaarden voor zo'n afstand (en de tegenwerpelijkeit ervan aan derden) zijn die van de vestiging van een opstalrecht;
- de gevolgen zijn beperkt tot die van een opstalrecht, met name de maximumduur (50 jaar, behoudens bij een afhankelijk opstalrecht).

De afstand van natrekking wordt dus gekwalificeerd als een opstalrecht, zelfs indien de overeenkomst zou stellen dat het niet om een opstalrecht gaat⁷⁹.

NB. Soms wordt beroep gedaan op oudere cassatierechtspraak om het tegendeel vol te houden. Maar alvast het daartoe ingeroepen arrest van 13 mei 1970 houdt het tegendeel niet in: in die zaak heeft het Hof ging het om de vraag wie t.a.v. de fiscus als eigenaar gehouden was tot onroerende voorheffing in een zaak waarin de eigenaars van het erf eerst onderhands een opstalrecht voor 30 jaar hadden toegekend aan een vennootschap (met reht op vergoeding van de door de vennootschap opgerichte gebouwen bij het einde ervan) en vervolgens het erf hadden verkocht met het beding dat de verkoop plaatsvond onder voorbehoud van dat opstalrecht dat voor 30 jaar was toegekend. Het Hof van beroep oordeelde, dat uit het feit dat enerzijds de opstalvestiging onderhands was gebeurd enerzijds en anderzijds de verkoop de gebouwen niet omvatte, de verkopers jegens de fiscus nog steeds te beschouwen waren als eigenaar van de gebouwen tot de koper eigenaar zou worden mits afkoop van de gebouwen bij het einde van het opstalrecht; de voorziening in cassatie werd verworpen⁸⁰.

Voor de "afstand van natrekking" tussen echtgenoten ten voordele van de huwelijksgemeenschap, zie de nadere bespreking verder.

⁷⁷ Vb. Rb. Dendermonde 16 januari 2004, *TBBR* 2006, 234.

⁷⁸ Cass. 19 mei 1988, *R. Not.* 1988, 473.

⁷⁹ Hof Brussel 2 juni 1958, *JT* 1959, 352 = *Pas.* II 92 = *RGEN* 1961, 334 nr. 20.373 = *R.Prat.N.* 1960, 13; A. VAN MUYLDER & J. VERSTAPPEN, *T.Not.* 1992, 282 vn. 5; D. MICHIELS, *T.Not.* 2007, (213) 214.

⁸⁰ Cass. 13 mei 1970, *Arr. Cass.* 1970, 854.

d) Verkrijgende verjaring.

Opstalrecht kan ook verworven worden door verkrijgende verjaring op grond van verjaringsbezit⁸¹. Naargelang de voorwaarden vervuld zijn, verkrijgt men door verjaring van 10/20 jaar krachtens deugdelijke bezit te goeder trouw en geldige titel dan wel 30 jaar krachtens deugdelijke bezit.

4. Inhoud en duur

a) Inhoud : gebouwen, werken of beplantingen

Krachtens een opstalrecht kan men de verticale onroerende natrekking tijdelijk doorbreken. D.w.z. dat men eigenaar kan zijn van gebouwen, werken of beplantingen op andermans grond.

- Werken : denk bv. aan leidingen, cabines (bv. elektriciteit), e.d.m (vooral in die gevallen waar een erfdiensbaarheid niet mogelijk is, omdat er geen heersend erf is of het niet kan worden bepaald).
- Het kan ook een deel van een gebouw zijn; dan is weer eerst een splitsingsakte (basisakte) nodig. Het kan ook een ondergronds bouwwerk zijn, bv. een ondergrondse parkeergarage⁸² (voor de diepe ondergrond gelden wel andere regels⁸³). Of een bouwwerk in de lucht, bv. een viaduct of kabelspoor.
- Beplantingen : dit maakt het bv. voor een pachter (landbouwer of fruitteler) die een opstalrecht op de grond bedingt mogelijk om een hypotheek te nemen op de nog niet geogoste beplantingen, en daarvoor dus krediet te verkrijgen. Wordt in Nederland bv. gebruikt voor bloembollen. Worden de beplantingen geogost, dan kan de hypotheek omgezet worden in een pandrecht mits te voldoen aan de vereisten daarvoor, bv. door middel van warrantage. Bij ons worden meestal andere zekerheden gebruikt, zoals bv. het landbouwvoorrecht.
- zie ook *infra* 9, toepassingen.

⁸¹ Hof Brussel 3 maart 1971, *Journ. prat. dr. fisc. fin.* 1971, 158; Rb. Mechelen 9 mei 1878, *Pas.* 1878, III, 347; Rb. Brussel 7 april 1960, *Pas.* 1961, III, 7 = *RGEN* 1961, p. 345, nr. 20374, noot; Vred. Eeklo 19 april 1973, *RW* 1973-74, 1830.

⁸² A. VERBEKE & S. SNAET, p. (365) 387.

⁸³ Zoals de mijnwetten (de wetten op de mijnen, de graverijen en de groeven, gecoördineerd op 15 september 1919) en het Vlaams decreet van 8 mei 2009 betreffende de diepe ondergrond (nog niet in werking; twee jaar na inwerkingtreding stelt het de mijnwetten buiten werking in het Vlaams Gewest)

Opstalrecht geeft geen genotsrecht op de grond; daarvoor is een erfpachtrecht vereist.

Het eigendomsrecht op de bedoelde gebouwen, werken of beplantingen tijdens de duur van het opstalrecht is volstrekt. Het omvat dus ook een *ius abutendi* (afbraakrecht). Uitzondering : reeds bestaande gebouwen of werken die niet afgekocht zijn (*a contrario* uit art. 5 Opstalwet).

Doordat er geen natrekking plaatsvindt ten gunste van de grondeigenaar, is deze tijdens het opstalrecht ook geen vergoeding verschuldigd conform art. 554-555 B.W. (voor de regeling inzake vergoeding bij het einde van het opstalrecht, zie verder).

NB. De fiscus heft wel evenredige registratierechten op de gebouwen wanneer uitdrukkelijk is bepaald dat de eigendom ervan overgaat, en niet wanneer dit slechts impliciet is (onbegrijpelijk); het komt er dus op aan duidelijk te maken dat het primaire voorwerp van de akte niet de verkoop van een gebouw is, maar de vestiging van het zakelijk recht van opstal is, en dat de eigendom van de gebouwen slechts krachtens dat opstalrecht aan de opstalhouder toekomt (vgl. hoger).

b) Duur

1° Maximumduur van een zelfstandig opstalrecht

Art. 4 Opstalwet : “Het recht van opstal kan voor geen langere tijd dan van vijftig jaren worden bepaald, behoudens de bevoegdheid om hetzelfde te vernieuwen”

- Hoogstens 50 jaar : deze termijn betreft de periode waarvoor vestiging door partijen van een (zelfstandig) opstalrecht mogelijk is. De uiteindelijke duur kan ten gevolge van latere feiten korter of langer zijn. Het opstalrecht kan immers vernieuwd worden door uitdrukkelijke overeenkomst, mits dit geschiedt voor het van rechtswege beëindigd zijn van de eerdere termijn (formaliteiten - art. 1 Hyp.W.), en mits de opstalgever op dat ogenblik tot deze beschikking bevoegd is.

Een eenzijdige verlenging (bv. door het lichten van een optie) kan slechts voor zover de totale duur niet meer dan 50 jaar bedraagt⁸⁴.

Artikel 4 (wel begrepen in de zin dat niet op voorhand een opstalrecht van meer dan 50 jaar kan worden gevestigd) is van openbare orde. De sanctie van miskenning ervan houdt in dat

⁸⁴ Vgl. SAGAERT, in *Familiale vermogensplanning*, nr. 73.

de overeengekomen termijn wordt ingekort tot de maximumtermijn die door dit artikel wordt toegelaten⁸⁵. Ook wanneer het opstalrecht "voor onbepaalde duur" wordt gevestigd, volgt dat dit beschouwd als een opstalrecht is voor meer dan 50 jaar en dus van rechtswege wordt bepaald op een opstalrecht van 50 jaar. Het is dus niet zo dat het opstalrecht van onbepaalde duur daardoor gewoon op elk ogenblik opzegbaar is⁸⁶. Een (titel tot) vestiging voor meer dan 50 jaar is evenmin nietig, maar wordt geconverteerd in een opstalrecht van 50 jaar⁸⁷.

NB. Andere landen kennen wel een eeuwigdurend opstalrecht, zo onder meer Frankrijk (jurisprudentieel geschapen *praeter legem*)⁸⁸ en Nederland (art. 5:101 NBW, zij het met belangrijke beëindigingsmogelijkheden). Voor een pleidooi *de lege ferenda* in dezelfde zin, zie SAGAERT, "Volume-eigendom"⁸⁹. Bij ons kan een eeuwigdurende afsplitsing van de eigendom van een opstal enkel als accessorium van een erfdiensbaarheid of in het kader van de appartementsmede-eigendom.

2° Uitzonderingen

aa) Sommige wettelijke opstalrechten⁹⁰ en sommige zogenaamde "wettelijke erfdiensbaarheden" die eigenlijk een wettelijk opstalrecht vormen (soms eeuwigdurend).

bb) Afhankelijk opstalrecht: deze periode geldt niet voor een afhankelijk opstalrecht (bv. inbegrepen in het erfpachtrecht).

3° Minimumduur

Er is geen minimumduur, maar de fiscus is wel wantrouwig jegens opstalrechten van korte duur (met name minder dan 10 jaar voor gebouwen) anders dan in het kader van een bouwpromotie e.d.

⁸⁵ Brussel 26 mei 1975, *Rev. not. b.* 1976, 320, met noot P.C.; Brussel 2 april 1980, *Rev. not. b.* 1981, 364, noot D.S.

⁸⁶ Cass. 15 december 2006, nr. C.05.0558N, *RW* 2007-2008, 104 n. M. MUYLLE "Hoe lang duurt mijn recht van opstal".

⁸⁷ A. KLUYSKENS, *Beginselen*, V nr. 247; C. MOSTIN, *Emphytéose et superficie*, p. 139 nr. 130; DERINE-VANNESTE-VANDENBERGHE, *Zakenrecht* II B (1984), 907 nr. 1021; A. VAN OEVELEN, in *Het zakenrecht: absoluut niet een rustig bezit*, p. 355 nr. 25.

⁸⁸ Cass. fr. 6 maart 1991, *Bull.civ.* III nr. 84 = *JCP1992* nr. 21.890 n. P. OURLIAC = *RTDCiv* 1992, 793 n. F. ZENATI "Régime des droits réels"; V. SAGAERT, *TPR* 2009, p. (21) 45 nr. 24.

⁸⁹ *TPR* 2009, p. 21 v.

⁹⁰ Bv. art. 15 W. 10 maart 1925 electriciteitsvoorziening.

5. Het opstalrecht als vermogensbestanddeel

Zie art. 2 Opstalwet: "*Degene die het recht van opstal heeft kan hetzelfde vervreemden en met hypotheek belasten.*

Hij kan goederen aan het recht van opstal onderworpen, met erfdienstbaarheden bezwaren, doch alleen voor het tijdvak, gedurende hetwelk hij het genot van dat recht bezit".

a) Overdraagbaar

Overdracht geschiedt op dezelfde wijze als de vestiging ervan *c.q.* als de overdracht van het goed zelf.

Het opstalrecht kan ook gesplitst worden in kavels d.m.v. een splitsingsakte (soms reeds voorzien in de vestigingsakte zelf).

b) Vatbaar voor bezwaring met beperkte zakelijke rechten

Ook hier is de recente rechtsleer geneigd om zowat elke combinatie toe te laten. Ook hier geldt dat :en niet enkel naar de bevoegdheid van de opstalhouder moet kijken, maar ook welke rechten er precies resulteren voor elk van de 3 betrokken partijen.

Een opstalrecht kan worden bezwaard met :

- hypotheek (op het opstalrecht en dus enkel op de gebouwen, werken of beplantingen, niet op het onroerend goed in zijn geheel) (art. 2, lid 1 Opstalwet en 45 I, 2° HypW). Dit kan ook vooraleer er een gebouw staat (zie art. 45 bis Hyp.W.) aangezien de hypotheek formeel op het opstalrecht wordt gevestigd en niet op het gebouw;
- vruchtgebruik⁹¹ op het geheel of een deel van de opstallen (idem, d.w.z. maximaal voor de duur van het opstalrecht);
- erfdienstbaarheden (strikt genomen rust de erfdienstbaarheid op het erf zelf, want een erfdienstbaarheid kan alleen rusten op een onroerende zaak, doch de opstalhouder is (slechts) bevoegd ze te vestigen voor de duur van het opstalrecht - art. 2, lid 2 Opstalwet)
- volgens sommigen ook een opstalrecht op een gebouw, d.i. het recht om op dat gebouw bijkomende constructies te zetten⁹².
- volgen sommigen kan het eigendomsrecht van de gebouwen van de opstalhouder ook met

⁹¹ DE PAGE, VI nr. 692; DERINE-VANNESTE-VANDENBERGHE, *Zakenrecht* II B nr. 1027 B p. 920; HANSENNE, *Les biens* nr. 1245; VAN OEVELEN, in *Het zakenrecht, absoluut niet een rustig bezit*, p. 359-360; VANHOVE & BAUDONCQ, *NFM* 2004, p. (135) nr. 45.

⁹² A. VERBEKE & S. SNAET, p. (365) 388; VANHOVE & BAUDONCQ, *NFM* 2004, p. (135) nr. 58 v.

een erpacht worden bezwaard⁹³; dit is betwist.

Indien het gehypothekeerde goed - in dit geval het opstalrecht - tenietgaat of eindigt, en daarvoor een schuldvordering in de plaats komt, dooft de hypotheek uit doch gaat het zekerheidsrecht krachtens (zakelijke) subrogatie over op die schuldvordering (zie art. 10 Hypotheekwet)⁹⁴. In plaats van een hypotheekrecht op onroerend goed gaat het dan wel om een pandrecht op de schuldvordering (een roerend goed).

NB. Het hypotheekrecht blijft bestaan indien het opstalrecht tenietgaat krachtens een minnelijke beëindiging of een afstand. Partijen zijn immers niet bevoegd een verkregen zakelijk recht van een derde teniet te doen, tenzij in het geval waarin ze de titel van diens voorganger (hier de hypotheekgever, tweede hand) met terugwerkende kracht kunnen ontbinden (wat vlg. art. 28 Hyp.W. slechts kan voor zover het voorrecht van de eerste hand behouden is) of ingevolge de werking van een eigenlijke ontbindende voorwaarde.

6. Verplichtingen van de schuldenaar van de vestiging van het opstalrecht (tijdens de opstal)

a) Verplichtingen uit de onderliggende overeenkomst.

De partij die het opstalrecht erpacht toezegt is gehouden tot de verplichtingen die volgen uit de aard van de onderliggende overeenkomst.

Ook hier moet de overeenkomst civielrechtelijk worden gekwalificeerd naargelang de tegenprestatie waartoe de erfpachter is gehouden.

Het kan bv. om een verkoop gaan, wat omzeggens steeds het geval is indien bestaande gebouwen of werken worden verkocht. Om te vermijden dat het fiscaal als een “volle” verkoop wordt gekwalificeerd kan best duidelijk worden gemaakt (in de verklaring *pro fisco*) – en tenzij men juist wel onder BTW wil “verkopen” - dat niet de gebouwen als dusdanig worden verkocht maar er een opstalrecht wordt uitgegeven⁹⁵.

Het kan evenwel ook om een andere overeenkomst gaan. Vaak is het een overeenkomst om niet, of één die kadert in een meer complexe operatie. De fiscus behoudt zich het recht voor

⁹³ A. VERBEKE & S. SNAET, p. (365) 379; SAGAERT, in *Familiale vermogensplanning*, nr. 52: VANHOVE & BAUDONCQ, *NFM* 2004, p. (135) nr. 55.

⁹⁴ Rb. Brussel 7 april 1960, *Pas.* 1961, III, 7 en *Rec. gén. enr. not.* 1961, p. 345, nr. 20347, noot; zie ook Rb. Gent 13 december 1882, *Pas.* 1883, 211 = *RGEN* 1882 nr. 10.198 = *J.T.* 1883, 117

⁹⁵ Zie J. VERSTAPPEN, in *Zakelijke rechten en fiscaliteit*, nr. 109; D. MICHIELS, *NFM* 2006, (191) nr. 24 en Model 6.

de uitgifte als een schenking te kwalificeren, tenzij uit het geheel van de operatie de afwezigheid van *animus donandi* blijkt.

In geval het om een verkoop gaat is de verkoper zoals elke verkoper van onroerend goed gehouden tot vrijwaring wegens uitwinning, verborgen gebreken e.d. Een belangrijke toepassing vinden we bij de vestiging van een opstalrecht op een gehypothekeerd goed; het opstalrecht blijft dan immers bezwaard met die hypotheek (volgrecht van de hypotheekhouder).

b) Sancties bij niet-nakoming.

De sancties zijn deze die gelden voor de onderliggende overeenkomst, naargelang de aard ervan, dus meestal die van de verkoop van onroerend goed.

c) Geen andere verplichtingen.

Behalve de verplichtingen uit de onderliggende overeenkomst, heeft de opstalgever tijdens de duur van het opstalrecht geen verplichtingen jegens de opstalhouder.

De verplichting van de opstalgever is dus opnieuw - behoudens de eventuele vrijwaringsplicht - een eenmalige prestatie, die van de opstalhouder kan bestaan uit opeenvolgende en/of voortdurende prestaties.

7. Verplichtingen van de opstalhouder tijdens de duur van het opstalrecht

Dit hangt volledig af van de overeenkomst tussen partijen. De wet bepaalt niets. Zo kunnen er bouwverplichtingen zijn, instandhoudingsverplichtingen, of een verplichting tot betaling van een cijns (ook *solarium* genaamd, van sol Lat. Voor grond).

Wel heeft men er belang bij om, zo een tegenprestatie bedongen is, ongeacht of dit een jaarlijkse pacht is, een bouwverplichting, of iets anders, een verklaring *pro fisco* daarover af te leggen, om zo te ontsnappen aan de kwalificatie als schenking (en heffing van het evenredig recht) en te genieten van de fiscale gelijkstelling met een huur.

a) Instandhouding van niet afgekochte gebouwen.

Wel vloeit uit de wet voort dat de opstalhouder een onderhouds- en herstellings- *c.q.* vervangingplicht heeft ten aanzien van de gebouwen, werken of beplantingen die hij niet heeft afgekocht, aangezien hij deze (*c.q.* vervangende beplantingen) moet teruggeven bij

het einde van het opstalrecht.

b) Instandhouding van afgekochte gebouwen

De titel kan bepalen dat de opstalhouder ook een verplichting heeft tot instandhouding van de gebouwen die hij zou hebben afgekocht of in uitvoering van een bouwverplichting heeft gebouwd, dit in afwijking van de suppletieve regel van art. 5 Opstalwet⁹⁶.

c) Betaling van de overeengekomen cijns

Indien een vergoeding bepaald is, zijn daarop min of meer dezelfde regels van toepassing als bij erfpacht. Zo zijn er geen dwingende regels over de schommeling hiervan (anders dan bij huur, en behoudens toepassing van de Wet van 14 mei 1955). Kosten en lasten kunnen ook vrij worden geregeld. Zo zal de verplichting tot vergoeding ophouden indien het opstalrecht definitief onmogelijk is geworden (art. 9 Opstalwet).

d) Gehoudenheid voor belastingen

De opstalhouder is in beginsel gehouden tot alle belastingen, ook die op de grond.

e) Andere

Vaak vindt men bepalingen zoals een vervreemdingsverbod, een verbod tot hypotheekeren, e.d. (vgl. hoger erfpacht)

e) Sancties en zekerheden

De wet bepaalt geen vervallenverklaring, doch ontbinding op grond van art. 1184 BW kan toepasselijk zijn telkens het opstalrecht onder bezwarende titel wordt gevestigd (d.i. ontbinding tegen de eigenaar enkel indien hij een vrijwaringsplicht heeft, ontbinding tegen de opstalhouder enkel indien hij een vergoeding moet betalen of een onderhoudsplicht heeft).

Voor zekerheden, vgl. hoger bij erfpacht. Het voorrecht van de uitgever van een opstalrecht is meer bepaald van belang om voorrang te hebben op de houder van een door de

⁹⁶ Zie bv. Hof Bergen 7 februari 1978, *R.C.J.B.* 1980, 5, *Rec. gén. enr. not.* 1980, p. 182, nr. 22490, noot en *Rev. not. b.* 1979, 297.

opstalhouder gevestigde hypotheek.

8. Einde van het opstalrecht en rechten en verplichtingen van partijen daarbij

a) Wijzen van beëindiging

- verstrijken van de termijn;
- overeenkomst tussen eigenaar en opstalhouder;
- tenietgaan grond (art. 9, 2° Opstalwet);
- vermenging (zonder afbreuk aan rechten van derden);
- niet-uitoefening gedurende 30 jaar;
- louter uitdovende afstand;
- ontbinding wegens wanprestatie (zie hoger);
- eenzijdige beëindiging door de overheid van opstalrecht op goederen van het openbaar domein (vgl. hoger).

b) Zakenrechtelijke gevolgen van de beëindiging

Door het einde van het opstalrecht wordt de grondeigenaar van rechtswege eigenaar van de gebouwen, werken en beplantingen. Dit geschiedt door natrekking⁹⁷, niet door overdracht, en art. 1 Hyp.W. is dus niet van toepassing. Dit maakt opstal interessant op het vlak van de registratierechten (geen evenredig registratierecht verschuldigd); is de grondeigenaar een vennootschap, dan wordt de verkrijging wel als winst belast⁹⁸. Ook wanneer het opstalrecht bij overeenkomst vervroegd beëindigd wordt, gaat het nog steeds om een verkrijging door natrekking⁹⁹.

De fiscus probeert daarom soms partijen van simulatie te betichten - vaak in gevallen waar het opstalrecht wordt toegekend aan de vennootschap van de grondeigenaar en er geen vergoeding bedongen is. Omgekeerd zal een vergoeding overeengekomen bij vervroegde beëindiging, terwijl er op de einddag geen vergoeding was voorzien (in afwijking van art. 6 Opstalwet), door de fiscus als een verkoop van het gebouw worden belast; de rechtspraak is hierover verdeeld¹⁰⁰.

⁹⁷ Cass. 22 juni 1893, *Pas.* 1893, I, 268.

⁹⁸ Cass. 18 mei 2001, *AFT* 2001, 480 n. R. BOGAERTS = *Arr. Cass.* 2001, 937 = *F.J.F.* 2001, 639 = *Pas.* 2001, 903 = *RW* 2002-03, 1437 = *TFR* 2001, 969.

⁹⁹ Hof Gent 26 maart 2004, *NJW* 2004, 1170. Zie ook nog L. WEYTS, "Opstal toegestaan aan een vennootschap. Een onzeker registratierecht?", *Liber amicorum Frans Bouckaert*, UP Leuven 2000, 335 v.

¹⁰⁰ Zie D. MICHIELS, *NFM* 2006, (191) nr. 26-28; SAGAERT & SOMERS, *T.Not.* 2008, 90.

Is het opstalrecht van rechtswege beëindigd (bv. door het verstrijken van de termijn), is er geen rechtshandeling of akte nodig om zulks vast te stellen. Is er betwisting, en beslist de rechter dat het erfpachtrecht is beëindigd, dan kan het vonnis worden gekantmeld en is ook geen andere akte nodig¹⁰¹.

2° Verbintenisrechtelijke gevolgen van de beëindiging

a) Zelfstandig opstalrecht

Anders dan bij erfpacht heeft de opstalhouder in beginsel wel recht op vergoeding van de door hem gedane werken, gebouwen, betimmeringen, beplantingen e.d. (art. 6 Opstalwet). De eigenaar kan de wegnahme ervan niet vorderen (om zo aan vergoeding te ontsnappen). In de praktijk wordt deze vergoeding veelal uitgesloten bij overeenkomst. De regel is immers aanvullend¹⁰² (tenzij er dwingende regels zijn voor de hoofdovereenkomst ten aanzien waarvan het opstalrecht afhankelijk is, zie hieronder).

Deze vergoeding is een vorm van schuldvordering uit ongegronde verrijking. Tot zekerheid ervan beschikt de opstalhouder over een opschortingsrecht (retentierecht) - niet over een voorrecht; het gaat immers over een overgang *ex lege*, en niet krachtens rechtshandeling (verkoop). De opstalhouder kan wel een hypotheek bedingen (en inschrijven).

Wat de reeds bestaande gebouwen, werken en beplantingen betreft, heeft de opstalhouder al dan niet recht op vergoeding bij teruggave daarvan naargelang hij ze al dan niet heeft betaald bij het begin (zie art. 7).

b) Accessoir opstalrecht

In de rechtsleer en rechtspraak is er betwisting over de vraag of de bepalingen van de Opstalwet ook gelden voor het onzelfstandig opstalrecht, en met name de regeling van art. 6 (verbintenissen bij het einde van het opstalrecht), dan wel of daarvoor moet worden teruggevallen op het gemeen recht (met het laatste bedoelt men dan ofwel art. 555 B.W.¹⁰³ ofwel de algemene regels van de ongegronde verrijking¹⁰⁴).

¹⁰¹ Rb. Dendermonde 16 januari 2004, *TBBR* 2006, 234.

¹⁰² Brussel 26 mei 1975, *Rev. not. b.* 1976, 320, noot P.C.

¹⁰³ ZIE hierover T. VAN SINAY, "Bouwen op andermans grond", in VUYE, WERY & KOKELENBERG, *Eigendom - Propriété*, Die Keure 1996, p. 361 nr. 82; Rb. Brussel 14 mei 2004, *TRV* 2004, 612 v.

¹⁰⁴ In de laatste zin WERDEFROY, *T.Not.* 1981, 72 en TPR 1983.

In beginsel hebben de regels inzake het hoofdrecht voorrang. Zo zal de vergoedingsregeling bij het opstalrecht dat begrepen is in een erfpacht, die van de erfpacht zijn. Deze regeling is wel niet dwingend, zodat de vraag rijst voor zover de overeenkomst niets bepaalt. Hetzelfde geldt bij een opstalrecht accessoir aan een huurovereenkomst (behoudens dwingende bepalingen voor sommige soorten huurovereenkomsten, zoals bv. art. 26 Pachtwet).

9. Toepassingen (opstal zowel als erfpacht)

a) Ondergrondse bouwwerken

Vb. ondergrondse parking, benzine- of andere tanks e.d. onder andermans grond.
Voor mijnbouw geldt er een aparte wetgeving.

b) Kabels en leidingen¹⁰⁵

Het opstalrecht kan een rol spelen om te vermijden dat kabels of leidingen (denken we bv. aan dure glasvezelkabels) door verticale natrekking eigendom worden van de grondeigenaar. Dit is maar van belang voor zover de kabels niet uit hun aard aan die natrekking ontsnappen (wat het geval is indien ze roerend blijven, bv. omdat enkel de wachtbuizen onroerend worden, niet de gemakkelijk eruit verwijderbare kabels; of indien men zou oordelen dat de horizontale natrekking voorrang heeft op de verticale, waardoor de kabels nagetrokken worden aan de onroerende installatie van waaruit ze vertrekken ("paddestoel-theorie")); ook is er soms een wetsbepaling die zonder verdere uitleg bepaalt dat de operator eigenaar blijft van de kabels (bv. in de Telecommunicatiewet). Speelt de verticale natrekking normaal wel, dan kan ze doorbroken worden door een opstalrecht toe te kennen. Om te vermijden dat dit voor een vaste termijn wordt gevestigd van max. 50 jaar wordt het opstalrecht accessoir gemaakt aan een erfdienstbaarheid (zij het een erfdienstbaarheid van openbaar nut, zij het een civielrechtelijke erfdienstbaarheid).

Problematisch was tot voor kort de opvatting dat geen zakelijke rechten kunnen worden toegekend op het openbaar domein. Minstens voor het gemeentelijk openbaar domein is intussen decretaal uitgeklaard dat dit wel kan voor zover niet kennelijk onverenigbaar met de bestemming van het openbaar domein (art. 191 Vlaams gemeentedecreet). Er zijn

¹⁰⁵ Zie uitvoerig V. SAGAERT, "Het zakenrechtelijk statuut van nutsleidingen in het Belgische recht", *TPR* 2004, 1 v.

intussen een reeks richtlijnen van de Vlaamse overheid voor erfpacht- en opstalovereenkomsten op goederen van de overheden¹⁰⁶.

c) Versterking van de positie van de echtgenoot of partner niet-grondeigenaar

1° Bij gehuwden

De “afstand van natrekking” door een van de echtgenoten ten voordele van de huwelijksgemeenschap (of ten voordele van een onverdeeldheid tussen beide echtgenoten, d.i. afstand voor de helft) komt vaak voor. Zij strekt ertoe de echtgenoot niet-grondeigenaar in een betere positie te plaatsen, vooral wanneer er gebouwd wordt met gelden van de gemeenschap of van beide echtgenoten. Zonder vestiging van een opstalrecht is het huis dus eigen, ook al is het met gemeenschappelijke gelden gebouwd¹⁰⁷.

Het gemeen recht bepaalt weliswaar een vergoedingsplicht (art. 1400 BW), maar geen zakelijke subrogatie. De vergoedingsgerechtigde echtgenoot heeft naar gemeen recht dus een loutere schuldvordering, en gebeurlijk de rechten ex art. 215 BW en soortgelijke, maar geen zakelijk recht. Ook is diens schuldvordering achtergesteld op de gemeenschapsschuldeisers.

Het is in ieder geval verstandig uitdrukkelijk te bedingen dat het opstalrecht van rechtswege eindigt bij de beëindiging van het huwelijk, of een meer genuanceerde uitdrukkelijke oplossing (bv. einde bij overlijden van de echtgenoot niet-grondeigenaar; geen einde bij overlijden van de echtgenoot-eigenaar; regeling in geval van echtscheiding afhankelijk van wie het huis heeft betaald). Verder kan men bepalingen inlassen om te vermijden dat grond en gebouw afzonderlijk zouden kunnen worden vervreemd, en over de verdeling van de prijs bij verkoop.

Problemen kunnen rijzen naargelang de kwalificatie van de overeenkomst van afstand van natrekking, d.i. tot vestiging van het opstalrecht.

- in het huwelijkscontract is alles mogelijk: is de afstanddoende echtgenoot reeds eigenaar bij het aangaan van het huwelijk, kan de afstand in het huwelijkscontract overeengekomen worden.

- tijdens het huwelijk is een verkoop in beginsel uitgesloten (1595 BW); indien het een loutere schenking is daarentegen, kan ze niet meer bindend geschieden tijdens het huwelijk (steeds herroepbaar door de afstanddoende echtgenoot). Nu zijn er ook buiten de wijziging van het huwelijksstelsel om theoretisch andere kwalificaties mogelijk dan één van deze

¹⁰⁶ Op http://binnenland.vlaanderen.be/patrimonium/erfpacht_opstal.htm, met modellen van akten.

¹⁰⁷ Zie H. DE DECKER, “De vereffening en verdeling van het huwelijksvermogen in het kader van de echtscheidingsprocedure”, *RW* 1997-98, 316.

beiden, maar de rechtspraak verklaart een afstand tijdens het huwelijk en buiten het kader van een wijzigingsakte om nietig wegens strijd met de dwingende regels inzake de wijziging van het huwelijksstelsel¹⁰⁸. Vestiging door een wijziging van het huwelijksvermogensstelsel is dan ook de enige veilige weg - wat sinds de versoepelingen van de desbetreffende procedure (zeker vanaf 1 november 2008) wel realistischer is dan voorheen. Vermits het opstalrecht een goed is, is de vestiging ervan geen gebeurlijke, maar een dadelijke wijziging¹⁰⁹. Het opstalrecht vormt dan een inbreng in de huwgemeenschap, dan wel - bij scheiding van goederen - een gemeenmaking, of juist nog een overdracht van de helft van een opstalrecht.

Ook wanneer er scheiding van goederen is, kan het enkel door de wijziging van het stelsel, aangezien het anders om de verkoop van de helft van een opstalrecht zou gaan.

- wordt de grond tijdens het huwelijk verkregen, dan kan in de verkrijgingstitel worden bepaald dat het opstalrecht door de gemeenschap wordt verkregen en de grond als eigen goed.

Een alternatief is natuurlijk om ook de grond gemeenschappelijk te maken door een wijziging van het huwelijksvermogensstelsel, en mogelijks de nodige vergoedingen te voorzien. De echtgenoten zullen dan gemeenschappelijke eigenaars zijn van het gebouw ingevolge het recht van natrekking.

NB. Het gunstig belastingstelsel is van toepassing bij de vestiging van het opstalrecht (in het kader van een huwelijk gaat het niet om een schenking, maar om een huwelijksvoordeel en is er dus geen evenredig registratierecht verschuldigd).

2° Bij samenwonenden

Zijn partijen niet gehuwd, dan rijst het probleem van art. 1595 BW niet. Anderzijds kan het opstalrecht in dat geval ook niet accessoir worden gemaakt aan het huwelijk of de huwelijksgemeenschap; het moet evenwel mogelijk zijn het accessoir te maken aan een vermogensrechtelijke samenlevingsovereenkomst¹¹⁰; meestal zal daarbij een onverdeeldheid worden overeengekomen. Heeft die enkel betrekking op de opstallen, dan

¹⁰⁸ Hof Brussel 4 februari 1993, *T. Not.* 1993, 439 = *NFM* 1993, 156 n. A. VAN MUYLDER & J. VERSTAPPEN; Rb. Doornik 5 december 1994, *Rev. trim. dr. fam.* 1995, 587; Rb. Mechelen 21 december 2001, *T. Not.* 2002, 576 n. C. DE BUSSCHERE.

¹⁰⁹ Terecht zo CUVÉLIER, *RGEN* 1981 nr. 22.5649 p. 356. *Contra* DELIEGE, p. 79; Rb. Luik 24-5-1996, *R. Not. B.* 465 noot DELIEGE; Hof Gent 6 februari 2003, *RW* 2003-2004, 957.

¹¹⁰ Zie meer algemeen over de problematiek F. BAUDONCQ en V. GUFFENS, "Bouwen op andermans grond in het specifieke geval van concubinaat", *T. Not.* 2003, 318. Voor een voorbeeld van de problemen die bij de beëindiging an het opstalrecht kunnen rijzen, zie Rb. Dendermonde 16 januari 2004, *TBBR* 2006, 234, ook besproken door D. MICHIELS, *NFM* 2006 (191) voetnoot 64.

is het dus een afstand van natrekking voor de helft, al dan niet gekoppeld aan een beding van aanwas.

d) Gebruik van het opstalrecht bij bouwpromotie

Promotoren sluiten vaak met de grondeigenaar een overeenkomst waarbij aan de verkoper in ruil voor de eigendom geen geld, maar één of meerdere appartementen worden toegezegd. Om dubbele overdracht (en meestal dubbele belasting¹¹¹) te voorkomen, wordt dan ook bij de verkoop onmiddellijk een basisakte opgemaakt, en verkrijgt de bouwpromotor slechts het aandeel dat overeenstemt met de overige appartementen.

Anderzijds bouwt de promotor normaal om te verkopen, niet om zelf eigenaar te blijven. De promotor is dan ook niet geïnteresseerd in de eigendom van de grond (veroorzaakt immers dubbele overdracht én dubbele registratierechten op de grond¹¹²), maar enkel in de (tijdelijke) eigendom van het gebouw, beperking die volmaakt mogelijk is met een opstalrecht. De promotor wil zo bovendien ook vermijden dat hij de prijs van de grond moet "voorschieten", door van de grondeigenaar te bedingen dat deze slechts zal betaald worden bij verkoop van het grondaandeel aan de koper. De promotor koopt dus niet de grond, maar bedingt van de grondeigenaar :

1° een opstalrecht (althans tot beloop van de te verkopen appartementen, niet ook voor de appartementen die aan de eigenaar moeten verblijven) en

2° een (onherroepelijke) volmacht (zie daarover de cursus Lastgeving) om bij de verkoop van elke kavel in het gebouw een overeenstemmend aandeel in de eigendom van de grond te verkopen. Ofwel: een aankoopoptie op de grond die hij voor rekening van derden (koper) en in gedeelten mag uitoefenen (of die hij althans aan derden mag overdragen, ook in gedeelten). Dit veronderstelt natuurlijk wel dat de prijs waartegen het grondaandeel zal worden verkocht, reeds overeengekomen wordt (of althans de berekeningswijze van de prijs). Bovendien zal de geldigheidsduur van de optie moeten worden bepaald, bij gebrek waarvan deze door de optiegever kan worden opgezegd.¹¹³

In uitvoering van die overeenkomst (of voorovereenkomst, bv. een optie) wordt dan een basis- of splitsingsakte opgemaakt (waarbij normaal formeel zowel de grondeigenaar als de opstalhouder partij zijn). Soms wordt daarmee gewacht tot men reeds over aankoopbeloften

¹¹¹ Ingevolge art. 14 W.Reg. is bij een ruil maar één registratierecht verschuldigd, maar het appartement zal meestal onder BTW geleverd worden, zodat zowel registratierechten als BTW worden betaald. Zie uitvoerig S. DE JONGHE, *TVV* 2006, (629) 638 v.

¹¹² Zij het dat er in sommige gevallen gunstiger regelingen gelden, zie art. 62 en 212 W.Reg.

¹¹³ Zie S. DE JONGHE, *TVV* 2006, (629) 656 nr. 158.

van kandidaat-kopers beschikt (om wijzigingen van de basisakte te vermijden).

Bij de verkoop van appartement en grondaandeel tegelijk gaat het opstalrecht wat die kavel betreft teniet door vermenging in hoofde van één persoon. Het appartement dat voor de grondeigenaar bedoeld is, zal diens eigendom worden door natrekking.

Zo verandert de grond slechts eenmaal van eigenaar, en verandert het aandeel in de grond dat toekomt aan de appartementen die de eigenaar zelf zal verkrijgen, helemaal niet van eigenaar¹¹⁴.

De "verkoper" die voor zichzelf een appartement bedingt (en dus eigenlijk een ruiler is) doet er goed aan de nodige waarborgen te eisen (waaronder, maar niet alleen, inschrijving van een onroerend voorrecht) om niet met lege handen te staan mocht de promotor failliet gaan voor de afwerking van het gebouw. Indien het om woningbouw gaat is hij in beginsel wel beschermd wordt door de Wet-Breyne, net zoals de kopers van de andere appartementen; de promotor gaat immers de verbintenis aan om te bouwen; het afstaan van de grondeigendom (of althans het grootste aandeel daarin) is de "prijs" is die betaald wordt. Om die reden is het ook in strijd met de Wet-Breyne om de eigendom van de overige grondaandelen op de promotor te laten overgaan vooraleer het appartement is afgewerkt, tenzij onder de strikte voorwaarden voor gefaseerde betaling van de Wet-Breyne¹¹⁵. De "verkoper" bedingt dus best bijkomende zekerheden en kan bv. een onroerend voorrecht inschrijven tot zekerheid van zijn schuldvordering op de bouwpromotor (mits die begroot wordt; dit kan als een schadevergoeding bij wanprestatie of uitwinning begroot worden). Hij beschikt ook in beginsel ook over de vordering tot ontbinding van de overeenkomst bij ernstige wanprestatie.

De verkoper bedingt best ook waarborgen om te vermijden dat de grond gedurende lange tijd voor hem onbeschikbaar is, zonder dat hij reeds de koopprijs ontvangt (bv. een immobilisatievergoeding; of anders ev. een prijsaanpassingsbeding). Een beding waarbij de promotor de grondaandelen aan de grondeigenaar betaalt als voorschot op de doorverkoop die nog moet plaatsvinden, is daarentegen fiscaal geheel oninteressant gezien het wettelijk vermoeden van eigendomsoverdracht aan die betaler in art. 188 W.Reg. Wel kan er

¹¹⁴ Om fiscale redenen doen partijen er goed aan om de prijs die de grondeigenaar voor de overige grondaandelen krijgt vanwege de derde-koper en de aannemingsom die de grondeigenaar aan de promotor moet betalen voor het appartement goed uit elkaar te houden. Wanneer de eerstgenoemde som eerst betaald wordt, wordt die best geconsigneerd (bv. op een derdenrekening van de notaris), zodat de bouwpromotor de zekerheid heeft dat hij betaald wordt voor het appartement voor de grondeigenaar wanneer hij (volgens de fasering van de Wet-Breyne) gerechtigd is daarvan betaling te ontvangen. Zie hierover S. DE JONGHE, *TVV* 2006, (629) 661.

¹¹⁵ Uitvoeriger ver deze problematiek S. DE JONGHE, *TVV* 2006, (629) 641.

bedongen worden dat de promotor de grondaandelen bij het verstrijken van een bepaalde termijn zelf moet inkopen (inkoopverbintenis).

NB. Het gebruik van een opstalrecht is niet noodzakelijk, in die zin dat de bouwpromotor ook alléén met volmachten van de eigenaar kan werken en als aannemer in plaats van verkoper optreden. Maar de bouwpromotor bevindt zich dan in een zwakkere positie, zeker bij insolventie van de grondeigenaar. Ook is de complexiteit in dat geval vrij groot indien niet alle kavels in dezelfde fase worden verkocht (bv. sommige op plan, sommige in aanbouw, sommige na afwerking).

Daarbij komt dat de promotoren meestal het grondaandeel verkopen met registratierechten en het gebouw onder het BTW-tarief (om aldus de zelf betaalde BTW te recupereren); daarbij wordt bij verkoop aan niet-BTW-plichtigen vaak de grondprijs kunstmatig hoog gesteld en de prijs van het gebouw beperkt tot de kostprijs, omdat de registratierechten veel lager liggen dan het BTW-tarief voor nieuwbouw.

e) Gebruik bij uitgifte van vastgoedcertificaten.

Het gaat hier niet om de eigenlijke incorporatie van onroerende eigendom in een waardepapier, maar om vastgoedcertificaten die slechts een schuldvordering belichamen. De uitgever van de certificaten is meestal de eigenaar van het gebouw krachtens een erfpacht- of opstalrecht.

f) Gebruik door de overheid in het raam van een ruimtelijk ordeningsbeleid of soortgelijk beleid¹¹⁶.

Een voordeel van het uitgeven van een erfpacht of opstalrecht aan bedrijven e.d.m. - in plaats van een overdracht in volle eigendom - is dat de verbintenissen van de opstalhouder kwalitatieve verbintenissen zijn die – betreffende de periode na de overgang - automatisch overgaan op de verkrijgers van het opstalrecht / gebouw. Dit is meer bepaald interessant wanneer die verplichting niet in de vorm van een erfdiensbaarheid kan worden gegoten. Een gewone verplichting opleggen aan een koper heeft daarentegen het nadeel dat deze niet overgaat op derden die onder bijzondere titel verkrijgen.

Bij industriezones werd er vaak overgegaan tot uitgifte in erfpacht in plaats van verkoop. De overheid kan aldus de erfpachter verplichten de grond daadwerkelijk voor het beoogde doel te gebruiken, ook zonder dat dit wettelijk is voorzien (een wettelijke regeling vinden we bv. in art. 73 en v. van het Vlaams Programmadecreet van 19 december 2003, zowel

¹¹⁶ Zie o.m. F. HAUMONT, *L'emphytéose au service de l'aménagement du territoire*, Leuven, Oyez, 1978.

voor uitgifte van gronden in eigendom als vestiging van beperkte rechten). Een ander voorbeeld zijn sportcomplexen.

Ook bv. de badstad De Haan ontstond op grond van een erfpacht door de Staat aan een vastgoedmaatschappij (wijk van de “concessie”)

In Louvain-la-Neuve heeft de UCL de meeste gronden waarop door derden is gebouwd, niet in eigendom vervreemd, maar slechts in erfpacht uitgegeven (voor 99 jaar).

(NB. Wat de mogelijkheid van opstal en erfpacht op goederen van het openbaar domein betreft, zie hoger).

Omgekeerd gebeurt het ook dat aan de overheid een opstalrecht of erfpacht wordt verleend door een eigenaar die de eigendom niet definitief wil afstaan; een typisch voorbeeld betreft gebouwen met een erfgoedwaarde, die voor de duur van de overeenkomst door een overheid of stichting onderhouden worden en opengesteld voor het publiek.

g) (Onroerende) financieringshuur (*leasing*)¹¹⁷

Privaatrechtelijk is deze figuur niet bijzonder wettelijk geregeld, en moet men dus grotendeels terugvallen op de regels van andere overeenkomsten. Wel is er een K.B. dat op belastinggebied de voorwaarden bepaalt om de BTW te kunnen recupereren bij onroerende *leasing* (nu KB nr. 30 van 29 december 1992 m.b.t. de toepassing van de BTW op de onroerende financieringshuur, zoals meermaals gewijzigd. Sedert KB 10 januari 2005 is er een maximumtermijn van 15 jaar voor aflossing van de financieringshuur opdat de BTW onmiddellijk zou kunnen worden afgetrokken). Immers, onroerende *leasing* is een professionele verhuring en wel aan BTW onderworpen. Het succes van onroerende *leasing* berust overigens hoofdzakelijk op belastingredenen (nl. recuperatie van de BTW op de bouwkost door die af te trekken van de op de huurprijs geïnde BTW).

Algemene kenmerken :

- *leasing* is normaal een driepartijenoperatie (bij tweepartijenoperatie spreekt men van een huurkoop indien de leverancier tegelijk verhuurder - met koopoptie - is, en van *sale-lease-back* indien de leverancier tegelijk - verkoper en - huurder is); de *leasingovereenkomst* zelf is evenwel een tweepartijenovereenkomst tussen *leasingnemer* en *leasinggever*, die op grond van haar bedingen normaal onafhankelijk (althans zeer beperkt afhankelijk) zal zijn van de andere overeenkomst (de koop- of aannemingsovereenkomst).
- strekt normaal tot financiering van de oprichting van een gebouw. Zie art. 1 KB :

¹¹⁷ Bibliografie op de webiste van de leasingvereniging: <http://www.blv-abl.be/nl/bibliographie.html>

gebouwd onroerend goed opgericht of verkregen door de leasinggever op specificatie van de *leasingnemer*; voor nijverheids- of handelsdoeleinden (BTW-plichtige) en gebouwd onder BTW-regime (dus nieuwbouw of zeer jong).

- verkoopbelofte van de grondeigenaar jegens de toekomstige leasinggever en /of leasingnemer (meestal een overdraagbare optie). Of de ene dan wel de andere koopt, hangt ervan af waar men naar toe wil bij het verstrijken van de leasingovereenkomst. Een mogelijke constructie is ook dat de grondeigenaar, die financiering zoekt, de *leasingmaatschappij* een erfpachtrecht verleent, binnen het kader waarvan deze een opstal uit geeft (in zulk geval is het veeleer een tweepartijenoperatie).

- de *leasinggever* sluit met de leasingnemer een erfpacht- of opstalovereenkomst onder opschortende voorwaarde dat de aankoop plaatsvindt (en meestal ook van uitvoering der werken); de gebouwen worden meestal in *leasing* gegeven in de vorm van een opstal indien de leasinggever zelf erfpachter wordt, en in de vorm van erfpacht indien de leasinggever grondeigenaar wordt.

- de *leasinggever* geeft de *leasingnemer* vaak volmacht om voor zijn rekening te contracteren met de aannemers e.d.

- de *leasinggever* koopt de grond of een erfpacht erop en financiert de gebouwen (indien het om op te richten gebouwen gaat, geeft hij in de praktijk volmacht aan de *leasingnemer* om in naam van en voor rekening van de *leasinggever* als bouwheer op te treden).

- inwerkingtreding van de leasingovereenkomst. Meestal is dit een erfpachtovereenkomst (normale vorm indien de *leasinggever* eigenaar is) of een opstalovereenkomst (indien de leasinggever slechts erfpachter is), anders een niet-opzegbare huur. Zie art. 2 K.B. nr. 30: voor BTW is vereist dat het om een niet eigendomsoverdragende en niet opzegbare overeenkomst gaat.

Ook indien het een huur is, mag de *leasinggever* zijn verbintenis beperken tot een eenmalige prestatie (financiering + terbeschikkingstelling van de zaak), zonder enige verdere vrijwaringsplicht¹¹⁸ (Cass. 1993). Doch bij erfpacht en opstal is dit onbetwistbaar, en daarom wordt meestal daarvoor verkozen. Ook wil men vermijden dat bepaalde dwingende regels inzake huur toepasselijk zouden kunnen zijn, bv. de handelshuurwetgeving. Ten slotte kunnen er ook belastingredenen zijn.

- de financiering wordt terugbetaald in de vorm van cijnspacht- (= canon) of huurgelden, waarmee over de loop van de overeenkomst het gefinancierde kapitaal gereconstitueerd wordt (dus los van de huurwaarde).

- typisch aan de *leasing* vergeleken met andere constructies is dat de *leasingnemer* op het einde een optie heeft om het gebouw aan te kopen (zie eveneens het KB nr. 30:

¹¹⁸ Cass. 17 juni 1993, met noot M.E. STORME 'De wijde mantel van de huurovereenkomst biedt ook plaats aan zuivere financieringshuur zonder waarborg door de lessor', *Rec. Cass.* 1993, 179 v. en noot J. HERBOTS, "HERBOTS, "Réflexions à propos de la nature du leasing, avant-contrat innommé, typique et fiduciaire", *RCJB* 1996, 234-261.

aankoopoptie). Indien de *leasing*nemer zelf blote eigenaar is van de grond, wordt dan ook normaal voorzien dat het recht van de leasinggever langer duurt dan de leasingovereenkomst zelf (anders geniet men niet van KB nr. 30 en is wel het een evenredig registratierecht verschuldigd op grond van gesimuleerde verkoop). Wordt de optie niet uitgeoefend, dan wordt hij op het einde van rechtswege eigenaar van de opstallen. Is niet de leasingnemer eigenaar, dan zal de grondeigenaar de gebouwen verwerven krachtens natrekking.

h) Andere samenwerkingsvormen

Er zijn nog vele andere gevallen waar een tijdelijk eigendomsrecht in de vorm van erfpacht of opstal wordt uitgegeven in ruil voor werken door de erfpachter of opstalhouder te verrichten. Zo werden de jongste decennia renovatieprojecten vaak gerealiseerd door uitgifte van een erfpacht op opstal voor een bepaalde duur ten gunste van de persoon die de renovatie of restauratie zou betalen (met afstand van vergoeding op het einde van de termijn) (vb. Groot Begijnhof Leuven, Klein begijnhof Gent).

LITERATUUR¹¹⁹

- F. AEBY, "La location - financement d'immeubles (leasing)", *Rec. gén. enr. not.* 1971, p. 5-26, nr. 21421.
- G. BAERT, *Privaatrechtelijk Bouwrecht*, Deurne, Kluwer, 1994, 207-215.
- G. BLOCKX, F. LENS en L. WYNANT, *Erfpacht, opstal en erfdiensbaarheden*, Kluwer 2006
- R. BROUW, "Opstal - Verhuring - Natrekking - Een nieuw kredietpatroon inzake investering in gebouwen", *Rev. banque* 1963, 489-531.
- C. BUELENS en J.L. VERHAVERT, "Erfpacht en opstal in België", *De Pacht*, 1978, 2-18.
- R. CARTON DE TOURNAI en A. CHARLIER, "Quelques considérations d'actualité sur l'emphytéose et la superficie", *JT* 1971, 69-72.
- R. CARTON DE TOURNAI en A. CHARLIER, "Renaissance de l'emphytéose et de la superficie", in FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITE DE LIEGE (ed.), *Renaissance du phénomène contractuel*, Den Haag, Martinus Nijhoff, 1971, 129-197.
- R. CARTON DE TOURNAI en A. MERTENS DE WILMARS, "Emphytéose, Superficie et leasing mobilier", in *Répertoire notarial*, II, 6, Brussel, Bruylant, 1974, 49 - 80-2. Met bijwerking op 1 januari 1980 door HAUMONT, F.
- R. CARTON DE TOURNAI en A. CHARLIER, "Quelques considérations d'actualité sur l'emphytéose et la superficie", *JT* 1971, 69 v.;
- J.M. CHANDELLE, "Superficie", *RPDB* 1990, 1119 v.
- A. CHARLIER, "Onroerende leasing", *TPR* 1983, (457) 458-463, nrs. 2-5.

¹¹⁹ Met dank aan M. TRAEST voor documentatie.

- C. CLOSSET, "Un nouveau type de contrats de l'administration: les concessions immobilières consenties par les pouvoirs locaux sous réserve d'un droit de superficie dans un but d'expansion économique", *Mouv. Comm.* 1968, 214 v.;
- J.P. COPPEE, "Chronique de jurisprudence. L'expropriation", *J.T.* 1979, (97) 133 nr. 195.
- P. DAIVE, "L'intérêt économique du régime fiscal de l'emphytéose" (noot onder Brussel 26 mei 1978), *T. Aann.* 1979, 150-158.
- P. DEHAN, "L'utilisation actuelle de l'emphytéose, de la superficie, du bail et du mandat à des fins autres que celles prévues par le législateur", in *Le droit de la construction et de l'urbanisme*, Brussel, 1796, 479 v.;
- DELNOY, P., *Politique agricole des structures et régimes juridiques d'exploitation du facteur terre*, Luik, Faculté de droit, 1975, 546 p.
- R. DEKKERS, *Handboek Burgerlijk Recht*, I, Brussel, Bruylant, 1972, p. 752-759, nrs. 1432-1449.
- S. DE JONGHE, "Technieken waarbij een bouwpromotor rechten op een onroerend goed verwerft", *Tijdschrift verkoop vastgoed* 2006, 629 v.
- A. DELIEGE, "La renonciation à accession entre époux", in *Les contrats entre époux*, red. J.L. Jeghers, Bruylant Brussel 1995, p. 63 v.
- H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VI, Brussel, Bruylant, 1953, p. 577-613, nrs. 681-718.
- R. DERINE, "Overzicht van rechtspraak (1965-1968). Zakenrecht", *T.P.R.* 1969, (681) 751, nr. 99-100
- R. DERINE & P. HAMELINK, "Overzicht van rechtspraak (1969-1972). Zakenrecht", *T.P.R.* 1973, (781) 823-824, nr. 62-63.
- R. DERINE & P. HAMELINK, "Overzicht van rechtspraak (1973-1979). Zakenrecht", *T.P.R.* 1981, (135) 173-176, nrs. 67-73.
- R. DERINE, "Overzicht van rechtspraak (1961-1964). Zakenrecht", *T.P.R.* 1965, (53) 80-81, nr. 40-41.
- R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht II/B*, in DILLEMANS, R. en VAN GERVEN, W. (eds.), *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 1984, p. 843-952, nrs. 996-1037.
- J. DE VROE, "De verzaking aan natrekking - Het verblijvingsbeding. Deemstering van een gevestigde notariële praktijk", *Notarius* 1984, 276-277.
- M. DONNAY, "L'emphytéose", *Rec. gén. enr. not.* 1974, p. 209-242, nr. 21803.
- A. DORSIMONT, "Emphytéose", *Res Jur. Imm.* 1973, p. 93-97, nr. 5249.
- H. DUFAUX, "La renonciation à accession - Analyse et implications", *Rev. not. b.* 1980, 7-17.
- J. FALYS, "Du droit de superficie des concessionnaires et permissionnaires sur les constructions élevées par eux sur le domaine public", *Ann. dr.* 1960, 59-90.
- G. GALOPIN, *Les biens, la propriété et les servitudes*, Luik, H. Vaillant-Carmanne, 1932, p. 191-193, nrs. 226-234 en p. 125-127, nr. 110-112.
- B. GLANSDORFF, "Chronique de jurisprudence. Les droits réels (1965-1966)", *J.T.* 1968, 1-2, nr. 9 en 4, nr. 23.
- J. HANSENNE, "Examen de jurisprudence (1970 à 1975). Les biens", *R.C.J.B.* 1977, (83) 191, nrs. 73-75.
- J. HANSENNE, "Examen de jurisprudence (1976 à 1981). Les biens", *R.C.J.B.* 1984, (53) 172-174, nrs. 100-104.
- J. HANSENNE, "Examen de jurisprudence (1982 à 1988). Les biens", *R.C.J.B.* 1990, (285 en 443) 530-531, nrs. 113-115.

- J. HANSENNE, *Les Biens. Précis*, II, Luik, Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1996, p. 1231-1258, nrs. 1217-1256.
- F. HAUMONT, *L'emphytéose au service de l'aménagement du territoire*, Leuven, Oyez, 1978, 181 p.
- F. HEILIER, "Le bail emphytéotique et la loi du 4 novembre 1969 sur le bail à ferme", *Res Jur. Imm.* 1973, p. 185-189, nr. 5281.
- A. HEYVAERT, "Beschouwingen over de afstand van het recht van natrekking en de horizontaal gescheiden onroerende eigendom", *T.P.R.* 1964, 333-349.
- F. ISTAS, "Réflexions sur le droit d'accession", *Rev. prat. not.* 1967, 270-275.
- W. JANSSENS, "L'accession et la propriété horizontale", *Rev. prat. not. b.* 1960, 310-318.
- W. JANSSENS, "L'accession et la propriété horizontale", *Rev. prat. not. b.* 1961, 47-49.
- A. KLUYSKENS, *Beginselen van Burgerlijk Recht*, V, Antwerpen, Standaard, 1956, p. 243-251, nrs. 238-249.
- J. KOKELENBERG, *De onroerende voorrechten. Een case-study in verband met de aktualiteit van het Belgisch voorrechtensysteem*, Leuven, Acco, 1975, 26-27.
- J. KOKELENBERG, Th. VAN SINAY en H. VUYE, "Overzicht van rechtspraak. Zakenrecht (1980-1988)", *T.P.R.* 1989, (1689) 1771-1774, nrs. 105-115.
- J. KOKELENBERG, Th. VAN SINAY en H. VUYE, "Overzicht van rechtspraak. Zakenrecht (1989-1994)", *T.P.R.* 1995, (503) 636-642, nrs. 96-102.
- M. LAHAYE, "L'accession et le bail à loyer", *J.T.* 1950, 117-122.
- M. LAMBERT, "Emphytéose et condition résolutoire tacite", *Rev. not. b.* 1988, 314-323.
- F. LAURENT, *Principes de droit civil*, VIII, Brussel, Bruylant, 1873, p. 410-489, nrs. 340-434.
- J.M. LEBOUTTE, "Het verlenen van het erfpachtrecht door de gemeenten", *De Gem.*, 1979, 171 v.;
- P. LECOCQ, "Superficie et emphytéose: questions d'actualité", in *Le point sur le droit des biens*, CUP Luik 2002.
- F. LENS en L. WYNANT, "Opstal", in X., *Het onroerend goed in de praktijk*, losbl.
- F. LENS en L. WIJNANT, "Erfpacht", in X., *Het onroerend goed in de praktijk*, losbl.;
- P. LEVIE, *Traité théorique et pratique des constructions érigées sur le terrain d'autrui*, Leuven, 1951;
- A. LIMPENS, "De juridische aard der oude cijnsrechten", *R.W.* 1947-48, 945-952.
- D. MEULEMANS (red.), *Vruchtgebruik, erfpacht en opstal*, 1998
- D. MICHIELS, "Actuele ontwikkelingen inzake vruchtgebruik, erfpacht en opstal", *Not.Fisc.M.* 2006 / 7, 191 v.
- D. MICHIELS, "Het accessoir opstalrecht", *T.Not.* 2007, 213 v.
- C. MOSTIN, "Examen de la proposition de loi relative au bail emphytéotique", *Rev. not. b.* 1993, 286-293. *Pand. b.*, tw. *Emphytéose*, nrs. 1-338.
- C. MOSTIN, *Emphytéose et superficie*, *Répertoire notarial* 2004, nr. 18; *Pand. b.*, tw. *Superficie*, nrs. 1-106.
- B. PEETERS en C. LANTONNOIS VAN RODE, *Fiscale aspecten van het recht van opstal en van erfpacht*, Brussel, Kluwer, 1992, 108 p.
- C. RENARD, "Examen de jurisprudence (1949 à 1951). Personnes et biens", *R.C.J.B.* 1953, (131) 246-247, nr. 62.

- C. RENARD en J. HANSENNE, *La propriété des choses et les droits réels principaux*, IV, Luik, Presses universitaires de Liège, 1980, p. 725-738, nrs. 663-702.
- C. RENARD en E. VIEUJEAN, "Examen de jurisprudence (1956 à 1960). Personnes et biens", *R.C.J.B.* 1962, (235) 243-246, nrs. 106-107.
- C. RENARD en J. HANSENNE, "Examen de jurisprudence (1966 à 1969). Les biens", *R.C.J.B.* 1971, (99) 188-191, nr. 57-58.
- C. RENARD, "La renonciation à l'accession", (noot onder Cass. 13 mei 1970), *R.C.J.B.* 1980, 18-31.
- V. RENIER, "Chronique de jurisprudence. Le bail à ferme et le droit de préemption (1970-1981)", *J.T.* 1981, (561) 568 v, nr. 20 v.
- J.F. ROMAIN (red.), *Droits réels. Chronique de jurisprudence 1998-2005*, Larcier 2007 (Dossiers du JT 63), p. 307 v.
- L. ROUSSEAU, "La construction d'une habitation par des époux communs en biens sur un terrain propre à l'un deux. Renonciation au droit d'accession", *Rev. not. b.* 1994, 214-225.
- R.P.D.B.*, tw. *Emphytéose*, nrs. 1-88.
- V. SAGAERT, "Oude zakenrechtelijke figuren met nut voor een moderne familiale vermogensplanning: knelpunten van tontine vruchtgebruik, erfpacht en opstal", in *Familiale vermogensplanning*, Kluwer Mechelen 2004, in de 21e eeuw
- V. SAGAERT & M. SOMERS, "Erfpacht, ontbinding en faillissement: een complexe trilogie", *T.Not.* 2008, 78 v.
- V. SAGAERT, "Volume-eigendom", *TPR* 2009, p. (21)
- K. SCHELLEKENS, "Erfpacht en opstal op nieuwe gebouwen", in *Fiscaal praktijkboek 1994-95*, Indirecte belastingen, p. 183 v.
- A. SCHICKS en A. VANISTERBEEK, *Traité-formulaire de la pratique notariale*, II, Leuven, Fonteyn, 1925, p. 594-599, nr. 179 v.
- S. SNAET "Recht van opstal", in X., *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Kluwer Antwerpen (losbladig)
- J. STEENBERGEN en F. VANISTENDAEL, "Huur en erfpacht van onroerende goederen. Vrijstellingen wegens activiteit zonder winstoogmerk", *A.F.T.*, 1975, 243-250.
- S. TIJNS en H. VUYE, "Tendances et réflexions en matière d'abus de droit de biens", in F. VAN NESTE, J. KOKELENBERG, H. VUYE en P. WERY (red.), *Eigendom. Propriété*, Brugge, Die Keure, 1996, (97) 148-153, nr. 46-49.
- G. SUETENS-BOURGEOIS, "De onteigeningsvergoedingen", *R.W.* 1973-74, (2079) 2098.
- S. TERRAS, "De fiscale aspecten van het recht van vruchtgebruik, erfpacht en opstal", *Waarvan Akte* 1997, 113-124.
- M. THUYSBAERT, "De eeuwigdurende erfpacht", *R.W.* 1957-58, 985-992.
- R. VALENTIN, "L'emphytéose et la taxation des revenus fonciers", *J.D.F.* 1976, 65-80.
- S. VAN CROMBRUGGE, "Fiscale aspecten van de rechten van erfpacht en opstal", in X (ed.), *Zakenrecht. Absoluut niet een rustig bezit*, Antwerpen, Kluwer, 1992, 375-401.
- S. VAN CROMBRUGGE, "Simulatie van huurcontract en recht van opstal", (noot onder Brussel 5 november 1993), *T. Not.* 1994, 337-338.

- A. VAN MUYLDER en J. VERSTAPPEN, "Actuele problemen inzake het recht van natrekking, de verzaking daaraan en het recht van opstal", *T. Not.* 1992, 281-339.
- A. VAN MUYLDER en J. VERSTAPPEN, "Problèmes actuels relatifs au droit d'accession, à la renonciation à ce droit et au droit de superficie", *Rec. gén. enr. not.* 1992, p. 369-411, nr. 24156 en *Rec. gén. enr. not.* 1993, p. 209-241, nr. 24226.
- E. VAN DE VELDE, "Het cijns (of erf-)pachtrecht", *T. Not.* 1973, 257-263.
- C. VAN HALEWYN en H.D. BOSLY, "Le leasing immobilier", *Rev. not. b.* 1975, (287) 302.
- K. VANHOVE & F. BAUDONCQ, "Combinatie van beperkt zakelijke rechten. Over de interne grenzen van vruchtgebruik, erfpacht, opstal en erfdienstbaarheden", *NFM*, 2004, 135-153
- A. VAN OEVELEN, "Overeenkomsten op basis van het recht van erfpacht en het recht van opstal. Onroerende leasing: een theoretisch kader", in KONINKLIJKE FEDERATIE VAN BELGISCHE NOTARISSEN (ed.), *Oude en nieuwe rechtsfiguren*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 1-55.
- A. VAN OEVELEN, "Recente ontwikkelingen inzake het recht van erfpacht, het recht van opstal en de onroerende leasing", in F. BOUCKAERT, C. DE WULF, L. WEYTS en G. VAN OOSTERWIJCK (red.), *Zaken- en contractenrecht*, Brugge, Die Keure, 1991, (59) 59-79.
- A. VAN OEVELEN, "Actuele ontwikkelingen inzake het recht van erfpacht en het recht van opstal", in X (ed.), *Zakenrecht. Absoluut niet een rustig bezit*, Antwerpen, Kluwer, 1992, (321) 324-374.
- Th. VAN SINAY, "Bouwen op andermans grond - In het algemeen en in enkele bijzondere gevallen - vergoedingsregeling - enkele bedenkingen", in F. VAN NESTE, J. KOKELENBERG, H. VUYE en P. WERY (red.), *Eigendom - Propriété*, Brugge, Die Keure, 1996, (321) 356-358, nrs. 73-75.
- A. VERBEKE & K. VANHOVE, "Actualia vruchtgebruik, erfpacht, opstal en erfdienstbaarheden", *Themis zakenrecht 2002-2003*
- A. VERBEKE en S. SNAET, "Meccano-goederenrecht", *Liber amicorum Hugo van den Berghe*, die Keure Brugge 2007, p. 365-393.
- K. VERHEYDEN, *Eigendomsverwerving door onroerende natrekking. De rechten van erfpacht en opstal*, Centrum voor fiscale wetenschappen en bedrijfsbeleid Brussel 1986
- J. VERSTAPPEN, "Een nieuwe kijk op drie oude zakelijke rechten: erfpacht, opstal en vruchtgebruik", in *Zakelijke rechten en fiscaliteit*, KFBN / Maklu 2004
- E. VIEUJEAN, "Examen de jurisprudence (1960 à 1964). Personnes et biens", *R.C.J.B.* 1966, (311) 314-318, nr. 61-62.
- P. VITS, "Zakelijke genotsrechten als alternatief voor huur en pacht", in D. MEULEMANS (red.), *Een onroerend goed huren en verhuren*, Leuven, Acco, 1996, 35-51.
- F. WERDEFROY, "Verlof tot bouwen met afstand van het recht van natreking", *T. Not.* 1981, 65-84.
- F. WERDEFROY, "Beschouwingen over de onroerende natrekking, het recht van erfpacht, het recht van opstal, en het verlof tot bouwen", *T.P.R.* 1983, (293) 312-325.
- F. WERDEFROY, "Beëindiging van de erfpacht", *Not.Fisc.M.* 1994 afl. 5, 1-12.
- M. WILLE, "Des Biens et des différentes Modifications de la Propriété", in *Les Nouvelles. Droit civil*, III, Brussel, Larcier, 1941, nrs. 1276-1320 septies.