

2012•2013

FACULTEIT RECHTEN

master in de rechten: rechtsbedeling

Masterproef

De herkwalficatie van zakelijke gebruiks- en
genotsrechten

Promotor :
Prof. dr. Vincent SAGAERT

Neel Devrindt

*Masterproef voorgedragen tot het bekomen van de graad van master in de rechten ,
afstudeerrichting rechtsbedeling*

De transnationale Universiteit Limburg is een uniek samenwerkingsverband van twee universiteiten
in twee landen: de Universiteit Hasselt en Maastricht University.



Universiteit Hasselt | Campus Hasselt | Martelarenlaan 42 | BE-3500 Hasselt
Universiteit Hasselt | Campus Diepenbeek | Agoralaan Gebouw D | BE-3590 Diepenbeek



Maastricht University

2012•2013

FACULTEIT RECHTEN

master in de rechten: rechtsbedeling

Masterproef

De herkwalificatie van zakelijke gebruiks- en
genotsrechten

Promotor :
Prof. dr. Vincent SAGAERT

Neel Devrindt

*Masterproef voorgedragen tot het bekomen van de graad van master in de rechten ,
afstudeerrichting rechtsbedeling*

Korte samenvatting

Naar aanleiding van het behalen van een masterdiploma in de rechten is het een vereiste een masterthesis te schrijven. Het schrijven van deze thesis wordt dan ook beschouwd als een examenonderdeel voor het behalen van dit diploma. Het tweede masterjaar van de opleiding is dan ook grotendeels gewijd aan het schrijven van dit werk. Het doel van de masterthesis bestaat erin dat men blijk geeft van een kritisch en analytisch vermogen en het aantonen van een probleemoplossend vermogen op zelfstandige wijze.

Het onderwerp van deze thesis is de herkwalificatie van zakelijke rechten. Aan de hand van een literatuurstudie en een kritische analyse van wetgeving, rechtspraak en rechtsleer werd er gezocht naar een antwoord op de vraag in welke mate de rechtspraak van het Hof van Cassatie een invloed heeft gehad op de mogelijkheid om over te gaan tot herkwalificatie van zakelijke rechten. De bespreking van deze vraag bleef niet beperkt tot de burgerrechtelijke aspecten. Er werd namelijk ook kort ingegaan op de fiscaalrechtelijke herkwalificatie.

De herkwalificatie van zakelijke rechten heeft immers grote gevolgen voor de partijen die hiermee geconfronteerd worden. De gevolgen van dergelijke herkwalificatie kunnen dan ook een zeer ingrijpende invloed hebben op een contractuele relatie. Het is namelijk zo dat door een herkwalificatie de overeenkomst binnen een andere wettelijk kader valt dan dat kader waar de partijen in hadden voorzien. Het is dan ook belangrijk dat men weet met welke factoren men rekening moet houden om niet onder de herkwalificatiebevoegdheid van de rechter te kunnen vallen. Deze studie is dan ook gericht op het vinden van richtlijnen die men kan volgen om niet geconfronteerd te worden met een herkwalificatie. Op die manier wordt er dan ook deels afgedaan met de rechtsonzekerheid met betrekking tot deze bevoegdheid van de feitenrechter.

Uit deze studie is gebleken dat de herkwalificatie van overeenkomst op burgerrechtelijk vlak onderhevig is geweest aan een aantal evoluties. Deze evoluties deden zich vooral voor binnen de rechtspraak van het Hof van Cassatie. Het Hof heeft immers in een aantal principesarresten gesteld dat de feitenrechter dient te vertrekken vanuit de kwalificatie die de partijen aan de overeenkomst hebben gegeven. Het komt erop neer dat men enkel kan herkwalificeren indien de kwalificatie door de partijen onverenigbaar is met het wettelijk kader rond deze kwalificatie.

Nu er zich ook een evolutie aan het voltrekken is binnen het goederenrecht, waarbij het *numerus clausus beginsel* aan kracht verliest, lijkt het moeilijk geworden voor de feitenrechter om nog over te gaan tot een herkwalificatie met betrekking tot zakelijke rechten. Het zakenrecht evolueert immers meer en meer naar een open systeem. Dit heeft tot gevolg dat er sprake is van een vervaging van de grenzen tussen de zakelijke rechten en dat er dus nog maar zelden sprake zal zijn van voormelde onverenigbaarheden.

Binnen het fiscaal recht zien we ook een belangrijke evolutie, die het gevolg is van belangrijke rechtspraak van het Hof van Cassatie. Het Hof maakt het gebruik van het oorspronkelijke artikel 344, §1 WIB/92 immers nagenoeg onmogelijk binnen het kader van zakelijke rechten. Om deze reden heeft de wetgever het initiatief genomen en heeft deze een nieuwe anti-rechtsmisbruikartikel in het leven geroepen. Ook de gevolgen hiervan zullen worden behandeld.

Dankwoord

Deze thesis vormt het sluitstuk van een vijfjarige periode die ik heb doorgebracht aan de Universiteit Hasselt als rechtenstudent. Na deze periode van zware inspanningen hoop ik dan ook dat dit werk een bekroning zal zijn voor de inzet en het doorzettingsvermogen dat het doorlopen van de rechtenopleiding vergde. Hoe dan ook, wens ik bij deze een aantal personen in het bijzonder te bedanken.

In de eerste plaats wil ik me dan ook met een woord van dank richten tot mijn promotor professor dr. Vincent Sagaert. Niet alleen zijn feedback is een grote hulp geweest bij het verwezenlijken van dit werk, maar ook zijn hoorcolleges vormden een zekere inspiratiebron voor het kiezen van een onderwerp in het zakenrecht. De passie voor zijn vak en voor het recht in het algemeen werkten dan ook uiterst aanstekelijk. Daarnaast wens ik ook Johan Vannerom te bedanken voor de contactmomenten waarbij hij me bijstond met raad en daad. Zonder zijn hulp en concrete tips was deze thesis nooit zo vlot tot stand gekomen.

Ook moet ik me wenden tot mijn ouders, die het mogelijk hebben gemaakt de rechtenopleiding aan te vatten. Zonder hun onvoorwaardelijke steun was deze thesis nooit tot stand gekomen. Ten slotte ook een woord van dank naar mijn vriendin. Ook zij stond me voortdurend bij tijdens deze zware jaren en nam de tijd om me te helpen waar mogelijk.

Ik wil al deze mensen dan ook oprecht bedanken.

Neel Devrindt

15 mei 2013

Inhoud

Deel 1: Inleiding.....	5
Deel 2: Civielrechtelijke herkwalficatie	11
Hoofdstuk 1: Gemeen recht	11
A. Algemeen.....	11
B. Cassatie 22 oktober 1982	12
C. Wat is (her)kwalficeren ?.....	14
D. Wanneer herkwalficeren ?	14
I. Oorspronkelijk	15
II. De Evolutie.....	18
III. De arresten	20
IV. Gevolgen.....	22
Hoofdstuk 2: Zakenrechtelijk luik.....	27
A. Het numerus clausus beginsel.....	27
B. Toepassing op zakelijke rechten.....	31
I. Recht van vruchtgebruik.....	32
a. Algemeenheden inzake vruchtgebruik.....	32
b. Bevoegdheden van de vruchtgebruiker	38
c. Samengevat	41
II. Het recht van erfpacht	42
a. Algemeenheden inzake erfpacht.....	42
b. Bevoegdheden van de erfpachter	50
c. Samengevat	51
III. Het recht van opstal	53
a. Algemeenheden inzake opstal	53
b. Bevoegdheden van de opstalhouder	56
c. Samengevat	57
Deel 3: Fiscale herkwalficatie	59
Hoofdstuk 1: Belastingontwijking en belastingontduiking.....	59
Hoofdstuk 2: Artikel 344,§1 WIB/92	61
A. Een bron van discussie	61
B. Naar een nieuwe <i>anti-rechtsmisbruikbepaling</i>	64
Deel 4: Conclusie	67
Bibliografie	71

Deel 1: Inleiding

1. *GESLOTEN VERSUS OPEN SYSTEEM.* – Het goederenrecht wordt gekenmerkt door het *numerus clausus* beginsel, op basis waarvan er een formele scheidingslijn ontstaat tussen het goederenrecht en het personenrecht. Het voormelde beginsel houdt immers in dat er een gesloten systeem bestaat voor zakelijke rechten. Dat gesloten systeem wordt gewaarborgd door het feit dat het *numerus clausus* beginsel impliceert dat vermogensrechten slechts beschouwd kunnen worden als zijnde zakelijke rechten voor zover dit door de wet wordt voorgeschreven én dat contractspartijen niet over de vrijheid beschikken om nieuwe zakelijke rechten in het leven te roepen.¹

Op die manier lijkt er weinig ruimte te bestaan voor de partijen, die een zakelijk recht in het leven willen roepen, om, zoals in het verbintenissenrecht, gebruik te maken van het principe van de wilsautonomie. Dit onderscheid tussen persoonlijke rechten en zakelijke rechten kan men echter nuanceren. Het is immers zo dat de wetgever uiteindelijk wel voorziet in enige vrijheid voor de partijen om de inhoud van hun zakelijke recht te bepalen naar hun concrete wensen en dit door gebruik te maken van regels van aanvullend recht bij de bepalingen inzake zakelijke rechten. Deze vrijheid is weliswaar niet onbeperkt. Regels van dwingend recht zullen gerespecteerd moeten worden door de partijen. Daarnaast zijn ze ook gebonden door de wezenskenmerken van de verschillende zakelijke rechten.²

Het gevolg van die beperkte contractsvrijheid is dat de kwalificatie die zij aan hun overeenkomst geven onvoldoende zal zijn om de precieze draagwijdte ervan te achterhalen. Men kan immers uiterst ver gaan in het moduleren van de inhoud van de overeenkomst zonder dat het *numerus clausus* beginsel hieraan in de weg staat. Concreet betekent dit dat een grondige studie van de inhoud van dergelijke overeenkomsten een vereiste is om enig inzicht te verwerven met betrekking tot de gevolgen ervan.³

Partijen beschikken immers over de mogelijkheid om de verschilpunten die bestaan tussen verschillende zakelijke rechten contractueel weg te werken, waardoor het onderscheid tussen een recht van vruchtgebruik, erfpacht en opstal, waar de wilsautonomie het sterkst doorwerkt, dreigt te vervagen.⁴ Wanneer een concreet verschilpunt immers slechts op aanvullende wijze geregeld is in

¹ V. SAGAERT, "Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot een nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten", TPR 2005, 1013-1014; V. SAGAERT, B. TILLEMEN EN A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 11-13; S. VAN ERP EN B. AKKERMANS, *Cases, materials and text on property law*, Oxford, Hart Publishing, 2012, 68-72

² V. SAGAERT, "Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot een nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten", TPR 2005, 1014; V. SAGAERT, B. TILLEMEN EN A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 14-15

³ V. SAGAERT, "Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot een nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten", TPR 2005, 1029-1030

⁴ V. SAGAERT, "Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot een nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten", TPR 2005, 1014

de relevante rechtsregels staat niets de contractspartijen in de weg een afwijkende contractuele regeling te treffen.⁵

Zo is het o.m. mogelijk contractueel te bepalen dat een vruchtgebruiker de bestemming van het in vruchtgebruik gegeven goed niet moet respecteren, ondanks het feit dat artikel 578 BW net bepaalt dat de bestemming van het goed niet gewijzigd kan worden. Althans, dit is de opvatting die een aantal auteurs volgen. Deze functionele opvatting van de beschikkingsbevoegdheid van de vruchtgebruiker wordt immers niet door alle auteurs gedeeld. Ook de verplichte borgstelling van de vruchtgebruiker kan luidens artikel 601 BW zelf contractueel worden uitgesloten. Beide voorbeelden, die een louter exemplatieve rol vervullen, leiden ultiem tot een vervaging van de grens tussen het recht van vruchtgebruik, enerzijds, en het recht van erfpacht en opstal, anderzijds.⁶

Overigens biedt dit ook perspectieven voor partijen om het door hen gewenste resultaat te bereiken op een wijze die voor hen bepaalde voordelen met zich mee brengt, terwijl men deze voordelen onmogelijk had kunnen verwerven bij de strikte toepassing van het *numerus clausus* beginsel. Zoals hierboven reeds is uiteengezet, kunnen de partijen immers een kwalificatie geven aan hun overeenkomst, om deze voordelen te genieten, terwijl de inhoud van het contract eerder aansluit bij een andere rechtsfiguur zonder dat men hierbij het *numerus clausus* beginsel schendt. Niet zelden zijn de voormelde voordelen van fiscale aard.⁷

2. *NIET TEGENWERPELIJKHEID VAN DE KWALIFICATIE.* – Het Hof van Cassatie bepaalde echter in zijn arrest van 22 oktober 1982 dat de rechter in zijn zoektocht naar de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen niet gebonden is door de kwalificatie die de partijen aan de overeenkomst gegeven hebben.⁸ Het is de rechter met andere woorden toegestaan de kwalificatie van de overeenkomst te wijzigen wanneer de feitelijke gegevens, binnen en buiten de overeenkomst, erop wijzen dat de partijen de gemeenschappelijke bedoeling hadden een ander zakelijk recht te doen ontstaan dan de kwalificatie van de overeenkomst doet uitschijnen.⁹ Niet alleen in de situatie waarin de partijen

⁵ S. GOEMINNE, "de praktijk van vruchtgebruik, erfpacht en opstal" in X., *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, XV. B-17; V. SAGAERT, B. TILLEMANS en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 351; N. CARETTE en J. DEL CORRAL, "De kwalificatie van het recht van vruchtgebruik: contractuele mogelijkheden en afbakening tegenover opstal, erfpacht en huur" in V. SAGAERT en A.-L. VERBEKE (eds.), *Vruchtgebruik: mogelijkheden, beperkingen en innovaties*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 9

⁶ V. SAGAERT, "Oude zakenrechtelijke figuren met nut voor een moderne familiale vermogensplanning" in X. (ed.), *Levenslang en verder. Familiale vermogensplanning in de 21^e eeuw. XXXste postuniversitaire cyclus Willy Delva 2003-2004*, Gent s.n., 2004, 237-240; N. CARETTE en J. DEL CORRAL, "De kwalificatie van het recht van vruchtgebruik: contractuele mogelijkheden en afbakening tegenover opstal, erfpacht en huur" in V. SAGAERT en A.-L. VERBEKE (eds.), *Vruchtgebruik: mogelijkheden, beperkingen en innovaties*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 9-20

⁷ V. SAGAERT, "Oude zakenrechtelijke figuren met nut voor een moderne familiale vermogensplanning" in X. (ed.), *Levenslang en verder. Familiale vermogensplanning in de 21^e eeuw. XXXste postuniversitaire cyclus Willy Delva 2003-2004*, Gent s.n., 2004, 237; N. CARETTE en J. DEL CORRAL, "De kwalificatie van het recht van vruchtgebruik: contractuele mogelijkheden en afbakening tegenover opstal, erfpacht en huur" in V. SAGAERT en A.-L. VERBEKE (eds.), *Vruchtgebruik: mogelijkheden, beperkingen en innovaties*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 2-3

⁸ Cass. 22 oktober 1982, Arr.Cass. 1982-83, 283

⁹ P. WERY, *Droit des obligations, Volume 1, Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2010, 377-378; N. CARETTE en J. DEL CORRAL, "De kwalificatie van het recht van vruchtgebruik: contractuele mogelijkheden en afbakening tegenover opstal, erfpacht en huur" in V. SAGAERT en A.-L. VERBEKE (eds.), *Vruchtgebruik: mogelijkheden, beperkingen en innovaties*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 6-7

effectief een kwalificatie gegeven hebben aan hun overeenkomst, maar ook in het geval dat er helemaal geen kwalificatie terug te vinden is, moet de rechter zich laten leiden door de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen om de overeenkomst te kwalificeren.¹⁰

3. *FISCALE HERKWALIFICATIE.* – Naast de hierboven uitgewerkte mogelijkheid tot herkwalificatie van zakelijke rechten, ook gekend als de civielrechtelijke herkwalificatie, bestaat er ook de mogelijkheid dat de fiscale administratie de overeenkomst waarin een zakelijk recht in het leven wordt geroepen een andere kwalificatie kan toemeten dan diegene die de partijen zelf aan hun overeenkomst gegeven hebben. De algemene anti-rechtsmisbruikbepaling, terug te vinden in artikel 344, §1 WIB/92¹¹, wordt dan ook algemeen beschouwd als grondslag voor de herkwalificatiepraktijken van de fiscus.¹²

Oorspronkelijk was er geen lijn te vinden in de rechtspraak met betrekking tot de mogelijkheden tot herkwalificatie waarover de fiscus beschikt. Waar de ene rechtbank oordeelde in het voordeel van de belastingplichtige door de herkwalificatie door de fiscus te herzien¹³, was de andere rechter van oordeel dat een herkwalificatie door de fiscus perfect mogelijk was.¹⁴

Het Hof van Cassatie maakte, althans op het eerste zicht, een einde aan de onzekerheid die was ontstaan door de niet eensluidende rechtspraak van lagere rechtscolleges. In zijn arrest van 4 november 2005 oordeelde het Hof immers als volgt: *“Dat uit die tekst, alsook uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 22 juli 1993 die voornoemde bepaling in het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 heeft ingevoegd, volgt dat alleen de kwalificatie van een akte aan de belastingadministratie niet kan worden tegengeworpen en dat zij, bijgevolg, de kwalificatie slechts met inachtnaam van de rechtsgevolgen van die akte kan wijzigen.”*¹⁵ Met deze uitspraak bevestigde het Hof een eerdere stellingname met betrekking tot artikel 344, §1 WIB/92, die het innam in zijn arrest van 21 april 2005. In dit arrest overwoog het Hof immers dat *“de uitwerking van de akten wordt nageleefd; dat de [eisers] immers, zowel in het ene geval als in het andere, de mogelijkheid hebben de b.v.b.a. Comed te dwingen de huur te betalen.”*¹⁶ Waarbij het Hof dus oordeelt dat de uitwerking van de akten moet worden nageleefd om tot herkwalificatie over te kunnen gaan.

¹⁰ P. WERY, *Droit des obligations, Volume 1, Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2010, 377

¹¹ Voor de wetswijziging luidde dit artikel als volgt: *“Aan de administratie der directe belastingen kan niet worden tegengeworpen, de juridische kwalificatie door de partijen gegeven aan een akte alsook aan afzonderlijke akten die een zelfde verrichting tot stand brengen, wanneer de administratie door vermoedens of door andere in artikel 340 vermelde bewijsmiddelen vaststelt dat die kwalificatie tot doel heeft de belasting te ontwijken, tenzij de belastingplichtige bewijst dat die kwalificatie aan rechtmatige financiële of economische behoeften beantwoordt.”*

¹² A. LEMMERLING en A. VAN DOORSLAER DE TEN RYEN, “De gesplitste aankoop in vruchtgebruik en blote eigendom: contractuele mogelijkheden, opportuniteiten en valkuilen” in V. SAGAERT en A.-L. VERBEKE (eds.), *Vruchtgebruik: mogelijkheden, beperkingen en innovaties*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 233-235

¹³ Gent 13 september 2005, TGR-TWVR 2006, 157; Rb. Antwerpen 19 juni 2002, Fisc.Koer. 2002, 455; Rb. Hasselt 19 oktober 2005, TFR 2006, 691; Rb. Namen 26 oktober 2005, FJF 2006, 319; Rb. Leuven 23 december 2005, FJF 2006, 630; Rb. Antwerpen 5 april 2006, TFR 2007, 395

¹⁴ Antwerpen 4 november 2003, FJF 2004, 565; Brussel 5 februari 2004, FJF 2004, 651; Rb. Brugge 22 juni 2004, TFR 2006, 163

¹⁵ Cass. 4 november 2005, Arr.Cass. 2005, 2135

¹⁶ Cass. 21 april 2005, Arr.Cass. 2005, 917

Toch bleef de rechtsonzekerheid ook na deze rechtspraak van het Hof van Cassatie bestaan en dit omwille van twee redenen. Allereerst was er rechtspraak van het hof van beroep te Gent die een strengere invulling gaf aan het criterium dat door het Hof van Cassatie was opgesteld. Het Hof van Cassatie eiste immers louter een inachtnaam van de rechtsgevolgen van de akte. Terwijl het hof van beroep te Gent dan weer vooropstelde dat de rechtsgevolgen van de geherkwalificeerde akte identiek moesten zijn aan de rechtsgevolgen van de akte zoals ze door de partijen was opgesteld.¹⁷ Daarnaast nam de Dienst Voorafgaande Beslissingen aan dat herkwalificatie in bepaalde gevallen, waaronder herkwalificatie van vruchtgebruik naar huur, zonder meer mogelijk was. Meer zelfs, de rulingcommissie legde zelf enkele strenge voorwaarden op om niet onder de herkwalificatiemogelijkheid te vallen, hoewel deze voorwaarden op geen enkele wettelijke grondslag waren gebaseerd.¹⁸

Het Hof van Cassatie heeft in zijn arrest van 22 november 2007 echter een nieuwe poging ondernomen om rechtszekerheid te creëren door het volgende te oordelen: *“De administratie kan evenwel slechts tot herkwalificatie van de verrichting overgaan indien de nieuwe kwalificatie gelijksoortige niet-fiscale rechtsgevolgen heeft als het eindresultaat van de door de partijen gestelde rechtshandelingen.”*¹⁹ Waardoor zowel de aanpak van de rulingcommissie als de beslissing van het Hof van Beroep te Gent werden ontkracht.

Ondanks deze duidelijke rechtspraak van het Hof van Cassatie, waarbij het Hof de herkwalificatie van een vruchtgebruik in huur uitdrukkelijk heeft afgewezen, staat er in het jaarverslag van 2009 van de rulingcommissie nog te lezen dat wanneer de juridische kenmerken eigen aan vruchtgebruik niet in concreto uitwerking hebben een herkwalificatie naar huur mogelijk is.²⁰

Het arrest van 22 november 2007 had tot gevolg dat artikel 344, § 1 WIB/92 zijn slagkracht verloren had met het oog op de herkwalificatie van zakelijke rechten. De programmawet van 29 maart 2012 had dan ook als doel de bestrijding van bepaalde vormen van belastingontwijking effectief mogelijk te maken door ondermeer de inhoud van de anti-rechtsmisbruikbepaling te wijzigen. Het nieuwe artikel luidt als volgt: *“Aan de administratie kan niet worden tegengeworpen, de rechtshandeling noch het geheel van rechtshandelingen dat een zelfde verrichting tot stand brengt, wanneer de administratie door vermoedens of andere in artikel 340 vermelde bewijsmiddelen aan de hand van objectieve omstandigheden aantoont dat er sprake is van fiscaal misbruik. Er is sprake van fiscaal misbruik wanneer de belastingplichtige middels de door hem gestelde rechtshandeling of het geheel van rechtshandelingen één van de volgende verrichtingen tot stand brengt: 1° een verrichting waarbij hij zichzelf in strijd met de doelstellingen van een bepaling van dit Wetboek of de ter uitvoering daarvan genomen besluiten buiten het toepassingsgebied van die bepaling plaatst; of 2° een verrichting waarbij aanspraak wordt gemaakt op een belastingvoordeel voorzien door een bepaling van dit Wetboek of de ter uitvoering*

¹⁷ Gent 13 september 2005, FJF 2006, 253

¹⁸ M. BASTENIE, “Nieuwe ruling maakt vruchtgebruikconstructies minder aantrekkelijk”, Vastgoed Info 2007, 2-3; voorbeeld: Voorafgaande beslissing nr. 500.067 dd. 02.03.2006, www.fisconet.fgov.be

¹⁹ Cass. 22 november 2007, Pas. 2007, 2097

²⁰ Jaarverslag DVB 2009, http://www.ruling.be/AnnualReports/2009_DVB_jaarverslag.pdf, 25-26

*daarvan genomen besluiten en de toekenning van dit voordeel in strijd zou zijn met de doelstellingen van die bepaling en die in wezen het verkrijgen van dit voordeel tot doel heeft.*²¹

4. *OVERZICHT.* – De herkwalficatiemogelijkheden met betrekking tot zakelijke rechten zijn zowel civielrechtelijk als fiscaalrechtelijk onderworpen aan een evolutie die volgt uit relatief recente rechtspraak van het Hof van Cassatie. Deze rechtspraak heeft in beide gevallen geleid tot een beperking van de bevoegdheden inzake herkwalficatie. Het is dan ook uiterst interessant om na te gaan welke invloed deze rechtspraak nu concreet heeft op de herkwalficatiebevoegdheden en in welke mate het nog mogelijk is voor de feitenrechter en de fiscale administratie om de kwalficatie van zakelijke rechten te herzien. In dit werk zal eerst worden overgegaan tot een bespreking van de civielrechtelijke herkwalficatie en dit in het licht van de evolutie in de rechtspraak van het Hof van Cassatie. Deze evolutie heeft zich afgespeeld binnen het kader van het arbeidsrecht maar heeft een belangrijke impact op de civielrechtelijke herkwalficatie in het algemeen. Op basis hiervan zal blijken in hoeverre die evolutie een invloed heeft op de eigenlijk zakelijke rechten. Daarbij zullen vooral de figuren van vruchtgebruik, erfpacht en opstal besproken worden.

In een derde deel komt de fiscaalrechtelijke herkwalficatie aan bod. Ook hierbij speelt de rechtspraak van het Hof van Cassatie een centrale rol. Bij deze bespreking zal de beperkende impact van deze rechtspraak besproken worden alsook de manier waarop de wetgever met de gevolgen ervan omgaat.

In beide delen staat er een welbepaalde vraag centraal. Deze onderzoeksvraag luidt dan ook als volgt: *In welke mate heeft de rechtspraak van het Hof van Cassatie een invloed gehad op de mogelijkheid om over te gaan tot herkwalficatie van zakelijke rechten, zowel op het vlak van de burgerrechtelijke herkwalficatie als op het vlak van de fiscaalrechtelijke herkwalficatie?*

5. *RECHTSVERGELIJKING.* – Doorheen dit onderzoek zal er ook een externe rechtsvergelijking gebeuren. Zowel het Nederlandse als het Franse recht zullen bestudeerd worden om eventuele verschillen en gelijkenissen met het Belgische recht vast te stellen.

²¹ Circulaire AFZ nr. 3/2012, AAF nr. 17/2012 en AAPD nr. 4/2012 betreffende de anti-misbruikbepaling, 1-2

Deel 2: Civielrechtelijke herkwalficatie

Hoofdstuk 1: Gemeen recht

A. Algemeen

6. *NIET TEGENWERPELIJKHEID VAN DE KWALIFICATIE.* – Bij de interpretatie van overeenkomsten is de rechter niet gebonden door de kwalificatie die de partijen aan de door hen gesloten overeenkomst gegeven hebben. VAN GERVEN bevestigt deze stelling als volgt: “wat zij willen bindt de rechter, niet wat zij zeggen te willen.”²²

Het Hof van Cassatie oordeelde reeds in zijn arrest van 22 oktober 1982 dat de feitenrechter kan overgaan tot herkwalficatie van een arbeidsovereenkomst wanneer deze niet overeenstemt met de bedoeling van de partijen.²³ Binnen het domein van het arbeidsrecht en het sociale zekerheidsrecht, meer bepaald met betrekking tot de problematiek van de schijnzelfstandigheid, is er sprake van een ware proliferatie van cassatierechtspraak in verband met de mogelijkheid tot herkwalficatie, waarin de visie die het Hof van Cassatie volgde in het voornoemde arrest meermaals is bevestigd.²⁴

7. *INTERPRETATIE NAAR DE WIL VAN DE PARTIJEN.* – Om de bedoeling van de partijen te kunnen achterhalen dient de rechter niet zelden de overeenkomst te interpreteren. Het zal in vele gevallen immers niet meteen duidelijk zijn wat nu precies de bedoeling van de partijen is. De partijen regelen immers zelden alles in hun overeenkomst en wat ze regelen is niet altijd even duidelijk.²⁵ De manier waarop een rechter een overeenkomst dient te interpreteren is dan ook geregeld in het Burgerlijk Wetboek (BW).²⁶

Waar de oudere opvatting erin bestond dat deze interpretatieregels beschouwd moesten worden als aanbevelingen eerder dan rechtsregels²⁷, heeft het Hof van Cassatie in 1979 geoordeeld dat deze interpretatieregels in elk geval bindend zijn voor de rechter.²⁸

Artikel 1156 BW luidt als volgt: “Men moet in de overeenkomsten nagaan welke de gemeenschappelijke bedoeling van de contracterende partijen is geweest, veeleer dan zich aan de letterlijke zin van de woorden te houden.” Het is dan ook uit deze regel dat volgt dat de rechter niet gebonden is door een door de partijen gegeven kwalificatie, zoals ook het geval is in Frankrijk.²⁹ Het achterhalen van de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen is een

²² W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, I, Leuven, Acco, 1988, 98; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, Die Keure, 2005, 56

²³ Cass. 22 oktober 1982, Arr.Cass. 1982-83, 283

²⁴ Zie o.m. Cass. 10 januari 2005, Arr.Cass. 2005, 49; Cass. 9 juni 2008, JTT 2008, 380; Cass. 1 december 2008, JTT 2009, 372; Cass. 23 maart 2009, Arr.Cass. 2009, 854; Cass. 25 mei 2009, Arr.Cass. 2009, 1370; Cass. 4 januari 2010, Pas. 2010, 1; Cass. 6 december 2010, Pas. 2010, 3097

²⁵ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, Brussel, Bruylant, 2010, 621

²⁶ Artikelen 1156 – 1164 Burgerlijk Wetboek (BW)

²⁷ Cass. 7 augustus 1925, Arr.Verbr. 1925, 386; R. KRUIJTHOF, “Overzicht”, TPR 1983, 589-590

²⁸ Cass. 27 april 1979, RW 1980-81, 1117

²⁹ Infra nr. 30

feitenkwesatie, waardoor het Hof van Cassatie bevestigd heeft dat de feitenrechter dit soeverein kan appreciëren.³⁰

De rechter kan zich op intrinsieke elementen en extrinsieke elementen baseren om de geest van de overeenkomst te achterhalen. Onder intrinsieke elementen wordt de wilsverklaring van de partijen zelf verstaan, terwijl onder de extrinsieke elementen deze omstandigheden vallen die niet in de akte zelf teruggevonden kunnen worden, zoals de uitvoering van de overeenkomst.³¹

8. *BEPERKINGEN.* – Echter, men moet voor ogen houden dat de herkwalficatiebevoegdheid van de feitenrechter niet onbeperkt is. Het is immers zo dat de wilsleer wordt gematigd door de vertrouwensleer.³² Daarnaast dient de rechter de bewijskracht van de akte te respecteren net als de bindende kracht van de akte.³³

Hierna zal eerst het Cassatiearrest van 22 oktober 1982 besproken worden. Daarbij worden ook enkele latere arresten die de uitspraak van dit arrest bevestigen aangehaald. Waarna een antwoord gezocht zal worden op de vraag wat (her)kwalificeren precies inhoudt en wat het belang ervan is. De belangrijkste vraag, in het licht van deze thesis is dan wanneer de rechter kan overgaan tot herkwalficatie.

B. Cassatie 22 oktober 1982

9. *BESLISSING.* – In zijn arrest van 22 oktober 1982 besloot het Hof van Cassatie dat “een rechter niet gebonden is door de kwalificatie die de partijen aan hun overeenkomst geven.”³⁴ Hieruit volgt dat de rechter in bepaalde gevallen kan overgaan tot herkwalficatie van een overeenkomst.

10. *FEITEN.* – *In casu* hadden de eiseressen een huurovereenkomst gesloten met de verweerder en dit bij notariële akte. De overeenkomst zou aanvang nemen op 1 juli 1970 en was gesloten voor een termijn van tweeëndertig jaar, waardoor de huur een einde zou nemen op 31 december 2002. In deze huurovereenkomst werd bedongen dat geen van de partijen een einde zou kunnen stellen aan de overeenkomst alvorens de bedongen termijn verlopen zou zijn. De feitenrechter had geoordeeld dat artikel 3, lid 3 handelshuurwet niet van toepassing was op de overeenkomst, aangezien de overeenkomst elke opzegging voor 31 december 2002 verbood. Deze beslissing had tot gevolg dat de opzegging, gedaan door de eiseressen op 30 juni 1979, nietig werd geacht. De eiseressen vochten deze beslissing dan ook aan voor het Hof van Cassatie. Hierbij beweerden ze dat alle constitutieve elementen voor een handelshuurovereenkomst aanwezig waren in de

³⁰ Cass. 11 maart 2002, Bull.Cass. 2002, 167; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, Die Keure, 2005, 56

³¹ Cass. 1 maart 1984, Pas. 1984, 764; W. DE BONDT, “Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: mogelijkheden, grenzen en alternatieven”, RW 1996-1997, 1002

³² S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, Die Keure, 2005, 55

³³ W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, I, Leuven, Acco, 1988, 98

³⁴ Cass. 22 oktober 1982, Arr.Cass. 1982-1983, 283

gesloten overeenkomst. Aldus kon volgens hen de feitenrechter niet wettig beslissen dat de imperatieve bepalingen van de handelshuurwet niet ingeroepen konden worden omwille van de herkwalificatie. Het Hof weigerde echter deze zienswijze te volgen en was van oordeel dat er geen sprake was van een interpretatie tegen de bewoordingen van de overeenkomst. Uit het verbod van de vroegtijdige opzegging bleek immers dat de werkelijke wil van de partijen moest gezien worden als het sluiten van een *sui generis*-overeenkomst waarvan het verbod van opzegging een wezenlijk bestanddeel is.

11. *LATERE BEVESTIGINGEN.* – Het hof heeft in latere arresten deze beslissing meermaals bevestigd. Ondermeer in de arresten van 25 april 1985³⁵ en 7 september 1992.³⁶ Maar ook in recentere arresten stelt het Hof dat de rechter niet gebonden is door de kwalificatie die de partijen aan de overeenkomst gegeven hebben.

Zo is er ook het arrest van 23 december 2002³⁷, waarin de beslissing van de feitenrechter om een aannemingsovereenkomst te herkwalificeren naar een arbeidsovereenkomst werd vernietigd omwille van het feit dat geen van de feitelijke gegevens onverenigbaar was met een overeenkomst van aanneming en dat er dus logischerwijze geen afwijzing van de oorspronkelijke kwalificatie kon plaatsvinden. Het Hof van Cassatie bevestigt hierbij de mogelijkheid voor de rechter om over te gaan tot herkwalificatie, maar aanvaardt in dit concrete geval de herkwalificatie niet.

Een ander voorbeeld kan men vinden in een arrest van 9 juni 2008 waarbij het Hof van Cassatie de herkwalificatie van een aannemingsovereenkomst door de feitenrechter in stand houdt. Het hof bepaalt immers het volgende: "*Indien de gegevens waarover de feitenrechter moet oordelen, de kwalificatie kunnen uitsluiten die de partijen aan de tussen hen gesloten overeenkomst gegeven hebben, kan hij deze door een andere kwalificatie vervangen.*"³⁸ Verder wordt er ook nog bepaald dat de feitenrechter wettig kon aannemen dat er sprake was van een arbeidsovereenkomst, aangezien hij over voldoende feitelijke gegevens beschikte die duiden op het bestaan van een gezagsrelatie.

Voormelde arresten vormen weliswaar geen uitputtend overzicht van de cassatierechtspraak waarin de beslissing van 1982 wordt bevestigd. Wel tonen deze arresten aan dat er sprake is van een sterk ingeburgerd principe van het niet gebonden zijn van de rechter door de kwalificatie van een overeenkomst door de partijen. Hierbij rijst vervolgens wel de vraag wat (her)kwalificeren nu precies inhoudt, wanneer de rechter kan overgaan tot (her)kwalificatie van een overeenkomst en hoever de bevoegdheid van de feitenrechter nu precies gaat wanneer hij beslist om over te gaan tot vervanging van de kwalificatie.

³⁵ Cass. 25 april 1985, Pas. 1985, 1040: de kwalificatie als huurovereenkomst wordt afgewezen door de rechter omwille van het feit dat de overeenkomst niet bedoeld was om effectief genot van de zaak te verstrekken aan de medecontractant. Verder zou de overeengekomen vergoeding ook niet als tegenprestatie voor het genot van de zaak in aanmerking genomen kunnen worden.

³⁶ Cass. 7 september 1992, Pas. 1992, 999

³⁷ Cass. 23 december 2002, RW 2005-06, 24

³⁸ Cass. 9 juni 2008, JTT 2008, 380

C. Wat is (her)kwalificeren ?

12. *DEFINITIE.* – Volgens VAN OMMESLAGHE bestaat het kwalificeren van een overeenkomst uit het bepalen van de juridische categorie waartoe de overeenkomst behoort om zo uit te maken welke regels op de overeenkomst van toepassing zijn.³⁹ De definitie van DOOMS sluit hierbij aan, aangezien hij spreekt over “*het leggen van een abstract, algemeen verband tussen een rechtsfeit of een rechtshandeling en een in rechtsnorm uitgedrukte hypothese. Toegepast op een overeenkomst gaat het om een juridische duiding van de gemaakte afspraken.*”⁴⁰

Wanneer deze kwalificatie niet door de partijen gebeurd is, komt het de rechter toe om de kwalificatie van de overeenkomst te bepalen. Maar ook wanneer de partijen wel een kwalificatie gegeven hebben aan de tussen hen geldende overeenkomst kan de rechter een rol toebedeeld krijgen met het oog op de kwalificatie van de overeenkomst.⁴¹ Hierboven is immers reeds duidelijk gemaakt dat de rechtspraak, meer bepaald de rechtspraak van het Hof van Cassatie, meerdere malen bevestigd heeft dat de rechter niet gebonden is door de kwalificatie die de partijen aan de overeenkomst hebben gegeven.

D. Wanneer herkwalificeren ?

13. *OP VRAAG VAN DE PARTIJEN OF AMBTSHALVE.* – In de overgrote meerderheid van de gevallen zal de rechter gevraagd worden om over te gaan tot een herkwalificatie van een overeenkomst door een van de partijen.⁴² Een voorbeeld waarbij een van de partijen effectief de herkwalificatie van de overeenkomst vroeg aan de rechter is niet ver zoek. Het cassatiearrest van 22 oktober 1982 betreft immers de vraag van een van de partijen van de overeenkomst om te herkwalificeren naar een handelshuurovereenkomst.⁴³

Maar ook in het geval dat de herkwalificatie niet wordt opgeworpen door een van de partijen kan de rechter ambtshalve overgaan tot het controleren van de kwalificatie. Uit het arrest van het Hof van Cassatie van 16 maart 2006 kan men zelfs afleiden dat de feitenrechter niet alleen de mogelijkheid maar zelfs de verplichting heeft om ambtshalve de juiste kwalificatie van een overeenkomst na te gaan.⁴⁴ Echter dringt een meer genuanceerde visie zich op. De rechter kan pas

³⁹ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, I, Brussel, Bruylant, 2010, 621

⁴⁰ V. DOOMS, noot onder Cass. 20 maart 2006, RABG 2007, 89

⁴¹ P. WERY, *Droit des obligations, Volume 1, Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2010, 377

⁴² P. WERY, *Droit des obligations, Volume 1, Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2010, 377

⁴³ Cass. 22 oktober 1982, Arr.Cass. 1982-1983, 283

⁴⁴ Cass. 16 maart 2006, Arr.Cass. 2006, 630: de eiseres had enkel ingeroepen dat er sprake was van een concessie van alleenverkoop tussen haar en de verweerster, zonder het bestaan van een andere concessieovereenkomst op te werpen. Om die redenen hadden de appelrechters enkel onderzocht of er effectief sprake was van een exclusieve concessieovereenkomst zonder verder na te gaan of er sprake was van andere concessieovereenkomsten zoals vermeldt in artikel 1, 2° en 3° van de Wet van 27 juli 1961. De appelrechters wezen de vordering van de eiseres dan ook af, louter en alleen omwille van het feit dat de exclusiviteit niet bewezen was. Het Hof van Cassatie verbrak het arrest dan ook omdat de appelrechters hun beslissing om geen opzeggingsvergoeding toe te kennen aan eiseres omdat de appelrechters deze beslissing

overgaan tot ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden wanneer deze gesteund zijn op de feiten die de eiser heeft aangevoerd. Dit volgt immers uit het beschikkingsbeginsel. Een recent arrest van het Hof van Cassatie bevestigt deze nuance. Het hof van Cassatie oordeelde in zijn arrest van 14 december 2012 immers het volgende: *“Hij heeft de plicht ambtshalve de rechtsmiddelen op te werpen waarvan de toepassing geboden is door de feiten die door de partijen in het bijzonder worden aangevoerd tot staving van hun eisen. Dit houdt niet in dat de rechter gehouden is alle in het licht van de vaststaande feiten van het geschil mogelijke, doch niet-aangevoerde rechtsgronden op hun toepasselijkheid te onderzoeken, doch enkel dat hij, mits eerbiediging van het recht van verdediging, de toepasselijkheid dient te onderzoeken van de niet aangevoerde rechtsgronden die zich door de feiten zoals zij in het bijzonder worden aangevoerd, onmiskenbaar aan hem opdringen.”*⁴⁵

In elk geval is er sprake van onduidelijkheid met betrekking tot de inhoud van de overeenkomst. Waardoor de rechter aan de hand van interpretatie van de overeenkomst de werkelijke wil van de partijen dient vast te stellen. Het is immers, zoals hierboven reeds is uitgeklaard, aan de hand van de werkelijke wil en dus niet de geuite wil van de partijen dat de rechter kan overgaan tot herkwalificatie.⁴⁶

Dit doet de vraag rijzen hoe de rechter de werkelijke wil van de partijen kan achterhalen. Het antwoord hierop is onderworpen aan een recente evolutie, die zich situeert in de leer van de schijnzelfstandigheid. Vooreerst wordt dan ook de oorspronkelijke visie besproken. Waarna verder wordt ingegaan op de veranderingen die de zogenaamde kwalificatiearresten van het Hof van Cassatie hebben teweeggebracht.

I. Oorspronkelijk

14. *GEMEENSCHAPPELIJKE WIL VAN DE PARTIJEN.* – Uit artikel 1156 BW volgt dat de rechter in de overeenkomst de gemeenschappelijke bedoeling van de contracterende partijen moet achterhalen, eerder dan zich strikt tot de letterlijke woorden van de overeenkomst te houden.⁴⁷ Zoals blijkt uit voormelde rechtspraak valt dus ook de kwalificatie van de overeenkomst onder de letterlijke bewoordingen van de overeenkomst en moet de rechter zich hierdoor dan ook niet laten leiden.⁴⁸

15. *INTRINSIEKE EN EXTRINSIEKE ELEMENTEN.* – De rechter zal de werkelijke wil van de partijen moeten afleiden uit de feitelijke gegevens die hem voorliggen. Het gaat met andere woorden om

niet naar recht konden verantwoorden. De appelrechters hadden immers de verplichting na te gaan of er naast de exclusieve concessieovereenkomst geen sprake was van een andere concessieovereenkomst.

⁴⁵ Cass. 14 december 2012, RABG 2013, 305

⁴⁶ Supra nr. 7

⁴⁷ J. WAELKENS, noot onder Cass. 1 maart 2012, DAOR 2013/105, 92 (proefdruk)

⁴⁸ Supra nr. 10

een feitenkwesitie, waardoor de beoordeling van de rechter in grote mate een soevereine beoordeling uitmaakt.⁴⁹

In de eerste plaats zal de rechter de intrinsieke elementen van de overeenkomst moeten nagaan.⁵⁰ In de meeste gevallen zal er immers, gelet op artikel 1341, lid 1 BW⁵¹, een geschrift voor handen zijn, waarvan de wettelijke bewijswaarde groot wordt geacht. De rechter kan dan ook niet de gemeenschappelijke wil van de partijen achterhalen tegen de bewijswaarde van de akte in.⁵² De rechtspraak van het Hof van Cassatie heeft dit reeds meermaals bevestigd, ondermeer in de arresten van 24 maart 1988⁵³ en 10 januari 1994.⁵⁴

Meestal zal het bestuderen van de intrinsieke elementen van de overeenkomst echter niet voldoende zijn om de werkelijke wil van de partijen te detecteren. Om die reden is het de rechter dan ook toegestaan rekening te houden met de wijze van uitvoering van de overeenkomst, de voorbereidende documenten, de briefwisseling tussen partijen, objectieve reclamegegevens, de uitvoering van vroegere overeenkomsten tussen de contractspartijen, de context van de overeenkomst, begeleidende omstandigheden van de overeenkomst, verklaringen van de partijen, etc.⁵⁵ Deze elementen vormen immers de extrinsieke omstandigheden waar de rechter zich mede op kan baseren met als doel het blootleggen van de wil van de partijen.⁵⁶

⁴⁹ B. DE CONINCK, "Le droit commun de l'interprétation des contrats", DAOR 2001, 41; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, Die Keure, 2005, 56; F. VERMANDER, "De interpretatie en aanvulling van een overeenkomst naar Belgische recht" in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 26

⁵⁰ B. DE CONINCK, "Le droit commun de l'interprétation des contrats", DAOR 2001, 40; D. LEJEUNE, K. SWERTS en N. PEETERS, "Afdeling 3 – Uitlegging en implementatie van overeenkomsten" in J. ROODHOOF (ed.), *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, losbl., II.4-127; J. WAELKENS, noot onder Cass. 1 maart 2012, DAOR 2013/105, 95 (proefdruk)

⁵¹ "Een akte voor een notaris of een onderhandse akte moet worden opgemaakt van alle zaken die de som of de waarde van [375 EUR] te boven gaan, zelfs betreffende vrijwillige bewaargeving; het bewijs door getuigen wordt niet toegelaten tegen en boven de inhoud van de akten, en evenmin omtrent hetgeen men zou beweren vóór, tijdens of sinds het opmaken te zijn gezegd, al betreft het ook een som of een waarde van minder dan [375 EUR] bedraagt."

⁵² W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, I, Leuven, Acco, 1988, 99

⁵³ Cass. 24 maart 1988, Arr.Cass., 1987-88, 972: er ontstond betwisting over het feit of de verkoop van een onroerend goed louter het hoofdgebouw omvatte of ook het bijgebouw met binnenplaats. De koper haalde een aantal extrinsieke elementen aan om aan te tonen dat de werkelijke wil van de partijen niet overeenstemde met de uitgedrukte wil. In de akte was immers enkel het kadastrale nummer van het hoofdgebouw opgenomen. Bovendien was de oppervlakte van het verkochte goed, zoals vermeld in de akte, in overeenstemming met de oppervlakte van het hoofdgebouw. Het Hof van Cassatie is de koper niet gevolgd en oordeelde dat de rechter, van zodra er een geschrift is, de wil van de partijen daaruit moet halen.

⁵⁴ Cass. 10 januari 1994, Arr.Cass., 1994, 16: in de arbeidsovereenkomst was opgenomen dat de maximale loonlast voor de werkgever 100.000 fr. bedroeg. De werknemer baseerde zich echter op extrinsieke elementen om te argumenteren dat de werkelijke wil van de partijen anders was dan de geuite wil. Het Hof volgde de werknemer echter niet. De uitspraak was zeer vergelijkbaar met de uitspraak door het Hof gedaan in zijn arrest van 24 maart 1988

⁵⁵ B. DE CONINCK, "Le droit commun de l'interprétation des contrats", DAOR 2001, 40; J. WAELKENS, noot onder Cass. 1 maart 2012, DAOR 2013/105, 99-100 (proefdruk)

⁵⁶ Cass. 30 april 1976, RW 1976-77, 1313; Cass. 25 maart 1982, Arr.Cass. 1981-82, 921; Cass. 1 maart 1984, Pas. 1984, 764; Cass. 5 juni 1986, Arr.Cass. 1985-86, 1360; Cass. 12 juni 1986, Arr.Cass. 1985-86, 1394; Cass. 24 september 1987, Arr.Cass. 1987-88, 116; Cass. 10 november 1988, Arr.Cass. 1988-89, 287; W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, I, Leuven, Acco, 1988, 99; W. DE BONDT, "Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: mogelijkheden, grenzen en alternatieven", RW 1996-1997, 1004; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 274-275; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, Die Keure, 2005, 56; D. LEJEUNE, K. SWERTS en N. PEETERS, "Afdeling 3 – Uitlegging en implementatie van overeenkomsten" in J. ROODHOOF (ed.), *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, losbl., II.4-127

De kwalificatie die de partijen aan hun overeenkomst hebben gegeven is hierbij slechts een van de vele feitelijke gegevens waar de rechter rekening mee zal moeten houden bij de interpretatie van de overeenkomst. Maar als een van de elementen is de kwalificatie op zich dus niet doorslaggevend voor de rechter, hij zal immers de werkelijkheid moeten laten primeren op de uitgedrukte wil van de partijen.⁵⁷

16. *BEPERKING: BEWIJSKRACHT VAN DE AKTE.* – Hierbij moet de rechter echter wel rekening houden met het verbod op het schenden van de bewijskracht van de akte. Hij mag de akte met andere woorden niet doen liegen. Wat in de akte is neergeschreven wordt dan ook beschouwd als de waarheid.⁵⁸ De vraag rijst hierbij in welke mate dit te rijmen valt met een rechter die net niet gebonden is door de uitgedrukte wil van partijen en wel door de feitelijke wil. Volgens DE BONDT kan de rechter zonder de bewijswaarde te schenden nog steeds overgaan tot een herkwalificatie. Dit is mogelijk door een ommekeer in de rechtspraak van het Hof van Cassatie. Oorspronkelijk hield het Hof immers vast aan de bewoordingen of de termen van de akte.⁵⁹ Later, namelijk in het begin van de jaren '80 is het Hof van Cassatie echter overgegaan tot een aantal beslissingen waarbij ze de schending van de bewijskracht van de akte eerder bekeken in het licht van de draagwijdte, de strekking, de inhoud of de zin van de akte.⁶⁰ Deze ommekeer was dan ook het gevolg van een nieuwe visie, volgens dewelke de rechter rekening moet kunnen houden met extrinsieke elementen bij de interpretatie van een akte.⁶¹ Een rechter die de kwalificatie door de partijen dus louter beschouwd als een van de vele feitelijke elementen schendt de bewijskracht van de akte niet in het licht van deze rechtspraak. Deze visie kwam voort uit enkele redevoeringen van DUMON.⁶²

17. *BEPERKING: BINDEnde KRACHT VAN DE OVEREENKOMST.* – Verder dient de rechter ook de bindende kracht van de overeenkomst te respecteren. Door deze regel, die zijn oorsprong vindt in artikel 1134 BW, kan de rechter bedingen van de overeenkomst niet wijzigen of nieuwe bedingen in de overeenkomst lezen.⁶³ Uit rechtspraak van het Hof van Cassatie kunnen een drietal regels afgeleid worden die altijd leiden tot een schending van de bindende kracht van de akte door de rechter.⁶⁴

⁵⁷ V. DOOMS en T. MESSIAEN, *Schijnzelfstandigheid*, Gent Larcier, 2008, 145

⁵⁸ W. DE BONDT, "Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: mogelijkheden, grenzen en alternatieven", RW 1996-1997, 1004; B. DE CONINCK, "Le droit commun de l'interprétation des contrats", DAOR 2001, 41; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 276; F. VERMANDER, "De interpretatie en aanvulling van een overeenkomst naar Belgische recht" in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 26-27

⁵⁹ Cass. 24 januari 1975, Arr.Cass. 1975, 583; Cass. 5 februari 1975, Arr.Cass. 1975, 634; Cass. 15 januari 1976, Arr.Cass. 1976, 575; Cass. 11 maart 1976, Arr.Cass. 1976, 800; Cass., 29 november 1976, Arr.Cass. 1977, 354

⁶⁰ Cass., 17 april 1980, Arr.Cass. 1979-80, 1040; Cass. 18 september 1982, Arr.Cass. 1981-82, 99; Cass. 29 september 1982, Arr.Cass. 1982-83, 152; Cass. 10 maart 1983, Arr.Cass. 1982-83, 85; Cass. 28 september 1983, Arr.Cass. 1983-84, 77; Cass. 6 maart 1985, Arr.Cass. 1984-85, 929

⁶¹ W. DE BONDT, "Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: mogelijkheden, grenzen en alternatieven", RW 1996-1997, 1006

⁶² F. DUMON, "De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van de akten", RW 1978-79, 324

⁶³ Cass. 20 december 1985, Arr.Cass. 1985-1986, 592; Cass. 10 november 1988, Arr.Cass. 1988-98, 287; Cass. 24 september 1992, Arr.Cass. 1991-92, 1131; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 277; B. DE CONINCK, "Le droit commun de l'interprétation des contrats", DAOR 2001, 40; F. VERMANDER, "De interpretatie en aanvulling van een overeenkomst naar Belgische recht" in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands*

Allereerst miskent de rechter de bindende kracht van de akte wanneer hij om tot zijn conclusie te komen een voorwaarde in overweging neemt die niet terug te vinden is in de overeenkomst.⁶⁵ Daarnaast is er ook sprake van een dergelijke miskenning wanneer er rechten of plichten worden gelezen in de overeenkomst, die er in feite niet in terugkomen.⁶⁶ Ten slotte kan de rechter niet weigeren een contractsbepaling in overweging te nemen zonder dat dit een inbreuk op artikel 1134 BW uitmaakt.⁶⁷ Evenwel zal het Hof van Cassatie dit pas kunnen nagaan nadat er vastgesteld is of er geen schending heeft plaatsgevonden bij de kwalificatie van de overeenkomst. Het is immers zo dat de rechtsgevolgen pas gekend kunnen zijn wanneer geweten is wat nu precies de juridische kwalificatie van de overeenkomst is.⁶⁸

Hieruit kan men afleiden dat de bewijskracht, in tegenstelling tot de bindende kracht van de overeenkomst, een belangrijke rol zal spelen bij de mogelijke herkwalificatie van een overeenkomst. Men kan immers de kwalificatie door de partijen beschouwen als louter een van de feitelijke elementen die in rekening gebracht moeten worden door de rechter bij het interpreteren. Daarentegen zal de controle van het naleven van de bindende kracht van de overeenkomst slechts plaatsvinden na de controle van de kwalificatie.

II. De Evolutie

18. *RESPECTEREN VAN DE BEWIJSKRACHT.* – Uit het voorgaande blijkt reeds dat de bewijskracht van de akte een belangrijke rol speelt bij de herkwalificatiebevoegdheid van de feitenrechter. Deze stelling wordt daarenboven nog kracht bijgezet door de zogenaamde kwalificatiearresten. Maar vooraleer er wordt overgegaan tot een bespreking van deze arresten, zal er eerst een andere tendens besproken worden, die geen betrekking heeft op de kwalificatie als zodanig. Deze tendens slaat immers op het respecteren van de bewijskracht van een akte.

19. *MARGINALE CONTROLE DOOR HET HOF VAN CASSATIE.* – Volgens de meest recente strekking die door het Hof wordt gevolgd is het immers zo dat een schending van de bewijskracht van een akte opnieuw beoordeeld moet worden in het licht van de bewoordingen van deze akte.⁶⁹ Daarmee gaat het Hof terug naar de oorspronkelijke visie die in de jaren '70 gevolgd werd. De visie die in de

recht, Antwerpen, Intersentia, 2005, 27; D. LEJEUNE, K. SWERTS en N. PEETERS, "Afdeling 3 – Uitlegging en implementatie van overeenkomsten" in J. ROODHOOF (ed.), *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, losbl., II.4-130

⁶⁴ N. PEETERS, K. SWERTS, D. LEJEUNE, "Uitlegging en implementatie van overeenkomsten" in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, II.4-130-II.4-131

⁶⁵ Cass. 20 mei 1977, Arr.Cass. 1977, 965; B. DE CONINCK, "Le droit commun de l'interprétation des contrats", DAOR 2001, 40; D. LEJEUNE, K. SWERTS en N. PEETERS, "Afdeling 3 – Uitlegging en implementatie van overeenkomsten" in J. ROODHOOF (ed.), *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, losbl., II.4-130

⁶⁶ Cass. 13 mei 1976, Arr.Cass. 1976, 1019; B. DE CONINCK, "Le droit commun de l'interprétation des contrats", DAOR 2001, 40

⁶⁷ Cass. 16 maart 1972, Arr.Cass. 1972, 672

⁶⁸ N. PEETERS, K. SWERTS, D. LEJEUNE, "Uitlegging en implementatie van overeenkomsten" in X., *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, II.4-131

⁶⁹ Cass. 20 april 1989, Arr.Cass. 1988-89, 961; Cass. 11 december 1989, Arr.Cass. 1989-90, 504; Cass. 10 januari 1994, Arr.Cass. 1994, 16; Cass. 9 september 1994, Arr.Cass. 1994, 711, concl. D'HOORE; Cass. 15 april 2004, Arr.Cass. 2004, 643

jaren '80 werd gevolgd, zoals hierboven besproken, wordt hiermee weer van de hand gewezen.⁷⁰ Advocaat-Generaal KRINGS verdedigde deze ommekeer. Hij baseerde zijn overtuiging op het feit dat het Hof van Cassatie niet over kan gaan tot een beoordeling van de feiten. Aangezien het nagaan van de strekking van een overeenkomst nu eenmaal inhoudt dat men feiten en omstandigheden in rekening brengt bij de zoektocht naar deze strekking, is het Hof niet in staat verder te gaan dan een loutere controle van de bewoordingen van de overeenkomst.⁷¹

In feite betekent dit dat de feitenrechter de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen dient na te gaan zowel op basis van de overeenkomst zelf, als op basis van externe kenmerken.⁷² De controle van het Hof zal echter beperkt blijven tot een marginale toetsing wat betreft het nagaan of de feitenrechter de bewijskracht van de overeenkomst heeft geschonden.⁷³ Deze toetsing van het Hof blijft beperkt tot de vraag of de interpretatie die de feitenrechter aan de bewoordingen van de overeenkomst heeft gegeven een mogelijk en plausibele uitlegging uitmaakt.⁷⁴ De bewijskracht van een overeenkomst kan met andere woorden worden gezien als de ultieme grens die de feitenrechter dient te respecteren.⁷⁵

20. *KWALIFICATIE DOOR PARTIJEN ALS VERTREKPOINT.* – Zoals hierboven reeds werd vermeld kon de kwalificatie door de partijen aan de overeenkomst gegeven slechts worden beschouwd als een van de interne kenmerken van de overeenkomst die door de rechter in overweging worden genomen bij de interpretatie van de overeenkomst om de werkelijke wil van de partijen te achterhalen. Hier is echter verandering in gekomen door de zogenaamde kwalificatiearresten, uitgesproken door het Hof van Cassatie.⁷⁶

In deze arresten oordeelde het Hof immers dat de kwalificatie door de partijen als uitgangspunt functioneren. Concreet betekent dit dat de partij die zich beroept op een andere kwalificatie dan diegene die in de overeenkomst vermeld staat, dient te bewijzen dat er een of meer onverenigbaarheden bestaan met de kwalificatie zoals de partijen ze in de overeenkomst hebben aangenomen.⁷⁷

Hoewel deze arresten allemaal betrekking hebben op het arbeidsrecht en meer bepaald op de problematiek van schijnzelfstandigheid, mag het duidelijk zijn dat ze ook een invloed zullen hebben

⁷⁰ W. DE BONDT, "Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: mogelijkheden, grenzen en alternatieven", RW 1996-1997, 1006

⁷¹ E. KRINGS, conclusie bij Cass. 13 mei 1988, Arr.Cass. 1987-88, 1198; W. DE BONDT, "Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: mogelijkheden, grenzen en alternatieven", RW 1996-1997, 1006; J. WAELKENS, noot onder Cass. 1 maart 2012, DAOR 2013/105, 106-107 (proefdruk)

⁷² E. KRINGS, conclusie bij Cass. 13 mei 1988, Arr.Cass. 1987-88, 1207; J. WAELKENS, noot onder Cass. 1 maart 2012, DAOR 2013/105, 107 (proefdruk)

⁷³ F. VERMANDER, "De interpretatie en aanvulling van een overeenkomst naar Belgische recht" in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 26-27; J. WAELKENS, noot onder Cass. 1 maart 2012, DAOR 2013/105, 109 (proefdruk)

⁷⁴ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 276-277; B. DE CONINCK, "Le droit commun de l'interprétation des contrats", DAOR 2001, 41; F. VERMANDER, "De interpretatie en aanvulling van een overeenkomst naar Belgische recht" in J. SMITS en S. STIJNS (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 26-27

⁷⁵ W. DE BONDT, "Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: mogelijkheden, grenzen en alternatieven", RW 1996-1997, 1005-1007; J. WAELKENS, noot onder Cass. 1 maart 2012, DAOR 2013/105, 109 (proefdruk)

⁷⁶ V. DOOMS, "Over de vergaande gevolgen van het niet kwalificeren van een overeenkomst", RABG, 2007, 88

⁷⁷ V. DOOMS, "Over de vergaande gevolgen van het niet kwalificeren van een overeenkomst", RABG, 2007, 89

op de in deze thesis besproken materie daar ze een ontwikkeling creëren binnen de leer van de herkwalificatie van overeenkomsten in het algemeen en dus ook op overeenkomsten die zakelijke rechten in het leven roepen.

III. De arresten

21. *DE KWALIFICATIEARRESTEN.* – Het betreft hier de arresten van 23 december 2002⁷⁸, 28 april 2003⁷⁹, 3 mei 2004⁸⁰. De twee eerstgenoemde arresten zijn arresten van de derde Franstalige kamer van het Hof van Cassatie, terwijl het laatste arrest gevelde was door de derde Nederlandstalige kamer. Deze arresten vormden de basis voor de evolutie inzake de herkwalificatiemogelijkheden van de rechter. Oorspronkelijk beschouwde men de kwalificatie van de partijen als slechts een van de vele elementen die in overweging genomen moesten worden bij de zoektocht naar de gemeenschappelijke wil van de partijen. Het uitgangspunt na de kwalificatiearresten is echter dat de kwalificatie van de partijen het startpunt is van de beoordeling van de feitenrechter. Slechts wanneer er sprake is van een onverenigbaarheid tussen de inhoud van de arresten en de gegeven kwalificatie zal de rechter kunnen herkwalificeren. Hierna zullen deze kwalificatiearresten worden toegelicht. Ondertussen is deze rechtspraak reeds meerdere malen bevestigd door het Hof van Cassatie.⁸¹

22. *ARREST 23 DECEMBER 2002: FEITEN EN BESLISSING.* – Het cassatiearrest van 23 december 2002 is gericht tegen het arrest van de arbeidsrechtbank te Luik van 19 mei 2000, waarbij de rechter oordeelde dat er wel degelijke sprake was van een arbeidsovereenkomst, hoewel de partijen een aannemingsovereenkomst hadden gesloten. De heer P. kon met andere woorden niet worden beschouwd als een zelfstandige zoals de overeenkomst tussen de heer P. en de eiser deed vermoeden.

De eiser voerde in cassatie aan dat herkwalificatie pas kan volgen als er sprake is van gegevens die onverenigbaar zijn met de door de partijen gekozen kwalificatie van de overeenkomst. Volgens de eiser kon de feitenrechter dan ook in geen geval over gaan tot herkwalificatie, gelet op het feit dat er geen sprake was van gegevens die onverenigbaar waren met de kwalificatie van aanneming. Er was immers geen band van ondergeschiktheid tussen de heer P. en de eiser, daar er louter en alleen sprake was van een aantal algemene richtlijnen die de heer P. diende te volgen en waarop toezicht werd uitgeoefend door de eiser.

Het Hof volgde de eiser en ging over tot de vernietiging van het arrest van de arbeidsrechtbank. Het Hof motiveerde deze beslissing als volgt: "*Overwegende dat, wanneer de partijen een benaming hebben gegeven aan hun overeenkomst, de feitenrechter geen andere benaming in de*

⁷⁸ Cass. 23 december 2002, RW 2005-06, 24

⁷⁹ Cass. 28 april 2003, NJW 2003, 886

⁸⁰ Cass. 3 mei 2004, NJW 2005, 18, noot VAN EECKHOUTTE

⁸¹ Cass. 6 december 2004, Pas. 2004, 1922; Cass. 5 februari 2007, RW 2007-08, 781; Cass. 1 december 2008, JTT 2009, 372; Cass. 22 maart 2010, JTT 2010, 341; Cass. 10 oktober 2011, RABG 2012, 947, noot V. DOOMS; Cass. 23 mei 2011, JTT 2011, 392

plaats kan stellen, wanneer het voor de rechter op grond van de aan zijn oordeel voorgelegde gegevens niet mogelijk is de door de partijen aan de overeenkomst gegeven benaming af te wijzen."⁸² Volgens het Hof was er in deze zaak dan ook geen sprake van gegevens die onverenigbaar waren met een overeenkomst van aanneming, waardoor men een herkwalificatie door de feitenrechter diende uit te sluiten.

23. *ARREST 28 APRIL 2003: FEITEN EN BESLISSING.* – In het cassatiearrest van 28 april 2003, gericht tegen een arrest van het arbeidshof van Luik, meer bepaald het arrest van 13 november 2000, kwam het Hof tot een gelijkaardige conclusie. In dit laatstgenoemde arrest was het arbeidshof van mening dat er wel degelijke sprake was van een arbeidsovereenkomst tussen de eiser en de verweerder. De bestreden beslissing is met andere woorden zeer vergelijkbaar met de beslissing die in het cassatiearrest van 23 december 2002 werd aangevochten.

Ook hier haalt de eiser aan dat de feitenrechter niet kon herkwalificeren, aangezien er hem geen gegevens voorlagen die onverenigbaar waren met een overeenkomst van aanneming. Er is dan ook, althans volgens de eiser, geen gezagsverhouding tussen eiser en verweerder.

Het Hof van Cassatie herhaalt in deze zaak het principe dat het reeds eerder hanteerde in de zaak van 23 december 2002. Het oordeelde immers dat: "*Attendu que, lorsque les éléments soumis à son appréciation ne permettent pas d'exclure la qualification donnée par les parties à la convention qu'elles ont conclue, le juge du fond ne peut y substituer une qualification différente*"⁸³ Het Hof van Cassatie ging verder door te stellen dat de feiten waarop de feitenrechter zich baseerde om over te gaan tot herkwalificatie naar een arbeidsovereenkomst niet onverenigbaar zijn met een overeenkomst van aanneming. Omwille van deze redenering gaat het Hof van Cassatie ook hier over tot een vernietiging van de bestreden beslissing.

24. *ARREST 3 MEI 2004: FEITEN EN BESLISSING.* – Dat niet alleen de derde Franstalige kamer van het Hof van Cassatie het voormelde principe hanteert, blijkt uit het cassatiearrest van 3 mei 2004, uitgesproken door de derde Nederlandstalige kamer van het Hof.

Dit arrest was gericht tegen de beslissing van het Arbeidshof te Antwerpen van 4 april 2003. In deze zaak was er geen discussie tussen de partijen over de aanwezigheid van de elementen arbeid en loon. Wel bestond er betwisting over de vraag of er sprake was van een gezagsverhouding. Het arbeidshof van Antwerpen oordeelde over deze gezagsverhouding door te stellen dat er geen gegevens aanwezig waren die niet verenigbaar waren met het statuut van zelfstandigheid. Het arbeidshof was met andere woorden van mening dat er geen gezagsverhouding bestond tussen verweerder en haar medewerkers.

In dit geval trachtte de eiser het bestreden arrest te laten vernietigen op basis van het feit dat het volgens hem voldoende was dat hij aan de rechter een aantal gegevens heeft voorgelegd die wijzen op het bestaan van een gezagsverhouding. De eiser benadrukt hierbij dat hij in geen geval moet bewijzen dat er elementen zijn die de kwalificatie van de partijen volledig uitsluiten.

⁸² Cass. 23 december 2002, RW 2005-06, 24-25

⁸³ Cass. 28 april 2003, NJW 2003, 886

Het Hof van Cassatie volgt de redenering van de eiser echter niet en verwerpt het cassatieberoep. Men volgt hierbij de voormelde rechtspraak van de derde Franstalige kamer van het Hof van Cassatie. Dit blijkt duidelijk uit de volgende overweging: "*wanneer de partijen hun overeenkomst gekwalificeerd hebben als een overeenkomst van zelfstandige samenwerking en bij ontstentenis van een tegen deze kwalificatie ingaand wettelijke vermoeden, het bewijs van een gezagsrelatie niet is geleverd wanneer de door de rechter vastgestelde feiten evenzeer wijzen op de uitvoering van zelfstandige arbeid en daarmee niet onverenigbaar zijn.*"⁸⁴ Het Hof van Cassatie gaat verder door te stellen dat hoewel er sprake was van gezamenlijk overleg, dit niet aantoont dat er kan gesproken worden van een gezagsrelatie en dat de eiser er dus niet in geslaagd is om feitelijke gegevens voor te leggen die onverzoenbaar zijn met een overeenkomst van aanneming. Om die reden werd er dan ook geoordeeld dat de feitenrechter terecht niet was overgegaan tot herkwalificatie van de overeenkomst.

IV. Gevolgen

25. *BEWIJZEN VAN ONVERENIGBAARHEDEN.* – Deze rechtspraak heeft er toe geleid dat de feitenrechter minder snel zal kunnen overgaan tot herkwalificatie van een overeenkomst. Zoals hierboven reeds gesteld zijn de situaties waarin de feitenrechter effectief kan herkwalificeren aanzienlijk beperkt door deze arresten. Het is namelijk zo dat oorspronkelijk de rechter de kwalificatie door de partijen kon beschouwen als één van de vele elementen waarmee hij rekening diende te houden bij het beoordelen van de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen.⁸⁵ Dat is dan ook precies wat de feitenrechter had gedaan in de hierboven vermelde uitspraken van de arbeidsrechtbank te Luik en het arbeidshof te Luik. In beide zaken ging de feitenrechter immers over tot een herkwalificatie van een overeenkomst van aanneming naar een arbeidsovereenkomst, terwijl de gegevens die hem voorlagen niet onverenigbaar waren met een overeenkomst van aanneming. De feitenrechter baseerde zich echter op het feit dat de overeenkomst dichter aanleunde bij een arbeidsovereenkomst.

Door het huidige standpunt dat het Hof van Cassatie inneemt en dat duidelijk blijkt uit de zogenaamde kwalificatiearresten kan de feitenrechter niet meer overgaan tot een herkwalificatie van een overeenkomst, tenzij diegene die de herkwalificatie opwerpt heeft bewezen dat de feitelijke gegevens in geen geval verenigbaar zijn met de kwalificatie van de contractspartijen. Dit blijkt zeer duidelijk uit het cassatiearrest van 3 mei 2004, waar het Hof van Cassatie het cassatieberoep verwerpt omwille van de reden dat de eiser dergelijke onverenigbaarheden niet heeft kunnen aantonen.

26. *HERKWALIFICATIE IN NEDERLAND.* – In Nederland zien we ongeveer dezelfde redenering terugkomen in de rechtspraak en de rechtsleer, wanneer men de herkwalificatie van overeenkomsten bestudeert. Ook hier neemt immers de wil van de partijen een voorname plaats in

⁸⁴ Cass. 3 mei 2004, NJW 2005, 20-21, noot VAN EECKHOUTTE

⁸⁵ V. DOOMS en T. MESSIAEN, *Schijnzelfstandigheid*, Gent, Larcier, 2008, 189-190

bij de beoordeling van een mogelijke herkwalficatie. VALK stelt dat de partijafsprake het 'hart' van de contractuele rechtsverhouding is.⁸⁶ Hiermee bedoelt hij dat hetgeen de partijen zijn overeengekomen de gevolgen van de overeenkomst bepaalt. Immers is het zo dat de gevolgen die door de wet, de gewoonte of de redelijkheid en de billijkheid aan de overeenkomst worden toegekend in het licht van artikel 6:248 lid 1 Nederlands Burgerlijk Wetboek (NBW) pas duidelijk worden wanneer geweten is wat de partijen nu juist zijn overeengekomen.⁸⁷

Belangrijk hierbij is dus om te weten wat de partijen nu precies zijn overeengekomen. Daar dit niet altijd duidelijk naar voor komt door het louter bestuderen van de bewoordingen van de overeenkomst, zoals hierboven reeds gesteld, is het niet zelden zo dat men de wil van de partijen dient te achterhalen.⁸⁸

Om de wil van de partijen te achterhalen beroept men zich in Nederland op de wilsvertrouwensleer. Dit kan men immers afleiden uit de beslissing van de Hoge Raad in zijn *Haviltex-arrest*.⁸⁹ Dit arrest betrof een discussie tussen Ermes en Langerwerf, aan de ene kant, en Haviltex B.V., aan de andere kant. De B.V. Haviltex had immers een machine gekocht bij Ermes en Langerwerf. In de koopovereenkomst tussen beide partijen werd een voorwaarde opgenomen die Haviltex de mogelijkheid bood om de machine tot aan het einde van het jaar terug te geven, waarna de koopovereenkomst ontbonden zou worden. Wanneer de B.V. Haviltex echter gebruik wilde maken van deze voorwaarde ontstond er een geschil tussen beide partijen dat uiteindelijk werd voorgelegd aan de Hoge Raad. Ermes en Langerwerf waren immers de mening aangedaan dat het nooit hun bedoeling geweest was om Haviltex de mogelijkheid te bieden de koopovereenkomst te kunnen laten ontbinden zonder opgave van enige reden.

De Hoge raad besloot om, tegen de letterlijke bewoordingen van de overeenkomst in, over te gaan tot vernietiging van het arrest waarbij de feitenrechter had geoordeeld dat Haviltex kon overgaan tot ontbinding van de koopovereenkomst door teruggave van de machine. De Hoge Raad overwoog dan ook het volgende: *"De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van pp. is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die pp. in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten."*

⁸⁶ W.L. VALK, "Rechtsgevolgen van de overeenkomst ten aanzien van partijen" in A.R. BLOEMBERGEN, C.C. VAN DAM, J. HIJMA en W.L. VALK (eds.), *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2004, 328

⁸⁷ G.H.A. SCHUT, *Rechtshandeling, overeenkomst en verbintenis volgens BW en NBW*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1987, 79-80; G.G. HESEN en J.M. SMITS, "Rechtsgevolgen van de overeenkomst" in C. BOLLEN, R.J.Q. KLOMP en H.N. SCHELHAAS (eds.), *Verbintenissenrecht geschetst*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2006, 55; W.L. VALK, "Rechtsgevolgen van de overeenkomst ten aanzien van partijen" in A.R. BLOEMBERGEN, C.C. VAN DAM, J. HIJMA en W.L. VALK (eds.), *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2007, 328

⁸⁸ *Supra* nr. 7; W.L. VALK, "Rechtsgevolgen van de overeenkomst ten aanzien van partijen" in A.R. BLOEMBERGEN, C.C. VAN DAM, J. HIJMA en W.L. VALK (eds.), *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2004, 329; G.G. HESEN en J.M. SMITS, "Rechtsgevolgen van de overeenkomst" in C. BOLLEN, R.J.Q. KLOMP en H.N. SCHELHAAS (eds.), *Verbintenissenrecht geschetst*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2006, 55

⁸⁹ HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635

27. *ZOEKEN NAAR DE WIL VAN DE PARTIJEN.* – Met andere woorden, het onderzoek van de rechter dient verder te gaan dan een louter tekstuele interpretatie van de overeenkomst.⁹⁰ Het is immers het vertrouwen dat partijen naar elkaar toe hebben opgewekt dat een doorslaggevende rol speelt bij het bepalen van de partijafspraken.⁹¹ Daarbij rijst de vraag wat de rechter dan wel precies moet onderzoeken om de wil van de partijen te achterhalen. SCHUT maakt daarbij een onderscheid tussen twee verschillende soorten elementen. Enerzijds kan de rechter volgens hem de bedoeling van de partijen achterhalen aan de hand van elementen die zij in een geschrift hebben opgenomen. Dit zijn ondermeer: de overeenkomst zelf, andere en oudere overeenkomsten tussen de partijen, briefwisseling, aantekeningen en telexberichten. Anderzijds zijn er de overige elementen, die dus niet zijn opgenomen in een of ander geschrift. Het kan gaan om mondelinge afspraken, gebaren, tekens, houding en een heel aantal andere elementen waaruit men een bepaalde visie kan afleiden. Ook de context waarin de overeenkomst is gesloten is een bepalend element om te achterhalen wat de partijen nu precies wilde bereiken met hun overeenkomst.⁹²

Wel dient men voor ogen te houden dat redelijkheid en billijkheid, naast hun eerder omschreven aanvullende functie, ook een matigende werking kunnen hebben op de uitlegmogelijkheden van de Nederlandse rechter. Dit blijkt immers uit artikel 6:248, lid 2 NBW. Bepaalde regels die de rechter uit de partijwil afleidt of die van toepassing zijn op de overeenkomst door de aanvulling zoals voorzien in artikel 6:248, lid 1 NBW zullen immers buiten toepassing blijven wanneer blijkt dat ze strijdig zijn met de beginselen van redelijkheid en billijkheid.⁹³

28. *NUANCE TEN AANZIEN VAN DERDEN.* – Deze zienswijze dient echter wel genuanceerd te worden met het oog op de uitwerking van overeenkomsten ten aanzien van derden. Dit is zeker het geval wanneer de derden afwezig waren bij het opstellen van de overeenkomst. Het is namelijk zo dat deze derden de bedoeling van de partijen die wel bij de totstandkoming van de overeenkomst aanwezig waren niet kennen. Om deze reden is het dan ook aangewezen om dichter aan te sluiten bij de tekst van de overeenkomst wanneer derden deze dienen te interpreteren. Dit is dan ook de visie van de Nederlandse Hoge Raad.⁹⁴

29. *GELIJKENISSEN MET BELGISCHE RECHT.* – Opvallend bij de bespreking van de visie die men in Nederland hanteert is dat de parallellen met het Belgische recht erg groot zijn. Ook in Nederland staat de wil van de partijen centraal bij de herkwalificatiemogelijkheden van de feitenrechter. Het achterhalen van de wil van de partijen gebeurt ook in Nederland niet louter door het bestuderen van de tekst van de overeenkomst. Men kan hierbij ook externe elementen in overweging nemen.

⁹⁰ G.H.A. SCHUT, *Rechtshandeling, overeenkomst en verbintenis volgens BW en NBW*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1987, 81-82; W.L. VALK, "Rechtsgevolgen van de overeenkomst ten aanzien van partijen" in A.R. BLOEMBERGEN, C.C. VAN DAM, J. HIJMA en W.L. VALK (eds.), *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2004, 329-330; G.G. HESEN en J.M. SMITS, "Rechtsgevolgen van de overeenkomst" in C. BOLLEN, R.J.Q. KLOMP en H.N. SCHELHAAS (eds.), *Verbintenissenrecht geschetst*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2006, 55

⁹¹ G.G. HESEN en J.M. SMITS, "Rechtsgevolgen van de overeenkomst" in C. BOLLEN, R.J.Q. KLOMP en H.N. SCHELHAAS (eds.), *Verbintenissenrecht geschetst*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2006, 55

⁹² G.H.A. SCHUT, *Rechtshandeling, overeenkomst en verbintenis volgens BW en NBW*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1987, 81-82

⁹³ G.G. HESEN en J.M. SMITS, "Rechtsgevolgen van de overeenkomst" in C. BOLLEN, R.J.Q. KLOMP en H.N. SCHELHAAS (eds.), *Verbintenissenrecht geschetst*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2006, 56-57; L. REURICH, *Het wijzigen van overeenkomsten en de werking van redelijkheid en billijkheid*, Deventer, Kluwer, 2005, 8-9

⁹⁴ HR 17 december 1993, NJ 1994, 173; HR 24 december 1993, NJ 1994, 174; HR 20 februari 2004, NJ 2004, 493

Deze gelijkenissen worden nog kracht bijgezet door rechtspraak die betrekking heeft op arbeidsrechtelijke verhoudingen. Zo oordeelde de Nederlandse Hoge Raad in zijn arrest van 10 december 2004 dat bij de beoordeling of het gaat om een arbeidsovereenkomst dan wel om een opdrachtovereenkomst men vooreerst dient na te gaan wat de bedoeling van de partijen was bij het sluiten van de overeenkomst.⁹⁵ Hieruit kan men de conclusie trekken dat de wil van de partijen niet enkel centraal staat in de zoektocht naar de juiste kwalificatie, maar dat deze zelfs het beginpunt is voor de feitenrechter. Net als in het Belgische recht dient men dus te vertrekken van de kwalificatie die de partijen aan de overeenkomst hebben gegeven.

30. *HERKWALIFICATIE IN FRANKRIJK.* – De situatie in Frankrijk is op het eerste zicht ook zeer vergelijkbaar met die in België en dit omwille van het feit dat de Franse *Code civil* sterk lijkt op het Belgische Burgerlijk Wetboek. Het is immers zo dat ook in de Franse *Code civil* de wil van de partijen voorop staat bij de interpretatie van de overeenkomst.⁹⁶ Dit volgt rechtstreeks uit artikel 1156 *Code civil*.⁹⁷ Meer zelfs, het Burgerlijk Wetboek omvat een identiek artikel, zij het in het Nederlands.⁹⁸

Dit betekent ondermeer dat de Franse rechter op zoek dient te gaan naar de wil van de partijen. Ook hier rijst dan weer de vraag hoe de rechter de wil van de partijen kan achterhalen. Allereerst dient de rechter deze te achterhalen aan de hand van de context van de overeenkomst.⁹⁹ Wanneer blijkt dat dit niet mogelijk is, zal de rechter zich op alle feitelijke elementen kunnen baseren om de wil van de partijen te achterhalen. Deze feitelijke elementen omvatten naast de intrinsieke elementen, ook de elementen die extrinsiek zijn aan de overeenkomst.¹⁰⁰

Hieruit volgt dat, wanneer vaststaat dat de wil van de partijen niet overeenkomt met een aantal bepalingen van de overeenkomst of met de kwalificatie ervan, de rechter geenszins gebonden is door deze bepalingen of de kwalificatie.¹⁰¹ Op de rechter rust immers de taak om de overeenkomst de draagwijdte te geven die de partijen eraan wilde geven.¹⁰² Om deze taak te kunnen uitvoeren is het van essentieel belang dat de rechter een aantal bevoegdheden krijgt toegewezen om de werkelijke wil van de partijen door te laten werken in hun overeenkomst. Omwille van deze reden kan de rechter dan ook overgaan tot het interpreteren van clausules die onduidelijk zijn en aanleiding geven tot twijfel. Ook kan de rechter, in toepassing van artikel 1160 *Code civil*, in geval van lacunes in de overeenkomst, deze lacunes opvullen door gebruik te maken van de wet, gewoonte en billijkheid. Een derde bevoegdheid waar de rechter over beschikt is echter belangrijker in het licht van deze thesis. Deze bevoegdheid houdt namelijk in dat de rechter kan overgaan tot herkwalificatie wanneer hij vaststelt dat de kwalificatie die door de partijen aan de

⁹⁵ HR 10 december 2004, NJ 2006, 214

⁹⁶ Y. BUFFELAN-LANORE, *Droit civil*, Parijs, Dalloz, 2006, 113

⁹⁷ "on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes."

⁹⁸ Artikel 1156 BW

⁹⁹ Artikel 1161 *Code civil*

¹⁰⁰ Y. BUFFELAN-LANORE, *Droit civil*, Parijs, Dalloz, 2006, 113

¹⁰¹ Y. BUFFELAN-LANORE, *Droit civil*, Parijs, Dalloz, 2006, 113; Cass. (FR.) Civ., 28 oktober 2010, www.legifrance.gouv.fr

¹⁰² J. JULIEN, *Droit des obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 114

overeenkomst is gegeven onjuist is. Door de juiste kwalificatie aan de overeenkomst te geven, zorgt de rechter er immers voor dat het correcte regime wordt toegepast op de overeenkomst.¹⁰³

Aangezien de kwalificatie van een overeenkomst er voor zorgt dat de overeenkomst kan ondergebracht worden in een bepaald juridisch regime en de herkwalificatie de overeenkomst dus noodzakelijk onder een ander regime doet vallen, zal dit er voor zorgen dat de partijen geconfronteerd zullen worden met andere rechtsgevolgen dan ze oorspronkelijk hadden voorzien.¹⁰⁴ Op die manier wordt voorkomen dat partijen zich onttrekken aan bepaalde dwingende regels door te voorzien in een kwalificatie die niet samenvalt met de werkelijkheid.

31. *RUIMERE HERKWALIFICATIEBEVOEGDHEID.* – De rechter zal in twee gevallen overgaan tot herkwalificatie. Enerzijds zal dit gebeuren wanneer er in de overeenkomst geen bestanddelen terugkomen die essentieel zijn om de kwalificatie te staven. Anderzijds zal de rechter herkwalificeren wanneer er elementen aanwezig zijn in de overeenkomst die tegenstrijdig zijn met de gegeven kwalificatie.¹⁰⁵ In het huidige Belgische recht is het louter mogelijk om over te gaan tot een herkwalificatie in het geval dat er elementen zijn opgenomen in de overeenkomst die onverenigbaar zijn met de gegeven kwalificatie. Dit blijkt immers uit de hierboven besproken rechtspraak van het Hof van Cassatie. In Frankrijk bestaat er ook de mogelijkheid om te herkwalificeren in het geval dat de kwalificatie van de partijen niet voldoende wordt gestaafd door de elementen van de overeenkomst. Dit houdt op zich een ruimere bevoegdheid in voor de Franse feitenrechter dan voor de Belgische. Er moet immers niet noodzakelijk sprake zijn van enige onverenigbaarheden tussen de feitelijke omstandigheden en de kwalificatie. Het ontbreken van enkele elementen is op zich voldoende voor de Franse feitenrechter om te herkwalificeren. De wil van de partijen kan men in het Franse recht dan ook niet zien als het vertrekpunt van de feitenrechter.

Het Franse *Cour de Cassation* heeft dit bevestigd in zijn arrest van 19 december 2000. In dit arrest stelde het Hof immers dat het vaststellen van het bestaan van een arbeidsovereenkomst niet dient te gebeuren aan de hand van de kwalificatie van de partijen. De feitenrechter dient immers te achterhalen wat de werkelijke wil van de partijen is aan de hand van de feitelijke omstandigheden.¹⁰⁶ Het Franse Hof van Cassatie verwijst hierbij in geen geval naar de kwalificatie van de partijen als vertrekpunt voor de feitenrechter en dit in tegenstelling tot de Belgische en de Nederlandse rechter.

¹⁰³ Cass. (FR.) Com. 14 mei 1985, Bull.Civ., 130; Cass. (FR.) Civ. 18 januari 1989, Bull.Civ., 8; Y. BUFFELAN-LANORE, *Droit civil*, Parijs, Dalloz, 2006, 113-114; K. DE LA ASUNCION PLANES, *La réfaction du contrat*, Parijs, L.G.D.J, 2007, 136-137

¹⁰⁴ K. DE LA ASUNCION PLANES, *La réfaction du contrat*, Parijs, L.G.D.J, 2007, 139

¹⁰⁵ K. DE LA ASUNCION PLANES, *La réfaction du contrat*, Parijs, L.G.D.J, 2007, 137

¹⁰⁶ Cass. (FR.) Soc. 19 december 2000, Bull.Soc., 337

Hoofdstuk 2: Zakenrechtelijk luik

A. Het numerus clausus beginsel

32. *OPEN SYSTEEM BIJ PERSOONLIJKE RECHTEN.* – Daar de persoonlijke rechten gekenmerkt zijn door het beginsel van de wilsautonomie, wordt het de contractpartijen toegestaan de inhoud van hun overeenkomst vrij te bepalen. Bewijs hiervan vindt men ondermeer in het bestaan van de zogenaamde gemengde en onbenoemde overeenkomsten. Deze overeenkomsten komen immers tot stand omwille van het feit dat de partijen vrij zijn de inhoud van een overeenkomst te bepalen en daarbij niet zijn gehouden tot de overeenkomsten die wettelijk geregeld zijn. Onbenoemde overeenkomsten zijn dan ook overeenkomsten waarover geen wettelijke bepalingen terug te vinden zijn. Ze komen tot stand om te beantwoorden aan een behoefte in de praktijk. Een bijzondere vorm van deze onbenoemde contracten zijn de gemengde contracten. Ze zijn onbenoemd omdat er specifiek voor deze overeenkomsten geen wettelijke regeling is terug te vinden. Echter deze gemengde overeenkomsten ontstaan door het samenvoegen van verschillende benoemde overeenkomsten in één welbepaalde overeenkomst.¹⁰⁷ Zonder het bestaan van de wilsautonomie bij persoonlijke rechten zou er enkel sprake kunnen zijn van overeenkomsten zoals voorzien bij wet. Aangezien dat duidelijk niet het geval is, kan men stellen dat er wilsautonomie bestaat. Deze wilsautonomie is echter niet onbeperkt. Regels van dwingend recht of van openbare orde dienen in elk geval gerespecteerd te worden.¹⁰⁸ Maar ondermeer ook de vertrouwensleer en de goede trouw vormen een belangrijke rem op de wilsautonomie van partijen.¹⁰⁹

33. *GESLOTEN SYSTEEM BIJ ZAKELIJKE RECHTEN.* – Binnen het zakenrecht daarentegen hanteert men een gesloten systeem. Dit houdt in dat wanneer de partijen een zakelijk recht in hun overeenkomst willen opnemen, ze verplicht zijn te kiezen uit een limitatieve lijst van vermogensrechten waaraan zakelijke werking is toegekend.¹¹⁰ Deze beperking staat ook wel bekend als 'Typenzwang'.¹¹¹ De tweede beperking, 'Typenfixierung' genaamd, bestaat erin dat de partijen niet volledig vrij zijn de inhoud van het zakelijk recht te bepalen.¹¹² De wetgever bepaalt immers het kader voor elk zakelijk recht, waarbinnen de partijen ruimte krijgen beperkte aanpassingen te doen aan het zakelijke recht om het te doen beantwoorden aan hun specifieke noden. Deze aanpassingen kunnen echter in geen geval de grenzen die de wetgever vooropstelde overschrijden.¹¹³

¹⁰⁷ V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 17-18; K. SWERTS, J. DEENE, C. VANACKERE en K. MARCHAND, "De overeenkomst, definitie, soorten en basisbeginselen" in J. ROODHOOF (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, Kluwer, Mechelen, II.4-16 – II.4-17

¹⁰⁸ V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 13-14

¹⁰⁹ S. STIJNS en S. JANSEN, "De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties", *TBBR* 2013, 3-4

¹¹⁰ V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 14; E. GOESSENS, "De historische oorsprong van het numerus clausus beginsel in het goederenrecht", *Jura Falc.* 2010-11, 154

¹¹¹ S. VAN ERP en B. AKKERMANS, *Cases, materials and text on property law*, Oxford, Hart Publishing, 2012, 68-69

¹¹² S. VAN ERP en B. AKKERMANS, *Cases, materials and text on property law*, Oxford, Hart Publishing, 2012, 69-72

¹¹³ V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 14; V. SAGAERT en R. JANSEN, "Goederenrecht: de gestage groei naar een conventioneel vermogensrecht", *RW* 2011-12, 68

Het *numerus clausus* beginsel lijkt op deze manier een duidelijk formeel criterium van onderscheid uit te maken tussen persoonlijke rechten enerzijds en zakelijke rechten anderzijds. Het is evenwel belangrijk om de uitwerking van dit beginsel te nuanceren en dit op dubbele wijze. Aan de ene kant dient men op te merken dat de wilsautonomie niet ten volle uitwerking krijgt binnen het domein van de persoonlijke rechten. Men kan immers ondermeer niet contractueel afwijken van regels van dwingend recht, openbare orde en goede zeden.¹¹⁴ Dergelijke regels vormen dus een beperking van de wilsautonomie.¹¹⁵ Anderzijds speelt het *numerus clausus* beginsel niet onbeperkt binnen de sfeer van het zakenrecht. Het is immers zo dat de partijen de wezenskenmerken strikt moeten respecteren en dat ze van regels van dwingend recht niet kunnen afwijken. De wetgever voorziet echter overwegend in een systeem van aanvullend recht. Dit geeft de partijen enige vrijheid met betrekking tot het bepalen van de inhoud van hun overeenkomst, ookal betreft het een zakelijk recht.¹¹⁶

In het licht van dit werk is vooral deze laatste beperking van belang. Op het eerste zicht zou, dankzij het *numerus clausus* beginsel, het onderscheid tussen de verschillende zakelijke rechten onderling duidelijk moeten blijken. Nu de bovenstaande nuance echter gemaakt is en de partijen over de vrijheid beschikken af te wijken van het wettelijk kader, is het onvermijdelijk dat zakelijke rechten inhoudelijk naar elkaar toe groeien. Maar ook het onderscheid met persoonlijke rechten zal moeilijker gemaakt kunnen worden. De kloof wordt dan ook gedicht door het toekennen van een zekere wilsvrijheid binnen het zakenrechtelijk kader.

34. *BELANG VAN DE KWALIFICATIE.* – Uiteindelijk zal dit leiden tot overeenkomsten die inhoudelijk weinig van elkaar verschillen. Hierdoor wordt de kwalificatie die de partijen aan hun overeenkomst geven uitermate belangrijk. Waar het onderscheid tussen zakelijke rechten niet meer gemaakt kan worden op basis van inhoudelijke verschillen, zal de kwalificatie immers doorslaggevend zijn om de toepasselijke regels te bepalen.

Aangezien deze toepasselijke regels net de aantrekkingskracht vormen van een bepaald zakelijk recht of daarentegen de reden zijn waarom partijen de voorkeur hebben te opteren voor een ander zakelijk recht, is het cruciaal om te weten in hoeverre de rechter kan overgaan tot een herkwalificatie van de overeenkomst en dus ook tot een herkwalificatie van het zakelijke recht dat hierin vervat is.

Het belang van de juiste kwalificatie bestaat er dan in dat volgens artikel 1135 BW de wet een aanvullende functie heeft t.a.v. de overeenkomst. Partijen zullen immers niet zelden slechts de belangrijkste elementen van hun relatie willen regelen in de overeenkomst. Dit is dan ook de reden waarom een overeenkomst vaak lacunes zal vertonen. Artikel 1135 BW schrijft daarom voor dat wanneer er sprake is van dergelijke lacunes, deze weggewerkt zullen worden aan de hand van de

¹¹⁴ Artikel 6 BW

¹¹⁵ V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 13; S. STIJNS en S. JANSEN, "De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties", *TBBR* 2013, 3-4

¹¹⁶ V. SAGAERT, "Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot een nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten", *TPR* 2005, 1014; V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 15; V. SAGAERT en R. JANSEN, "Goederenrecht: de gestage groei naar een conventioneel vermogensrecht", *RW* 2011-12, 68

wettelijke regeling met betrekking tot de benoemde overeenkomst.¹¹⁷ Bovendien speelt ook de aanvullende werking van de goede trouw een belangrijke rol. De grondslag voor deze aanvullende werking vind men ook terug in artikel 1135 BW. Het gevolg hiervan is dat de rechter op basis van de goede trouw bijkomende verplichtingen kan opleggen aan de partijen, daar waar de overeenkomst geen specifieke regeling bevat.¹¹⁸

Wanneer er in een overeenkomst van vruchtgebruik, bijvoorbeeld, niets is geregeld met betrekking tot de verplichtingen in verband met de herstellingen aan het in vruchtgebruik gegeven goed zullen de artikelen 605 BW en 606 BW van toepassing zijn. Op basis van deze artikelen zal de vruchtgebruiker dan gehouden zijn tot een restcategorie van herstellingen. De grove herstellingen vallen immers onder de verplichtingen van de blote eigenaar en zijn opgesomd in artikel 606 BW. Andere herstellingen dan deze vermeldt in artikel 606 BW zal de vruchtgebruiker moeten worden verrichten.

Indien blijkt dat het om een huurovereenkomst gaat en dus een andere kwalificatie toegemeten dient te worden aan de overeenkomst zal artikel 1720 BW als aanvullende regel in werking treden. Op basis van dit artikel heeft de verhuurder de verplichtingen alle herstellingen te doen die niet ten laste van de huurder liggen. Hier valt de restcategorie dus ten laste van de eigenaar.

Bovenstaand voorbeeld duidt nogmaals de mogelijke impact van een herkwalificatie door de rechter binnen het domein van de zakelijke rechten. Voor de partijen die een zakelijk recht willen creëren is het dan ook van cruciaal belang om voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst te weten welke grenzen ze dienen te respecteren om een latere herkwalificatie uit te sluiten. In onderdeel B. wordt dan ook verder ingegaan op de vraag welke grenzen de partijen dienen te respecteren om een herkwalificatie door de feitenrechter met betrekking tot een zakelijk recht uit te sluiten.

35. *GESLOTEN SYSTEEM IN FRANKRIJK?* – In Frankrijk zien we, net als in België, de discussie terugkomen met betrekking tot het al dan niet gesloten karakter van het systeem van de zakelijke rechten.¹¹⁹ Er zijn immers auteurs die in artikel 543 van de *Code civil* een grondslag zien om enkel de zakelijke rechten te erkennen die expliciet in een wetsartikel zijn opgenomen. Hierbij maakt het in geen geval een verschil of het nu gaat om rechten die in artikel 543 *Code civil* zelf zijn opgenomen, of hun oorsprong vinden in andere, specifieke wetteksten.¹²⁰ Daartegenover staat de groep van rechtsgeleerden die geen enkele grondslag vinden voor het principe van een gesloten systeem. Deze auteurs zijn dan ook van mening dat het contractspartijen vrij staat om zakelijke rechten naar believen in het leven te roepen.¹²¹

¹¹⁷ S. STIJNS, *Verbindenissenrecht*, I, Brugge, Die Keure, 2005, 52; W. VAN GERVEN, *Verbindenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 95

¹¹⁸ S. STIJNS, *Verbindenissenrecht*, I, Brugge, Die Keure, 2005, 61; W. VAN GERVEN, *Verbindenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 99-100

¹¹⁹ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI en S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil: Les biens*, Parijs, Jouve, 2000, 47-49

¹²⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil*, III, Parijs, Presses Univ. De France, 1995, 78; H.L. MAZEAUD, J. MAZEAUD en F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, II, Parijs, Montchrestien, 1998, 2187

¹²¹ C. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, Parijs, Lexisnexis, 2011, 54-55; C. LARROUMET, *Droit civil*, II, Parijs, Economica, 2004, 34

Het Franse Hof van Cassatie lijkt de laatste stelling te bevestigen en laat daarbij dus toe om zakelijke rechten vrij te creëren. Deze stelling volgt het immers reeds sinds het arrest *Caquelard* van 1834.¹²² Toch lijkt de toepassing van het numerus clausus beginsel, gestoeld op artikel 543 *Code civil* de meest gevolgde leer te zijn in Frankrijk.¹²³ Dit bewijst de grote tweestrijd die heerst in het huidige Franse recht met betrekking tot het erkennen van het numerus clausus beginsel.

36. *NIEUWE ZAKELIJKE RECHTEN DOOR WETGEVING EN RECHTSPRAAK.* – Toch kan er ook in Frankrijk gesproken worden van een numerus clausus beginsel dat het stelsel van de zakelijke rechten kenmerkt. Principieel wordt er immers aangenomen dat contractpartijen niet vrij zijn om zakelijke rechten in het leven te roepen. Dit wordt ondermeer bevestigd in een arrest van het Franse Hof van Cassatie, waarbij een reclamebord geacht werd niet onder het stelsel van de mede-eigendom te kunnen vallen.¹²⁴ Maar enerzijds houdt het Hof van Cassatie zichzelf de bevoegdheid voor om nieuwe zakelijke rechten te erkennen. Dit wordt duidelijk in een arrest van 18 januari 1984 waarin het Hof besloot om een eeuwigdurend recht om affiches aan te plakken te beschouwen als een sui generis zakelijk recht.¹²⁵ Anderzijds beschikt ook de wetgever over de mogelijkheid om nieuwe zakelijke rechten in het leven te roepen. Vooraleer de wetgever een regeling had getroffen met betrekking tot het eigendomsvoorbehoud was het namelijk zo dat er geen externe werking werd toegekend aan het eigendomsvoorbehoud vanaf het moment dat de koper failliet werd verklaard.¹²⁶ Maar door het optreden van de wetgever, waarbij het de externe werking onder bepaalde voorwaarden wel erkende, kan men ook het eigendomsvoorbehoud beschouwen als een zakelijk zekerheidsrecht.¹²⁷

37. *GESLOTEN SYSTEEM IN NEDERLAND.* – In Nederland bestaat er dan weer geen twijfel over het al dan niet gesloten karakter van de goederenrechtelijke rechten. Er bestaat immers een limitatieve lijst met het aantal rechten die de karakteristieken bevatten van een zakelijke recht. Deze rechten zijn: eigendom, erfdiensbaarheid, erfpacht, opstal, vruchtgebruik, pand, hypotheek en appartementsrecht.¹²⁸

Dit gesloten systeem vindt zijn oorsprong in artikel 3:81, lid 1 van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek. Deze wetsbepaling sluit op zijn beurt nauw aan bij het *Blaauboer-arrest*¹²⁹ van de Nederlandse Hoge Raad.¹³⁰

Net als in België hebben de contractspartijen echter een bepaalde vrijheid om het zakelijke recht te moduleren. Partijen kunnen met andere woorden de inhoud van hun overeenkomst wijzigen om

¹²² Cass (FR.) Civ. 13 februari 1834, DP 1834.1, 118

¹²³ P. MALAURI en L. AYNÈS, *Droit civil: les biens*, Parijs, Defrénois, 2010, 93

¹²⁴ Cass. (FR.) 19 november 1985, D. 1986, 497, noot F. ZENATI

¹²⁵ Cass. (FR.) 18 januari 1984, D. 1985 jur., 504, noot F. ZENATI

¹²⁶ E. GOESSENS, "De historische oorsprong van het numerus clausus beginsel in het goederenrecht", *Jura Falc.* 2010-11, 194

¹²⁷ E. GOESSENS, "De historische oorsprong van het numerus clausus beginsel in het goederenrecht", *Jura Falc.* 2010-11, 194-195

¹²⁸ J.E. FESEVUR, *Goederenrechtelijke colleges*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2005, 7

¹²⁹ HR 3 maart 1905, W. 8191

¹³⁰ H.K. SNIJDERS en E.B. RANK-BERENSHOTS, *Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 60

het te laten beantwoorden aan hun persoonlijke behoeften. Maar deze vrijheid is geenszins onbeperkt.¹³¹

38. *NUANCE OP HET GESLOTEN SYSTEEM.* – Waar het in België mogelijk is om af te wijken van de wettelijke bepalingen die betrekking hebben op het zakelijk recht dat opgenomen wordt in de overeenkomst voor zover deze bepalingen van aanvullende recht zijn, is het in Nederland pas mogelijk deze bepalingen te omzeilen voor zover de bepalingen zelf in deze mogelijkheid voorzien.¹³² Deze mogelijkheid kan worden afgeleid uit de tekst van de wet, de geschiedenis en de aard ervan.¹³³

Een tweede mogelijkheid voor de partijen om enige contractuele vrijheid te genieten ontstaat wanneer er geen wettelijke bepaling bestaat met betrekking tot de regeling die de partijen wensen te treffen. In dat geval staat het de partijen vrij om contractuele bepalingen op te nemen onder de voorwaarde dat er een voldoende band bestaat met het recht in kwestie.¹³⁴

B. Toepassing op zakelijke rechten

39. *NAAR EEN OPEN SYSTEEM VOOR ZAKELIJKE RECHTEN.* – Hierboven werd reeds gesteld dat het *numerus clausus beginsel* binnen het Belgische recht minder sterk doorwerkt omwille van het feit dat de wetgever in een aantal gevallen heeft voorzien in een wettelijk kader met een aanvullend karakter.¹³⁵ De gevolgen hiervan bestaan erin dat partijen over een grote vrijheid beschikken om een bepaalde invulling te geven aan hun zakelijk recht. Het logische gevolg van deze vrijheid is dat elementen die op het eerste zicht onverenigbaar zijn met een bepaald zakelijk recht toch verenigbaar zullen zijn. De feitenrechter zal dus minder snel kunnen overgaan tot herkwalificatie.

Niet alleen dit aanvullend karakter zorgt ervoor dat de mogelijkheid ontstaat om de inhoud van zakelijke rechten naar elkaar toe te laten groeien. Het blijkt namelijk dat binnen het zakenrecht er een tendens is ontstaan om het wettelijk kader te interpreteren op een manier die steeds meer ruimte laat aan de partijen om hun overeenkomst te moduleren. Zelfs in het kader van de essentiële kenmerken en de normen van dwingend recht en/of openbare ontstaat er immers ruimte voor de partijen om hun overeenkomst enigszins te manipuleren. Om dit aan te tonen zal er in dit onderdeel aandacht uitgaan naar een aantal van de interpretaties die dergelijke ruimte toelaten en die hun steun vinden in minstens een deel van de rechtsleer.

¹³¹ J.E. FESEVUR, *Goederenrechtelijke colleges*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2005, 26-27

¹³² J.E. FESEVUR, *Goederenrechtelijke colleges*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2005, 26

¹³³ H.K. SNIJDERS en E.B. RANK-BERENSHOTS, *Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 60

¹³⁴ J.E. FESEVUR, *Goederenrechtelijke colleges*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2005, 26; H.K. SNIJDERS en E.B. RANK-BERENSHOTS, *Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 60

¹³⁵ Supra nr. 33

I. *Recht van vruchtgebruik*

a. Algemeenheden inzake vruchtgebruik

40. *DEFINITIE.* – In artikel 578 BW staat het recht van vruchtgebruik op de volgende wijze omschreven: "Vruchtgebruik is het recht om van een zaak waarvan een ander de eigendom heeft, het genot te hebben, zoals de eigenaar zelf, maar onder verplichting om de zaak zelf in stand te houden." Maar met betrekking tot deze definitie dient men rekening te houden met enkele belangrijke nuances. Artikel 578 BW laat immers uitschijnen dat de vruchtgebruiker over dezelfde bevoegdheden beschikt als de eigenaar zelf. Dit is geenszins het geval, daar de vruchtgebruiker geen beschikkingsrecht heeft. Dit beschikkingsrecht ligt immers bij de blote eigenaar van het goed, zodat de vruchtgebruiker met betrekking tot het bezwaarde goed louter beschikt over een gebruiks- en genotsrecht.¹³⁶ De eigenaar dient ook in geen geval de bestemming van het goed te respecteren, zoals dit, in principe, wel het geval is voor de vruchtgebruiker.¹³⁷ Daarnaast verwijst de definitie ook op geen enkele wijze naar het tijdelijke karakter van het vruchtgebruik, hoewel dit karakter een wezenskenmerk van het recht van vruchtgebruik is.¹³⁸ Ten slotte bevat de definitie geen verwijzing naar het feit dat het vruchtgebruik tot de gesloten categorie van zakelijke rechten behoort.¹³⁹

In Nederland hanteert men in mindere mate een definitie zoals we die in het Belgische recht kennen. De verwijzing in het Nederlands Burgerlijk Wetboek is immers veel meer een verwijzing naar de bevoegdheden waarover de vruchtgebruiker beschikt. Artikel 3:201 NBW bepaalt in dat opzicht dan ook dat vruchtgebruik het recht heeft een goed, dat aan een ander toebehoort, te gebruiken en de vruchten ervan te genieten.

Artikel 578 van de Franse *Code civil* omschrijft het recht van vruchtgebruik als volgt: "*L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance.*" Het feit dat het recht van vruchtgebruik in dezelfde artikelen als het Burgerlijk Wetboek wordt geregeld en daarnaast ook zeer gelijkaardige bepalingen bevat, is geen verrassing. Het Belgische Burgerlijk Wetboek vindt dan ook zijn historische oorsprong in de

¹³⁶ N. CARETTE en J. DEL CORRAL, "De kwalificatie van het recht van vruchtgebruik: contractuele mogelijkheden en afbakening tegenover opstal, erfpacht en huur" in V. SAGAERT en A.-L. VERBEKE (eds.), *Vruchtgebruik: mogelijkheden, beperkingen en innovaties*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 1; R. JANSSEN en K. SWINNEN, "De contractuele modulering van de gebruiks- en beschikkingsbevoegdheden van de vruchtgebruiker" in V. SAGAERT en A.-L. VERBEKE (eds.), *Vruchtgebruik: mogelijkheden, beperkingen en innovaties*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 51

¹³⁷ R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Beginnelsen van het Belgische privaatrecht*, II, Gent, E. Story-Scientia, 1984, 331; V. SAGAERT, B. TILLEMANN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 341

¹³⁸ R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Beginnelsen van het Belgische privaatrecht*, II, Gent, E. Story-Scientia, 1984, 331; V. SAGAERT, B. TILLEMANN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 341

¹³⁹ N. CARETTE en J. DEL CORRAL, "De kwalificatie van het recht van vruchtgebruik: contractuele mogelijkheden en afbakening tegenover opstal, erfpacht en huur" in V. SAGAERT en A.-L. VERBEKE (eds.), *Vruchtgebruik: mogelijkheden, beperkingen en innovaties*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 1

Franse *Code civil*.¹⁴⁰ Dit doet ook het vermoeden rijzen dat het recht van vruchtgebruik in Frankrijk niet zo veel zal verschillen van het recht van vruchtgebruik in België.

41. *TIJDELIJK EN PERSOONSGEBONDEN KARAKTER.* – Het voormelde tijdelijke karakter van het recht van vruchtgebruik houdt in dat men een maximumgrens stelt aan dit recht met betrekking tot de duur ervan. Zo zal men het recht van vruchtgebruik op hoofde van een natuurlijk persoon maximaal voor de duur van het leven van de vruchtgebruiker kunnen bedingen.¹⁴¹ Is de vruchtgebruiker daarentegen een rechtspersoon dan is de maximumduur van het vruchtgebruik beperkt tot dertig jaar.¹⁴² Naar dit tijdelijke karakter verwijst men ook vaak door te stellen dat het vruchtgebruik persoonsgebonden is. De reden hiervoor is voor de hand liggend, aangezien de duur van de overeenkomst onlosmakelijk verbonden is met de levensduur van de vruchtgebruiker.¹⁴³ Het is echter niet verplicht om de duur van het vruchtgebruik afhankelijk te maken van het overlijden van de vruchtgebruiker. Het is in die zin immers mogelijk om een vruchtgebruikovereenkomst te sluiten voor een bepaalde duur. Wanneer deze termijn afloopt voor het overlijden van de vruchtgebruiker neemt het vruchtgebruik een einde. Echter, indien de vruchtgebruiker overlijdt alvorens de bepaalde termijn is verstreken, zal het vruchtgebruik niet blijven bestaan gedurende deze termijn. Ook voor rechtspersonen geldt deze regel, met die nuance dat de maximumtermijn beperkt is tot 30 jaar.¹⁴⁴

Dit persoonsgebonden karakter van het recht van vruchtgebruik staat er echter niet aan in de weg dat men het recht van vruchtgebruik hanteert op een wijze die het mogelijk maakt om aan generatieoverschrijdende vermogensplanning te doen. Zolang het recht van vruchtgebruik in hoofde van de vruchtgebruiker een einde neemt op het ogenblik dat deze overlijdt, ontstaat er immers geen probleem inzake de regels die het vruchtgebruik beheersen.¹⁴⁵

Concreet betekent dit dat een strikte interpretatie van deze regel ertoe leidt dat men een recht van vruchtgebruik niet kan vestigen op het hoofd van een derde. Dit zou immers afbreuk doen aan het persoonsgebonden karakter van vruchtgebruik, dat een wezenskenmerk vormt.¹⁴⁶ Bovendien vindt deze regel zijn oorsprong in een artikel van openbare orde.¹⁴⁷ Het vestigen van het vruchtgebruik op het hoofd van een derde zou immers inhouden dat men dit vruchtgebruik afhankelijk maakt van de levensduur van een andere persoon dan de vruchtgebruiker zelf. Aangezien dit de mogelijkheid

¹⁴⁰ D. HEIRBAUT, *Cumulatieve editie van het burgerlijk Wetboek*, Gent, Kluwer, 2004, LIII-LIV

¹⁴¹ Artikel 617 BW bepaalt immers dat vruchtgebruik eindigt door de dood van de vruchtgebruiker.

¹⁴² Artikel 619 BW

¹⁴³ P. VITS, "Vruchtgebruik: burgerrechtelijke aspecten" in D. MEULEMANS (ed.), *Vruchtgebruik, erfpacht en opstal*, Antwerpen, Maklu, 1998, 12; S. GOEMINNE en J. VERHOEYE, *Erfpacht, recht van opstal en vruchtgebruik*, Mechelen, Kluwer, 2003, 29-30

¹⁴⁴ P. VITS, "Vruchtgebruik: burgerrechtelijke aspecten" in D. MEULEMANS (ed.), *Vruchtgebruik, erfpacht en opstal*, Antwerpen, Maklu, 1998, 12-13

¹⁴⁵ A. VERBEKE, "Creatief met vruchtgebruik", T.Not. 1999, 538-539; V. SAGAERT, "Oude zakenrechtelijke figuren met nut voor een moderne familiale vermogensplanning" in X. (ed.), *Levenslang en verder. Familiale vermogensplanning in de 21^e eeuw. XXXste postuniversitaire cyclus, Willy Delva 2003-2004*, Gent s.n., 2004, 216-217

¹⁴⁶ V. SAGAERT, "Oude zakenrechtelijke figuren met nut voor een moderne familiale vermogensplanning" in X. (ed.), *Levenslang en verder. Familiale vermogensplanning in de 21^e eeuw. XXXste postuniversitaire cyclus, Willy Delva 2003-2004*, Gent s.n., 2004, 218-219

¹⁴⁷ Artikel 617 BW

kan creëren het vruchtgebruik te laten voortduren na de dood van de vruchtgebruiker, lijkt het onmogelijk het vruchtgebruik op hoofd van een derde te verdedigen.¹⁴⁸

Toch zijn er een aantal auteurs die de mening zijn aangedaan dat dergelijk vruchtgebruik wel degelijk mogelijk is. Ondermeer VERBEKE stelt dat het vruchtgebruik niet altijd gevestigd is op het hoofd van de initiële vruchtgebruiker.¹⁴⁹

Er vormen zich echter geen problemen wanneer men te maken krijgt met een opvolgend of terugvallend vruchtgebruik. In beide gevallen voldoet men immers aan de regel die wordt vooropgesteld in artikel 617 Burgerlijk Wetboek. Het eerste vruchtgebruik loopt immers af bij het overlijden van de vruchtgebruiker. Pas daarna zal de tweede vruchtgebruiker zijn recht van vruchtgebruik, dat hij reeds had onder opschortende voorwaarde, effectief kunnen uitoefenen.¹⁵⁰ Een terugvallend vruchtgebruik is immers een bijzondere toepassing van een opvolgend vruchtgebruik. Het komt erop neer dat de partijen overeenkomen dat bij het overlijden van de eerste vruchtgebruiker het vruchtgebruik van een tweede vruchtgebruiker begint te lopen. Met andere woorden het vruchtgebruik valt terug aan een derde in plaats van aan te wassen bij de blote eigendom. Men kwalificeert de schenking van het vruchtgebruik als een schenking onder opschortende voorwaarde van het vooroverlijden van de eerste vruchtgebruiker.¹⁵¹

Ook in Nederland wordt de duur van het vruchtgebruik gekoppeld aan het leven van de vruchtgebruiker.¹⁵² Dit is een maximumtermijn, wat concreet betekent dat men eventueel wel kan overeenkomen dat het vruchtgebruik voor een bepaalde duur wordt gevestigd, die een einde kan nemen voor het overlijden van de vruchtgebruiker. Overlijdt de vruchtgebruiker echter voor het aflopen van deze termijn zal het vruchtgebruik een einde nemen.¹⁵³ Deze regeling is gelijklopend met de regeling in het Belgische burgerlijk wetboek. Ook de regeling voor rechtspersonen verschilt in Nederland van de regeling voor natuurlijke personen, daar de maximumtermijn voor een recht van vruchtgebruik voor een rechtspersoon gesteld is op dertig jaar.¹⁵⁴

Een vruchtgebruik op het hoofd van een derde is dus ook in Nederland niet mogelijk, daar de duur van het vruchtgebruik gekoppeld blijft aan het leven van de vruchtgebruiker zelf en niet van een derde. Daarentegen is het wel mogelijk om een recht van vruchtgebruik in hoofd van twee of meer personen in het leven te roepen. In dat geval neemt het vruchtgebruik pas een einde wanneer alle personen op wiens hoofd het vruchtgebruik was gevestigd zijn overleden, tenzij

¹⁴⁸ V. SAGAERT, "Oude zakenrechtelijke figuren met nut voor een moderne familiale vermogensplanning" in X. (ed.), *Levenslang en verder. Familiale vermogensplanning in de 21^e eeuw. XXXste postuniversitaire cyclus, Willy Delva 2003-2004*, Gent s.n., 2004, 218-219

¹⁴⁹ A. VERBEKE, "Creatief met vruchtgebruik", T.Not. 1999, 534; A. VERBEKE en S. SNAET, "Zakelijke rechten en familiale vermogensplanning – vruchtgebruik – recht van gebruik en bewoning – erfpacht", Themis 2008-2009, 50

¹⁵⁰ A. VERBEKE, "Creatief met vruchtgebruik", T.Not. 1999, 539-541; V. SAGAERT, "Oude zakenrechtelijke figuren met nut voor een moderne familiale vermogensplanning" in X. (ed.), *Levenslang en verder. Familiale vermogensplanning in de 21^e eeuw. XXXste postuniversitaire cyclus, Willy Delva 2003-2004*, Gent s.n., 2004, 220-221

¹⁵¹ A. VERBEKE, A. NIJS, A. VAN ZANTBEEK, J. RUYSEVELDT en S. SNAET, *Vermogensplanning: praktisch en eenvoudig*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 106

¹⁵² Artikel 3:203, lid 2 NBW

¹⁵³ W.H.M. REEHUIS en A.H.T. HEISTERKAMP, *Het Nederlands burgerlijk recht*, III, Deventer, Gouda Quint, 2001, 478

¹⁵⁴ Artikel 3:203, lid 3 NBW

partijen anders zijn overeengekomen.¹⁵⁵ Ten slotte is het, net zoals in België, mogelijk om een opvolgend vruchtgebruik te doen ontstaan. In dat geval krijgt de tweede vruchtgebruiker pas een eigen recht wanneer het recht van de eerste vruchtgebruiker een einde heeft genomen.¹⁵⁶

Ook in Frankrijk is het recht van vruchtgebruik een tijdelijk recht. Immers, de duur van het recht van vruchtgebruik wordt begrensd door het leven van de vruchtgebruiker. Men kan echter wel steeds een kortere termijn overeenkomen.¹⁵⁷ Voor rechtspersonen is deze maximumtermijn echter gesteld op dertig jaar.¹⁵⁸ Dit houdt in dat een vruchtgebruik op het hoofd van een derde niet mogelijk is. Daarentegen is het perfect mogelijk om een opvolgend vruchtgebruik overeen te komen of het recht van vruchtgebruik te vestigen op het hoofd van twee of meer personen.¹⁵⁹

42. *VRUCHTGEBRUIK OP ALLE SOORTEN GOEDEREN.* – Gelet op artikel 581 BW is het goed dat bezwaard kan worden met een recht van vruchtgebruik niet beperkt tot een bepaald soort van goederen. Dit artikel bepaalt namelijk dat men een vruchtgebruik kan vestigen op alle soorten roerende en onroerende goederen. Dit creëert meteen ook de mogelijkheid om een vruchtgebruik op zowel lichamelijke als onlichamelijke goederen te vestigen, hoewel dit niet binnen het doel van de wetgever in 1804 viel.¹⁶⁰

Zo is het mogelijk om een vruchtgebruik op verbruikbare goederen te creëren. Dit vruchtgebruik wordt ook wel een quasi-vruchtgebruik genoemd. Bijzonder aan deze vorm van vruchtgebruik is dat de vruchtgebruiker meer bevoegdheden krijgt over de verbruikbare zaken waarop het vruchtgebruik gevestigd is. Naast zijn gebruiks- en genotsbevoegdheid heeft de vruchtgebruiker immers ook een beschikkingsbevoegdheid. Deze laatste bevoegdheid is dan ook noodzakelijk, daar elk gebruik van deze goederen onvermijdelijk gepaard gaat met het beschikken over deze zaken. De vruchtgebruiker kan dus beschikken als de eigenaar, maar heeft nog steeds een restitutieplicht.¹⁶¹ Anderzijds betekent dit ook dat een recht van vruchtgebruik op een schuldvordering en op een feitelijke of juridische universaliteit mogelijk is.¹⁶²

43. *VRUCHTGEBRUIK OP ZAKELIJKE RECHTEN.* – Een andere en belangrijke consequentie die volgt uit artikel 581 Burgerlijk Wetboek is de mogelijkheid om een recht van vruchtgebruik te vestigen op andere zakelijke rechten. Naast de mogelijkheid die er ontstaat voor de partijen om hun recht van vruchtgebruik in grote mate aan te passen aan hun wil, is ook de mogelijkheid om vruchtgebruik te vestigen op andere zakelijke rechten een manier om creatief om te gaan met het recht van

¹⁵⁵ Artikel 3:203, leden 1 en 2 NBW

¹⁵⁶ Artikel 3:203, lid 1 NBW

¹⁵⁷ Artikel 617 *Code civil*

¹⁵⁸ Artikel 619 *Code civil*

¹⁵⁹ F. TERRÉ en P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, Parijs, Dalloz, 2006, 659

¹⁶⁰ V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 342; S. BOULY en D. GRUYAERT, "Vruchtgebruik op onlichamelijke goederen" in V. SAGAERT en A.-L. VERBEKE (eds.), *Vruchtgebruik: mogelijkheden, beperkingen en innovaties*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 195

¹⁶¹ V. SAGAERT, "Oude zakenrechtelijke figuren met nut voor een moderne familiale vermogensplanning", in X. (ed.), *Levenslang en verder. Familiale vermogensplanning in de 21^e eeuw. XXXste postuniversitaire cyclus Willy Delva 2003-2004*, Gent s.n., 2004, 224

¹⁶² V. SAGAERT, "Oude zakenrechtelijke figuren met nut voor een moderne familiale vermogensplanning", in X. (ed.), *Levenslang en verder. Familiale vermogensplanning in de 21^e eeuw. XXXste postuniversitaire cyclus Willy Delva 2003-2004*, Gent s.n., 2004, 227-230

vruchtgebruik.¹⁶³ In het licht van deze thesis is het echter belangrijk de grenzen van deze constructies af te tasten met het oog op herkwalificatie.

Zo zal het mogelijk zijn dat de vruchtgebruiker een recht van vruchtgebruik toekent op zijn eigen recht van vruchtgebruik. De vruchtgebruiker is immers eigenaar van dat recht en kan erover beschikken. Er kan echter geen twijfel over bestaan dat dit tweede recht van vruchtgebruik aan belangrijke beperkingen onderworpen is. Daar artikel 617 Burgerlijk Wetboek van openbare orde is kan er niet contractueel worden afgeweken van het aflopen van het recht van vruchtgebruik bij overlijden van de vruchtgebruiker. Dit betekent concreet dat het tweede vruchtgebruik in geen geval langer kan duren dan het eerste vruchtgebruik.¹⁶⁴

Het recht van vruchtgebruik kan daarnaast ook worden gevestigd op een recht van erfpacht¹⁶⁵ en op een recht van opstal.¹⁶⁶ De erfpachter en de opstalhouder zijn immers ook eigenaars van hun zakelijke rechten en kunnen er met andere woorden over beschikken. Hier geldt dezelfde beperking met betrekking tot de duur van dit recht van vruchtgebruik. Deze duur kan immers de duur van het recht van erfpacht dan wel het recht van opstal niet overschrijden. Wanneer er dus een vruchtgebruik gevestigd is op een recht van erfpacht zal dit recht van vruchtgebruik maximaal 99 jaar duren.¹⁶⁷ Wanneer dit echter gevestigd zal worden op een recht van opstal zal de maximumduur 50 jaar bedragen.¹⁶⁸

De goederen waarop men in Nederland een recht van vruchtgebruik kan vestigen zijn onbeperkt. Net als in het Belgische recht kan het recht van vruchtgebruik betrekking hebben op roerende, onroerende, lichamelijke en onlichamelijk goederen.¹⁶⁹ Daar grotere vermogens vroeger vooral bestonden uit onroerende goederen was de oude regeling in het Nederlands burgerlijk wetboek met betrekking tot het vruchtgebruik vooral gericht op die onroerende goederen. Daar deze situatie vandaag aanzienlijk veranderd is, heeft men besloten ook het burgerlijk wetboek in deze zin aan te passen.¹⁷⁰

Net als in het Belgische recht kan een recht van vruchtgebruik in Frankrijk ook gevestigd worden op alle mogelijke goederen. Dit houdt in dat het recht van vruchtgebruik met betrekking tot zijn

¹⁶³ S. BOULY en D. GRUYAERT, "Vruchtgebruik op onlichamelijke goederen" in V. SAGAERT en A. VERBEKE (eds.), *Vruchtgebruik. Mogelijkheden, beperkingen en innovaties*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 196

¹⁶⁴ K. VANHOVE en F. BAUDONCQ, "Combinatie van beperkt zakelijke rechten. Over de interne grenzen van vruchtgebruik, erfpacht, opstal en erfdienstbaarheden", NFM 2004, 137-138; S. BOULY en D. GRUYAERT, "Vruchtgebruik op onlichamelijke goederen" in V. SAGAERT en A. VERBEKE (eds.), *Vruchtgebruik. Mogelijkheden, beperkingen en innovaties*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 197-198

¹⁵¹ K. VANHOVE en F. BAUDONCQ, "Combinatie van beperkt zakelijke rechten. Over de interne grenzen van vruchtgebruik, erfpacht, opstal en erfdienstbaarheden", NFM 2004, 144; S. BOULY en D. GRUYAERT, "Vruchtgebruik op onlichamelijke goederen" in V. SAGAERT en A. VERBEKE (eds.), *Vruchtgebruik. Mogelijkheden, beperkingen en innovaties*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 201-202

¹⁶⁶ K. VANHOVE en F. BAUDONCQ, "Combinatie van beperkt zakelijke rechten. Over de interne grenzen van vruchtgebruik, erfpacht, opstal en erfdienstbaarheden", NFM 2004, 148-14; S. BOULY en D. GRUYAERT, "Vruchtgebruik op onlichamelijke goederen" in V. SAGAERT en A. VERBEKE (eds.), *Vruchtgebruik. Mogelijkheden, beperkingen en innovaties*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 204-205

¹⁶⁷ Artikel 2 wet 10 januari 1824 over het recht van erfpacht (Erfpachtwet)

¹⁶⁸ Artikel 4 wet 10 januari 1824 over het recht van opstal (Opstalwet)

¹⁶⁹ W.H.M. REEHUIS en A.H.T. HEISTERKAMP, *Het Nederlands burgerlijk recht*, III, Deventer, Gouda Quint, 2001, 478-479

¹⁷⁰ W.H.M. REEHUIS en A.H.T. HEISTERKAMP, *Het Nederlands burgerlijk recht*, III, Deventer, Gouda Quint, 2001, 480-481

voorwerp niet beperkt is tot louter lichamelijke en onroerende goederen. Ook onlichamelijke en roerende goederen kunnen het voorwerp uitmaken van een recht van vruchtgebruik.¹⁷¹

44. *VRUCHTGEBRUIK DOOR EEN ANDER DAN DE EIGENAAR.* – In het licht van de recente tendens in de rechtsleer die ook een beschikkingsbevoegdheid toekent aan de vruchtgebruiker, voor zover deze de bestemming van de zaak respecteert, is het zelfs mogelijk om een recht van vruchtgebruik toe te kennen op de in vruchtgebruik gegeven zaak. Wanneer het de vruchtgebruiker wordt toegestaan dit te doen, komt de bestemming van de zaak immers niet in het gedrang. Het is namelijk zo dat de tweede vruchtgebruiker de zaak kan gebruiken en ervan kan genieten, onder de verplichting de bestemming van de zaak te respecteren.¹⁷² Dit tweede vruchtgebruik is ook aan de beperking met betrekking tot de duur onderworpen. De duur ervan kan dan ook slechts korter zijn dan het eerste vruchtgebruik, nooit langer.¹⁷³

Met betrekking tot het goed waarop een recht van erfpacht is gevestigd heeft de erfpachter in principe geen beschikkingsbevoegdheid. Hij kan met andere woorden geen recht van vruchtgebruik vestigen op het in erfpacht gegeven goed. Maar er gaan stemmen op in de rechtsleer om de *nemo plus-regel* toe te passen. Dit komt erop neer dat men de erfpachter alle bevoegdheden toekent, zolang deze zijn bevoegdheden binnen het recht van erfpacht niet te buiten gaat. Aangezien de bevoegdheden van de erfpachter ruimer zijn dan die van de vruchtgebruiker, is het de erfpachter dus toegestaan een recht van vruchtgebruik te vestigen op het in erfpacht gegeven goed. Dit is echter slechts mogelijk voor zover de duurtijd van het vruchtgebruik de duurtijd van het recht van erfpacht niet overschrijdt.¹⁷⁴

Gezien de opstalhouder slechts de bevoegdheid heeft opstellen op te richten op de grond waar het recht van opstal op gevestigd is, lijkt hij geen vruchtgebruik te kunnen vestigen op de in opstal gegeven grond. Hij zou zijn eigen rechten immers overschrijden door een gebruiks- en genotsbevoegdheid toe te kennen aan een derde, terwijl hij zelf geen van deze bevoegdheden bezit ten aanzien van de grond.¹⁷⁵ Toch valt er ook hier iets te zeggen voor de omgekeerde redenering wanneer men de *nemo plus-regel* toepast. De opstalhouder heeft immers de bevoegdheid om opstellen op te richten op de grond en eigenaar te worden van deze opstellen, dus zou hij ook de bevoegdheid moeten hebben om een recht van vruchtgebruik op de grond toe te staan. Een recht van vruchtgebruik is immers een beperkt zakelijk recht, daar eigendom het enige volmaakte

¹⁷¹ F. TERRÉ en P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, Parijs, Dalloz, 2006, 696-697

¹⁷² Artikel 578 BW

¹⁷³ K. VANHOVE en F. BAUDONCQ, "Combinatie van beperkt zakelijke rechten. Over de interne grenzen van vruchtgebruik, erfpacht, opstal en erfdienstbaarheden", NFM 2004, 138-139; S. BOULY en D. GRUYAERT, "Vruchtgebruik op onlichamelijke goederen" in V. SAGAERT en A. VERBEKE (eds.), *Vruchtgebruik. Mogelijkheden, beperkingen en innovaties*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 199-200

¹⁷⁴ K. VANHOVE en F. BAUDONCQ, "Combinatie van beperkt zakelijke rechten. Over de interne grenzen van vruchtgebruik, erfpacht, opstal en erfdienstbaarheden", NFM 2004, 145 S. BOULY en D. GRUYAERT, "Vruchtgebruik op onlichamelijke goederen" in V. SAGAERT en A. VERBEKE (eds.), *Vruchtgebruik. Mogelijkheden, beperkingen en innovaties*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 202-203

¹⁷⁵ K. VANHOVE en F. BAUDONCQ, "Combinatie van beperkt zakelijke rechten. Over de interne grenzen van vruchtgebruik, erfpacht, opstal en erfdienstbaarheden", NFM 2004, 149; S. BOULY en D. GRUYAERT, "Vruchtgebruik op onlichamelijke goederen" in V. SAGAERT en A. VERBEKE (eds.), *Vruchtgebruik. Mogelijkheden, beperkingen en innovaties*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 205-206

zakelijke recht is. Uiteraard zou ook dit recht van vruchtgebruik beperkt blijven tot de duur van het opstalrecht.¹⁷⁶

In Nederland is het uitgangspunt dat de vruchtgebruiker de bestemming van het in vruchtgebruik gegeven goed niet kan wijzigen. Maar het verbod op het wijzigen van de bestemming van dit goed is niet absoluut. Zo is het mogelijk dat de eigenaar zijn toestemming geeft om de bestemming van het goed te wijzigen. Ook is het mogelijk dat de kantonrechter zijn machtiging geeft aan de vruchtgebruiker om de bestemming van het goed alsnog te veranderen.¹⁷⁷

In het Franse recht dient de bestemming van het goed in elk geval wel gerespecteerd te worden. Een van de gelijkenissen met het Belgische recht van vruchtgebruik bestaat er namelijk in dat de vruchtgebruiker ook in Frankrijk de bestemming van het goed zal moeten respecteren wanneer hij het goed gebruikt. Dit blijkt niet alleen uit artikel 578 *Code civil*. Het Franse Hof van Cassatie heeft deze regel immers bevestigd. Zo was het in zijn arrest van 5 december 1968 nog van oordeel dat het Hof van Beroep terecht had geoordeeld dat er een schending van artikel 578 tot stand komt wanneer een vruchtgebruiker een woning verhuurt om er commerciële activiteiten in uit te voeren.¹⁷⁸

b. Bevoegdheden van de vruchtgebruiker

45. *GEEN BESCHIKKINGSBEVOEGDHEID OP HET GOED VOOR DE VRUCHTGEBRUIKER.* – Zoals hierboven reeds is gesteld beschikt de vruchtgebruiker over een genots- en gebruiksrecht, terwijl de eigenaar een beschikkingsrecht heeft ten aanzien van het bezwaarde goed. Belangrijk hierbij is te begrijpen wat deze bevoegdheden inhouden en te weten of men deze bevoegdheden contractueel kan wijzigen. Op die manier kan men immers overgaan tot een vergelijking van de bevoegdheden van de vruchtgebruiker met die van de titularissen van andere zakelijke rechten. Uiteindelijk zal dat dan ook leiden tot meer inzichten in de herkwalficatiemogelijkheden van de rechter.

46. *DE VRUCHTGEBRUIKER GENIET DE VRUCHTEN.* – Het genotsrecht bestaat erin dat de vruchtgebruiker een recht heeft op de vruchten van het bezwaarde goed. Onder vruchten worden naast de natuurlijke vruchten¹⁷⁹ ook de burgerlijke vruchten¹⁸⁰ verstaan. In het algemeen kunnen vruchten beschouwd worden als de periodieke opbrengsten van het goed.¹⁸¹ Dit genotsrecht kan

¹⁷⁶ J. VERSTAPPEN, " Een nieuwe kijk op drie oude zakelijke rechten: erfpacht, opstal en vruchtgebruik" in X., *Zakelijke rechten en fiscaliteit*, Antwerpen, Maklu, 2009, 57

¹⁷⁷ Artikel 3:208, lid 1 NBW; H.K. SNIJDERS en E.B. RANK-BERENSHOTS, *Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 531

¹⁷⁸ Cass (FR.) Civ.5 december 1968, D 1969, 274-275

¹⁷⁹ Artikel 583 BW

¹⁸⁰ Artikel 584 BW

¹⁸¹ P. VITS, "Vruchtgebruik: burgerrechtelijke aspecten" in D. MEULEMANS (ed.), *Vruchtgebruik, erfpacht en opstal*, Antwerpen, Maklu, 1998, 19; V. SAGAERT, B. TILLEMANS en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 59; N. VANDEBEEK, *Terbeschikkingstelling van onroerende goederen: grondige analyse van enkele rechtsfiguren*, Mechelen, Kluwer, 2011, 91-92

evenwel beperkt, zelfs uitgesloten, worden door de partijen. Het betreft immers geen bepaling die van dwingend recht is.¹⁸²

47. *DE VRUCHTGEBRUIKER KAN HET GOED GEBRUIKEN.* – Het gebruiksrecht daarentegen betekent dat de vruchtgebruiker alle materiële handelingen kan stellen die het kapitaal van het bezwaarde goed niet aantasten. Maar het betekent ook dat hij alle rechtshandelingen kan stellen waarbij hij een persoonlijk recht toekent aan een derde op het bezwaarde goed. Deze rechtshandelingen worden ook wel daden van beheer genoemd.¹⁸³ Deze bevoegdheid van de vruchtgebruiker is overigens wel onderworpen aan een belangrijke beperking. Het gebruik van het bezwaarde goed dient te gebeuren als een *bonus pater familias*, wat er concreet toe leidt dat de vruchtgebruiker de bestemming van het goed niet kan wijzigen.¹⁸⁴ Hij heeft namelijk een restitutieplicht op het einde van het recht van vruchtgebruik. Het kan hem dan ook niet toegestaan worden definitieve wijzigingen aan te brengen aan het goed wanneer dat nadelen meebrengt voor de eigenaar.¹⁸⁵ Maar dit verbod van bestemmingswijziging geldt louter principieel. Het is de partijen immers toegestaan overeen te komen dat de vruchtgebruiker de bestemming wel eenzijdig kan wijzigen.¹⁸⁶

48. *BEVOEGDHEDEN IN NEDERLAND.* – bovenstaande bevoegdheden zijn zeer vergelijkbaar met de bevoegdheden die de vruchtgebruiker heeft onder het Nederlandse recht. Uit artikel 3:207 NBW blijkt immers dat de vruchtgebruiker het in vruchtgebruik gegeven goed kan gebruiken of verbruiken met de minimale verplichting om de gebruikelijke bestemming van het goed te respecteren. Partijen kunnen contractueel echter andere regels opstellen met betrekking tot het gebruik van de goederen.¹⁸⁷

In Nederland geldt de hoofdregel dat enkel de rechthebbende, in dit geval dus de eigenaar van een goed, beschikkingsbevoegd is met betrekking tot het goed in kwestie. Met andere woorden, de vruchtgebruiker is enkel beschikkingsbevoegd wanneer het zijn recht van vruchtgebruik zelf betreft. Met betrekking tot het in vruchtgebruik gegeven goed kan de vruchtgebruiker dus geen daden van beschikking stellen.¹⁸⁸ Een uitzondering op deze regel vormt het artikel 3:212 NBW dat een vervreemdingsrecht toekent aan de vruchtgebruiker indien de goederen bestemd zijn om

¹⁸² A. VERBEKE, "Creatief met vruchtgebruik", T.Not. 1999, 549; N. CARETTE en J. DEL CORRAL, "De kwalificatie van het recht van vruchtgebruik: contractuele mogelijkheden en afbakening tegenover opstal, erfpacht en huur" in V. SAGAERT en A.-L. VERBEKE (eds.), *Vruchtgebruik: mogelijkheden, beperkingen en innovaties*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 9

¹⁸³ V. SAGAERT, B. TILLEMANS en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 348-349

¹⁸⁴ P. VITS, "Vruchtgebruik: burgerrechtelijke aspecten" in D. MEULEMANS (ed.), *Vruchtgebruik, erfpacht en opstal*, Antwerpen, Maklu, 1998, 20; V. SAGAERT, B. TILLEMANS en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 348

¹⁸⁵ V. SAGAERT, "Oude zakenrechtelijke figuren met nut voor een moderne familiale vermogensplanning" in X. (ed.), *Levenslang en verder. Familiale vermogensplanning in de 21^e eeuw. XXXste postuniversitaire cyclus Willy Delva 2003-2004*, Gent s.n., 2004, 219

¹⁸⁶ P. VITS, "Vruchtgebruik: burgerrechtelijke aspecten" in D. MEULEMANS (ed.), *Vruchtgebruik, erfpacht en opstal*, Antwerpen, Maklu, 1998, 20; N. VANDEBEEK, *Terbeschikkingstelling van onroerende goederen: grondige analyse van enkele rechtsfiguren*, Mechelen, Kluwer, 2011, 94

¹⁸⁷ W.H.M. REEHUIS en A.H.T. HEISTERKAMP, *Het Nederlands burgerlijk recht*, III, Deventer, Gouda Quint, 2001, 485; C. LARROUMET, *Droit civil*, II, Parijs, Economica, 2004, 264-265; P. MALAURIE en L. AYNÈS, *Les Biens*, Defrénois, Lextenso, 2010, 262; C. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, Parijs, Lexisnexis, 2011, 199-200

¹⁸⁸ W.H.M. REEHUIS en A.H.T. HEISTERKAMP, *Het Nederlands burgerlijk recht*, III, Deventer, Gouda Quint, 2001, 118

verbruikt te worden.¹⁸⁹ Hetzelfde artikel maakt het ook mogelijk voor de partijen om overeen te komen dat bepaalde goederen, die in principe niet bestemd zijn om vervreemd te worden, toch vervreemdbaar zijn.¹⁹⁰

Het genot van de vrucht verschilt geenszins met de regels van het Belgische recht. Artikel 3:216 NBW bepaalt immers dat alle vruchten, zowel burgerlijke als natuurlijke, toekomen aan de vruchtgebruiker. Ook hier wordt ruimte gelaten voor de partijen om in hun overeenkomst nadere bepalingen op te nemen.¹⁹¹

49. *BEVOEGDHEDEN IN FRANKRIJK.* – Net als in België en Nederland kenmerkt het Franse recht zich door het gebrek aan een beschikkingsbevoegdheid in hoofde van de vruchtgebruiker.¹⁹² Voor het overige beschikt de Franse vruchtgebruiker over dezelfde bevoegdheden als de Belgische en de Nederlandse vruchtgebruiker. Ook hij heeft namelijk een genots- en gebruiksrecht ten aanzien van het in vruchtgebruik gegeven goed.¹⁹³

50. *TOCH EEN BESCHIKKINGSBEVOEGDHEID VOOR DE VRUCHTGEBRUIKER.* – Traditioneel werd de beschikkingsbevoegdheid van de vruchtgebruikers strikt uitgesloten. Ook hier staat de restitutieplicht van de vruchtgebruiker deze bevoegdheid in de weg. De restitutieplicht houdt in dat de vruchtgebruiker het goed zelf dient terug te geven aan de eigenaar. Dit is enkel mogelijk als de zaak nog steeds dezelfde materiële identiteit vormt.¹⁹⁴ Een functionele of relatieve invulling van de beschikkingsonbevoegdheid van de vruchtgebruiker is echter recentelijk ontstaan. Bij deze interpretatie van de beschikkingsonbevoegdheid sluit men het beschikkingsrecht voor de vruchtgebruiker niet op absolute wijze uit.¹⁹⁵ De plicht van de vruchtgebruiker om het bezwaarde goed terug te geven is hierbij niet meer gekoppeld aan de materiële identiteit, maar wel aan het respecteren van de bestemming van de zaak. Concreet betekent dit dat de vruchtgebruiker over het bezwaarde goed kan beschikken voor zover hij de bestemming van het goed respecteert. Omwille van het feit dat het respecteren van de bestemming van een goed op voldoende wijze gegarandeerd is wanneer de vruchtgebruiker handelt als een *bonus pater familias*, kan de vruchtgebruikers als goede huisvader beschikken over het bezwaarde goed.¹⁹⁶

¹⁸⁹ Artikel 3:212, lid 1 NBW

¹⁹⁰ Artikel 3:212, lid 2 NBW

¹⁹¹ W.H.M. REEHUIS en A.H.T. HEISTERKAMP, *Het Nederlands burgerlijk recht*, III, Deventer, Gouda Quint, 2001, 483

¹⁹² C. LARROUMET, *Droit civil*, II, Parijs, Economica, 2004, 299

¹⁹³ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI en S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil: Les biens*, Parijs, Jouve, 2000, 263-268; C. LARROUMET, *Droit civil*, II, Parijs, Economica, 2004, 296-300; M.-L. MATHIEU, *Droit civil, les biens*, Parijs, Dalloz, 2010, 214-218

¹⁹⁴ V. SAGAERT, "Oude zakenrechtelijke figuren met nut voor een moderne familiale vermogensplanning" in X. (ed.), *Levenslang en verder. Familiale vermogensplanning in de 21^e eeuw. XXXste postuniversitaire cyclus Willy Delva 2003-2004*, Gent s.n., 2004, 219

¹⁹⁵ V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 351-352

¹⁹⁶ V. SAGAERT, "Oude zakenrechtelijke figuren met nut voor een moderne familiale vermogensplanning" in X. (ed.), *Levenslang en verder. Familiale vermogensplanning in de 21^e eeuw. XXXste postuniversitaire cyclus Willy Delva 2003-2004*, Gent s.n., 2004, 219

c. Samengevat

51. *SLECHTS ÉÉN BEPALING VAN OPENBARE ORDE.* – Binnen het recht van vruchtgebruik hebben de partijen veel ruimte om af te wijken van het wettelijke kader dat omschreven staat in het Burgerlijk Wetboek. De regels die hierin vermeld staan hebben grotendeels een aanvullend karakter. Enkel van het persoonsgebonden en tijdelijke karakter van het recht van vruchtgebruik kan niet worden afgeweken. Artikel 617 BW is met name van openbare orde. De regel dient dan ook ter bescherming van de maatschappij in zijn geheel. De begrenzing in tijd is er immers gekomen ter beantwoording aan een economisch doel. Aan de ene kant beoogt de vruchtgebruiker zoveel mogelijk voordelen op korte termijn uit het bezwaarde goed te halen, maar beschikt hij in principe niet over de nodige beschikkingsbevoegdheden om het goed optimaal te beheren. Aan de andere kant bestaan de belangen van de eigenaar erin dat hij op lange termijn het goed wilt gebruiken. Deze twee belangen staan vaak loodrecht tegenover elkaar. De negatieve gevolgen van deze onverzoenbare belangen heeft men getracht te beperken door het tijdelijk karakter als een regel van openbare orde te bestempelen.¹⁹⁷

52. *BEPERKTE HERKVALIFICATIEMOGELIJKHEDEN.* – Uit de herkwalficatiemogelijkheden waarover de rechter beschikt, zoals ze hierboven zijn besproken in hoofdstuk 1, volgt dan ook dat de rechter slechts in uitzonderlijke gevallen zal kunnen overgaan tot de herkwalficatie van een recht van vruchtgebruik in een ander zakelijk recht. Daar alleen de bepalingen inzake de duur van vruchtgebruik van openbare orde, minstens dwingend recht, zijn, zullen alleen afwijkingen van deze bepaling onverzoenbaar zijn met de kwalficatie van een zakelijk recht als een recht van vruchtgebruik. Men moet echter voor ogen houden dat er auteurs zijn, waaronder VERBEKE, die een vruchtgebruik op hoofde van een derde mogelijke achten en dus zelfs afwijkingen van deze bepaling mogelijk achten.

Naast het overwegend aanvullende karakter van de wettelijke bepalingen inzake vruchtgebruik, dient er ook aandacht te worden besteed aan het feit dat het goed waarop een recht van vruchtgebruik gevestigd kan worden niet beperkt blijft tot een bepaalde categorie van goederen. Dit maakt dat een vruchtgebruik een nuttig instrument vormt voor partijen die de voordelen van een recht van vruchtgebruik willen genieten en toch over de vrijheid willen blijven beschikken om het instrument naar hun wens vorm te geven. Deze ontwikkeling wordt kracht bijgezet door de functionele invulling van de beschikkingsonbevoegdheid van de vruchtgebruiker. Het ligt immers voor de hand dat wanneer de vruchtgebruiker als goede huisvader kan beschikken over het in vruchtgebruik gegeven goed, de grensvervaging tussen een recht van vruchtgebruik en andere zakelijke rechten, zoals een recht van erfpacht, enkel maar toeneemt.

¹⁹⁷ D. MEULEMANS, "Vruchtgebruik, erfpacht en opstal als alternatief voor huur" in D. MEULEMANS (ed.), *Vruchtgebruik, erfpacht en opstal*, Antwerpen, Maklu, 1998, 183

II. *Het recht van erfpacht*

a. Algemeenheden inzake erfpacht

53. *DEFINITIE.* – Het recht van erfpacht staat bekend als het meest volmaakte, beperkte zakelijk recht.¹⁹⁸ Uit artikel 1 van de Erfpachtwet blijkt dat het recht van erfpacht het volle genot omvat van een onroerend goed dat aan een derde toebehoort. Wel dient de erfpachter een canonplicht te voldoen aan de eigenaar.¹⁹⁹

In Nederland regelt men het recht van erfpacht in het Burgerlijk Wetboek, meer bepaald in titel 5.7 van boek 5 NBW.²⁰⁰ De definitie die men geeft in artikel 5:85, lid 1 NBW klinkt als volgt: "*Erfpacht is een zakelijk recht dat de erfpachter de bevoegdheid geeft eens anders onroerende zaak te houden en te gebruiken.*" Artikel 5:89, lid 1 NBW vult de definitie verder aan door te stellen dat de erfpachter hetzelfde genot van de onroerende zaak heeft als de eigenaar. Deze definitie lijkt aan te sluiten bij de definitie die men in België hanteert. Echter, er lijkt een verschil te bestaan tussen het Nederlandse en het Belgische recht met betrekking tot de canonplicht. In België maakt deze plicht immers een wezenskenmerk van het recht van erfpacht uit, zoals verder in deze tekst zal blijken.²⁰¹ Daarentegen lijkt men uit artikel 5:85, lid 2 NBW te kunnen afleiden dat het opleggen van een canonplicht hier enkel tot de mogelijkheden van de partijen behoort. Dit artikel spreekt immers over het "*kunnen*" opleggen van dergelijke canon.²⁰²

In Frankrijk vindt men de regeling van het recht van erfpacht niet terug in de *Code civil* maar wel in de *Code rural*. Binnen de *Code rural* is het *titel V* die handelt over de *Bail emphytéotique*. Artikel 541-1 *Code rural* omschrijft het Franse recht van erfpacht als volgt: "*Le bail emphytéotique de biens immeubles confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque ; ce droit peut être cédé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière. Ce bail doit être consenti pour plus de dix-huit années et ne peut dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans ; il ne peut se prolonger par tacite reconduction.*"

54. *OVERWEGEND VAN AANVULLEND RECHT.* – De Erfpachtwet omvat een groot aantal bepalingen van aanvullend recht, waardoor er voor de partijen ook hier veel ruimte ontstaat om hun erfpachtrecht aan te passen aan hun persoonlijke noden.²⁰³ Dit blijkt immers duidelijk uit artikel 17 Erfpachtwet, echter met die uitzondering dat van artikel 2 Erfpachtwet niet kan worden afgeweken. Doch, ook de wezenskenmerken van een recht van erfpacht moeten de partijen ten alle tijden naleven. Vandaar is het ook uiterst belangrijk deze kenmerken te onderscheiden van de regels waar men wel van kan afwijken.

¹⁹⁸ V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 349

¹⁹⁹ S. GOEMINNE, "de praktijk van vruchtgebruik, erfpacht en opstal" in X., *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, XV. B-15

²⁰⁰ J. HIJMA en M.M. OLT Hof, *Nederlands vermogensrecht, leidraad voor het nieuwe BW*, Deventer, Kluwer, 1993, 163

²⁰¹ *Infra* nr. 57

²⁰² H.K. SNIJDERS en E.B. RANK-BERENSHOTS, *Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 567

²⁰³ V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 349; S. GOEMINNE, "de praktijk van vruchtgebruik, erfpacht en opstal" in X., *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, XV. B-15

55. *RESPECTEREN VAN DE NATREKKING.* – In de eerste plaats moeten de partijen respecteren dat aan het einde van het recht van erfpacht het goed terecht komt in het patrimonium van de eigenaar van de grond.²⁰⁴ In de gevallen waarbij partijen het omgekeerde overeenkomen, ontstaat er immers het risico dat men in feite een koopovereenkomst wou sluiten. In deze gevallen bestaat er dan ook een mogelijkheid voor de feitenrechter om de erfpachtovereenkomst te herkwalificeren.²⁰⁵ In Nederland en in Frankrijk gaat het in erfpacht gegeven goed op het einde van het recht van erfpacht ook terug naar de eigenaar. Dit is het logische gevolg van de regels van de natrekking.²⁰⁶

56. *TERMIJNEN VAN OPENBARE ORDE OF DWINGEND RECHT.* – Een tweede regel waar niet van kan worden afgeweken is, zoals reeds vermeld, die van artikel 2 Erfpachtwet. Deze bepaling, die de wettelijke maximum- en minimumtermijnen vastlegt is immers minstens van dwingend recht.²⁰⁷ De meerderheid in de rechtsleer aanvaardt zelfs dat deze bepaling van openbare orde is.²⁰⁸ Indien men de maximumtermijn van 99 jaar overschrijdt, wordt deze termijn van rechtswege herleid tot 99 jaar, waardoor er dus geen herkwalificatie zal plaatsvinden. Daarentegen, als men onder de minimumtermijn van 27 jaar gaat, zal de overeenkomst geherkwalificeerd worden tot een huurovereenkomst.²⁰⁹ Hierbij bestaat er wel discussie over de mogelijkheid voor de partijen om een uitdrukkelijk ontbindend beding op te nemen in hun overeenkomst waardoor de erfpachtovereenkomst een einde neemt alvorens de minimumtermijn van 27 jaar verstreken is.²¹⁰ Het Hof van Cassatie heeft reeds geoordeeld dat als de erfpachter een rechtspersoon is, de partijen een uitdrukkelijk ontbindend beding in de overeenkomst kunnen opnemen die een einde maakt aan de overeenkomst bij een insolventieprocedure of bij de ontbinding in hoofde van de erfpachter.²¹¹ DE PAGE argumenteert dat van een uitdrukkelijk ontbindend beding geen sprake kan zijn in een

²⁰⁴ V. SAGAERT, "Oude zakenrechtelijke figuren met nut voor een moderne familiale vermogensplanning" in X. (ed.), *Levenslang en verder. Familiale vermogensplanning in de 21^e eeuw. XXXste postuniversitaire cyclus Willy Delva 2003-2004*, Gent s.n., 2004, 237; V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 349

²⁰⁵ V. SAGAERT, "Oude zakenrechtelijke figuren met nut voor een moderne familiale vermogensplanning" in X. (ed.), *Levenslang en verder. Familiale vermogensplanning in de 21^e eeuw. XXXste postuniversitaire cyclus Willy Delva 2003-2004*, Gent s.n., 2004, 237

²⁰⁶ C. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, Parijs, Lexisnexis, 2011, 310; H.K. SNIJDERS en E.B. RANK-BERENSHOTS, *Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 569

²⁰⁷ M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 192

²⁰⁸ R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Beginselen van het Belgische privaatrecht*, II, Gent, E. Story-Scientia, 1984, 852; S. GOEMINNE en J. VERHOEYE, *Erfpacht, recht van opstal en vruchtgebruik: hoe maakt u optimaal gebruik van deze constructies?*, Mechelen, Kluwer, 2003, 12; M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 192

²⁰⁹ V. SAGAERT, "Oude zakenrechtelijke figuren met nut voor een moderne familiale vermogensplanning" in X. (ed.), *Levenslang en verder. Familiale vermogensplanning in de 21^e eeuw. XXXste postuniversitaire cyclus Willy Delva 2003-2004*, Gent s.n., 2004, 232-233; V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 349-350; S. GOEMINNE, "de praktijk van vruchtgebruik, erfpacht en opstal" in X., *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, XV. B-15; M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 192-193

²¹⁰ Cass. 30 maart 2006, TBO 2006, 166, noot SNAETS

²¹¹ Cass. 30 maart 2006, RW 2006-07, 678, noot VANHOVE; M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 201-202

erfpachtovereenkomst, gelet op de analogie met artikel 1762*bis* BW²¹² Terwijl de meerderheid in de rechtsleer en rechtspraak een andere mening is aangedaan.²¹³

Het uitdrukkelijk ontbindend beding houdt in dat de overeenkomst, na ingebrekestelling en kennisgeving aan de tegenpartij van de keuze om tot ontbinding over te gaan, van rechtswege ontbonden wordt. De reden van die ontbinding vindt zijn oorzaak in de contractuele wanprestatie van een van de partijen. Men komt met andere woorden contractueel overeen dat het mogelijk is voor een van de partijen om zonder de voorafgaandelijke tussenkomst van een rechter een einde te maken aan de overeenkomst wanneer de andere partij zijn verplichtingen niet is nagekomen.²¹⁴

Tegenstanders van de mogelijkheid om een uitdrukkelijk ontbindend beding te kunnen opnemen in een erfpachtovereenkomst baseren zich op twee verschillende wettelijke bepalingen. Aan de ene kant stelt men dat een uitdrukkelijk ontbindend beding niet mogelijk is in het licht van de vervallenverklaring.²¹⁵ Het systeem van de vervallenverklaring zou immers een rechterlijke tussenkomst vereisen. Aan de andere kant haalt men ook artikel 1762*bis* BW aan, op grond waarvan er bij huurovereenkomsten geen sprake kan zijn van dergelijk bedingen. De analogie tussen huur en erfpacht lijkt voor de hand te liggen, gelet op de vage grens die tussen beide rechtsfiguren ligt.²¹⁶

Zoals hierboven reeds gezegd, is de meerderheid echter een andere mening aangedaan. Als tegenargument halen ze dan ook aan dat artikel 1762*bis* BW een restrictieve interpretatie moet toegewezen krijgen, daar het een uitzonderingsbepaling uitmaakt binnen het wettelijk kader van de huur, waardoor een toepassing naar analogie onmogelijk lijkt te zijn. Bovendien lezen ze in het eerder vermelde arrest van het Hof van Cassatie van 30 maart 2006 een bevestiging van hun stelling.²¹⁷

Maar de draagwijdte van dat Cassatiearrest kan in vraag gesteld worden. Het is immers niet duidelijk of het Hof van Cassatie de mogelijkheid erkent om te voorzien in een uitdrukkelijk ontbindend beding of in een uitdrukkelijk ontbindende voorwaarde. Deze onduidelijkheid komt voort uit de bewoordingen die het Hof van Cassatie hanteert in het arrest. Het Hof neemt immers het volgende aan: "*Deze bepaling staat er niet aan in de weg dat de partijen in de erfpachtovereenkomst een beding opnemen waardoor de overeenkomst kan worden beëindigd, ook*

²¹² H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VI, Brussel, Bruylant, 1942, 603; M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 200

²¹³ V. SAGAERT, "Oude zakenrechtelijke figuren met nut voor een moderne familiale vermogensplanning" in X. (ed.), *Levenslang en verder. Familiale vermogensplanning in de 21^e eeuw. XXXste postuniversitaire cyclus Willy Delva 2003-2004*, Gent s.n., 2004, 233; M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 200-201

²¹⁴ V. SAGAERT en M. SOMERS, "erfpacht, ontbinding en faillissement: een complexe trilogie", T.Not. 2008, 79-80; M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 199

²¹⁵ Artikel 15 Erfpachtwet

²¹⁶ Cass. 30 maart 2006, TBO 2006, 167, noot SNAETS; V. SAGAERT en M. SOMERS, "erfpacht, ontbinding en faillissement: een complexe trilogie", T.Not. 2008, 87-88; M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 200-201

²¹⁷ V. SAGAERT en M. SOMERS, "erfpacht, ontbinding en faillissement: een complexe trilogie", T.Not. 2008, 87-88

*al is de minimum duur van zevenentwintig jaar niet verstreken, in geval van een insolventieprocedure of ontbinding van de erfpachter rechtspersoon.*²¹⁸

Gelet op het vage onderscheid tussen enerzijds het uitdrukkelijk ontbindend beding en de uitdrukkelijk ontbindende voorwaarde kan men niet met volledige zekerheid aannemen dat het Hof hier een uitspraak doet voor het ene geval dan wel voor het andere. Dit onderscheid stoelt immers op een dubbel criterium. Enerzijds kan men stellen dat een uitdrukkelijk ontbindend beding pas kan ingeroepen worden na een contractuele wanprestatie van een van de partijen, daar waar een uitdrukkelijk ontbindende voorwaarde een einde maakt aan de overeenkomst wanneer er zich een toekomstige en onzekere gebeurtenis voltrekt. In geval van een uitdrukkelijk ontbindende voorwaarde is een wanprestatie dan ook geenszins voldoende om een einde te maken aan de overeenkomst, gezien dit de mogelijkheid creëert voor de partijen om door een wanprestatie de overeenkomst te beëindigen. Anderzijds vindt deze beëindiging van rechtswege plaats, wanneer men te maken heeft met een uitdrukkelijk ontbindende voorwaarde, terwijl een uitdrukkelijk ontbindend beding pas uitwerking krijgt na een ingebrekestelling van de andere partij en kennisgeving van de keuze om de overeenkomst te beëindigen aan die partij.²¹⁹

Dit laatste criterium doet dan ook vermoeden dat het Hof de in het geding zijnde contractsbepaling beschouwt als zijnde een uitdrukkelijk ontbindend beding. Uit de bewoordingen van het arrest kan men immers afleiden dat de mogelijkheid om een keuze te maken om al dan niet de overeenkomst te beëindigen werd overgelaten aan de contractant. Het Hof spreekt immers over het "*kunnen beëindigen*" van de overeenkomst.²²⁰

Er gaan dan ook stemmen op binnen de rechtsleer om te spreken van een uitdrukkelijk ontbindend beding wanneer er sprake is van ofwel een beëindiging wegens wanprestatie van een van de partijen, ofwel wanneer de contractuele bepaling geen beëindiging van rechtswege toelaat. Dit betekent anderzijds ook dat men dergelijke bepaling slechts kan beschouwen als zijnde een uitdrukkelijk ontbindende voorwaarde wanneer er zowel sprake is van een beëindiging van rechtswege als van beëindiging wegens een toekomstige en onzekere gebeurtenis die in geen geval de wanprestatie van een contractspartij kan zijn.²²¹

Hoewel het Hof van Beroep te Gent dit standpunt lijkt te beamen²²² Gaat de meeste rechtspraak de andere richting uit en aanvaardt een bepaling zoals aan de orde in het arrest van het Hof van Cassatie als een uitdrukkelijk ontbindende voorwaarde.²²³

De onzekerheid die er is ontstaan in de naloop van deze beslissing van het Hof van Cassatie laat het mijns inziens, deels door de vage grens die bestaat tussen het uitdrukkelijk ontbindend beding

²¹⁸ Cass. 30 maart 2006, RW 2006-07, 678-679; M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 202

²¹⁹ V. SAGAERT en M. SOMERS, "erfpacht, ontbinding en faillissement: een complexe trilogie", T.Not. 2008, 81-83; M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 199

²²⁰ V. SAGAERT en M. SOMERS, "erfpacht, ontbinding en faillissement: een complexe trilogie", T.Not. 2008, 82; M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 202

²²¹ M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 199

²²² Gent 12 mei 2005, TBBR 2007, 541, noot D. BRACKE

²²³ Voorbeeld: Kh. Charleroi 19 maart 1996, Rev.not.b. 1996, 279

en de uitdrukkelijk ontbindende voorwaarde, niet toe om met zekerheid een beslissing te nemen in de ene dan wel de andere richting.

Echter staat het wel vast dat het Hof van Cassatie in zijn arrest een mogelijkheid heeft gecreëerd een beding op te nemen in een erfpachtovereenkomst dat het mogelijk maakt een einde te maken aan de overeenkomst alvorens de minimumtermijn van 27 jaar is verlopen. Ook deze mogelijkheid is begrensd. Men kan immers geen beding opnemen dat louter opgenomen is met de bedoeling te ontsnappen aan de dwingende regel van artikel 2 Erfpachtwet.²²⁴ Hoewel er discussie over bestaat binnen de rechtsleer, is er een strekking die aanvaardt dat het arrest van 30 maart 2006 van het Hof van Cassatie ertoe heeft geleid dat alle beëindigingsbedingen kunnen worden opgenomen in de overeenkomst. Echter zijn deze bedingen onderworpen aan dezelfde beperking, namelijk dat men niet mag handelen met de bedoeling te ontsnappen aan artikel 2 Erfpachtwet.²²⁵

Ook dient hier vermeld te worden dat het perfect mogelijk is voor de partijen om de overeenkomst minnelijke te beëindigen alvorens de minimumtermijn is verstreken. Althans, dit geldt voor zover de partijen geen beding met betrekking tot deze minnelijke beëindiging hebben opgenomen in hun overeenkomst.²²⁶ Er is namelijk rechtspraak waarbij in dit laatste geval de overeenkomst werd geherkwalificeerd naar een huurovereenkomst omwille van een strijdigheid met artikel 2 erfpachtwet.²²⁷

Het Nederlandse recht verschilt sterk met het Belgische recht wanneer men kijkt naar de bepalingen inzake de duur van het recht van erfpacht. In Nederland heeft men immers geen dwingende bepaling die de maximum- en minimumtermijnen van het recht van erfpacht vastlegt. Artikel 5:86 NBW bepaalt immers: "*Partijen kunnen in de akte van vestiging de duur van de erfpacht regelen.*" Ze kunnen met andere woorden vrij beslissen over de duur van hun recht van erfpacht en het zelfs tot in de eeuwigheid laten voortduren.²²⁸

Binnen het Nederlandse recht is het dan ook perfect mogelijk om de overeenkomst minnelijk te beëindigen ongeacht of er een beding die deze beëindiging regelt is opgenomen in de overeenkomst of niet.²²⁹ Daarenboven lijkt het binnen het Nederlandse recht ook mogelijk om een ontbindende voorwaarde op te nemen in de erfpachtovereenkomst.²³⁰ Met betrekking tot het ontbindend beding bestaat er dan weer discussie binnen de Nederlandse rechtsleer. De meerderheidsstrekking lijkt zich te verzetten tegen de toepassing van ontbindende bedingen naar

²²⁴ Cass. 30 maart 2006, TBO 2006, 168, noot SNAETS

²²⁵ M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 203

²²⁶ M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 198

²²⁷ Rb. Dendermonde 5 december 2002, Rec.gén.enr.not. 2004, 67; Rb. Aarlen 18 december 2001, Rec.gén.enr.not. 2002, 505

²²⁸ H.K. SNIJDERS en E.B. RANK-BERENSHOTS, *Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 572; J. DE JONG en H. PLOEGER, *Erfpacht en opstal, Monografieën BW*, Deventer, Kluwer, 2008, 36-37; M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 228

²²⁹ J. DE JONG en H. PLOEGER, *Erfpacht en opstal, Monografieën BW*, Deventer, Kluwer, 2008, 65-66; M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 228

²³⁰ H.K. SNIJDERS en E.B. RANK-BERENSHOTS, *Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 572; M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 236

analogie met het algemene verbintenissenrecht. Ze zijn van mening dat de specifieke regeling in boek 5 zich verzet tegen een toepassing naar analogie van de bepalingen in boek 3.²³¹

De Franse regeling sluit dichter aan bij het Belgische recht, maar er zijn toch nog een aantal verschilpunten die het bespreken waard zijn. Zo zien we in artikel 451-1 *Code rural* dat de maximumtermijn, net als in België, gesteld is op 99 jaar. Uit het zelfde artikel blijkt echter dat de minimumtermijn korter is dan deze in België. De minimumtermijn moet immers 18 jaar bedragen.²³² Het Franse Hof van Cassatie heeft reeds geoordeeld dat deze bepalingen inzake de duur van het recht van erfpacht van openbare orde, minstens van dwingend recht, zijn, net als in België.²³³

De sanctionering bij het niet naleven van de duur van het recht van erfpacht is in Frankrijk zeer gelijkaardig met de sanctionering in België. Immers, wanneer men de minimumduur niet respecteert zal de Franse rechter in de meeste gevallen overgaan tot herkwalificatie van de erfpachtovereenkomst naar een huurovereenkomst. Vermeldenswaardig is wel dat de rechter evenzeer kan beslissen om de concrete bepaling voor ongeschreven te houden.²³⁴

Naar Frans recht lijkt de minnelijke beëindiging perfect mogelijk te zijn, ook wanneer deze is opgenomen in een beding in de overeenkomst. Rechtspraak van het Hof van Cassatie met betrekking tot eenzijdige wijzen van beëindiging, die niet mogelijk zouden zijn, doet hieraan geen afbreuk.²³⁵ Ditzelfde Hof van Cassatie lijkt echter de vraag of het mogelijk is een uitdrukkelijk ontbindend beding in de overeenkomst op te nemen negatief te beantwoorden.²³⁶ Het Hof maakt hierbij geen onderscheid tussen de situatie voor het aflopen van de minimumtermijn en de situatie na het aflopen van de minimumtermijn.²³⁷ In tegenstelling tot wat men zou verwachten na het lezen van voormelde arrest van het Hof van Cassatie met betrekking tot het uitdrukkelijk ontbindend beding, oordeelde het Franse Hof van cassatie in 2007 dat partijen zonder problemen een ontbindende voorwaarde in hun overeenkomst kunnen opnemen.²³⁸

57. *ESSENTIËLE CANONPLICHT.* – Daarnaast is een ander essentieel kenmerk van het recht van erfpacht dat de erfpachter een vergoeding oftewel een canon betaalt aan de eigenaar ter vergoeding van het genot dat hij verkrijgt over de zaak.²³⁹ Artikel 1 Erfpachtwet bepaalt in die zin dat deze vergoeding jaarlijks dient plaats te vinden. Maar ook hier vinden we enige vorm van flexibiliteit terug. In de praktijk zien we immers dat men niet enkel jaarlijkse betalingen aanvaardt,

²³¹ J. DE JONG en H. PLOEGER, *Erfpacht en opstal, Monografieën BW*, Deventer, Kluwer, 2008, 70; M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 235

²³² M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 243

²³³ Cass. (FR.) 14 november 2002, Bull.Civ. 2002, III nr. 223; M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 244

²³⁴ G. VERMELLE, "Baux emphytéotiques", Rép.Defr. 1992, 382; G. LARDEUX, "Le caractère d'ordre public de la résiliation contractuelle judiciaire du bail emphytéotique", Rev.D.Con. 2003, 122; M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 244

²³⁵ M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 246

²³⁶ Cass. (FR.) 14 november 2002, RTD civ. 2003, 527, noot REVET

²³⁷ M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 248

²³⁸ Cass. (FR.) Civ. 11 juli 2007, www.legifrance.gouv.fr

²³⁹ S. GOEMINNE en J. VERHOEYE, *Erfpacht, recht van opstal en vruchtgebruik: hoe maakt u optimaal gebruik van deze constructies ?*, Mechelen, Kluwer, 2003, 13; S. GOEMINNE, "de praktijk van vruchtgebruik, erfpacht en opstal" in X., *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, XV. B-21

maar ook betalingen met een andere periodiciteit beschouwt men als zijnde in overeenstemming met de Erfpachtwet. Meer zelfs, ook eenmalige betalingen zijn toegelaten. Met andere woorden, de flexibiliteit is groot wanneer het gaat om het voldoen van de canonplicht.²⁴⁰ Hieruit volgt dat ook de essentiële canonverplichting aan nuances is onderworpen en dus geen al te strikte bepaling uitmaakt.

Men stelt echter wel twee mogelijke grenzen voorop bij deze flexibiliteit. Wanneer de partijen immers overeenkomen slechts een eenmalige vergoeding op te nemen in de erfpachtovereenkomst en deze vergoeding de hoogte aanneemt van de werkelijke economische waarde van het goed, loopt men het risico dat de erfpachtovereenkomst wordt geherkwalificeerd naar een koopovereenkomst. Hoewel deze stelling in vraag gesteld kan worden, daar de eenmalige betaling van de canonverplichting, ongeacht de hoogte daarvan, niet onverenigbaar lijkt te zijn met het wettelijk kader van erfpacht. In het licht van de rechtspraak van het Hof van Cassatie met betrekking tot de herkwalificatiemogelijkheden van de feitenrechter lijkt deze herkwalificatie alsnog uitgesloten. Daarnaast bestaat er ook een kans dat, wanneer de eenmalige canon slechts een symbolische, zeer lage vergoeding inhoudt, er een herkwalificatie naar een vermoede schenking zal gebeuren. Ook hier is het echter nodig te vermelden dat de bovenstaande nuancering geldt.²⁴¹

Hierboven is reeds aangehaald dat er een verschil bestaat met het Nederlandse recht. Het is immers zo dat in Nederland de canon volledig facultatief is.²⁴² Het Franse recht sluit daarentegen dichter aan bij het Belgische recht, daar het ook voorziet in een verplichte canon, ook wel *la redevance annuelle* of *le loyer* genoemd.²⁴³

58. *BEPERKTER VOORWERP DAN VRUCHTGEBRUIK.* – Anders dan bij het recht van vruchtgebruik is het voorwerp van een recht van erfpacht wel beperkt tot een bepaalde categorie van goederen. Uit artikel 1 van de Erfpachtwet blijkt immers dat men een recht van erfpacht slechts kan vestigen op een onroerend goed dat een ander toebehoort. Men maakt echter geen onderscheid naargelang het hier gaat om lichamelijk onroerende goederen of onlichamelijk onroerende goederen. Dit heeft tot gevolg dat men een recht van erfpacht ook kan vestigen op andere zakelijke rechten. Tenminste, voorzover men binnen de grenzen van de *nemo plus-regel* blijft.²⁴⁴

Er zijn echter ook auteurs die een andere mening zijn aangedaan. Zij beschouwen het vestigen van een recht van erfpacht op andere onroerende zakelijke rechten als een onmogelijkheid omwille van

²⁴⁰ J. VERSTAPPEN, *erfpacht, opstal en vruchtgebruik*, Brussel, Larcier, 2004, 22; S. GOEMINNE, "de praktijk van vruchtgebruik, erfpacht en opstal" in X., *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, XV. B-22

²⁴¹ J. VERSTAPPEN, *erfpacht, opstal en vruchtgebruik*, Brussel, Larcier, 2004, 20; S. GOEMINNE, "de praktijk van vruchtgebruik, erfpacht en opstal" in X., *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, XV. B-22

²⁴² Supra nr. 53

²⁴³ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI en S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil: Les biens*, Parijs, Jouve, 2000, 296; C. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, Parijs, Lexisnexis, 2011, 309

²⁴⁴ V. SAGAERT, "Oude zakenrechtelijke figuren met nut voor een moderne familiale vermogensplanning" in X. (ed.), *Levenslang en verder. Familiale vermogensplanning in de 21^e eeuw. XXXste postuniversitaire cyclus Willy Delva 2003-2004*, Gent s.n., 2004, 247; K. VANHOVE en F. BAUDONCQ, "Combinatie van beperkt zakelijke rechten. Over de interne grenzen van vruchtgebruik, erfpacht, opstal en erfdienstbaarheden", NFM 2004, 142; S. SNAET en P. TRUYEN, *Erfpacht en opstal*, Mechelen, Kluwer, 2011, 3

het feit dat artikel 1 Erfpachtwet expliciet vermeldt dat er sprake moet zijn van een onroerend goed dat een ander in eigendom heeft.²⁴⁵

Wanneer men aanneemt dat het mogelijk is een recht van erfpacht te vestigen op andere zakelijke rechten, ligt het voor de hand dat ondererfpacht mogelijk is. Deze ondererfpacht onderscheidt zich van het overdragen van een recht van erfpacht omwille van het feit dat er een tweede erfpacht in het leven wordt geroepen. Het is immers de erfpachter die op zijn recht van erfpacht een tweede recht van erfpacht vestigt.²⁴⁶ Er is nog een andere situatie die zich hier kan voordoen. De erfpachter kan ook een recht van erfpacht vestigen op het goed dat het voorwerp uitmaakt van zijn recht van erfpacht. Uit de *nemo plus-regel* volgt dat deze constructie perfect mogelijk is. De erfpachter kent immers niet meer bevoegdheden toe aan de tweede erfpachter dan de bevoegdheden waar hij zelf over beschikt.²⁴⁷ Echter, maken sommige auteurs hierbij de nuance dat dergelijke constructie openstaat voor herkwalificatie.²⁴⁸ Gelet op de rechtspraak van het Hof van Cassatie met betrekking tot herkwalificatie kan men deze stelling in vraag stellen. Zolang het tweede recht van erfpacht immers voldoet aan de wezenskenmerken van een erfpacht en er dus geen sprake is van enige onverenigbaarheid met een recht van erfpacht, zal men niet kunnen overgaan tot herkwalificatie.

Ook zou het perfect mogelijk zijn om een recht van erfpacht te vestigen op andere, beperktere zakelijke rechten dan het recht van erfpacht zelf. Men is hierbij wel verplicht om de *nemo plus-regel* te respecteren. Concreet betekent dit dat men bij het toekennen van een recht van erfpacht op dergelijke zakelijke rechten, men niet meer bevoegdheden kan toekennen dan de bevoegdheden die binnen, bijvoorbeeld, een recht van vruchtgebruik of opstal vallen. Er zijn auteurs die hieruit afleiden dat dit recht van erfpacht openstaat voor herkwalificatie.²⁴⁹ Dit is echter niet noodzakelijk het geval. Het feit dat de bevoegdheden van de erfpachter beperkt blijven tot de bevoegdheden van een vruchtgebruiker is niet noodzakelijk onverenigbaar met het wettelijk kader van een recht van erfpacht. Dus ook hier is een herkwalificatie niet meer vanzelfsprekend wanneer men rekening houdt met de bovenstaande rechtspraak van het Hof van Cassatie.

Over het feit of men een recht van erfpacht ook kan toekennen op het goed dat het voorwerp uitmaakt van een recht van vruchtgebruik of een recht van opstal bestaat discussie in de rechtsleer. Aan de ene kant zijn er de auteurs die het mogelijk achten een recht van erfpacht op deze goederen te creëren. Wanneer het recht van erfpacht immers de grenzen van het recht van vruchtgebruik niet overschrijdt en het recht van erfpacht niet langer duurt dan het recht van

²⁴⁵ M. DONNAY, "L'emphytéose", Rec.gén.enr.not., 1974, 217; F. WERDEFROY, "Beschouwingen over de onroerende natrekking, het recht van erfpacht, het recht van opstal en het verlof tot bouwen", TPR 1983, 294

²⁴⁶ S. SNAET en P. TRUYEN, *Erfpacht en opstal*, Mechelen, Kluwer, 2011, 3-4

²⁴⁷ R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Beginnelsen van het Belgische privaatrecht*, II, Gent, E. Story-Scientia, 1984, 853-854; K. VANHOVE en F. BAUDONCQ, "Combinatie van beperkt zakelijke rechten. Over de interne grenzen van vruchtgebruik, erfpacht, opstal en erfdienstbaarheden", NFM 2004, 147

²⁴⁸ S. SNAET en P. TRUYEN, *Erfpacht en opstal*, Mechelen, Kluwer, 2011, 4

²⁴⁹ V. SAGAERT, "Oude zakenrechtelijke figuren met nut voor een moderne familiale vermogensplanning" in X. (ed.), *Levenslang en verder. Familiale vermogensplanning in de 21^e eeuw. XXXste postuniversitaire cyclus Willy Delva 2003-2004*, Gent s.n., 2004, 249; S. SNAET en P. TRUYEN, *Erfpacht en opstal*, Mechelen, Kluwer, 2011, 4

vruchtgebruik zou er geen probleem zijn met deze constructie.²⁵⁰ Andere auteurs zijn daarentegen van mening dat dergelijke constructie niet mogelijk is gelet op het feit dat een recht van erfpacht het recht van vruchtgebruik overschrijdt zowel met betrekking tot de duurtijd als met betrekking tot de verplichting de bestemming van het goed te respecteren.²⁵¹ Wanneer het recht van erfpacht daarentegen beperkt zou blijven tot de bevoegdheden van het vruchtgebruik, zou de feitenrechter kunnen overgaan tot herkwalificatie van het recht van erfpacht. De nuance die hierboven reeds werd besproken speelt ook hier echter een rol. Het is namelijk zo dat die herkwalificatie enkel zal gebeuren indien wat de partijen zijn overeengekomen niet verenigbaar is met een recht van erfpacht. Maar daar waar het recht van vruchtgebruik minder ruim is dan het recht van erfpacht lijkt het niet mogelijk dat de beperking van het recht van erfpacht een onverenigbaarheid zou uitmaken.

In het Franse recht heeft de *bail emphytéotique* ontegensprekelijk een onroerend karakter.²⁵² Om het met de woorden van ATIAS te zeggen: "*L'objet du bail emphytéotique est nécessairement immobilier.*"²⁵³ Afgaand op de definitie van deze rechtsfiguur in artikel 451-1 *Code rural* lijkt het de *bail emphytéotique* enkel gevestigd te kunnen worden op lichamelijke onroerende goederen.

Uit de definitie in artikel 5:85, lid 1 NBW blijkt dat het recht van erfpacht in het Nederlandse recht ook enkel gevestigd kan worden op een onroerend goed.²⁵⁴ Door het bestaan van een behoefte aan de mogelijkheid een recht van erfpacht te vestigen op een recht van erfpacht is de wetgever overgegaan tot het aannemen van artikel 5:93, lid 1 NBW.²⁵⁵ Dit artikel laat de erfpachter toe een recht van erfpacht op de in erfpacht gegeven zaak toe te kennen aan een derde. Met andere woorden, het gaat hier niet om een recht van erfpacht op het recht van erfpacht, maar wel op de in erfpacht gegeven zaak.²⁵⁶ Dit is logisch gelet op het feit dat in artikel 3:2 NBW het begrip 'zaak' staat omschreven als een stoffelijk object. Daar artikel 5:85, lid 1 verwijst naar het houden en gebruiken van een onroerende zaak, betekent dit dat een recht van erfpacht enkel stoffelijke, lichamelijke zaken als object kan hebben.²⁵⁷

b. Bevoegdheden van de erfpachter

59. *VERSCHILLEN TUSSEN ERFPACHT EN VRUCHTGEBRUIK GENUANCEERD.* – Als meest volmaakt beperkt zakelijke recht, is het recht van erfpacht de grootst mogelijke beperking van het

²⁵⁰ R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Beginnelsen van het Belgische privaatrecht*, II, Gent, E. Story-Scientia, 1984, 871; J. VERSTAPPEN, *erfpacht, opstal en vruchtgebruik*, Brussel, Larcier, 2004, 35-36

²⁵¹ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VI, Brussel, Bruylant, 1942, 597; M. DONNAY, "L'emphytéose", *Rec.gén.enr.not.*, 1974, 223

²⁵² J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI en S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil: Les biens*, Parijs, Jouve, 2000, 296

²⁵³ C. ATIAS, *Droit civil, Les biens*, Parijs, Lexisnexis, 2011, 309

²⁵⁴ A.E. DE VRIES, *Erfpacht en opstal*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2002, 65; H.K. SNIJDERS en E.B. RANK-BERENSHOTS, *Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 559

²⁵⁵ A.E. DE VRIES, *Erfpacht en opstal*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2002, 74; H.K. SNIJDERS en E.B. RANK-BERENSHOTS, *Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 565

²⁵⁶ A.E. DE VRIES, *Erfpacht en opstal*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2002, 77; H.K. SNIJDERS en E.B. RANK-BERENSHOTS, *Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 565-566

²⁵⁷ H.K. SNIJDERS en E.B. RANK-BERENSHOTS, *Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 8-9

eigendomsrecht.²⁵⁸ De gebruiks- en genotsbevoegdheden van de erfpachter zijn dan ook ruimer dan deze van de vruchtgebruiker. Dit blijkt uit artikel 1 Erfpachtwet. Zo dient de erfpachter de bestemming van het goed niet te respecteren, zolang hij de waarde van het goed niet laat verminderen. Deze laatste, minder strikte beperking vinden we terug in artikel 3 Erfpachtwet.²⁵⁹

Deze verschillen tussen het recht van erfpacht en het recht van vruchtgebruik dienen echter meteen te worden genuanceerd. Hierboven is reeds aangehaald dat de partijen contractueel kunnen afwijken van de bevoegdheden van de vruchtgebruiker.²⁶⁰ Voor het recht van erfpacht is dit niet anders. Uit artikel 17 Erfpachtwet volgt namelijk dat enkel artikel 2 Erfpachtwet tot het dwingend recht behoort. De overige bepalingen genieten slechts de status van aanvullend recht. Het spreekt voor zich dat ook de bevoegdheden die de Erfpachtwet toekent aan de erfpachter dan een aanvullende karakter hebben.²⁶¹

Gelet op de mogelijkheden waarover de partijen beschikken om zowel het recht van vruchtgebruik als het recht van erfpacht te moduleren, kan men logischerwijze tot de conclusie komen dat de afbakening tussen beide instrumenten allesbehalve vanzelfsprekend is. Dit maakt dat de vraag naar de herkwalficatiemogelijkheden van de rechter des te belangrijker wordt.

Ook in Nederland beschikken de contractpartijen over een grote vrijheid om de bevoegdheden van de erfpachter contractueel te bepalen. Daarbij kunnen zij de erfpachter de ruimste bevoegdheden toekennen of deze bevoegdheden in grote mate beperken. Er bestaan echter een aantal beperkingen. Artikel 5:87, lid 2 NBW zou impliciet bepalen dat de erfpachter er voor moet zorgen dat het goed niet in waarde daalt, tenzij dit gebeurt door normale slijtage.²⁶² Het is ook pas mogelijk de bestemming van het in erfpacht gegeven goed te wijzigen voor zover de eigenaar zijn toestemming heeft gegeven.²⁶³

c. Samengevat

60. *STRIKTERE INVULLING DAN VRUCHTGEBRUIK?* – Ook binnen het recht van erfpacht zien we dat de partijen over een grote contractsvrijheid beschikken. Doch lijkt het recht van erfpacht onderworpen te zijn aan striktere regels met betrekking tot de invulling door de partijen dan het recht van vruchtgebruik. Hier is het immers niet louter de bepaling inzake de maximum- en minimumtermijnen waarvan de partijen niet kunnen afwijken. Ook kan men niet afwijken van de regel dat na het aflopen van het recht van erfpacht, het in erfpacht gegeven goed in het

²⁵⁸ S. GOEMINNE, "de praktijk van vruchtgebruik, erfpacht en opstal" in X., *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, XV. B-23

²⁵⁹ V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 351; S. GOEMINNE, "de praktijk van vruchtgebruik, erfpacht en opstal" in X., *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, XV. B-25

²⁶⁰ V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 351-352

²⁶¹ V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 351

²⁶² H.K. SNIJDERS en E.B. RANK-BERENSHOTS, *Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 563-564

²⁶³ H.K. SNIJDERS en E.B. RANK-BERENSHOTS, *Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 564

patrimonium van de eigenaar van de grond terechtkomt. Komt men immers anders overeen dan zal een herkwalificatie naar een koopovereenkomst het resultaat zijn. Ten slotte dient er ten alle tijden een canonplicht opgenomen te zijn in de erfpachtovereenkomst en ook van deze plicht kunnen de partijen niet afzien in hun overeenkomst.

Deze striktere invulling moet men echter meteen nuanceren. Hierboven is immers reeds gesteld dat het Hof van Cassatie in de mogelijkheid voorziet om een uitdrukkelijk ontbindend beding aan te nemen, waardoor het mogelijk wordt ook reeds voor het verlopen van de minimumtermijn een einde te maken aan de erfpachtovereenkomst. Dit zal mogelijk zijn zonder dat er een herkwalificatie in een huurovereenkomst zal plaatsvinden. Ook dient er hier op te worden gewezen dat het overschrijden van de maximumtermijn geen aanleiding kan geven tot een herkwalificatie. In dit geval zal men de maximumtermijn immers automatisch herleiden tot 99 jaar.

De canonplicht laat zelfs nog meer ruimte voor de partijen om een zekere invulling aan deze betalingsplicht te geven. De hoogte van het bedrag en de periodiciteit zijn immers vrij te kiezen. Meer nog, het is perfect mogelijk om geen periodiciteit overeen te komen en slechts een eenmalig bedrag te betalen. Op die manier is het voldoende om de eenmalige betaling van een symbolisch bedrag op te nemen in de overeenkomst om aan de verplichting te voldoen.

Deze begrenzingen aan de wilsvrijheid van de partijen zijn, met andere woorden, niet van die aard dat ze de partijen in de absolute onmogelijkheid plaatsen hun overeenkomst te moduleren. Zelfs binnen de drie grenzen die men effectief oplegt aan de partijen zijn er mogelijkheden ontstaan om deze grenzen te verzachten.

Enerzijds is dit een positief gegeven, daar het de partijen mogelijkheden biedt de overeenkomst te laten beantwoorden aan hun specifieke noden. Anderzijds leidt dit ook tot een grensvervaging. De afbakening tussen het recht van erfpacht en andere zakelijke rechten zal dan ook voor de nodige problemen kunnen zorgen.

Wanneer er, bij wijze van voorbeeld, een vruchtgebruik wordt overeengekomen waarvan de duur langer is dan 27 jaar en waarbij men een vergoeding voor de blote eigenaar voorziet, zal deze overeenkomst heel nauw aansluiten bij een erfpachtovereenkomst. Wanneer de rechter dan van oordeel is dat hij kan overgaan tot herkwalificatie naar een recht van erfpacht, zal dit dan ook een aantal belangrijke gevolgen hebben voor de partijen. Het zijn dan immers niet de regels met betrekking tot het vruchtgebruik, zoals opgenomen in het Burgerlijk Wetboek, die een aanvullende werking zullen hebben op de overeenkomst. Wel de wettelijke bepalingen van de Erfpachtwet zullen doorwerking vinden in het contract, voor zover er hierover geen regeling bestaat binnen de overeenkomst. Dit zal er ondermeer toe kunnen leiden dat de zwaardere verplichtingen die op de erfpachter rusten van toepassing zullen zijn op de contractuele relatie tussen beide partijen.

III. *Het recht van opstal*

a. Algemeenheden inzake opstal

61. *DEFINITIE.* – Uit de definitie van het recht van opstal blijkt dat het een beperkt zakelijk recht betreft dat beperkter is dan het recht van erfpacht.²⁶⁴ Dit is enigszins logisch, gelet op het feit dat het recht van erfpacht het meest volmaakte beperkte zakelijk recht is. Het recht van opstal is dan ook in mindere mate een uitholling van het eigendomsrecht.

Deze definitie luidt dan ook als volgt: “Het recht van opstal is een zakelijk recht om gebouwen, werken of beplantingen op eens anders grond te hebben.” Dit houdt in dat een recht van opstal geen verdere bevoegdheden aan de opstalhouder verleent dan het plaatsen van gebouwen, werken of beplantingen op een onroerend goed dat niet tot zijn eigendom behoort. In feite kan een recht van opstal beschouwd worden als een uitzondering op de natrekking zoals opgenomen in artikel 551 BW dat als volgt luidt: “*Alles wat met de zaak verenigd wordt en één lichaam ermee uitmaakt, behoort de eigenaar toe, volgens de hierna gestelde regels.*” Specifiek, met betrekking tot onroerende goederen werkt artikel 552, lid 1 BW deze regel verder uit door te bepalen dat de eigenaar van de grond tevens de eigenaar is van alles wat zich op en onder zijn grond bevindt. Het betreft dan ook een horizontale eigendomssplitsing.²⁶⁵

Het Nederlandse recht van opstal lijkt sterk op zijn Belgische tegenhanger. De Nederlandse definitie van het recht luidt als volgt: “*Het recht van opstal is een zakelijk recht om in, op of boven een onroerende zaak van een ander gebouwen, werken of beplantingen in eigendom te hebben of te verkrijgen.*”²⁶⁶ Ook hier is er sprake van een horizontale eigendomssplitsing, daar het recht van opstal ook in Nederland een uitzondering uitmaakt op de natrekking, geregeld in artikel 5:20 NBW.²⁶⁷

De Franse definitie verschilt evenmin in grote mate van de definitie in het Belgische recht. Ook hier gaat het om een recht tot eigendom van gebouwen, werken en beplantingen op andermans grond. Hieruit volgt vanzelfsprekend dat er ook hier een horizontale eigendomssplitsing plaatsvindt. De eigenaar van de grond is immers een ander persoon dan de eigenaar van de op de grond gevestigde goederen. Net als in België en Nederland vormt het recht van opstal in Frankrijk dus ook een uitzondering op de natrekking, zoals ze is geregeld in artikel 552 e.v. *Code civil*.²⁶⁸ Opvallend is wel dat het recht van opstal niet wettelijk geregeld is in het Franse recht. Het is dan ook een rechtsfiguur die totstandgekomen is binnen de rechtsleer.²⁶⁹

62. *VORMEN VAN OPSTAL.* – Er dient een onderscheid gemaakt te worden tussen twee verschillende vormen van opstal. Aan de ene kant spreken we van een zelfstandig opstalrecht wanneer er ofwel een opstalovereenkomst bestaat tussen de partijen of wanneer iemand een recht

²⁶⁴ Artikel 1 Opstalwet

²⁶⁵ F. LENS en L. WYNANT, “Opstal” in X., *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2006, I.K.2-1; V. SAGAERT, B. TILLEMANS en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 357

²⁶⁶ Artikel 5:101, lid 1 NBW

²⁶⁷ H.K. SNIJDERS en E.B. RANK-BERENSHOTS, *Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 576

²⁶⁸ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI en S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil: Les biens*, Parijs, Jouve, 2000, 290

²⁶⁹ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI en S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil: Les biens*, Parijs, Jouve, 2000, 290-291

van opstal voorbehoudt of overdraagt. Aan de andere kant hebben we te maken met een accessoir recht van opstal indien een derde volgens een contractuele bepaling over het recht beschikt om op een grond die hem niet toebehoort te bouwen of te planten. Deze contractuele bepaling vindt zijn oorsprong niet in een opstalovereenkomst.²⁷⁰ In Nederland kent men hetzelfde onderscheid, met dien verstande dat men spreekt van een zelfstandig of een afhankelijk opstalrecht.²⁷¹ In het Franse recht kent men daarentegen een andere indeling met betrekking tot het recht van opstal. Hier kan het recht van opstal op drie verschillende wijzen tot stand komen. Enerzijds is er de opstal die ontstaat door een wettelijke bepaling. Daarnaast bestaan er de rechten van opstal die men in het leven roept op basis van gewoonten. Deze twee mogelijk ontstaansvormen van het recht van opstal komen echter maar zeer zelden voor. De derde en laatste mogelijkheid om een recht van opstal in het leven te roepen is de meest voorkomende. De meeste opstallen ontstaan immers door het vestigen van dergelijk recht in een titel.²⁷²

Het belang van dit onderscheid bestaat er dan ook in dat er naast de bestaande raakpunten ook verschillen bestaan tussen een accessoir en een zelfstandig opstalrecht. Deze verschillen situeren zich op drie gebieden, die hun oorsprong vooral vinden in het afhankelijke karakter van het accessoir opstalrecht. Zo is de duur van dit opstalrecht afhankelijk van de duur van het recht waar het aan gekoppeld werd. Men kan daarnaast ook niet afzonderlijk beschikken over een accessoir recht van opstal. Ten slotte kan de opstalhouder in geval van een accessoir opstalrecht zich niet baseren op artikel 6 Opstalwet om een vergoeding te bekomen. Voor hem bestaat wel de mogelijkheid om zich te beroepen op de leer van de ongerechtvaardigde verrijking.²⁷³

63. *OVERWEGEND VAN AANVULLEND RECHT.* – Uit artikel 8 Opstalwet volgt dat ook de bepalingen van deze wet slechts van aanvullend recht zijn. Dit opent de mogelijkheid voor de partijen om contractueel af te wijken van de wettelijke bepalingen inzake opstal. De enige uitzondering die artikel 8 Opstalwet voorziet op het aanvullende karakter van deze bepalingen heeft betrekking op de maximale duurtijd van het recht van opstal. Artikel 4 Opstalwet bepaalt dat een recht van opstal niet langer kan duren dan vijftig jaar. Deze bepaling is dan ook van openbare orde.²⁷⁴

In tegenstelling tot de bepaling met betrekking tot de duurtijd in de Erfpachtwet, valt hier op dat er geen sprake is van een minimale duurtijd. De discussie over het feit of vroegtijdige en eenzijdige beëindiging van de overeenkomst in dit geval mogelijk is, speelt hier dan ook niet.

Een uitzondering op de maximumduur vinden we, zoals hierboven reeds vermeld, in het accessoire opstalrecht. De duur van dit accessoire opstalrecht is namelijk afhankelijk van de duur van het recht waarmee het opstalrecht samenhangt.²⁷⁵ Concreet betekent dit dat er helemaal geen

²⁷⁰ V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 357-358

²⁷¹ Artikel 5:101, lid 2 NBW; .K. SNIJDERS en E.B. RANK-BERENSHOTS, *Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 577

²⁷² M.-L. MATHIEU, *Droit civil, les biens*, Parijs, Dalloz, 2010, 253

²⁷³ V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 358

²⁷⁴ F. LENS en L. WYNANT, "Opstal" in X., *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2006, I.K.3-2 – I.K.3-3 S. GOEMINNE, "de praktijk van vruchtgebruik, erfpacht en opstal" in X., *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, XV. B-32; V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 359

²⁷⁵ Supra nr. 62

bovengrens bestaat en dat het accessoire opstalrecht ook eeuwigdurend kan zijn. Dit zal met name het geval zijn wanneer het accessoire opstalrecht samenhangt met een erfdienstbaarheid.²⁷⁶

In Nederland kunnen de partijen de duur van het recht van opstal zelf bepalen, voor zover het gaat om een zelfstandig recht van erfpacht. Dit volgt uit artikel 5:104, lid 2 NBW. Dit artikel stelt immers dat artikel 5:86 NBW van toepassing is op het recht van opstal. Artikel 5:86 NBW is reeds besproken in het kader van het recht van erfpacht.²⁷⁷ Concreet betekent dit dat het de partijen vrij staat om de duur van het recht van opstal te bepalen.²⁷⁸

Ook in het Franse recht is er geen maximumduur gesteld op het recht van opstal. Het is zelfs zo dat het Franse recht van opstal in principe eeuwigdurend is. Het staat de partijen echter vrij om van het eeuwigdurend karakter af te wijken en zelf een regeling te voorzien in hun overeenkomst.²⁷⁹

64. *BEPERKT VOORWERP.* – Hoewel de overige regels slechts van aanvullend recht zijn, bestaat er een tweede wezenskenmerk die de partijen hoe dan ook moeten respecteren. De tekst van artikel 1 Opstalwet laat er geen twijfel over bestaan dat een opstalrecht slechts kan worden toegestaan op gebouwen, beplantingen en werken die zich op andermans grond bevinden. Anders dan bij het recht van erfpacht verkrijgt de opstalhouder echter geen rechten op de grond zelf, maar wel op de gebouwen, beplantingen en werken die zich op de grond bevinden.²⁸⁰

65. *GEEN VERPLICHTE VERGOEDING.* – Een ander verschilpunt met het recht van erfpacht bestaat erin dat er hier geen sprake is van een verplichte vergoeding die uitgaat van de opstalhouder. Daar waar de erfpachter een canonplicht heeft, bestaat er voor de eigenaar van de grond en de opstalhouder louter de mogelijkheid om een vergoeding overeen te komen. Deze eventuele vergoeding kan allerlei vormen aannemen, aangezien de partijen niet beperkt zijn tot een bepaalde periodiciteit. Indien de partijen zulk een vergoeding zijn overeengekomen, spreekt men van een *solarium*.²⁸¹

Ook in Nederland voorziet men in de mogelijkheid om een betalingsverplichting op te leggen aan de opstalhouder. Deze verplichting staat beter bekend als de retributie en lijkt erg op de *canon*.²⁸² In Frankrijk daarentegen is er niet voorzien in dergelijk betalingssysteem. Echter, het is

²⁷⁶ V. SAGAERT, B. TILLEMEN EN A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 359

²⁷⁷ Supra nr. 56

²⁷⁸ H.K. SNIJDERS EN E.B. RANK-BERENSHOTS, *Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 582; R. TIMMERMANS, "Enkele bedenkingen over horizontale splitsing van eigendom, het zelfstandig recht van opstal, de tijdelijkheid en het verlangen naar de eeuwigheid", Not.Fisc.M. 2009, 47

²⁷⁹ Cass. (FR.) 5 november 1866, DP 1867, I, 32; Cass. (FR.) 6 maart 1991, Bull.Civ., 50; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI EN S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil: Les biens*, Parijs, Jouve, 2000, 47-49; R. TIMMERMANS, "Enkele bedenkingen over horizontale splitsing van eigendom, het zelfstandig recht van opstal, de tijdelijkheid en het verlangen naar de eeuwigheid", Not.Fisc.M. 2009, 47

²⁸⁰ S. GOEMINNE, "de praktijk van vruchtgebruik, erfpacht en opstal" in X., *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, XV. B-33 – B-34

²⁸¹ V. SAGAERT, B. TILLEMEN EN A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 358; S. GOEMINNE, "de praktijk van vruchtgebruik, erfpacht en opstal" in X., *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, XV. B-35

²⁸² Artikel 5:101, lid 3 NBW; H.K. SNIJDERS EN E.B. RANK-BERENSHOTS, *Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 580

wel mogelijk om contractueel dergelijke verplichting overeen te komen, maar in dat geval zal de betalingsplicht geen zakelijk karakter hebben en dus louter persoonlijk van aard zijn.²⁸³

b. Bevoegdheden van de opstalhouder

66. *DE OPSTALHOUDER HEEFT EEN BESCHIKKINGSBEVOEGDHEID.* – Vooreerst dient duidelijk gesteld te worden dat de opstalhouder geen bevoegdheden heeft ten aanzien van de grond. Daar waar de erfpachter zijn gebruiks- en genotsrecht wel kan uitoefenen ten aanzien van de in erfpacht gegeven grond, zijn deze bevoegdheden voor de opstalhouder beperkt tot de gebouwen, beplantingen en werken die hij mocht oprichten of andere opstallen die vermeld worden in de opstalovereenkomst.²⁸⁴ Echter gaan er bepaalde stemmen op in de rechtsleer om toch enkele bevoegdheden met betrekking tot de in opstal gegeven grond te verlenen aan de opstalhouder, zoals hierboven reeds besproken.²⁸⁵

We zien dus dat enerzijds de bevoegdheden van de opstalhouder geen betrekking kunnen hebben op de grond waarop het opstalrecht wordt gevestigd en evenmin op andere gebouwen dan de gebouwen die in de opstalovereenkomst zijn opgenomen. Hoewel dus het voorwerp van deze bevoegdheden duidelijk beperkter is dan die van de erfpachter, blijkt dat de bevoegdheden die de opstalhouder effectief kan uitoefenen ruimer zijn dan die van de erfpachter. Dit is dan ook geen verrassing in zo verre de opstalhouder wordt beschouwd als tijdelijk eigenaar van de gebouwen, beplantingen en werken die hij heeft opgericht. De opstalhouder beschikt dus over de ruimste bevoegdheden met betrekking tot deze opstallen.²⁸⁶

Het feit dat de opstalhouder beschouwd wordt als zijnde tijdelijk eigenaar van de opstallen betekent dat hij naast gebruiks- en genotsbevoegdheden ook kan terugvallen op een beschikkingsbevoegdheid.²⁸⁷

²⁸³ C. LARROUMET, *Droit civil*, II, Parijs, Economica, 2004, 441-442

²⁸⁴ F. LENS en L. WYNANT, "Opstal" in X., *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2006, I.K.2-2 – I.K.2-3 V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 361; S. GOEMINNE, "de praktijk van vruchtgebruik, erfpacht en opstal" in X., *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, XV. B-37 – B-38

²⁸⁵ Supra nr. 44

²⁸⁶ F. LENS en L. WYNANT, "Opstal" in X., *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2006, I.K.3-1; V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 361; ; S. GOEMINNE, "de praktijk van vruchtgebruik, erfpacht en opstal" in X., *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, XV. B-37 – B-38

²⁸⁷ F. LENS en L. WYNANT, "Opstal" in X., *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2006, I.K.5-1 – 5-2; V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 56; S. GOEMINNE, "de praktijk van vruchtgebruik, erfpacht en opstal" in X., *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, XV. B-38

c. Samengevat

67. *BEPERKTE HERKWALIFICATIEMOGELIJKHEID.* – Het feit dat het wettelijk kader van het recht van opstal grotendeels van aanvullend recht is betekent ook hier dat de contractpartijen over een heel aantal mogelijkheden beschikken om af te wijken van de bestaande wettelijke bepalingen. Op die manier kunnen de partijen hun overeenkomst in grote mate afstemmen op hun specifieke noden. Een ander gevolg van deze ruimte waarover de partijen beschikken is dat de mogelijkheid ontstaat de opstalovereenkomst op een bepaalde manier in te vullen waardoor deze dichter aansluit bij een ander zakelijk recht. Zo is het perfect mogelijk dat de partijen overeenkomen dat de opstalhouder zijn bevoegdheden op een specifieke manier uitoefent of dat de opstalhouder al dan niet gehouden is tot het betalen van een periodieke geldsom.

Voor zover partijen contractueel afwijken van dergelijke bepalingen van aanvullend recht zullen deze bedingen in geen geval een onverenigbaarheid met het recht van opstal uitmaken. Zoals reeds veelvuldig aangehaald in deze thesis, zal het dan ook niet mogelijk zijn voor de feitenrechter om te herkwalficeren op basis van die contractuele bedingen die geen onverenigbaarheid vormen.

Ook een eeuwigdurend recht van opstal is perfect mogelijk, hoewel men in principe niet kan afwijken van de bepaling inzake de maximumtermijn van het recht. Wanneer de partijen echter een accessoir opstalrecht vestigen gekoppeld aan een erfdienstbaarheid is het perfect mogelijk dat dit accessoir recht van opstal eeuwig blijft voortduren zonder dat er sprake zal zijn van een herkwalficatie.

Deel 3: Fiscale herkwalificatie

Hoofdstuk 1: Belastingontwijking en belastingontduiking

68. *PRINCIPE: KEUZE VAN DE MINST BELASTE WEG.* – Naast de civielrechtelijke herkwalificatie, kent ook het fiscaal recht enkele herkwalificatiemogelijkheden die gevolgen kunnen hebben voor een aantal zakelijke rechten. Het gebeurt immers vaak dat partijen hun overeenkomst op een bepaalde wijze kwalificeren om fiscaal onder een zo voordelig mogelijk stelsel te vallen.²⁸⁸ In principe staat het de partijen dan ook vrij om de minst belaste weg te kiezen. Met andere woorden, partijen kunnen aan belastingontwijking doen. De partijen doen immers niets anders dan hun overeenkomst zo kwalificeren dat men buiten de toepassing blijft van een bepaald fiscaal regime.

69. *BREPOLSARREST.* – Deze zienswijze werd bevestigd door het Hof van Cassatie in zijn *Brepolsarrest*. In dit arrest stelt het Hof van Cassatie immers het volgende: "Attendu, d'autre part, qu'il n'y a ni simulation prohibée à l'égard du fisc, ni partant fraude fiscale, lorsque, en vue de bénéficier d'un régime fiscal plus favorable, les parties, usant de la liberté des conventions, sans toutefois violer aucune obligation légale, établissent des actes dont elles acceptent toutes les conséquences, même si la forme qu'elles leur donnent n'est pas la plus normale."²⁸⁹ Later is deze zienswijze bevestigd door het Hof van Cassatie in het arrest *Vieux Saint Martin*.²⁹⁰

Men moet deze belastingontwijking dan ook onderscheiden van de belastingontduiking, waarbij de partijen wel degelijk onder de toepassingsvoorwaarden van een fiscaal regime vallen maar toch aan deze verplichtingen willen ontsnappen. Inherent aan de belastingontduiking is de schending van de fiscale wet, waardoor men deze operatie wel degelijk als onrechtmatig kan beschouwen.²⁹¹

70. *DUBBELE GRONDSLAG.* – De mogelijkheid om aan belastingontwijking te doen ligt vervat in een dubbele grondslag. Enerzijds is deze mogelijkheid gestoeld op het fiscaal legaliteitsbeginsel.²⁹² Dit beginsel houdt in dat er enkel en alleen sprake kan zijn van een belasting wanneer deze belasting gebaseerd is op een wettelijke bepaling. Dit betekent ook dat wanneer de contractpartijen door hun kwalificatie buiten de toepassing vallen van een dergelijke wettelijke bepaling, deze bepaling niet van toepassing zal zijn.²⁹³

Anderzijds ligt ook de contractsvrijheid aan de basis van de mogelijkheid om te kiezen voor de minst belaste weg. De partijen zijn immers vrij om overeen te komen wat hen het meest voordelig lijkt te zijn. Concreet betekent dit dan ook dat de partijen hun overeenkomst zo kunnen vormgeven

²⁸⁸ A. LEMMERLING en A. VAN DOORSLAER DE TEN RYEN, "De gesplitste aankoop in vruchtgebruik en blote eigendom: contractuele mogelijkheden, opportuniteiten en valkuilen" in V. SAGAERT en A-L. VERBEKE, *Vruchtgebruik: mogelijkheden, beperkingen en innovaties*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 233

²⁸⁹ Cass. 6 juni 1961, Pas. 1961, 1082

²⁹⁰ Cass. 22 maart 1990, Pas. 1990, 853

²⁹¹ D. JAECQUES, *De algemene anti-rechtsmisbruikbepaling*, Mechelen, Kluwer, 2005, 9

²⁹² Artikel 170 Grondwet (GW); S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Kalmthout, Biblo, 2005, 25-26

²⁹³ D. GARABEDIAN, "Le principe du choix licite de la voie la moins imposée – un état des lieux" in X., *L'évolution des principes généraux du droit fiscal. 20^e anniversaire de la maîtrise en gestion fiscale*, Brussel, Larcier, 2009, 58

dat ze buiten het toepassingsgebied van voor hen nadelige fiscale regimes vallen. Dit heeft het Hof van Cassatie uitdrukkelijk erkend in zijn *Brepolsarrest*.²⁹⁴

71. *ANTI-RECHTSMISBRUIKBEPALINGEN.* – Enkele nuances zijn hier echter op hun plaats. Zowel de wetgever als de fiscus hebben pogingen ondernomen om grenzen te stellen aan de mogelijkheid tot belastingontwijking. Sommige van deze initiatieven waren succesvol, anderen kenden een kortere levensloop. Binnen het opzet van deze thesis past het niet om een uitputtend overzicht te geven van de strijd die de fiscus en de wetgever voeren tegen belastingontwijking, maar bij wijze van voorbeeld kan men de theorie van de wetsontduiking vermelden. Deze theorie trachtte, op zich geldige, handelingen aan te vechten die personen in een situatie zouden brengen waarin ze niet onder een bepaald belastingregime zouden vallen, maar de belastbare situatie toch zeer dicht benaderen.²⁹⁵ Het Hof van Cassatie heeft deze theorie echter afgewezen in zijn *Brepolsarrest*.²⁹⁶

Een ander voorbeeld, dat wel succes heeft gekend en dat de basis vormt voor de bespreking van de fiscale herkwalificatie, is het gebruik van algemene anti-rechtsmisbruikbepalingen. Het gaat hier meer bepaald om de artikelen 344, §1 WIB/92; 18§2 W.Reg. en 106, lid 2 W.Succ. Deze bepalingen zijn zeer gelijkaardig opgesteld en hebben dan ook een zeer gelijkaardige werking. Hieronder zal artikel 344, §1 WIB/92 verder worden besproken, om zo na te gaan in hoeverre de fiscus over de bevoegdheid beschikt om zakelijke rechten te herkwalificeren.

De doelstelling achter deze bepalingen bestaat erin dat men handelingen die strijdig zijn met de geest van de wet effectief wil kunnen aanvechten. Immers, het is in principe toegelaten te kiezen voor de minst belaste weg. Dit volgt ontegensprekelijk uit het *Brepolsarrest* en het arrest *Vieux Saint Martin*. Doch, wanneer de constructies die de partijen gebruiken dermate gekunsteld zijn dat deze niet ingegeven kunnen zijn door een economisch oogmerk, maar enkel een fiscaal doel kunnen nastreven, overschrijdt men een grens en is er sprake van misbruik.²⁹⁷

²⁹⁴ Supra nr. 69

²⁹⁵ S. VAN CROMBRUGGE, *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Kalmthout, Biblo, 2009, 27

²⁹⁶ Supra nr. 69

²⁹⁷ L. DE BROE, "Fraudebestrijding en charter van de belastingplichtige: noodzakelijk een paradox?", TFR, 2010, 333

Hoofdstuk 2: Artikel 344,§1 WIB/92

A. Een bron van discussie

72. *DE OUDE ANTI-RECHTSMISBRUIKBEPALING.* – Oorspronkelijk klonk artikel 344,§1 WIB/92, zoals ze in het WIB werd ingevoerd door de wet van 22 juli 1993, als volgt: "Aan de administratie der directe belastingen kan niet worden tegengeworpen, de juridische kwalificatie door de partijen gegeven aan een akte alsook aan afzonderlijke akten die een zelfde verrichting tot stand brengen, wanneer de administratie door vermoedens of door andere in artikel 340 vermelde bewijsmiddelen vaststelt dat die kwalificatie tot doel heeft de belasting te ontwijken, tenzij de belastingplichtige bewijst dat die kwalificatie aan rechtmatige financiële of economische behoeften beantwoordt."

Uit de voorbereidende werken van de wet van 22 juli 1993 kan men afleiden dat de wetgever uitdrukkelijk de bedoeling had om een einde te maken aan de onbeperkte mogelijkheden om belastingen te ontwijken. Om aan dit doel te voldoen voert men bovenstaande anti-rechtsmisbruikbepaling in, die het mogelijk maakt om regelmatig opgemaakte overeenkomsten te herkwalificeren. Deze herkwalificatie zal plaatsvinden wanneer vaststaat dat deze is ingegeven door het loutere feit dat men belastingen tracht te ontwijken.²⁹⁸ Het rechtsmisbruik bestaat er dan ook in dat partijen kiezen voor een bepaalde juridische kwalificatie specifiek om belastingen te ontwijken.

73. *BELANG VAN FISCALE HERKWALIFICATIE.* – Dat dit artikel grote gevolgen kan hebben voor overeenkomsten waarin partijen een zakelijk recht in het leven roepen is geen verrassing. De grens tussen een aantal beperkte zakelijke rechten is immers onderworpen aan een vervaging. In bepaalde gevallen is er zelfs sprake van een grensvervaging tussen beperkte zakelijke rechten en persoonlijke rechten zoals het huurrecht. Immers de rechtsgevolgen die voortkomen uit een recht van vruchtgebruik zijn vaak moeilijk te onderscheiden van de rechtsgevolgen die voortspruiten uit een huurovereenkomst. Concreet betekent dit dat partijen zeer gelijkaardige rechtsgevolgen in het leven kunnen roepen door gebruik te maken van verschillende beperkte zakelijke rechten of persoonlijke rechten. Uit artikel 344,§1 WIB/92 en de parlementaire stukken met betrekking tot dit artikel volgt dat een herkwalificatie van deze zakelijke rechten kan volgen, wanneer de keuze voor een van deze rechten is ingegeven door het oogmerk belastingen te ontwijken.

In het licht van deze thesis is het dan ook van belang om na te gaan wanneer aan de voorwaarden is voldaan om over te kunnen gaan tot herkwalificatie van deze overeenkomsten. Maar net die voorwaarden hebben lange tijd het voorwerp uitgemaakt van hevige discussies. In de rechtspraak van de lagere rechtbanken was dan ook geen eensgezindheid terug te vinden over het antwoord op de vraag wanneer de fiscus kon overgaan tot herkwalificatie van overeenkomsten op basis van artikel 344,§1 WIB/92. Sommige rechtspraak achtte de fiscus in staat om over te gaan to

²⁹⁸ Wetsontwerp houdende fiscale en financiële bepalingen, Parl.St. Kamer, 1992-93, nr.1072/8, 98: "het nieuwe artikel 344, § 1, van het WIB 1992 poogt, en dat is ook het doel, de manoeuvres te bestraffen die erin bestaan via juridische combinaties de belasting te omzeilen, dat wil zeggen ervoor te zorgen dat geen tegenwerping mogelijk is van de onterechte kwalificaties - onterecht in die zin dat ze een of meer rechtshandelingen, ook al zijn ze regelmatig gesteld, kwalificeren uitsluitend om de belasting te omzeilen."

herkwalificatie.²⁹⁹ Andere rechtspraak ging dan weer de andere richting uit en oordeelde dat de fiscus niet in staat was te herkwalificeren.³⁰⁰

74. *VRUCHTGEBRUIKCONSTRUCTIES.* – Deze moeilijkheden deden zich ondermeer voor in het kader van de uitoefening van de herkwalificatiebevoegdheden van de fiscus in het licht van de zogenaamde vruchtgebruikconstructies. Onder vruchtgebruikconstructies dient men naast de horizontaal gesplitste aankoop ook de verticale gesplitste aankoop verstaan.³⁰¹

De horizontaal gesplitste aankoop bestaat erin dat een aandeelhouder van een vennootschap de blote eigendom van een onroerend goed koopt, terwijl de vennootschap het vruchtgebruik van hetzelfde onroerend goed aankoopt en dit voor een bepaalde periode. Deze constructie is zowel voor de vennootschap als voor de aandeelhouder zelf fiscaal voordelig. Zonder in detail te treden bestaan de voordelen voor de vennootschap erin dat men de waarde van het vruchtgebruik kan afschrijven en/of aftrekken. Dit geldt ook voor de kosten die worden gemaakt aan het onroerend goed. De aandeelhouder, die louter de blote eigendom van het onroerend goed koopt, dient enkel registratierechten te betalen op de waarde van de blote eigendom, die aanzienlijk lager liggen dan wanneer hij het goed in volle eigendom gekocht zou hebben. Echter, na het verlopen van de termijn waarvoor het vruchtgebruik was toegekend aan de vennootschap verkrijgt de aandeelhouder het onroerend goed in volle eigendom. Deze verkrijging van de volle eigendom is geen belastbare overdracht.³⁰²

Daarentegen gaat het bij de verticaal gesplitste aankoop om een situatie waarbij ouders en kinderen samen overgaan tot de aankoop van een goed. De kinderen kopen de blote eigendom aan en de ouders nemen de aankoop van het vruchtgebruik op dit goed voor hun rekening. Het gevolg van deze constructie is dat na afloop van de termijn of na overlijden van de ouders het goed in volle eigendom toekomt aan de kinderen, zonder dat deze overdracht een grond voor successierechten of registratierechten kan uitmaken.³⁰³

Deze vormen van belastingontwijking vormden dan ook het voorwerp van een heel aantal herkwalificaties door de fiscus en dit op grond van artikel 344,§1 WIB/92. Personen die gebruik hadden gemaakt van een van de vruchtgebruikconstructies en die hun overeenkomst geherkwalificeerd zagen door de fiscus vochten deze beslissing echter vaak aan. Maar rechtszekerheid bestond er niet, daar, zoals hierboven reeds gesteld, de rechtspraak van de lagere rechtbanken zeer uiteenlopend was.³⁰⁴

²⁹⁹ Antwerpen 4 november 2003, FJF 2004, 565; Brussel 5 februari 2004, FJF 2004, 651; Rb. Brugge 22 juni 2004, TFR 2006, 163

³⁰⁰ Gent 13 september 2005, TGR-TWVR 2006, 157; Rb. Antwerpen 19 juni 2002, Fisc.Koer. 2002, 455; Rb. Hasselt 19 oktober 2005, TFR 2006, 691; Rb. Namen 26 oktober 2005, FJF 2006, 319; Rb. Leuven 23 december 2005, FJF 2006, 630; Rb. Antwerpen 5 april 2006, TFR 2007, 395

³⁰¹ A. LEMMERLING en A. VAN DOORSLAER DE TEN RYEN, "De gesplitste aankoop in vruchtgebruik en blote eigendom: contractuele mogelijkheden, opportuniteiten en valkuilen" in V. SAGAERT en A-L. VERBEKE, *Vruchtgebruik: mogelijkheden, beperkingen en innovaties*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 233

³⁰² L. DE WULF en C. KEMPENEERS, "Geen herkwalificatie van vruchtgebruik in huur. Einde van de saga?", *Notariaat* 2008, 1-2

³⁰³ A. LEMMERLING en A. VAN DOORSLAER DE TEN RYEN, "De gesplitste aankoop in vruchtgebruik en blote eigendom: contractuele mogelijkheden, opportuniteiten en valkuilen" in V. SAGAERT en A-L. VERBEKE, *Vruchtgebruik: mogelijkheden, beperkingen en innovaties*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 237

³⁰⁴ Supra nr. 73

75. *EERSTE POGING TOT CREËREN RECHTSZEKERHEID.* – Het Hof van Cassatie heeft in 2005 echter duidelijkheid willen scheppen in twee belangrijke arresten. In zijn arrest van 21 april 2005 stelde het Hof van Cassatie immers dat de fiscus kon overgaan tot herkwalificatie wanneer de uitwerking van de akten werd nageleefd. Met andere woorden, men kan herkwalificeren als de rechtsgevolgen van de oorspronkelijke akte worden gerespecteerd in de akte, zoals ze bestaat na herkwalificatie.³⁰⁵ Het Hof bevestigde deze beslissing in zijn arrest van 4 november 2005. In dit arrest oordeelde het Hof immers het volgende: *“Dat uit die tekst, alsook uit de parlementaire voorbereiding van de wet van 22 juli 1993 die voornoemde bepaling in het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 heeft ingevoegd, volgt dat alleen de kwalificatie van een akte aan de belastingadministratie niet kan worden tegengeworpen en dat zij, bijgevolg, de kwalificatie slechts met inachtnaam van de rechtsgevolgen van die akte kan wijzigen.”*³⁰⁶

76. *RECHTSONZEKERHEID BLIJFT BESTAAN.* – Toch bleef er rechtsonzekerheid bestaan. Enerzijds omwille van rechtspraak van het hof van beroep te Gent en anderzijds door de regels die de rulingcommissie hanteerde bij zijn beslissingen inzake herkwalificatie. Het hof van beroep te Gent oordeelde immers in zijn arrest van 13 september 2005 dat de beslissing van het Hof van Cassatie inhield dat de rechtsgevolgen identiek moesten zijn in beide akten.³⁰⁷ Deze rechtspraak lijkt strenger te zijn dan de rechtspraak van het Hof van Cassatie, waarbij het Hof enkel spreekt over een inachtnaam van de rechtsgevolgen.

De Dienst Voorafgaande Beslissingen, beter bekend als de rulingcommissie, hield bij zijn beslissingen geen rekening met de rechtspraak van het Hof van Cassatie. Deze commissie stelde immers een aantal strenge voorwaarden voorop, waaraan de partijen in hun overeenkomst moesten voldoen om niet onder de herkwalificatiemogelijkheden van de commissie te vallen bij het gebruik maken van vruchtgebruikconstructies. Dit is zeer merkwaardig, gelet op het feit dat deze opgelegde voorwaarden geen enkele wettelijke grondslag hadden.³⁰⁸

77. *CASSATIE 22 NOVEMBER 2007: EINDELIJK RECHTSZEKERHEID.* – Opnieuw kwam het Hof van Cassatie tussenbeide met een arrest dat duidelijkheid moest scheppen in deze situatie van onzekerheid. In zijn arrest van 22 november 2007 besloot het Hof van Cassatie dan ook dat om een akte te herkwalificeren de niet-fiscale gevolgen gelijksoortig moeten zijn aan de rechtsgevolgen van de

³⁰⁵ Cass. 21 april 2005, Arr.Cass. 2005, 917: De eisers waren de eigenaars van een onroerend goed en oefende er het beroep van geneesheer in uit. Daarnaast werd het pand ook verhuurd aan een vennootschap (Comed) waarvan de eiser een zaakvoerder was en later ook aan een andere vennootschap (FBGI) die het goed onderverhuurde aan de eerste vennootschap. De fiscus had de huurprijzen gekwalificeerd als bezoldigingen van bestuurders, door aan te nemen dat er in feite sprake was van een gewone huurovereenkomst tussen eisers en Comed in plaats van een huur tussen eisers en FBGI en onderhuur tussen FBGI en Comed en dit in het licht van art. 344,§1 WIB/92. In het bestreden arrest werd geoordeeld dat de fiscus terecht was overgegaan tot herkwalificatie, gelet op het feit dat het nooit de bedoeling van de partijen was om de hoofdhuurder het genot van het pand te verschaffen. Daarnaast bevatte de overeenkomst van de hoofdhuur ook bedingen die het mogelijk maakte voor de verhuurder om de huurprijs te eisen van de vennootschap waarvan de eiser zaakvoerder was. De eisers voerden aan dat om te kunnen herkwalificeren de fiscus een kwalificatie moest vinden die de rechtsgevolgen van de oorspronkelijke akte respecteert en dat dit niet het geval was bij de herkwalificatie naar huur zonder meer, aangezien twee rechtsverhoudingen en een rechtspersoon die in de oorspronkelijke kwalificatie wel een plaats kregen, worden genegeerd.

³⁰⁶ Cass. 4 november 2005, Arr.Cass. 2005, 2142

³⁰⁷ Gent 13 september 2005, TGR-TWVR 2006, 157

³⁰⁸ M. BASTENIE, “Nieuwe ruling maakt vruchtgebruikconstructies minder aantrekkelijk”, Vastgoed Info 2007, 2-3; voorbeeld: Voorafgaande beslissing nr. 500.067 dd. 02.03.2006, www.fisconet.fgov.be

akte zoals ze was gekwalificeerd door de partijen.³⁰⁹ In tegenstelling tot de voormelde rechtspraak van het hof van beroep te Gent moet er dus geen sprake zijn van identieke rechtsgevolgen.³¹⁰ Dit betekende ook dat de ruingcommissie slechts kan overgaan tot herkwalficatie als er effectief sprake is van dergelijke gelijksoortige rechtsgevolgen.

Het Hof van Cassatie zorgde in hetzelfde arrest meteen ook voor een verduidelijking inzake de herkwalficatiemogelijkheden van de fiscus met betrekking tot de vruchtgebruikconstructies. Omwille van het feit dat de rechtsgevolgen van een huurovereenkomst verschillen van de rechtsgevolgen van een overeenkomst die een vruchtgebruik in het leven roept, kan de fiscus niet overgaan tot het herkwalficeren van vruchtgebruik in huur. Dit betekent dat de algemene *anti-rechtsmisbruikbepaling* geen sterk instrument meer kon uitmaken ter bestrijding van belastingontwijking.³¹¹

B. Naar een nieuwe *anti-rechtsmisbruikbepaling*.

78. *NOOD AAN EEN NIEUWE BEPALING.* – De rechtspraak van het Hof van Cassatie in 2007 betekende dat de fiscus niet meer gewapend was tegen een aantal vormen van belastingontwijking, zoals de hiervoor vermelde vruchtgebruikconstructies. Ondermeer omwille van deze ontwikkeling heeft een parlementaire onderzoekscommissie voorgesteld om de Belgische anti-rechtsmisbruikbepalingen te verstrengen. Naast deze verstrenging zou de nieuwe bepaling ook rechtszekerheid moeten creëren.³¹²

Volgens DE BROE geeft de door de rechtspraak van het Hof van Cassatie gecreëerde lacune aanleiding tot twee ongewenste gevolgen. Enerzijds zijn er de zogenaamde *free riders*, die door het opstellen van constructies niet meer bijdragen volgens de grondwettelijk vastgelegde principes van gelijkheid en draagkracht.³¹³ Anderzijds zorgt deze lacune ook voor een vervaging tussen de begrippen belastingontwijking en belastingsontduiking, daar de fiscale administratie zich gedwongen voelt terug te grijpen naar instrumenten ter bestrijding van belastingontduiking om ook gevallen van belastingontwijking aan te vechten.³¹⁴

Het lijkt dan ook vanzelfsprekend dat er een nieuwe *anti-rechtsmisbruikbepaling* moest komen. Uiteindelijk is die bepaling er ook gekomen, hoewel deze lang op zich heeft laten wachten. De lacune ontstond immers reeds in 2007, terwijl de nieuwe bepaling er pas is gekomen door een programmawet van 29 maart 2012.

³⁰⁹ Cass. 22 november 2007, Pas. 2007, 2097

³¹⁰ Supra nr.76

³¹¹ X., "Belastingontwijking en belastingfraude. Fiscale Hogeschool 26 november 2009", TFR 2010, 127; L. DE BROE in "Fraudebestrijding en charter van de belastingplichtige: noodzakelijk een paradox?", TFR, 2010, 334

³¹² Parlementair onderzoek naar de grote fiscale fraude-dossiers, Parl.St. Kamer, 2008-09, 0034/004, 241

³¹³ Artikel 10 GW; Artikel 172 GW

³¹⁴ L. DE BROE in "Fraudebestrijding en charter van de belastingplichtige: noodzakelijk een paradox?", TFR, 2010, 334

79. *BELASTINGONTWIJKING EFFECTIEF TEGENGAAN.* – Artikel 344, §1 WIB/92 klinkt in zijn huidige vorm als volgt: "Aan de administratie kan niet worden tegengeworpen, de rechtshandeling noch het geheel van rechtshandelingen dat een zelfde verrichting tot stand brengt, wanneer de administratie door vermoedens of andere in artikel 340 bedoelde bewijsmiddelen en aan de hand van objectieve omstandigheden aantoont dat er sprake is van fiscaal misbruik. Er is sprake van fiscaal misbruik wanneer de belastingplichtige middels de door hem gestelde rechtshandeling of het geheel van rechtshandelingen één van de volgende verrichtingen tot stand brengt :

1° een verrichting waarbij hij zichzelf in strijd met de doelstellingen van een bepaling van dit Wetboek of de ter uitvoering daarvan genomen besluiten buiten het toepassingsgebied van die bepaling plaatst; of

2° een verrichting waarbij aanspraak wordt gemaakt op een belastingvoordeel voorzien door een bepaling van dit Wetboek of de ter uitvoering daarvan genomen besluiten en de toekenning van dit voordeel in strijd zou zijn met de doelstellingen van die bepaling en die in wezen het verkrijgen van dit voordeel tot doel heeft.

Het komt aan de belastingplichtige toe te bewijzen dat de keuze voor zijn rechtshandeling of het geheel van rechtshandelingen door andere motieven verantwoord is dan het ontwijken van inkomstenbelastingen.

Indien de belastingplichtige het tegenbewijs niet levert, dan wordt de belastbare grondslag en de belastingberekening zodanig hersteld dat de verrichting aan een belastingheffing overeenkomstig het doel van de wet wordt onderworpen alsof het misbruik niet heeft plaatsgevonden."

Uit de bewoordingen van het wetsontwerp blijkt dat de aanpassing van de bepaling expliciet tot doel heeft de toepassingsproblemen, veroorzaakt door rechtspraak van het Hof van Cassatie, weg te werken om rechtsmisbruik en dus belastingontwijking op een effectieve wijze te kunnen tegengaan.³¹⁵

80. *NIET-TEGENWERPELIJKHEID VAN DE RECHTSHANDELING.* – Een van de belangrijkste vaststellingen in het licht van deze thesis is dat het voorwerp van de niet-tegenstelbaarheid verandert. Artikel 344, §1, lid 1 WIB/92 bepaalt immers dat de niet-tegenstelbaarheid betrekking heeft op een rechtshandeling of een geheel van rechtshandelingen die eenzelfde verrichting tot stand brengen. Men spreekt dus niet meer, zoals in de oude bepaling, van de niet-tegenstelbaarheid van de juridische kwalificatie.³¹⁶ Concreet betekent dit dat er van herkwalificatie geen sprake meer zal zijn.³¹⁷ De gevolgen van de toepassing van artikel 344, §1 WIB/92 zullen zich dan ook beperken tot het fiscale aspect van de rechtshandeling, overige rechten en plichten blijven ongewijzigd.³¹⁸

In plaats van over te gaan tot herkwalificatie van de akte, gaat men dus over tot een aanpassing van de fiscale gevolgen van de rechtshandeling. Op die manier valt de rechtshandeling toch onder de fiscale regel die men probeerde te omzeilen, zodat het doel, of beter de geest, van de wet wordt gerespecteerd.³¹⁹ Men werkt het fiscale misbruik met andere woorden weg, zonder enige invloed

³¹⁵ Ontwerp van programmawet (I), Parl.St. Kamer, 2011-12, nr.2081/001, 111

³¹⁶ Ontwerp van programmawet (I), Parl.St. Kamer, 2011-12, nr.2081/001, 113

³¹⁷ Circulaire AFZ nr. 3/2012, AAF nr. 17/2012 en AAPD nr. 4/2012 betreffende de anti-misbruikbepaling, 5

³¹⁸ Circulaire AFZ nr. 3/2012, AAF nr. 17/2012 en AAPD nr. 4/2012 betreffende de anti-misbruikbepaling, 9

³¹⁹ Circulaire AFZ nr. 3/2012, AAF nr. 17/2012 en AAPD nr. 4/2012 betreffende de anti-misbruikbepaling, 6

uit te oefenen op de niet-fiscale aspecten van de rechtshandeling. De vraag hierbij rijst of het huidige artikel wel zo verschillend is van het oorspronkelijke artikel 344, §1 WIB/92. De resultaten zijn immers dezelfde. De fiscus kan belasting heffen op de situatie waar de partijen zich in zouden bevinden, moesten ze de meest gangbare kwalificatie hebben aangenomen, hoewel de partijen zich zowel in feite als in rechte hebben verbonden tot een andere situatie. Om het anders te formuleren, de fiscus kan de kwalificatie van de partijen nog steeds naast zich neerleggen, waardoor de partijen belasting dienen te betalen alsof ze hun overeenkomst anders hadden gekwalificeerd. De vraag hoe het Hof van Cassatie zal omgaan met de mogelijkheden van de fiscus in het licht van dit nieuwe artikel 344, §1 WIB/92 is dan ook uitermate belangrijk.

81. *VERNIETIGING DOOR HET GRONDWETTELIJK HOF?* – Maar vooreerst dien men af te wachten of het wel ooit tot enige rechtspraak van het Hof van Cassatie zal kunnen komen met betrekking tot het nieuwe artikel 344, §1 WIB/92. Het artikel 167 van de Programmawet (I) van 29 maart 2011 dat voorziet in de invoering van dit nieuwe artikel is immers het voorwerp van een beroep tot vernietiging voor het Grondwettelijk Hof wegens strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel³²⁰ en het fiscaal wettigheidsbeginsel.³²¹

82. *VOORSPELLING OP BASIS VAN HET FRANSE RECHT?* – In het Franse recht heeft zich een zeer gelijkaardige evolutie voorgedaan met betrekking tot het fiscaal anti-rechtsmisbruikbeginsel. Daar is men immers reeds in 2008 overgegaan tot het aanpassen van dit beginsel, dat zijn grondslag vindt in artikel 64 Livre des Procédures Fiscales. Dit artikel lijkt op het Belgische anti-rechtsmisbruikartikel daar het voorziet in de mogelijkheid voor de fiscus om over te gaan tot een herkwalificatie in het geval dat de partijen louter en alleen met een fiscaal oogmerk handelen. Wanneer partijen dus een kwalificatie geven aan hun overeenkomst en deze kwalificatie enkel tot doel heeft een bepaald belastingregime te ontwijken, moet de fiscus zich deze kwalificatie niet laten tegenwerpen.³²²

Belangrijk hierbij is dat dit artikel 64 Livre des Procédures Fiscales in Frankrijk niet in strijd wordt geacht met artikel 34 van de Franse Grondwet. Het bewijs hiervan vindt men in het feit dat dit artikel tot op de dag van vandaag nog steeds bestaat. Dit artikel 34 van de Franse Grondwet behelst het Franse fiscale legaliteitsbeginsel, dat met betrekking tot zijn inhoud niet sterk verschilt van artikel 170 van de Belgische Grondwet. DE BROË beschouwd het Franse systeem dan ook als een bewijs voor het feit dat het opnemen van dergelijk *anti-rechtsmisbruikbepaling* niet in strijd hoeft te zijn met het fiscaal legaliteitsbeginsel.³²³

³²⁰ Artikelen 10 en 11 GW

³²¹ Artikel 170 GW

³²² L. DE BROË, "Fraudebestrijding en charter van de belastingplichtige: noodzakelijk een paradox?", TFR, 2010, 348-349

³²³ L. DE BROË, "Fraudebestrijding en charter van de belastingplichtige: noodzakelijk een paradox?", TFR, 2010, 348-349

Deel 4: Conclusie

83. *CIVIELRECHTELIJKE HERKWALIFICATIE.* – Uit deze bespreking van de herkwalificatiemogelijkheden van de rechter met betrekking tot zakelijke rechten kan men afleiden dat de civielrechtelijke herkwalificatie onderhevig is aan evolutie. Zo zien we enerzijds dat de evolutie met betrekking tot de vraag wanneer de rechter over kan gaan tot herkwalificatie zich vooral heeft doorgezet in het arbeidsrecht. Onder de invloed van de rechtspraak van het Hof van Cassatie die betrekking heeft op de schijnzelfstandigheid is er immers een verschuiving op te merken. Oorspronkelijk beschouwde men de kwalificatie die de partijen aan de overeenkomst gegeven hadden niet als een doorslaggevend element in de beoordeling van de feitenrechter om de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen te achterhalen. Deze kwalificatie was immers slechts een van de vele elementen die de rechter in overweging moest nemen bij het vervullen van zijn opdracht. Concreet betekende dit dat wanneer de rechter van oordeel was dat de elementen van de zaak eerder wezen op een andere kwalificatie dan die kwalificatie die de partijen aan de overeenkomst hadden gegeven, de rechter kon overgaan tot herkwalificatie. Dit gebeurde ongeacht of de kwalificatie van de partijen verenigbaar was met de inhoud van hun overeenkomst.

Na de zogenaamde kwalificatiearresten was deze ruime bevoegdheid van de rechter echter iets beperkter. Het Hof van Cassatie had zijn visie dan ook aangepast. Door te oordelen dat de feitenrechter alleen nog maar kon overgaan tot het herkwalificeren van een overeenkomst wanneer de inhoud van die overeenkomst niet meer verenigbaar was met de kwalificatie van de partijen, werden er met andere woorden strengere criteria vooropgesteld. Voortaan dient men de kwalificatie van de partijen als startpunt aan te nemen bij de zoektocht naar de werkelijke wil van de partijen in het licht van artikel 1165 B.W. Wanneer de partijen dan niets zijn overeengekomen dat onverenigbaar is met de overeenkomst, zoals ze is gekwalificeerd door de partijen, kan de rechter geen andere kwalificatie hechten aan deze overeenkomst.

Concreet betekent dit dat onder het oude stelsel de rechter zonder problemen een recht van vruchtgebruik kon herkwalificeren naar een recht van erfpacht, wanneer uit de feitelijke elementen bleek dat de overeenkomst eerder aansloot bij een recht van erfpacht dan bij een recht van vruchtgebruik. Dit kon, bij wijze van voorbeeld, het geval zijn, indien de partijen een periodieke vergoeding waren overeengekomen en de vruchtgebruiker de mogelijkheid hadden gegeven de bestemming van het goed te wijzigen. Terwijl dit onder het huidige systeem, geldend vanaf de kwalificatiearresten, geen mogelijkheid meer zou vormen voor de rechter. Het is immers perfect mogelijk voor de partijen om deze invulling aan een recht van vruchtgebruik te geven zonder daarbij enige onverenigbaarheid in het leven te roepen. De rechter is met andere woorden niet meer bij machte om in dit laatste geval te herkwalificeren.

84. *ZAKENRECHTELIJKE EVOLUTIE VAN EEN GESLOTEN NAAR EEN OPEN SYSTEEM.* – Anderzijds zien we dat specifiek binnen het zakenrecht zich ook een bepaalde evolutie voordoet. Het valt immers op dat het systeem van de zakelijke rechten, dat bekend stond als een zeer rigide systeem, meer en meer ruimte laat aan de partijen om een eigen invulling te geven aan de verschillende zakelijke rechten. Deze evolutie speelt eens te meer bij de rechten van erfpacht, opstal en vruchtgebruik. Uit de

bespreking hierboven blijkt immers dat deze zakelijke rechten omkaderd zijn door wettelijke bepalingen van aanvullend recht. Het feit dat er slechts uitzonderlijk gebruik wordt gemaakt van bepalingen van dwingend recht of van openbare orde heeft belangrijke implicaties. Dit heeft immers niet louter een weerslag op de mogelijkheden voor de partijen om contractueel af te wijken van de wettelijke bepalingen, maar werkt onrechtstreeks ook in op de mogelijkheden om over te gaan tot herkwalificatie.

Regels van aanvullend recht kunnen zonder meer buiten werking worden gesteld door de partijen. Zij kunnen immers contractueel afwijken van deze bepalingen en wat in hun overeenkomst is opgenomen, strekt hen tot wet. Daar waar de wettelijke bepalingen deze ruimte niet aan de partijen laten, zou het tegengestelde waar moeten zijn. Anders gezegd, die bepalingen zullen de partijen moeten naleven. Dit geldt ondermeer ook voor de wezenlijke kenmerken van de verschillende zakelijke rechten, die de partijen moeten naleven om geen risico te lopen op een eventuele herkwalificatie. Echter deze laatste stelling moet men deels ontkrachten. In veel gevallen is er immers sprake van een grensvervaging tussen de verschillende zakelijke rechten. De essentiële verschilpunten die er bestonden tussen die rechten zijn immers onderhevig geweest aan evolutie in de rechtspraak en in de rechtsleer, waardoor ze ofwel ook als bepalingen met een aanvullende karakter worden beschouwd of in feite zodanig werden opengetrokken dat er alsnog ruimte ontstond voor partijen om ze enigszins te moduleren.

Het gevolg van deze tendens is niet te onderschatten. Wanneer men deze immers samen leest met de evolutie die voortkomt uit het arbeidsrecht, kan men hieruit afleiden dat de mogelijkheden voor de rechter om over te gaan tot herkwalificatie van zakelijke rechten wel erg beperkt zijn. Immers, door de groeiende ruimte voor de partijen om hun overeenkomst te moduleren zullen zij over zeer veel mogelijkheden beschikken om af te wijken van de voorschriften van het wettelijke kader. Partijen kunnen daarbij verschillende richtingen uitgaan. Zo kunnen ze ondermeer besluiten om hun overeenkomst op die manier in te vullen dat ze in feite dichterbij een ander zakelijk recht aanleunen dan dat zakelijk recht waar hun kwalificatie naar verwijst. De rechter zal enkel kunnen herkwalificeren in het geval dat de inhoud die de partijen aan hun overeenkomst hebben gegeven niet verenigbaar is met die kwalificatie. Wanneer de partijen echter binnen de, zeer beperkte, grenzen van hun kwalificatie blijven, zal de rechter niet kunnen overgaan tot herkwalificatie.

Het komt er dus op neer dat het voor de partijen in toenemende mate mogelijk is, door middel van kwalificatie bepaalde wettelijke regels en systemen buiten spel te zetten en de voordelen te genieten van een welbepaald systeem zonder dat hun eigen overeenkomst hier nauw bij aansluit.

85. *FISCAALRECHTELIJKE HERKVALIFICATIE.* – Ook de fiscale herkwalificatiemogelijkheden zijn onderhevig aan een belangrijke evolutie die werd ingezet door de rechtspraak van het Hof van Cassatie. Op basis van artikel 344, §1 WIB/92 kon de fiscus oorspronkelijk immers overgaan tot een herkwalificatie van een overeenkomst wanneer de partijen deze overeenkomst enkel waren aangegaan met het doel om een bepaald belastingregime te ontwijken. Zo werden vruchtgebruikconstructies geherkwalificeerd naar huurrechten of naar andere zakelijke rechten. Het Hof van Cassatie heeft een einde gebracht aan deze praktijk door te oordelen dat dergelijke herkwalificatie slechts kan plaatsvinden in het geval dat die nieuwe kwalificatie gelijksoortige niet-

fiscale gevolgen heeft als de oorspronkelijke kwalificatie. Daar dit zelden het geval zal zijn had dit tot gevolg dat het oude artikel 344, §1 WIB/92 veel van zijn daadkracht had verloren.

Om die reden is de wetgever dan ook overgegaan tot het aannemen van een nieuwe anti-rechtsmisbruikbepaling die het mogelijk maakt om de hele akte niet tegenwerpelijk te laten verklaren door de fiscus, terwijl de oude bepaling enkel de niet tegenwerpelijkheid van de juridische kwalificatie tot voorwerp had. Doel van de wetgever hierbij is om de werking van het anti-rechtsmisbruikartikel te verzekeren. Het antwoord op de vraag of de wetgever in zijn opzet is geslaagd kan pas worden gegeven wanneer duidelijk is hoe het Hof van Cassatie omgaat met deze nieuwe bepaling. Daarnaast moet men er ook rekening mee houden dat het Grondwettelijk Hof de invoering van het nieuwe artikel ongrondwettig kan verklaren en daarbij ook kan vernietigen.

86. *CONCLUSIE MET BETREKKING TOT NEDERLAND.* – Uit de bespreking van het Nederlandse recht blijkt dat de civielrechtelijke herkwalificatie in Nederland niet zo sterk verschilt van die in het Belgische recht. In Nederland staat immers de wil van de partijen centraal bij de interpretatie van de overeenkomst, net zoals dat in België het geval is. Een andere opvallende overeenkomst met het Belgische recht is de rol van de Hoge Raad, de tegenhanger van het Hof van Cassatie. De Nederlandse wilsvertrouwensleer volgt immers uit het *Haviltex-arrest* van deze Hoge Raad. De Hoge Raad heeft daarnaast ook een belangrijke rol gespeeld bij de ontwikkeling van de rechtspraak in het kader van de herkwalificatie in het arbeidsrecht, waarbij de wil van de partijen het vertrekpunt dient te zijn voor de feitenrechter.

Binnen het goederenrecht in Nederland zien we dat partijen kunnen afwijken van de wettelijke regeling voor zover de wettelijke regeling voorziet in deze mogelijkheid. Uit de bespreking die hierboven is gegeven inzake het Nederlandse recht blijkt dat partijen in Nederland in vele gevallen over dergelijke vrijheden beschikken en dus hun overeenkomst in grote mate kunnen moduleren. Met betrekking tot Nederland kan men dan ook stellen dat de herkwalificatiemogelijkheden van de rechter evenzeer beperkt zijn.

87. *CONCLUSIE MET BETREKKING TOT FRANKRIJK.* – In Frankrijk behoort het ook tot de taak van de feitenrechter om de wil van de partijen te achterhalen aan de hand van intrinsieke en extrinsieke elementen. Op het eerste zicht lijkt de bevoegdheid van de Franse rechter dan ook zeer sterk op die van de Belgische rechter. Maar in feite bestaat er toch een groot verschil tussen het Belgische en Franse recht. In die zin dient men op te merken dat de Franse feitenrechter over een ruimere herkwalificatiebevoegdheid beschikt. In Frankrijk dient de rechter immers niet de kwalificatie van de partijen als vertrekpunt aan te merken. Het is voldoende dat er onvoldoende elementen in de overeenkomst zijn opgenomen die de kwalificatie van de partijen staven om over te gaan tot herkwalificatie. Er moet dus in geen geval sprake zijn van enige onverenigbaarheden, in tegenstelling tot het Belgische en het Nederlandse recht. De Franse rechter kan anderzijds ook overgaan tot herkwalificatie wanneer er sprake is van elementen die tegenstrijdig zijn met de kwalificatie van de partijen.

Bibliografie

Boeken

België

- ❖ BOULY, S. en GRUYAERT, D., "Vruchtgebruik op onlichamelijke goederen" in V. SAGAERT & A.-L. VERBEKE (eds.), *Vruchtgebruik: mogelijkheden, beperkingen en innovaties*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 195-230
- ❖ CARETTE, N. en DEL CORRAL, J., "De kwalificatie van het recht van vruchtgebruik: contractuele mogelijkheden en afbakening tegenover opstal, erfpacht en huur" in V. SAGAERT & A.-L. VERBEKE (eds.), *Vruchtgebruik: mogelijkheden, beperkingen en innovaties*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 1-50
- ❖ CORNELIS, L., *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 997 p.
- ❖ DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, VI, Brussel, Bruylant, 1942, 1137 p.
- ❖ DERINE, R., VAN NESTE, F. & VANDENBERGHE, H., *Beginselen van het Belgische privaatrecht*, V, Gent, E. Story-Scientia, 1984, 578 p.
- ❖ DOOMS, V. en MESSIAEN, T., *Schijnzelfstandigheid*, Gent, Larcier, 2008, 237 p.
- ❖ FAES, P., *Het rechtsmisbruik in fiscale zaken*, Brussel, Larcier, 2008, 213 p.
- ❖ GARABEDIAN, D., "Le principe du choix licite de la voie la moins imposée – un état des lieux" in X., *L'évolution des principes généraux du droit fiscal. 20^e anniversaire de la maîtrise en gestion fiscale*, Brussel, Larcier, 2009, 57-106
- ❖ GOEMINNE, S., "de praktijk van vruchtgebruik, erfpacht en opstal" in X. (ed.), *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2007, XV. B-11 – XV. B-60
- ❖ GOEMINNE, S. en VERHOEYE, J., *Erfpacht, recht van opstal en vruchtgebruik: hoe maakt u optimaal gebruik van deze constructies ?*, Mechelen, Kluwer, 2003, 150 p.
- ❖ HEIRBAUT, D., *Cumulatieve editie van het burgerlijk Wetboek*, Gent, Kluwer, 2004, 2263 p.
- ❖ HEIRBAUT, D. en MARTYN, G., *Napoleons nalatenschap, tweehonderd jaar Burgerlijk Wetboek in België*, Mechelen, Kluwer, 2005, 447 p.
- ❖ JAECQUES, D., *De algemene anti-rechtsmisbruikbepaling*, Mechelen, Kluwer, 2005, 77 p.
- ❖ JANSSEN, R. en SWINNEN, K., "De contractuele modulering van de gebruiks- en beschikkingsbevoegdheden van de vruchtgebruiker" in V. SAGAERT & A.-L. VERBEKE (eds.), *Vruchtgebruik: mogelijkheden, beperkingen en innovaties*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 51-90

- ❖ JULIEN, J., *Droit des obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 343 p.
- ❖ LEJEUNE, D., PEETERS, N. en SWERTS, K., "Uitlegging en implementatie van overeenkomsten" in J. ROODHOOFT, *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2010, II.4-116 - II.4-142b
- ❖ LEMMERLING, A. en VAN DOORSLAER DE TEN RYEN, A., "De gesplitste aankoop in vruchtgebruik en blote eigendom: contractuele mogelijkheden, opportuniteiten en valkuilen" in V. SAGAERT en A-L. VERBEKE, *Vruchtgebruik: mogelijkheden, beperkingen en innovaties*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 231-286
- ❖ LENS, F. en WYNANT, L., "Opstal" in X., *Het onroerend goed in de praktijk*, Mechelen, Kluwer, 2006, I.K.1-1 - I.K.7-2
- ❖ MEULEMANS, D., "Vruchtgebruik, erfpacht en opstal als alternatief voor huur" in D. MEULEMANS (ed.), *Vruchtgebruik, erfpacht en opstal*, Antwerpen, Maklu, 1998, 181-200
- ❖ MUYLLE, M., *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 764 p.
- ❖ SAGAERT, V., "Oude zakenrechtelijke figuren met nut voor een moderne familiale vermogensplanning" in X. (ed.), *Levenslang en verder. Familiale vermogensplanning in de 21^e eeuw. XXXste postuniversitaire cyclus Willy Delva 2003-2004*, Gent s.n., 2004, 205-274
- ❖ SAGAERT, V., TILLEMANS, B. en VERBEKE, A., *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 485 p.
- ❖ SNAET, S. en TRUYEN, P., *Erfpacht en opstal*, Mechelen, Kluwer, 2011, 146 p.
- ❖ STIJNS, S., *Verbintenissenrecht*, I, Brugge, Die Keure, 2005, 268 p.
- ❖ SWERTS, K., DEENE, J., VANACKERE, C. en MARCHAND, K., "De overeenkomst, definitie, soorten en basisbeginselen" in ROODHOOFT, J. (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, Kluwer, Mechelen, II.4-3 – II.4-33
- ❖ VAN CROMBRUGGE, S., *De grondregels van het Belgisch fiscaal recht*, Kalmthout, Biblo, 2009, 68 p.
- ❖ VANDEBEEK, N., *Terbeschikkingstelling van onroerende goederen: grondige analyse van enkele rechtsfiguren*, Mechelen, Kluwer, 2011, 291 p.
- ❖ VAN ERP, S. en AKKERMANS, B., *Cases, materials and text on property law*, Oxford, Hart Publishing, 2012, 1170 p.
- ❖ VAN GERVEN, W., *Verbintenissenrecht*, I, Leuven, Acco, 1988, 198 p.
- ❖ VAN GERVEN, W., *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 719 p.

- ❖ VAN OMMESLAGHE, P., *Droit des obligations, I*, Brussel, Bruylant, 2010, 936 p.
- ❖ VERBEKE, A., NIJS, A., VAN ZANTBEEK, A., RUYSEVELDT, J. en SNAET, S., *Vermogensplanning: praktisch en eenvoudig*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 143 p.
- ❖ VERMANDER, F., "De interpretatie en aanvulling van een overeenkomst naar Belgische recht" in SMITS, J. en STIJNS, S. (eds.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 21-46
- ❖ VERSTAPPEN, J., "Een nieuwe kijk op drie oude zakelijke rechten: erfpacht, opstal en vruchtgebruik" in X, *Zakelijke rechten en fiscaliteit*, Antwerpen, Maklu, 2009, 15-98
- ❖ VERSTAPPEN, J., *erfpacht, opstal en vruchtgebruik*, Brussel, Larcier, 2004, 113 p.
- ❖ WERY, P., *Droit des obligations, Volume 1, Théorie générale du contrat*, Brussel, Larcier, 2010, 927 p.

Frankrijk

- ❖ ATIAS, C., *Droit civil, Les biens*, Parijs, Lexisnexis, 2011, 440 p.
- ❖ BERGEL, J.-L., BRUSCHI, M. en CIMAMONTI, S., *Traité de droit civil: Les biens*, Parijs, Jouve, 2000, 694 p.
- ❖ BUFFELAN-LANORE, Y., *Droit civil*, Parijs, Dalloz, 2006, 826 p.
- ❖ CARBONNIER, J., *Droit civil, III*, Parijs, Presses Univ. De France, 1995, 438 p.
- ❖ DE LA ASUNCION PLANES, K., *La réfaction du contrat*, Parijs, L.G.D.J, 2007, 499 p.
- ❖ LARROUMET, C., *Droit civil, II*, Parijs, Economica, 2004, 640 p.
- ❖ MALAURIE, P. en AYNÈS, L., *Les Biens*, Defrénois, Lextenso, 2010, 405 p.
- ❖ MATHIEU, M.-L., *Droit civil, les biens*, Parijs, Dalloz, 2010, 398 p.
- ❖ MAZEAUD, H.L., MAZEAUD, J. en CHABAS, F., *Leçons de droit civil, II*, Parijs, Montchrestien, 1998, 1355 p.
- ❖ TERRÉ, F. en SIMLER, P., *Droit civil, Les biens*, Parijs, Dalloz, 2006, 852 p.

Nederland

- ❖ DE JONG, J. en PLOEGER, H., *Erfpacht en opstal, Monografieën BW*, Deventer, Kluwer, 2008, 105 p.
- ❖ DE VRIES A.E., *Erfpacht en opstal*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2002, 149 p.
- ❖ FESEVUR, J.E., *Goederenrechtelijke colleges*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2005, 302 p.
- ❖ HESEN, G.G. en SMITS, J.M., "Rechtsgevolgen van de overeenkomst" in C. BOLLEN, R.J.Q. KLOMP en H.N. SCHELHAAS (eds.), *Verbintenissenrecht geschetst*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2006, 55-60
- ❖ HIJMA, J. en OLTHOF, M.M., *Nederlands vermogensrecht, leidraad voor het nieuwe BW*, Deventer, Kluwer, 1993, 438 p.
- ❖ REEHUIS, W.H.M. en HEISTERKAMP, A.H.T., *Het Nederlands burgerlijk recht, III*, Deventer, Gouda Quint, 2001, 754 p.
- ❖ REURICH, L., *Het wijzigen van overeenkomsten en de werking van redelijkheid en billijkheid*, Deventer, Kluwer, 2005, 130 p.
- ❖ SCHUT, G.H.A., *Rechtshandeling, overeenkomst en verbintenis volgens BW en NBW*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1987, 147 p.
- ❖ SNIJDERS, H.K. en RANK-BERENSHOTS, E.B., *Goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 667 p.
- ❖ VALK, W.L., "Rechtsgevolgen van de overeenkomst ten aanzien van partijen" in A.R. BLOEMBERGEN, C.C. VAN DAM, J. HIJMA en W.L. VALK (eds.), *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer, Kluwer, 2004, 327-372

Tijdschriften

België

- ❖ BASTENIE, M., "Nieuwe ruling maakt vruchtgebruikconstructies minder aantrekkelijk", *Vastgoed Info* 2007, 2-3
- ❖ BRACKE, D., noot onder Gent 12 mei 2005, *TBBR* 2007, 541
- ❖ C.S., noot onder Cass. 6 juni 1961, *Pas.* 1961, 1082

- ❖ DE BONDT, W., "Uitlegging van overeenkomsten naar de geest: mogelijkheden, grenzen en alternatieven", RW 1996-1997, 1001-1017
- ❖ DE BROE, L., "Fraudebestrijding en charter van de belastingplichtige: noodzakelijk een paradox?", TFR 2010, 327-369
- ❖ DE CONINCK, B., "Le droit commun de l'interprétation des contrats", DAOR 2001, 39-44
- ❖ DE WULF, L. en KEMPENEERS, C., "Geen herkwalficatie van vruchtgebruik in huur. Einde van de saga?", Notariaat 2008, 1-8
- ❖ DONNAY, M., "L'emphytéose", Rec.gén.enr.not. 1974, 209-243
- ❖ DOOMS, V., noot onder Cass. 20 maart 2006, RABG 2007, 74
- ❖ DOOMS, V., "Over de vergaande gevolgen van het niet kwalificeren van een overeenkomst", RABG 2007, 88-92
- ❖ DUMON, F., "De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van de akten", RW 1978-79, 3-69
- ❖ GOESSENS, E., "De historische oorsprong van het numerus clausus beginsel in het goederenrecht", Jura Falc. 2010-11, 153-208
- ❖ KRUIHOF, R., "Overzicht", TPR 1983, 589-590
- ❖ M.B., noot onder Cass. 22 maart 1990, Pas. 1990, 849
- ❖ NEVENS, K., "De betekenis van kwalificatiearresten verduidelijkt", RW 2007-2008, 781-783
- ❖ SAGAERT, V., "Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot een nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten?", TPR 2005, 983-1080
- ❖ SAGAERT, V. en JANSEN, R., "Goederenrecht: de gestage groei naar een conventioneel vermogensrecht", RW 2011-12, 68-73
- ❖ SAGAERT, V. en SOMERS, M., "erfpacht, ontbinding en faillissement: een complexe trilogie", T.Not. 2008, 78-96
- ❖ SNAET, S., noot onder Cass. 30 maart 2006, TBO 2006, 166
- ❖ STIJNS, S. en JANSEN, S., "De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties", TBBR 2013, 2-30
- ❖ TIMMERMANS, R., "Enkele bedenkingen over horizontale splitsing van eigendom, het zelfstandig recht van opstal, de tijdelijkheid en het verlangen naar de eeuwigheid", Not.Fisc.M. 2009, 35-48
- ❖ VANDELANOTTE, M., "Belastingontduiking en belastingontwijking: het Beligische anti-rechtsmisbruikconcept in Europees perspectief", TFR 2004, 719-736

- ❖ VAN EECKHOUTTE, W., "‘Gezag’ in de cassatierechtspraak", NJW 2005, 1-17
- ❖ VAN EECKHOUTTE, W., noot onder Cass. 3 mei 2004, NJW 2005, 18
- ❖ VANHOVE, K., noot onder Cass. 30 maart 2006, RW 2006-07, 678
- ❖ VANHOVE, K. en BAUDONCQ, F., "Combinatie van beperkt zakelijke rechten. Over de interne grenzen van vruchtgebruik, erfpacht, opstal en erfdienstbaarheden", NFM 2004, 135-153
- ❖ VAN REMOORTEL, F., "De kwalificatie van de overeenkomst door partijen en de beoordelingsmarge van de precies motiverende feitenrechter", TBBR 2005, 276-277
- ❖ VERBEKE A., "Creatief met vruchtgebruik", T.Not. 1999, 530-579
- ❖ VERBEKE, A. en SNAET, S., "Zakelijke rechten en familiale vermogensplanning – vruchtgebruik – recht van gebruik en bewoning – erfpacht", Themis 2008-2009, 43-66
- ❖ WAELKENS, J., noot onder Cass. 1 maart 2012, DAOR 2013, 92 (proefdruk)
- ❖ WERDEFROY, F., "Beschouwingen over de onroerende natrekking, het recht van erfpacht, het recht van opstal en het verlot tot bouwen", TPR 1983, 294
- ❖ X., "Belastingontwijking en belastingfraude. Fiscale Hogeschool 26 november 2009", TFR 2010, 111-134

Frankrijk

- ❖ G. LARDEUX, "Le caractère d'ordre public de la résiliation contractuelle judiciaire du bail emphytéotique", Rev.D.Con. 2003, 122 e.v.
- ❖ VERMELLE, G., "Baux emphytéotiques", Rép.Defr. 1992, 382 e.v.
- ❖ ZENATI, F., noot onder Cass. (FR) 18 januari 1984, D. 1985 jur., 504
- ❖ ZENATI, F., noot onder Cass. (FR) 19 november 1985, D. 1986, 497

Rechtspraak

België

- ❖ Cass. 7 augustus 1925, Arr.Cass. 1925, 386
- ❖ Cass. 6 juni 1961, Pas. 1961, 1082

- ❖ Cass. 24 januari 1975, Arr.Cass. 1975, 583
- ❖ Cass. 5 februari 1975, Arr.Cass. 1975, 634
- ❖ Cass. 15 januari 1976, Arr.Cass. 1976, 575
- ❖ Cass. 11 maart 1976, Arr.Cass. 1976, 800
- ❖ Cass. 30 april 1976, RW 1976-77, 1313
- ❖ Cass. 13 mei 1976, Arr.Cass. 1976, 1019
- ❖ Cass. 29 november 1976, Arr.Cass. 1977, 354
- ❖ Cass. 20 mei 1977, Arr.Cass. 1977, 965
- ❖ Cass. 27 april 1979, RW 1980-81, 1117
- ❖ Cass. 17 april 1980, Arr.Cass. 1979-80, 1040
- ❖ Cass. 25 maart 1982, Arr.Cass. 1981-82, 921
- ❖ Cass., 18 september 1982, Arr.Cass. 1981-82, 99
- ❖ Cass. 29 september 1982, Arr.Cass. 1982-83
- ❖ Cass. 22 oktober 1982, Arr.Cass. 1982-83, 283
- ❖ Cass. 10 maart 1983, Arr.Cass. 1982-83, 85
- ❖ Cass. 28 september 1983, Arr.Cass. 1983-84, 77
- ❖ Cass. 1 maart 1984, Pas. 1984, 764
- ❖ Cass. 6 maart 1985, Arr.Cass. 1984-85, 929
- ❖ Cass. 25 april 1985, Pas. 1985 1040
- ❖ Cass. 5 juni 1986, Arr.Cass. 1985-86,1360
- ❖ Cass. 12 juni 1986, Arr.Cass. 1985-86, 1394
- ❖ Cass. 24 september 1987, Arr.Cass. 1987-88, 116
- ❖ Cass. 24 maart 1988, Arr.Cass. 1987-88, 972
- ❖ Concl. E. KRINGS bij Cass. 13 mei 1988, Arr.Cass. 1987-88, 1196
- ❖ Cass. 10 november 1988, Arr.Cass. 1988-89, 287
- ❖ Cass. 20 april 1989, Arr.Cass. 1988-89, 961
- ❖ Cass. 11 december 1989, Arr.Cass. 1989-90, 504

- ❖ Cass. 22 maart 1990, Pas. 1990, 853
- ❖ Cass. 7 september 1992, Pas. 1992, 999
- ❖ Cass. 10 januari 1994, Arr.Cass., 1994, 16
- ❖ Concl. G. D'HOORE bij Cass. 9 september 1994, Arr.Cass. 1994, 711
- ❖ Cass. 11 maart 2002, Bull.Cass. 2002, 167
- ❖ Cass. 23 december 2002, RW 2005-06, 24
- ❖ Cass. 28 april 2003, NJW 2003, 886
- ❖ Cass. 15 april 2004, Arr.Cass. 2004, 643
- ❖ Cass. 6 december 2004, Pas. 2004, 1922
- ❖ Cass. 10 januari 2005, Arr.Cass. 2005, 49
- ❖ Cass. 21 april 2005, Arr.Cass. 2005, 917
- ❖ Cass. 4 november 2005, Arr.Cass. 2005, 2135
- ❖ Cass. 16 maart 2006, Arr.Cass. 2006, 630
- ❖ Cass. 30 maart 2006, RW 2006-07, 678
- ❖ Cass. 5 februari 2007, RW 2007-08, 781
- ❖ Cass. 22 november 2007, Pas. 2007, 2097
- ❖ Cass. 9 juni 2008, JTT 2008, 380
- ❖ Cass. 1 december 2008, JTT 2009, 372
- ❖ Cass. 23 maart 2009, Arr.Cass. 2009, 854
- ❖ Cass. 25 mei 2009, Arr.Cass. 2009, 1370
- ❖ Cass. 23 oktober 2009, Arr.Cass. 2009, 2462
- ❖ Cass. 4 januari 2010, Pas. 2010, 1
- ❖ Cass. 22 maart 2010, JTT 2010, 341
- ❖ Cass. 6 december 2010, Pas. 2010, 3097
- ❖ Cass. 23 mei 2011, JTT 2011, 392
- ❖ Cass. 10 oktober 2011, RABG 2012, 947, noot V. DOOMS
- ❖ Cass. 14 december 2012, RABG 2013, 305

- ❖ Antwerpen 4 november 2003, FJF 2004, 565
- ❖ Brussel 5 februari 2004, FJF 2004, 651
- ❖ Gent 13 september 2005, TGR-TWVR 2006, 157
- ❖ Rb. Hasselt 19 oktober 2005, TFR 2006, 691
- ❖ Rb. Namen 26 oktober 2005, FJF 2006, 319
- ❖ Rb. Leuven 23 december 2005, FJF 2006, 630
- ❖ Rb. Antwerpen 5 april 2006, TFR 2007, 395
- ❖ Rb. Brugge 22 juni 2004, TFR 2006, 163
- ❖ Rb. Dendermonde 5 december 2002, Rec.gén.enr.not. 2004, 67
- ❖ Rb. Antwerpen 19 juni 2002, Fisc.Koer. 2002, 455
- ❖ Rb. Aarlen 18 december 2001, Rec.gén.enr.not. 2002, 505
- ❖ Kh. Charleroi 19 maart 1996, Rev.not.b. 1996, 279

Frankrijk

- ❖ Cass. (FR.) Civ. 13 februari 1834, D.P. 1834.1, 118
- ❖ Cass. (FR.) Civ. 5 december 1968, D. 1969, 274-275
- ❖ Cass. (FR.) Com. 14 mei 1985, Bull.Civ., 130
- ❖ Cass. (FR.) Civ. 18 januari 1989, Bull.Civ., 8
- ❖ Cass. (FR.) Civ. 6 maart 1991, Bull.Civ., 50
- ❖ Cass. (FR.) Soc. 19 december 2000, Bull.Soc., 337
- ❖ Cass. (FR.) Civ. 14 november 2002, RTD civ. 2003, 527, noot REVET
- ❖ Cass. (FR.) Civ. 11 juli 2007, www.legifrance.gouv.fr
- ❖ Cass. (FR.) Civ. 28 oktober 2010, www.legifrance.gouv.fr

Nederland

- ❖ HR 3 maart 1905, W. 8191
- ❖ HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635
- ❖ HR 17 december 1993, NJ 1994, 173
- ❖ HR 24 december 1993, NJ 1994, 174
- ❖ HR 20 februari 2004, NJ 2004, 493
- ❖ HR 10 december 2004, NJ 2006, 214

Wetgeving

België

- ❖ Gecoördineerde Grondwet van 17 februari 1994
- ❖ Burgerlijk Wetboek van 21 maart 1804
- ❖ Wet van 10 januari 1824 over het recht van erfpacht
- ❖ Wet van 10 januari 1824 over het recht van opstal
- ❖ Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 van 12 juni 1992

Frankrijk

- ❖ Constitution du 4 octobre 1958
- ❖ Code civil version consolidée au 1 janvier 2013
- ❖ Code rural et de la pêche maritime version consolidée au 7 mai 2013
- ❖ Livre des procédures fiscales version consolidée au 26 avril 2013

Nederlands

- ❖ Burgerlijk Wetboek Boek 3, Vermogensrecht 1 januari 1992

- ❖ Burgerlijk Wetboek Boek 5, Zakelijke rechten 1 januari 1992

Andere

- ❖ Wetsontwerp houdende fiscale en financiële bepalingen, Parl.St. Kamer, 1992-93, nr.1072/8, 139
- ❖ Voorafgaande beslissing nr. 500.067 dd. 02.03.2006, www.fisconet.fgov.be
- ❖ Parlementair onderzoek naar de grote fiscale fraude-dossiers, Parl.St. Kamer, 2008-09, 0034/004, 417
- ❖ Jaarverslag DVB 2009, Jaarverslag DVB 2009, http://www.ruling.be/AnnualReports/2009_DVB_jaarverslag.pdf, 25-26
- ❖ Ontwerp van programmawet (I), Parl.St. Kamer, 2011-12, nr.2081/001, 347
- ❖ Circulaire AFZ nr. 3/2012, AAF nr. 17/2012 en AAPD nr. 4/2012 betreffende de anti-misbruikbepaling, 12

Auteursrechtelijke overeenkomst

Ik/wij verlenen het wereldwijde auteursrecht voor de ingediende eindverhandeling:

De herkwalficatie van zakelijke gebruiks- en genotsrechten

Richting: **master in de rechten-rechtsbedeling**

Jaar: **2013**

in alle mogelijke mediaformaten, - bestaande en in de toekomst te ontwikkelen - , aan de Universiteit Hasselt.

Niet tegenstaand deze toekenning van het auteursrecht aan de Universiteit Hasselt behoud ik als auteur het recht om de eindverhandeling, - in zijn geheel of gedeeltelijk -, vrij te reproduceren, (her)publiceren of distribueren zonder de toelating te moeten verkrijgen van de Universiteit Hasselt.

Ik bevestig dat de eindverhandeling mijn origineel werk is, en dat ik het recht heb om de rechten te verlenen die in deze overeenkomst worden beschreven. Ik verklaar tevens dat de eindverhandeling, naar mijn weten, het auteursrecht van anderen niet overtreedt.

Ik verklaar tevens dat ik voor het materiaal in de eindverhandeling dat beschermd wordt door het auteursrecht, de nodige toelatingen heb verkregen zodat ik deze ook aan de Universiteit Hasselt kan overdragen en dat dit duidelijk in de tekst en inhoud van de eindverhandeling werd genotificeerd.

Universiteit Hasselt zal mij als auteur(s) van de eindverhandeling identificeren en zal geen wijzigingen aanbrengen aan de eindverhandeling, uitgezonderd deze toegelaten door deze overeenkomst.

Voor akkoord,

Devrindt, Neel

Datum: **16/05/2013**