

De erfdiensbaarheid van overbouw en steun als grond voor langdurige horizontale eigendomssplitsing bij grensoverschrijdende constructies en volume-eigendom

Michiel D'herde

*Onder wetenschappelijke begeleiding van:
Prof. Dr. V. Sagaert*

INLEIDING

1. VOORSTELLING ONDERWERP - Door de snel groeiende bevolking, heeft de huidige samenleving steeds meer nood aan gelaagd bouwen en een zo efficiënt mogelijk gebruik van de beperkte beschikbare grond. Er gaan dan ook steeds meer stemmen op om de huidige beperkte mogelijkheden uit te breiden. Dit artikel concentreert zich op de vraag in welke mate het mogelijk is om het recht van overbouw en steun hiertoe te gebruiken. Zoals hieronder zal blijken, is het immers niet altijd vanzelfsprekend om bijvoorbeeld het regime van de appartementsmede-eigendom te gebruiken.

2. ONDERZOEKSVRAGEN - In dit artikel wordt onderzocht in welke mate het mogelijk is om het recht van overbouw of steun te gebruiken als alternatief instrument voor horizontale eigendomssplitsing en volume-eigendom. Hierbij wordt ook ingegaan op de betekenis van de vernieuwde Opstalwet voor de realisatie hiervan, en op het toepasselijk regime voor het horizontale scheidingsvlak tussen twee opeengestapelde constructies.

3. MAATSCHAPPELIJKE RELEVANTIE - Volgens cijfers van een rapport van de Verenigde Naties telde de wereld vorig jaar 7 349 472 mensen.¹ Het rapport schat dat dit cijfer in 2050 zal stijgen met meer dan 2 miljard, tot 9 725 148. Het is duidelijk dat met dergelijke bevolkingstoename grond meer en meer een schaars goed zal zijn, waarbij zowel in de privésfeer als in de commerciële sfeer de zoektocht naar individualiteit in de woning en winkel- of kantoorruimte moet gecombineerd worden met het delen van een stuk grond door meerdere eigenaars. Uit dit artikel zal blijken dat de huidige Belgische

¹ http://esa.un.org/unpd/wpp/Publications/Files/World_Population_2015_Wallchart.pdf, laatst geraadpleegd op 1 maart 2016.

wetgeving niet altijd even aangepast is om deze complexere bouwprojecten te verwezenlijken.

Naast het oplossen van plaatsgebrek, kan een meervoudig gebruik van de grond ook vele kosten uitsparen. Wanneer iemand een huis aankoopt, is de prijs van de grond hierbij normaliter inbegrepen. Indien enkel een volume aangekocht wordt, valt meteen ook de grondprijs en dus een substantieel deel van de aankoopprijs weg.² Deze evolutie zou ook kunnen bijdragen aan een efficiënter gebruik van de grond en een democratisering van woningeigendom.

4. ONDERZOEKSMETHODE - In dit artikel vertrekken we vanuit het recht van overbouw en steun om de mogelijkheden tot horizontale eigendomssplitsing te verkennen. Hiervoor is er eerst een goede definitie van dit recht vereist. Omdat de wezensbestanddelen van de natrekking en erfdiensbaarheden in deze materie zo belangrijk zijn, is een bespreking hiervan aangewezen. We plaatsen het recht van overbouw en steun kort naast de andere mogelijkheden tot horizontale eigendomssplitsing, waardoor de voor- en nadelen duidelijker naar voren komen. Uit deze analyse zal duidelijk blijken dat er enkele problemen rijzen met betrekking tot het gebruik van de erfdiensbaarheid. Dit artikel focust zich op gelaagd bouwen in de private sfeer, en zal niet ingaan op het recht van overbouw in relatie met de overheid.

5. RECHTSVERGELIJKING - Dit artikel is niet enkel gericht op het Belgisch recht, maar zoekt ook inspiratie in buitenlandse rechtssystemen. Vanuit die optiek vergelijken we op de relevante punten met de rechtsfiguren die voorhanden zijn in Nederland en Frankrijk. Het kan interessant zijn om te vergelijken met Nederland, omdat de ruimtelijke ordening er vergelijkbaar is met die in België. De gemiddelde bevolkingsdichtheid in beide landen behoort tot de hoogste in heel Europa. In 2014 kende België volgens gegevens van de Europese Commissie een bevolkingsdichtheid van 370,3 inwoners per km², Nederland van 500,7 inwoners per km².³ Ook Frankrijk kent op sommige plaatsen een bijzonder hoge bevolkingsdichtheid. Zo heeft Parijs met 21 073,5 inwoners per km² de hoogste bevolkingsdichtheid van Europa.

Een tweede reden om te vergelijken met Nederland en Frankrijk is de verwantschap van de rechtssystemen zelf. Het Belgisch Burgerlijk Wetboek is ontstaan uit de Franse Code Civil, maar de Opstalwet, die van groot belang is in deze materie, is overgenomen uit het (oude) Nederlands recht. Het is dus interessant te onderzoeken wat de invloed is van deze verwantschap, en wat de grote verschilpunten zijn. De vergelijking met Nederland is des te

² N. BERNARD, *Précis de droit des biens*, Limal, Anthemis, 2013, 403; R. TIMMERMANS, “Enkele bedenkingen over horizontale splitsing van eigendom, het zelfstandig recht van opstal, de tijdelijkheid en het verlangen naar eeuwigheid”, *Not. Fisc. M.* 2009, I-2, 35.

³ http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?dataset=demo_r_d3dens&lang=en, laatst geraadpleegd op 1 maart 2016; http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Population_statistics_at_regional_level/nl#Bevolkingsdichtheid, laatst geraadpleegd op 1 maart 2016.

interessanter aangezien de Nederlandse Opstalwet is afgeschaft en geïmplementeerd is in het vernieuwde Nederlands Burgerlijke Wetboek.

1. DE JURIDISCHE BOUWSTENEN. NATREKKING EN HET RECHT VAN OPSTAL

1.1. DE NATREKKING EN AFWIJINGEN OP DE NATREKKING

1.1.1. *Het recht van natrekking*

6. WETTELIJKE VERANKERING VAN DE NATREKKING - In het Belgisch recht is de natrekking gebaseerd op artikel 552 van het Burgerlijk Wetboek, in het Franse recht op artikel 552 van de Code Civil en in het Nederlandse recht op artikel 5:20 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek.⁴ Deze artikelen vestigen een vermoeden dat alle gebouwen, beplantingen en werken op of onder de grond van een erf door de grondeigenaar opgericht zijn.⁵ De eigendom van alles wat zich duurzaam op of onder een erf bevindt, behoort dus in principe toe aan de eigenaar van dat erf.⁶

7. WERKING VAN HET RECHT VAN NATREKKING - Het recht van natrekking is een gevolg van het principe *accessorium sequitur principale*.⁷ Dit eenheidsbeginsel stelt dat de bijzaak de hoofdzaak volgt.⁸ Het grondoppervlak is de hoofdzaak en de daarop gebouwde constructies zijn bijzaak. In principe is de eigenaar van de hoofdzaak ook de eigenaar van de bijzaak. Hieruit vloeit voort dat de eigenaar van het grondoppervlak vermoed wordt eigenaar

⁴ C. ATIAS, *Manuel Droit Civil: Les biens*, Parijs, LexisNexis, 2014, 240; P. MALAURIE en L. AYNÈS, *Les Biens*, Parijs, Defrénois – Lextenso éditions, 2010, 125; F. H. J. MIJNSSEN, A. A. VAN VELTEN en S. E. BARTELS, *Deel 5, Zakenrecht, Eigendom en beperkte rechten*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2008, 90.

⁵ J. POETS, “Vastgoedtransacties. Vijftig jaar als maximumduur van zelfstandige opstalrechten: een te omzeilen probleem?”, *NJW* 2015, afl. 329, 669; R. DE CORTE en B. DE GROOTE, *Handboek Civiel Recht (herziene editie)*, Brussel, Larcier, 2010, 508; J. HANSENNE, *Les Biens, Précis, II*, Luik, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1996, 632; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité Élémentaire de droit civil belge, Tome V, Les Principaux contrats usuels 2, Les biens 2*, Brussel, Bruylant, 1975, 834.

⁶ H. J. SNIJDERS en E. B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht, Studiereeks Burgerlijk Recht 2*, Deventer, Kluwer, 2012, 129; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI en J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les biens*, Parijs, LGDJ Lextenso éditions, 2012, 204; W. H. M. REEHUIS en A. H. T. HEISTERKAMP, *Goederenrecht*, in *PITLO, Deel 3, Het Nederlands burgerlijk recht*, Deventer, Kluwer, 2012, 402; S. MOSSELMANS, “Etagegebouwen: opstal versus gedwongen mede-eigendom”, noot onder Cass. 3 april 2009, *TBBR – RGDC* 2010, afl. 10, 508; G. J. A. BAERT, *Privaatrechtelijk bouwrecht*, Brussel, E. Story Scientia, 1989, 117.

⁷ P. MALAURIE en L. AYNÈS, *Les biens*, in P. MALAURIE en L. AYNÈS, *Collection droit civil*, Parijs, LGDJ Lextenso Editions, 2015, 141; J. E. WICHERS, *Natrekking, vermenging en zaaksworming. Opmerkingen bij de algemene regeling voor roerende zaken in het Burgerlijk Wetboek*, Diss. Rijksuniversiteit Groningen, 2002, 119; F. WERDEFROY, “Beschouwingen over de onroerende natrekking, het recht van erfpacht, het recht van opstal, en het verlot tot bouwen”, *TPR* 1983, 295.

⁸ W. H. M. REEHUIS en A. H. T. HEISTERKAMP, *Goederenrecht*, in *PITLO, Deel 3, Het Nederlands burgerlijk recht*, Deventer, Kluwer, 2012, 403; R. TIMMERMANS, “Enkele bedenkingen over horizontale splitsing van eigendom, het zelfstandig recht van opstal, de tijdelijkheid en het verlangen naar eeuwigheid”, *Not. Fisc. M.* 2009, I-2, 38.

te zijn van alle constructies er onder en boven.⁹ Bovendien geldt het vermoeden dat deze op diens kosten gebouwd zijn.¹⁰

8. EIGENSCHAPPEN VAN DE NATREKKING - Vooreerst is het duidelijk dat natrekking niet van openbare orde is, daar ze enkel private belangen dient.¹¹ Bovendien heeft ze onmiddellijk uitwerking in rechte vanaf het moment dat ze feitelijk tot stand komt.¹²

Het Belgisch recht kent enkel de verticale natrekking. Alles wat zich binnen de verticale kolom boven en onder een erf bevindt, is eigendom van de eigenaar van dat erf, voor zover nodig is voor een normaal en nuttig gebruik van het erf.¹³ De natrekking is dus functioneel beperkt in de hoogte en de diepte tot het belang van de grondeigenaar, zowel in het Belgisch, Nederlands als Frans recht.¹⁴ Bovendien heeft de natrekking pas uitwerking wanneer het goed een vaste verbinding met de grond heeft.¹⁵

In het Nederlandse recht kent de wet aan de grondeigenaar geen eigendomsrecht maar een gebruiksrecht toe over de ruimte boven zijn grond.¹⁶ Wanneer de grondeigenaar vervolgens deze ruimte bebouwt op grond van zijn gebruiksrecht, wordt dit recht op de ruimte omgezet in een eigendomsrecht op de opgerichte constructie.¹⁷

⁹ S. BOULY, “De verbintenisrechtelijke vergoedingsregels in het kader van onroerende natrekking”, noot onder Cass. 3 februari 2011, *RW* 2013-14, afl. 13, 496; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI en J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les biens*, Parijs, LGDJ Lextenso éditions, 2012, 225; W.H.M. REEHUIS en A.H.T. HEISTERKAMP, *Goederenrecht*, in *PITLO, Deel 3, Het Nederlands burgerlijk recht*, Deventer, Kluwer, 2012, 400.

¹⁰ S. BOULY, “Verkrijgende verjaring ten aanzien van constructies op of onder andermans grond”, noot onder Brussel 23 november 2012, *TBBR – RGDC* 2015, afl. 4, 204; P. MALAURIE en L. AYNÈS, *Les Biens*, Parijs, Defrénois – Lextenso éditions, 2010, 127.

¹¹ S. BOULY, *De verhouding tussen de opstallen en de grond*, Diss. KU Leuven, 2014, 75.

¹² Gent 9 december 1992, *RW* 1994-95, 96; R. DEKKERS en E. DIRIX, *Handboek Burgerlijk Recht, Deel II, Zakenrecht, zekerheden, verjaring*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 152.

¹³ P.-P. RENSON, *La propriété immobilière, in Répertoire Notarial, Tome II – Les Biens*, 2,2, Brussel, Larcier, 2014, 48; J.-B. SEUBE, *Droit des biens, 6ième édition*, Parijs, LexisNexis, 2014, 66.

¹⁴ Bergen 3 mei 1988, *Rev. Not. b.* 1988, 480; S. BOULY, *De verhouding tussen de opstallen en de grond*, Diss. KU Leuven, 2014, 74; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI en J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les biens*, Parijs, LGDJ Lextenso éditions, 2012, 206; V. VALETTE – ERCOLE, *Fiches de droit des biens, 2ième édition*, Parijs, Elipses, 2012, 48; H.D. PLOEGER, “Tot de poorten van de hel. Over art. 5:21 BW en de exploitatie van de derde dimensie”, in X, *Van Beheering. Goederenrechtelijke beschouwingen? Twaalf opstellen bij het zestiende lustrum van Societas Iuridica Grotius en de vierhonderdennijftiende geboortedag van Hugo de Groot*, Deventer, Gouda Quint, 1998, 132.

¹⁵ S. BOULY, “Meervoudig grondgebruik, de gewijzigde verhouding tussen de opstallen en de grond”, in VLN CONGRES 2014, *Dagdagelijks of toch niet? De praktijk anders bekeken*, Mechelen, Kluwer, 2014, 2.

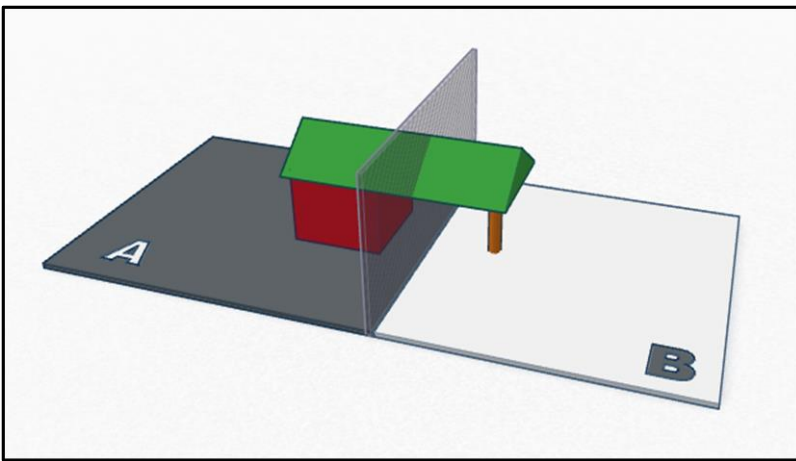
¹⁶ F. H. J. MIJNSSEN, A. A. VAN VELTEN en S. E. BARTELS, *Deel 5, Zakenrecht, Eigendom en beperkte rechten*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2008, 108; H.D. PLOEGER, *Horizontale splitsing van eigendom*, Deventer, Kluwer, 1997, 88.

¹⁷ S. BOULY, *De verhouding tussen de opstallen en de grond*, Diss. KU Leuven, 2014, 71.

1.1.2. *Afwijkingen op het recht van (verticale) natrekking*

9. HORIZONTALE EIGENDOMSSPLITSING - De doorbreking van de natrekking brengt in principe een horizontale eigendomssplitsing met zich mee.¹⁸ Om deze splitsing tot stand te brengen beschikt de rechtsonderhorige over verschillende middelen. Normaliter zijn de constructies boven en onder een bepaald erf eigendom van de eigenaar van dat erf. Wanneer dit echter niet het geval is, en de constructies boven een erf een andere eigenaar hebben dan het erf zelf, dan is er sprake van een horizontale eigendomssplitsing. Deze horizontale eigendomssplitsing kan verschillende vormen aannemen.

a. Het recht van overbouw en steun



Figuur 1. Recht van overbouw gecombineerd met een recht van steun. In deze tekening is de eigendom van het perceelsoverschrijdend afdak in handen van de eigenaar van perceel A, terwijl het over het perceel B gebouwd is en er bovendien op steunt.

10. BEGRIPSOMSCHRIJVING OVERBOUW - Een overbouw is een horizontale uitbreiding van een constructie op het ene erf die over de perceelsgrenzen heen op een naburig erf doorloopt.¹⁹ Het recht van overbouw is dus het recht om over (of onder) andermans grond heen te bouwen.²⁰ Dit recht geeft de

¹⁸ R. TIMMERMANS, “Enkele bedenkingen over horizontale splitsing van eigendom, het zelfstandig recht van opstal, de tijdelijkheid en het verlangen naar eeuwigheid”, *Not. Fisc. M.* 2009, I-2, 39.

¹⁹ V. SAGAERT, “De erfdiensbaarheid van overbouw als (eigendoms)instrument voor grensoverschrijdende constructies”, noot onder Cass. 12 juni 2014, *RW* 2014-15, nr. 23, 907; S. MOSSELMANS, “Etagegebouwen: opstal versus gedwongen mede-eigendom”, noot onder Cass. 3 april 2009, *TBBR – RGDC* 2010, afl. 10, 507; L. LINDEMANS, *Erfdiensbaarheden*, in *APR*, 1958, 135.

²⁰ V. SAGAERT en S. BOULY, “Actuele ontwikkelingen inzake opstal en erfpacht”, in A.-L. VERBEKE en F. BUYSSENS, *Notariële actualiteit 2014 – 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 79; V. SAGAERT, “De erfdiensbaarheid van overbouw als (eigendoms)instrument voor grensoverschrijdende constructies”, noot onder Cass. 12 juni 2014, *RW* 2014-15, nr. 23, 906;

mogelijkheid om perceeloverschrijdende constructies als een balkon, een goot, een vleugel, een dorpel, ... op te richten, en de eigendom in handen van de bouwheer te houden.²¹ In vele gevallen (en ook in de meeste hypotheses in dit artikel) gaat dit recht gepaard met een recht van steun. Dat recht geeft aan de overbouwer het recht om zijn constructie te laten steunen op de grond of een gebouw van het ander erf en veronderstelt dus een rechtstreeks materieel contact.²²

b. Verzaking aan het recht van natrekking

11. AARD VERZAKING AAN NATREKKING - Het is mogelijk om te verzaken aan het recht van natrekking. Sinds het arrest van het Hof van Cassatie van 19 mei 1988²³ staat het vast dat een verzaking aan het recht van natrekking een zelfstandig recht van opstal tot stand brengt en is de monistische visie bevestigd dat enkel een recht van opstal (en appartementsmede-eigendom) een horizontale eigendomssplitsing tot stand kan brengen.²⁴ Deze gelijkstelling wordt echter door sommigen (terecht) bekritiseerd, aangezien ze grotendeels aan de basis ligt van de moeilijkheden waarmee de praktijk kampt bij het totstandbrengen van een langdurige horizontale eigendomssplitsing in België.²⁵ Ook het Frans recht benadert de verzaking aan de natrekking op monistische wijze en stelt deze gelijk met de vestiging van een recht van opstal.²⁶ Hier vormt dit echter geen probleem, aangezien de tijdsbeperking hier niet bestaat en er geen wettelijke vereisten gelden.²⁷

G.J.A. BAERT, *Privaatrechtelijk bouwrecht*, Brussel, E. Story Scientia, 1989, 227; L. LINDEMANS, *Erfdienstbaarheden*, in *APR*, Brussel, Larcier, 1958, 135.

²¹ V. SAGAERT en S. BOULY, "Actuele ontwikkelingen inzake opstal en erfpacht", in A.-L. VERBEKE en F. BUYSSENS, *Notariële actualiteit 2014 – 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 79; S. MOSSELMANS, "Etagegebouwen: opstal versus gedwongen mede-eigendom", noot onder Cass. 3 april 2009, *TBBR – RGDC* 2010, afl. 10, 507; L. LINDEMANS, *Erfdienstbaarheden*, in *APR*, 1958, 135.

²² V. SAGAERT en S. BOULY, "Actuele ontwikkelingen inzake opstal en erfpacht", in A.-L. VERBEKE en F. BUYSSENS, *Notariële actualiteit 2014 – 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 79; G.J.A. BAERT, *Privaatrechtelijk bouwrecht*, Brussel, E. Story Scientia, 1989, 226; L. LINDEMANS, *Erfdienstbaarheden*, in *APR*, Brussel, Larcier, 1958, 134.

²³ Cass. 19 mei 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 1230.

²⁴ Rb. Brussel 26 oktober 2001, *T. Not.*, 2003, 488; C. MOSTIN, A. CULOT, B. GOFFAUX en J. THILMANY, *L'emphythéose et la superficie*, in M. CHARPENTIER-HERMEL, F. GEORGES en J.-L. VAN BOXSTAELE, *Répertoire Notarial*, Brussel, Larcier, 2015, 150; J. POETS, "Vastgoedtransacties. Vijftig jaar als maximumduur van zelfstandige opstalrechten: een te omzeilen probleem?", *NJW* 2015, afl. 329, 670; C. MOSTIN, *Emphythéose et superficie*, in *Répertoire Notarial, Tome II – Les Biens*, 6, 1 et 2, Brussel, Larcier, 2015, 150; S. SNAET en P. TRUYEN, *Erfpacht en opstal, artikelsgewijze bespreking*, Mechelen, Kluwer, 2011, 87; J.-F. ROMAIN, 63. *Droits réels. Chronique de jurisprudence 1998 – 2005*, in *Les Dossiers du journal des tribunaux*, Brussel, Larcier, 2007, 66; G. BLOCKX, F. LENS en L. WYNANT, *Erfpacht, opstal en erfdiensbaarheden*, in *Reeks Notariële Praktijkstudies*, Mechelen, Kluwer, 2006, 65.

²⁵ C. MOSTIN, A. CULOT, B. GOFFAUX en J. THILMANY, *L'emphythéose et la superficie*, in M. CHARPENTIER-HERMEL, F. GEORGES en J.-L. VAN BOXSTAELE, *Répertoire Notarial*, Brussel, Larcier, 2015, 152; V. SAGAERT, *De vergeten dimensie van het eigendomsrecht. Openingsrede op de Plechtige Openingszitting van het 114e werkjaar van de Balie van Brussel*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 10.

²⁶ P. LECOCQ en S. BOUFLETTE, "Les droits réels démembrés au service des parkings privés", *Revue pratique de l'immobilier* 2015, afl. 1, 59; V. VALETTE – ERCOLE, *Fiches de droit des biens*, 2^{ème} édition, Parijs, Elipses, 2012, 131; M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 351; P. MALAURIE en L. AYNES, *Les Biens*, Parijs, Defrénois –

c. Het recht van opstal

12. WETTELIJKE VERANKERING VAN HET OPSTALRECHT - Het recht van opstal is in België niet opgenomen in het Burgerlijk Wetboek, maar in een afzonderlijke Opstalwet.²⁸ Een opstalrecht is het zakelijk recht om een constructie op te richten op, boven of onder andermans grond, waarbij de bouwheer eigenaar blijft van die constructie en de natrekking dus niet speelt.²⁹ In Nederland is het recht van opstal ingebed in artikel 5:101 en volgende van het Nederlands Burgerlijk Wetboek.

13. EIGENSCHAPPEN VAN HET OPSTALRECHT - Een recht van opstal heeft verschillende eigenschappen. Enerzijds kan een recht van opstal op zichzelf bestaan, dan spreken we van een zelfstandig opstalrecht. Anderzijds kan het recht van opstal accessoir zijn.³⁰ De opstalhouder beschikt over een onroerend zakelijk recht op bestaande of toekomstige gebouwen, werken of beplantingen.³¹ De eigendom van de opstallen behoort ook aan de opstalhouder toe.³² Bovendien is een geschrift of een uitdrukkelijke toekenning van een titel niet nodig. Een recht van opstal kan daarenboven steeds tot stand komen door verkrijgende verjaring.³³

Artikel 4 Opstalwet beperkt het opstalrecht in principe tot 50 jaar. Deze bepaling is van openbare orde, of minstens van dwingend recht.³⁴

Lextenso éditions, 2010, 288; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI en J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les biens*, Parijs, LGDJ, 2000, 290.

²⁷ Zie randnummer 14.

²⁸ Wet van 10 januari 1824, recent gewijzigd door de wet van 25 april 2014, *B.S.* 14 mei 2014.

²⁹ C. MOSTIN, A. CULOT, B. GOFFAUX en J. THILMANY, *L'emphythéose et la superficie*, in M. CHARPENTIER-HERMEL, F. GEORGES en J.-L. VAN BOXSTAELE, *Répertoire Notarial*, Brussel, Larcier, 2015, 147; BOULY, *De verhouding tussen de opstallen en de grond*, Diss. KULeuven, 2014, 201; N. BERNARD, *Précis de droit des biens*, Limal, Anthemis, 2013, 375; P. JOURDAIN, *Les Biens*, in G. MARTY en P. RAYNAUD, *Droit Civil*, Parijs, Dalloz, 1995, 234.

³⁰ V. SAGAERT, *V. Goederenrecht*, in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 595; H.J. SNIJDERS en E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht, Studiereeks Burgerlijk Recht 2*, Deventer, Kluwer, 2012, 565.

³¹ C. MOSTIN, A. CULOT, B. GOFFAUX en J. THILMANY, *L'emphythéose et la superficie*, in M. CHARPENTIER-HERMEL, F. GEORGES en J.-L. VAN BOXSTAELE, *Répertoire Notarial*, Brussel, Larcier, 2015, 147; V. SAGAERT, *V. Goederenrecht*, in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 592; R. TIMMERMANS, "Diskwalificatie van appartementseigendom in opstal: pijnlijk ontwaken uit een lange winterslaap", *T. App. - R.C.D.I.* 2013, afl. 4, 23.

³² H.J. SNIJDERS en E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht, Studiereeks Burgerlijk Recht 2*, Deventer, Kluwer, 2012, 127 en 564; J.-C. CHAPUT en S. ROCHEGUDE, "L'organisation conventionnelle de l'espace", in X. (ed.), *Division de l'immeuble. Le sol, l'espace, le bâti. 103e congrès notaires de France*, Lyon, Litec - Editions du JurisClasseur, 2007, 451; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité Élémentaire de droit civil belge, Tome VI, Les Biens 2, Les Sûretés 1*, Brussel, Bruylant, 1953, 580.

³³ G. BLOCKX, F. LENS en L. WYNANT, *Erfpacht, opstal en erfdiensbaarheden*, in *Reeks Notariële Praktijkstudies*, Mechelen, Kluwer, 2006, 81.

³⁴ Artikel 8 Opstalwet; Brussel 26 mei 1975, *Rev.not.b.* 1976, 322; Bergen 7 februari 1978, *RCJB* 1980, 10; Rb. Gent 11 mei 1999, *T.Agr.R.* 1999, 160; Rb. Ieper 18 februari 2005, *RABG* 2006, afl. 10, 759; Vred. Eeklo 19 april 1973, *RW* 1973-74, 1830; J. POETS, "Vastgoedtransacties. Vijftig jaar als maximumduur van zelfstandige opstalrechten: een te omzeilen probleem?", *NJW* 2015, afl. 329, 670; S. MOSSELMANS, "Etagegebouwen: opstal versus gedwongen mede-eigendom", noot onder Cass. 3 april 2009, *TBBR - RGDC* 2010, afl. 10, 509; G. BLOCKX, F. LENS en L. WYNANT, *Erfpacht, opstal en erfdiensbaarheden*, in *Reeks Notariële Praktijkstudies*, Mechelen, Kluwer, 2006, 73.

Overschrijding van de dwingende termijnsbeperking heeft een herleiding tot deze maximumtermijn als gevolg.³⁵ De Opstalwet legt daarentegen geen enkele minimumduur op.³⁶ Deze tijdsbeperking kent echter de nodige kritiek.³⁷ Partijen kunnen na het verlopen van deze termijn weliswaar het opstalrecht hernieuwen³⁸, maar dergelijke situatie komt de rechtszekerheid niet ten goede. Bij een onmiddellijke hernieuwing na afloop van de termijn van 50 jaar treedt de “natrakkende seconde” in.³⁹ Een hernieuwing heeft de vestiging van een nieuw zelfstandig opstalrecht tot gevolg en kan nooit de duurtijd van het oorspronkelijke opstalrecht verlengen tot meer dan 50 jaar.⁴⁰

Hoewel het Belgisch en Nederlands recht van opstal uit dezelfde wet zijn voortgekomen, heeft Nederland dit recht veel meer dan België versoepeld. Het Nederlandse recht kent geen tijdsbeperking en geeft de partijen maximale vrijheid om de duur van het recht van opstal en de wederzijdse rechten en plichten te bepalen.⁴¹

14. OPSTALRECHT IN FRANKRIJK - In het Frans recht bestaat er geen specifieke wettelijke bepaling over het opstalrecht.⁴² Het zijn de rechtsleer en de rechtspraak die deze figuur uitgewerkt hebben, zich baserend op de regels van de natrekking, met name de artikelen 553, 2133 lid 2 en de oude artikelen 664 en 519 van de Code Civil.⁴³ Wel is het zo dat sinds 2006 het recht uitdrukkelijk erkend is in artikel 2531, 4° van de Code Civil, dat bevestigt dat een recht van opstal voor hypotheek vatbaar is.⁴⁴ De Franse praktijk leidt het recht van opstal af uit de weerlegbaarheid van het vermoeden vervat in de natrekkingsregel dat de grondeigenaar ook de

³⁵ Cass. 15 december 2006, *RW* 2007-08, 104, met noot M. MUYLLE; V. SAGAERT, “Actuele ontwikkelingen vastgoedrecht”, in V. SAGAERT en A. VERBEKE, 52. *Goederenrecht* in *Themis*, Brugge, Die Keure, 2009, 39 – 40.

³⁶ V. SAGAERT, *V*, *Goederenrecht*, in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 600.

³⁷ Zie randnummer 27.

³⁸ J. POETS, “Vastgoedtransacties. Vijftig jaar als maximumduur van zelfstandige opstalrechten: een te omzeilen probleem?”, *NJW* 2015, afl. 329, 668; D. BRACKE, “Schoppenboer jagen in het recht van opstal ... Over de vroegtijdige beëindiging van het recht van opstal en enkele valkuilen”, *TBBR – RGDC* 2007, 547.

³⁹ S. BOULY, *De verhouding tussen de opstallen en de grond*, Diss. KU Leuven, 2014, 265; V. SAGAERT, *V*, *Goederenrecht*, in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 601.

⁴⁰ V. SAGAERT, *V*, *Goederenrecht*, in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 601; M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 53.

⁴¹ M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 343; C.C. VAN DAM, F.H.J. MIJNSSEN en A.A. VAN VELTEN, 3. *Goederenrecht. Deel 2. Zakelijke rechten*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2002, 276.

⁴² S. DRUFFIN – BRICCA en L.-C. HENRY, *Droits des biens, 5ième édition*, in *Mémoires LMD*, Parijs, Gualino Lextenso Editions, 2013, 246; M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 350.

⁴³ Cass. fr. 26 april 1906, *Sirey, Recueil Général des lois et arrêts* 1906, 256; Cass. fr. 27 april 1891, *Sirey, Recueil Général des lois et arrêts* 1891, 667; Cass. fr. 16 december 1873, *Dalloz Recueil Periodique de Jurisprudence* 1874, 249; Caen 13 juli 1909, *Sirey, Recueil Général des lois et arrêts* 1909, 279; S. BOULY, *De verhouding tussen de opstallen en de grond*, Diss. KU Leuven, 2014, 202; P. MALAURIE en L. AYNES, *Les Biens*, Parijs, Defrénois – Lextenso éditions, 2010, 288.

⁴⁴ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI en J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les biens*, Parijs, LGDJ Lextenso éditions, 2012, 327; M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 351.

eigenaar is van de zaken in en op zijn grond.⁴⁵ De kern van het opstalrecht is weliswaar vergelijkbaar met het Belgisch recht, al valt meteen op dat een opstalrecht in het Frans recht geen tijdsbeperking kent zolang deze niet conventioneel vastgelegd is, en eventuele verjaring buiten beschouwing gelaten.⁴⁶ Zo zeggen AUBRY en RAU: “*Le droit de superficie constitue une véritable propriété corporelle, immobilière. Il est, en principe, perpétuel comme tout autre droit de propriété [...]*”⁴⁷ Het recht van opstal geeft een volwaardig (en mogelijks eeuwigdurend) eigendomsrecht op de opstallen.⁴⁸ In Frankrijk geeft het recht van opstal dus geen aanleiding tot een (noodzakelijkerwijze in de tijd beperkte) *démembrement* van het eigendomsrecht van de grondeigenaar, maar tot een (mogelijks eeuwigdurende) demembratie van het goed zelf.⁴⁹

15. ZELFSTANDIG OPSTALRECHT VS ACCESSOIR OPSTALRECHT - In tegenstelling tot het zelfstandig opstalrecht, is een accessoir opstalrecht een horizontale eigendomssplitsing die totstandkomt naar aanleiding van een ander recht.⁵⁰ Het accessoir opstalrecht zorgt er voor dat een titularis van een bepaald recht eigenaar blijft van de constructies die hij in het kader van dat recht heeft opgericht.⁵¹ Een voorbeeld hiervan is het opstalrecht dat een openbare nutsverlener verkrijgt bij de erfdiensbaarheid van openbaar nut: deze heeft een erfdiensbaarheid op andermans erf om nutsleidingen aan te leggen en blijft eigenaar van de aangelegde leidingen. Een accessoir opstalrecht kan dus gekoppeld worden aan een erfdiensbaarheid, en vandaag is aanvaard dat het ook aan een erfpacht, een vruchtgebruik, een huur, of zelfs aan een concessie gekoppeld kan worden.⁵² Kenmerkend voor het

⁴⁵ P. LECOCQ en S. BOUFLETTE, “Les droits réels démembrés au service des parkings privés”, *Revue pratique de l’immobilier* 2015, afl. 1, 59; V. VALETTE – ERCOLE, *Fiches de droit des biens*, 2^{ième} édition, Parijs, Elipses, 2012, 131.

⁴⁶ S. DRUFFIN – BRICCA en L.-C. HENRY, *Droits des biens*, 5^{ième} édition, in *Mémentos LMD*, Parijs, Gualino Lextenso Editions, 2013, 245.

⁴⁷ C. AUBRY, C. RAU en C. – S. ZACHARIAE, *Cours de droit civil français. D’après l’ouvrage allemand de C. S. Zachariae, Tome second*, Parijs, Cosse Imprimeur-Éditeur, 1863, 392.

⁴⁸ J.-C. CHAPUT en S. ROCHEGUDE, “L’organisation conventionnelle de l’espace”, in X. (ed.), *Division de l’immeuble. Le sol, l’espace, le bâti. 103^e congrès notaires de France*, Lyon, Litec - Editions du JurisClasser, 2007, 453; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI en J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les biens*, Parijs, LGDJ, 2000, 291.

⁴⁹ P. LECOCQ en S. BOUFLETTE, “Les droits réels démembrés au service des parkings privés”, *Revue pratique de l’immobilier* 2015, afl. 1, 59; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI en J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les biens*, Parijs, LGDJ Lextenso éditions, 2012, 328; W. DROSS, *Droit civil des choses*, Parijs, LGDJ Lextenso éditions, 2012, 258; J.-C. CHAPUT en S. ROCHEGUDE, “L’organisation conventionnelle de l’espace”, in X. (ed.), *Division de l’immeuble. Le sol, l’espace, le bâti. 103^e congrès notaires de France*, Lyon, Litec - Editions du JurisClasser, 2007, 451. Sommige rechtsleer bekritiseert de kwalificatie als eigendomsrecht en pleit voor een kwalificatie als recht op andermans goed. Zie F. ZENATI, “C. Propriété et droits réels”, *Revue trimestrielle de droit civil* 1995, 657.

⁵⁰ Onder de taalgrens spreekt men van “superficie-conséquence”. Zie P. LECOCQ en S. BOUFLETTE, “Les droits réels démembrés au service des parkings privés”, *Revue pratique de l’immobilier* 2015, afl. 1, 59.

⁵¹ P. LECOCQ en S. BOUFLETTE, “Les droits réels démembrés au service des parkings privés”, *Revue pratique de l’immobilier* 2015, afl. 1, 59; C. MOSTIN, A. CULOT, B. GOFFAUX en J. THILMANY, *L’emphytéose et la superficie*, in M. CHARPENTIER-HERMEL, F. GEORGES en J.-L. VAN BOXSTAEL, *Répertoire Notarial*, Brussel, Larcier, 2015, 154.

⁵² M. MUYLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 326; P. LECOCQ en S. BOUFLETTE, “Les droits réels démembrés au service des parkings privés”, *Revue pratique de l’immobilier* 2015, afl. 1, 59; D. MICHIELS, “Het accessoir opstalrecht als onderdeel van

accessoir opstalrecht is dat het niet de normale regels van de Opstalwet volgt.⁵³ Uitermate belangrijk hierbij is dat dit accessoir opstalrecht geen tijdsbeperking heeft van 50 jaar, maar blijft bestaan voor de duur van het hoofdrecht waaraan het verbonden is.⁵⁴ Wanneer het hoofdrecht een duurtijd heeft van meer dan 50 jaar duurt het opstalrecht bijgevolg ook langer dan 50 jaar, en kan de tijdsbeperking van de Opstalwet dus omzeild worden. Wanneer het hoofdrecht teniet gaat, heeft dit het tenietgaan van het accessoir opstalrecht als gevolg.⁵⁵

In het Nederlands recht is het accessoir opstalrecht te vinden in artikelen 3:7 en 3:82 Nederlands Burgerlijk Wetboek.⁵⁶ Net zoals in België geldt ook hier de regel dat het hoofdrecht het regime bepaalt dat het accessoir opstalrecht beheerst.⁵⁷ Het is van belang dat dit accessoir opstalrecht enkel voorziet in een eigendomsrecht voor de opstallen die de titularis van het hoofdrecht binnen de grenzen van zijn recht zelf heeft opgericht of laten oprichten, en dus niet voor reeds bestaande opstallen.⁵⁸ Daarnaast verdient het aandacht dat het Nederlandse recht dit accessoir opstalrecht niet automatisch koppelt aan het gebruiksrecht op basis waarvan de constructie opgericht is. Dit valt te verklaren door de alternatieven die er bestaan,⁵⁹ waardoor accessoire opstalrechten niet vereist zijn.⁶⁰

de samenlevingsovereenkomst”, *Not.Fisc.M.* 2015, afl. 7, 218 – 220; V. SAGAERT, *V, Goederenrecht, in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 597 – 598; R. TIMMERMANS, *Splitsing en ondersplitsing van gebouwen en bijzondere appartementencomplexen*, Antwerpen, Kluwer, 2004, 112. M.b.t. huur, zie Cass. 9 februari 1956, *Pas.* 1956, I, 599; Rb. Brussel 14 mei 2004, *TRV* 2004, 612; m.b.t. erfdienstbaarheden, zie Cass. 12 juni 2014, *Arr. Cass.* 2014, 1471, *RW* 2014-15, nr. 23, 905, met noot V. SAGAERT; m.b.t. erfpacht, zie Gent 25 mei 1901, *Pas.* 1901, II, 334; Gent 29 mei 1895, *Pas.* 1895, II, 414; Vred. Roeselare 29 juni 2006, *T. Agr. R. - Rev. dr. nr.* 2007, 163; m.b.t. (mijn)concessies zie Cass. 6 januari 2006, *RW* 2008-09, 745, met noot R. JANSEN en S. VAN GARSSSE.

⁵³ C. MOSTIN, A. CULOT, B. GOFFAUX en J. THILMANY, *L'emphytéose et la superficie*, in M. CHARPENTIER-HERMEL, F. GEORGES en J.-L. VAN BOXSTAELE, *Répertoire Notarial*, Brussel, Larcier, 2015, 154; M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 327.

⁵⁴ Cass. 9 februari 1956, *Arr. Cass.* 1956, 471; V. SAGAERT en S. BOULY, “Actuele ontwikkelingen inzake opstal en erfpacht”, in A.-L. VERBEKE en F. BUYSSENS, *Notariële actualiteit 2014 – 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 80; P. LECOCQ en S. BOUFLETTE, “Les droits réels démembrés au service des parkings privés”, *Revue pratique de l'immobilier* 2015, afl. 1, 59; R. TIMMERMANS, “Enkele bedenkingen over horizontale splitsing van eigendom, het zelfstandig recht van opstal, de tijdelijkheid en het verlangen naar eeuwigheid”, *Not. Fisc. M.* 2009, I-2, 46.

⁵⁵ V. SAGAERT, *V, Goederenrecht, in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 595.

⁵⁶ J. DE JONG en H.D. PLOEGER, *Erfpacht en opstal*, Deventer, Kluwer, 2008, 74; C.C. VAN DAM, F.H.J. MIJNSSEN en A.A. VAN VELTEN, 3. *Goederenrecht. Deel 2. Zakelijke rechten*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2002, 278.

⁵⁷ H.J. SNIJDERS en E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht, Studiereeks Burgerlijk Recht 2*, Deventer, Kluwer, 2012, 566; W.H.M. REEHUIS en A.H.T. HEISTERKAMP, *Goederenrecht*, in *PITLO, Deel 3, Het Nederlands burgerlijk recht*, Deventer, Kluwer, 2012, 489.

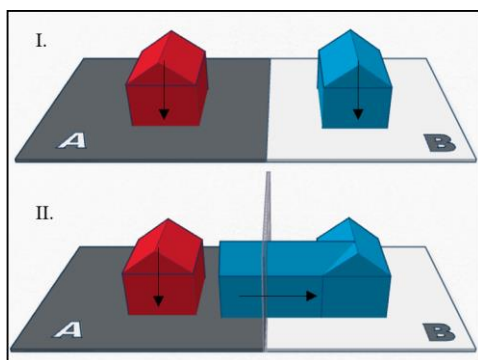
⁵⁸ S. BOULY, *De verhouding tussen de opstallen en de grond*, Diss. KU Leuven, 2014, 278.

⁵⁹ Namelijk de grotere vrijheid tot het vestigen van een zelfstandig opstalrecht en de horizontale natrekking, die hieronder aan bod komt.

⁶⁰ S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, in *III, Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 356.

Het Frans recht kent ook het opstalrecht dat vervat is in een ander recht, zoals bijvoorbeeld in het geval van de *bail emphytéotique* of de *bail à construction*, waarbij de houder van het recht eigenaar blijft van de constructies die hij binnen het kader van dit recht opricht op andermans grond.⁶¹ Het is interessant om op te merken dat het Frans recht deze accessoire opstalrechten gebruikt om de duur te beperken, waar het Belgisch recht deze juist gebruikt om de duur te verlengen.⁶²

d. Horizontale natrekking



Figuur 2. Verticale natrekking vs. Horizontale natrekking –

In afbeelding I werkt de natrekking ten voordele van de grond, dus verticaal.

In afbeelding II is het natrekkende goed niet perceel A, maar de blauwe constructie van de eigenaar van perceel B, en werkt ze dus horizontaal.

16. HORIZONTALE NATREKKING. NEDERLANDSE TROEF - Naast het opstalrecht bestaat een tweede belangrijke uitzondering op de (verticale) natrekking, met name de horizontale natrekking. Door deze horizontale natrekking is de eigenaar niet steeds de eigenaar van alle onroerende goederen die geïncorporeerd zijn in zijn grond.⁶³ Deze rechtsfiguur is echter nog niet geïmplementeerd in het Belgisch en Frans recht, en bestaat enkel in het Nederlands recht.⁶⁴

17. HORIZONTALE NATREKKING VS VERTICALE NATREKKING - De horizontale natrekking vloeit voort uit rechtspraak van de Nederlandse Hoge Raad, die bij de hernieuwing van het Nederlands Burgerlijk Wetboek ook wettelijk verankerd is.⁶⁵ In het zogenaamde “kelder-arrest” oordeelde de Hoge Raad reeds in 1913 dat een kelder die zich onder twee percelen bevond, maar waarvan de toegang zich op één van deze percelen bevond, eigendom was van de eigenaar van het perceel waarop deze toegang gelegen

⁶¹ P. MALAURIE en L. AYNÈS, *Les biens*, in P. MALAURIE en L. AYNÈS, *Collection droit civil*, Parijs, LGDJ Lextenso Editions, 2015, 310; S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, in *III, Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 355.

⁶² J. POETS, “Vastgoedtransacties. Vijftig jaar als maximumduur van zelfstandige opstalrechten: een te omzeilen probleem?”, *NJW* 2015, afl. 329, 672.

⁶³ S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, in *III, Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 172; H.D. PLOEGER, *Horizontale splitsing van eigendom*, Deventer, Kluwer, 1997, 133.

⁶⁴ V. SAGAERT, *V, Goederenrecht*, in *Beginnelen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 746.

⁶⁵ H.D. PLOEGER, *Horizontale splitsing van eigendom*, Deventer, Kluwer, 1997, 134 – 135.

was.⁶⁶ Krachtens de horizontale natrekking strekt het eigendomsrecht van de grondeigenaar zich niet uit tot de goederen in op of boven zijn erf, die deel uitmaken van het onroerend goed van iemand anders.⁶⁷ De verticale en horizontale natrekking staan dus haaks op elkaar, hoewel ze beide op eenzelfde eenheidsbeginsel uit artikel 5:3 NBW gebaseerd zijn (*accessorium sequitur principale*).⁶⁸ Artikel 5:20 e) van het vernieuwde Nederlands Burgerlijk Wetboek bepaalt thans dat de verticale natrekking van toepassing is op een constructie “voor zover ze geen bestanddeel is van eens anders zaak”.⁶⁹ Dit artikel bevestigt dus dat de grondeigenaar in principe ook eigenaar is van al wat zich in, op of boven zijn erf bevindt, maar stelt ook duidelijk dat wanneer er een conflict is tussen de verticale en horizontale natrekking, deze laatste primeert.⁷⁰ De verkeersopvatting leidt er toe dat een hoofdconstructie die bestanddelen heeft op een ander erf één enkele constructie is, en voorgaat op de verticale verbinding met de grond.⁷¹ De horizontale eenheid van het onroerende goed schakelt met andere woorden de verticale natrekking uit.⁷²

18. VOORWAARDEN VOOR DE HORIZONTALE NATREKKING - Omdat de horizontale natrekking kan intreden, moeten de delen naar de verkeersopvatting één enkel goed uitmaken.⁷³ Hierbij is een fysieke verbinding vereist⁷⁴, alhoewel deze niet bijzonder hecht moet zijn.⁷⁵ Vooral is

⁶⁶ Hoge Raad 11 april 1913, *NJ* 1913, 682.

⁶⁷ S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, in *III, Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 172; W.H.M. REEHUIS en A.H.T. HEISTERKAMP, *Goederenrecht*, in *PITLO, Deel 3, Het Nederlands burgerlijk recht*, Deventer, Kluwer, 2012, 403; H.D. PLOEGER, *Horizontale splitsing van eigendom*, Deventer, Kluwer, 1997, 134; E. B. BERENSCHOT, J. M. HOEKSTRA en J. B. VEGTER, *Eigendom en beperkte rechten naar BW en NBW*, Deventer, Kluwer, 1986, 57.

⁶⁸ P.J. VAN DER PLANK, “De verkeersopvatting als leidend criterium voor bestanddeelvorming in de zin van art. 3:4 BW”, *WPNR* 2015, 1035 – 1036; G.E. VAN MAANEN, “De grensoverschrijdende villa. Enkele gedachten over eigendom in deze tijd, naar aanleiding van Hoge Raad 25 juni 2004 en Hoge Raad 28 maart 2008”, noot onder Hoge Raad 25 juni 2004, *NTBR* 2008, afl. 6, 253.

⁶⁹ G.E. VAN MAANEN, “De grensoverschrijdende villa. Enkele gedachten over eigendom in deze tijd, naar aanleiding van Hoge Raad 25 juni 2004 en Hoge Raad 28 maart 2008”, noot onder Hoge Raad 25 juni 2004, *NTBR* 2008, afl. 6, 253; W.H.M. REEHUIS en A.H.T. HEISTERKAMP, *Deel 3, Goederenrecht*, in *PITLO, Het Nederlands burgerlijk recht*, Deventer, Gouda Quint, 2001, 388; H.D. PLOEGER, *Horizontale splitsing van eigendom*, Deventer, Kluwer, 1997, 134.

⁷⁰ B.A.M. JANSSEN, *Wie heeft de leiding? De eigendom van kabel – en leidingnetten*, Deventer, Kluwer, 2010, 37; M.M. SEINSTRAS, “Eigendom van in de grond ingegraven leidingen”, *WPNR* 2004, nr. 6573, 264; H.D. PLOEGER, *Horizontale splitsing van eigendom*, Deventer, Kluwer, 1997, 135; H.A.G. FIKKERS, *Natrekking, vermenging en zaaksvorming, Privaatrecht deel 4*, in *Ars Aequi Cahiers*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, 28.

⁷¹ Zie randnummer 18.

⁷² S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, in *III, Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 173; G.E. VAN MAANEN, “De grensoverschrijdende villa. Enkele gedachten over eigendom in deze tijd, naar aanleiding van Hoge Raad 25 juni 2004 en Hoge Raad 28 maart 2008”, noot onder Hoge Raad 25 juni 2004, *NTBR* 2008, afl. 6, 253.

⁷³ C.C. VAN DAM, F.H.J. MIJNSSEN en A.A. VAN VELTEN, *3. Goederenrecht. Deel 2. Zakelijke rechten*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2002, 101 en 106. Om te bepalen of er een eenheid is mag de partijwil overigens geen rol spelen. Zie H.D. PLOEGER, “Eigendom van een ruimte die uitsluitend via de aangrenzende opstal toegankelijk is”, *JBN* 1998, op www.navigators.nl.

⁷⁴ K. SWINNEN, *Accessoriteit in het vermogensrecht*, Diss. KU Leuven, 2013, 370; H.D. PLOEGER, *Horizontale splitsing van eigendom*, Deventer, Kluwer, 1997, 146; E. B. BERENSCHOT, J. M.

het van belang dat een verbreking van deze verbinding zou leiden tot een beschadiging van betekenis aan een van de delen.⁷⁶ Bovendien moet er een kernperceel zijn waarop een hoofdconstructie staat.⁷⁷ Om te bepalen wat dit kernperceel is kan de rechter verschillende elementen in overweging nemen, zoals onder meer de plaats waar de toegang tot de grensoverschrijdende constructie zich bevindt, of de bruikbaarheid die na een eventuele splitsing van de constructie zou overblijven.⁷⁸

19. GEVOLG - Krachtens de horizontale natrekking is de eigenaar van een constructie in principe ook eigenaar is van wat duurzaam verbonden is met die constructie.⁷⁹ De eigendom van de grondeigenaar strekt zich bijgevolg niet enkel uit tot geïncorporeerde constructies (door de verticale natrekking), maar omvat ook de bestanddelen van deze constructies die zich boven, onder of op een naastgelegen erf bevinden.⁸⁰ Een perceelsoverschrijdende constructie wordt hierdoor niet opgesplitst op de grens op grond van de

HOEKSTRA en J. B. VEGTER, *Eigendom en beperkte rechten naar BW en NBW*, Deventer, Kluwer, 1986, 57.

⁷⁵ S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, in III, *Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 174; K. SWINNEN, *Accessoriteit in het vermogensrecht*, Diss.KULeuven, 2013, 370; M.M. SEINSTRAS, "Eigendom van in de grond ingegraven leidingen", *WPNR* 2004, nr. 6573, 267; H.D. PLOEGER, *Horizontale splitsing van eigendom*, Deventer, Kluwer, 1997, 145.

⁷⁶ P.J. VAN DER PLANK, "De verkeersopvatting als leidend criterium voor bestanddeelvorming in de zin van art. 3:4 BW", *WPNR* 2015, 1036; S. BOULY, "Meervoudig grondgebruik, de gewijzigde verhouding tussen de opstallen en de grond", in VLN CONGRES 2014, *Dagdagelijks of toch niet? De praktijk anders bekeken*, Mechelen, Kluwer, 2014, 19; M.M. ROGGENKAMP, "De juridische status van energienetten: van hoe het was en hoe het (wellicht) wordt", *O&F* 2004, 42; H.D. PLOEGER, *Horizontale splitsing van eigendom*, Deventer, Kluwer, 1997, 46 en 143; J.H. NIEUWENHUIS, *Hoofdstukken zakenrecht*, Deventer, Kluwer, 1986, 18. In het geval van rijtjeshuizen leidt een verbreking van de verbinding in vele gevallen ook tot een beschadiging van de overige delen. PLOEGER en VAN DER PLANK wijzen erop dat in dat geval niet de beschadiging in geval van splitsing, maar de bruikbaarheid in geval van splitsing als criterium moet gelden. De verkeersopvatting is dus niet hetzelfde als de bestanddeelvorming uit art. 3:4 NBW. Zie P.J. VAN DER PLANK, "De verkeersopvatting als leidend criterium voor bestanddeelvorming in de zin van art. 3:4 BW", *WPNR* 2015, 1036.

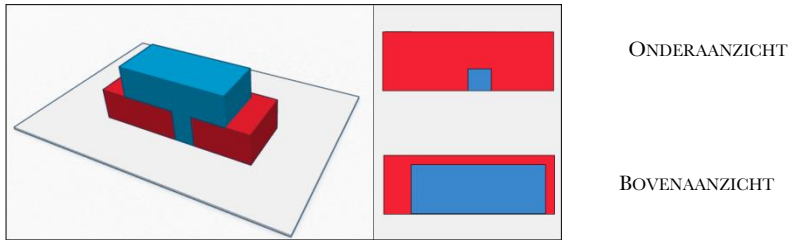
⁷⁷ Hoge Raad 28 oktober 1994, *NJ* 1995, 96; Arnhem-Leeuwarden 22 januari 2013, <http://deceplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHARL:2013:BY9411>; Rb. 's-Gravenhage 15 april 2009, *NJF* 2009, 192; S. BOULY, *De verhouding tussen de opstallen en de grond*, Diss. KU Leuven, 2014, 155; H.D. PLOEGER, "Reactie naar aanleiding van de bijdrage van mr. K.F.M. Berger "Wie is de eigenaar van de kerkbrug in Schipluiden?" in *WPNR*, 1995, 6206", *WPNR* 1996, 284.

⁷⁸ S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, in III, *Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 175; H.D. PLOEGER, *Horizontale splitsing van eigendom*, Deventer, Kluwer, 1997, 147.

⁷⁹ W.H.M. REEHUIS en A.H.T. HEISTERKAMP, *Deel 3, Goederenrecht*, in PITLO, *Het Nederlands burgerlijk recht*, Deventer, Gouda Quint, 2001, 388; H.D. PLOEGER, *Horizontale splitsing van eigendom*, Deventer, Kluwer, 1997, 157; E. B. BERENSCHOT, J. M. HOEKSTRA en J. B. VEGTER, *Eigendom en beperkte rechten naar BW en NBW*, Deventer, Kluwer, 1986, 59.

⁸⁰ P. J. VAN DER PLANK, "Zaakseenheid in het platte vlak", *NTBR* 2012, 41; J. B. SPATH, "Horizontale natrekking en contractuele afspraken. Overwegingen naar aanleiding van HR 6 december 2012 (Prorail/Rijswijk wonen)", *Tijdschrift Overeenkomst In De Rechtspraak* 2013, afl. 6, 30; B.A.M. JANSSEN, *Wie heeft de leiding? De eigendom van kabel – en leidingnetten*, Deventer, Kluwer, 2010, 37; C.C. VAN DAM, F.H.J. MIJNSSEN en A.A. VAN VELTEN, 3. *Goederenrecht. Deel 2. Zakelijke rechten*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2002, 102; H. D. PLOEGER, "Eigendom van een ruimte die uitsluitend via de aangrenzende opstal toegankelijk is", *JBN* 1998, 83; J. H. NIEUWENHUIS, *Hoofdstukken zakenrecht*, Deventer, Kluwer, 1986, 20.

verticale natrekking, maar blijft volledig in eigendom van de eigenaar van het hoofdbestanddeel van de constructie.⁸¹



Figuur 3. Footprint-theorie. Door het behouden van een knooppunt op het grondoppervlak, kan met behulp van de horizontale natrekking een groter geheel boven dit grondoppervlak opgericht worden, hoewel het raakvlak met de grond veel kleiner is.

20. FOOTPRINT-THEORIE - De Nederlandse rechtsleer heeft de horizontale natrekking aangewend tot ontwikkeling van de “*footprint*-theorie”. Deze theorie past de horizontale natrekking toe ten voordele van de knooppunten van boven- of ondergrondse constructies.⁸² Zo is het raakvlak met de ondergrond veel kleiner dan de bovenliggende constructie.⁸³ Het steunpunt ondersteunt dus letterlijk de constructie, maar biedt ook een juridische houvast. Doordat de bovenliggende constructie vastzit aan dit knooppunt blijft de eigendom hiervan in handen van de eigenaar van het knooppunt, dat als natrekkend goed beschouwd wordt.⁸⁴

21. HORIZONTALE NATREKKING IN HET BELGISCH RECHT - Sommige auteurs merken op dat in België deze horizontale natrekking ook mogelijk moet zijn. Immers, de toepassing van het goederenrechtelijke eenheidsbeginsel zou er toe moeten leiden dat het natrekkende goed en het

⁸¹ P.J. VAN DER PLANK, “De verkeersopvatting als leidend criterium voor bestanddeelvorming in de zin van art. 3:4 BW”, *WPNR* 2015, 1035; C. VAN DER WEIJDEN, “De goederenrechtelijke status van (energie)netwerken”, *Bedrijfsjuridische berichten* 2005, 64.

⁸² S. BOULY, *De verhouding tussen de opstallen en de grond*, Diss. KU Leuven, 2014, 157; A.A. VAN VELTEN, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, in *Deel 120, Ars Notarius*, Deventer, Kluwer, 2009, 62; R. TIMMERMANS, “Enkele bedenkingen over horizontale splitsing van eigendom, het zelfstandig recht van opstal, de tijdelijkheid en het verlangen naar eeuwigheid”, *Not. Fisc. M.* 2009, I-2, 37.

⁸³ A.A. VAN VELTEN, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, in *Deel 120, Ars Notarius*, Deventer, Kluwer, 2009, 62; R. TIMMERMANS, “Enkele bedenkingen over horizontale splitsing van eigendom, het zelfstandig recht van opstal, de tijdelijkheid en het verlangen naar eeuwigheid”, *Not. Fisc. M.* 2009, I-2, 37.

⁸⁴ S. BOULY, *De verhouding tussen de opstallen en de grond*, Diss. KU Leuven, 2014, 157; A.A. VAN VELTEN, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, in *Deel 120, Ars Notarius*, Deventer, Kluwer, 2009, 62; V. SAGAERT, “Verticale eigendomsgrenzen en verticaal beperkte onteigeningen” in J. GHYSELS, V. SAGAERT en R. PALMANS, *Onteigeningen en eigendomsbeperkingen onder de grond en in de lucht*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 7; V. SAGAERT, *De vergeten dimensie van het eigendomsrecht. Openingsrede op de Plechtige Openingszitting van het 114e werkjaar van de Balie van Brussel*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 7.

nagetrokken goed samensmelten tot een eenheidszaak.⁸⁵ Het eigendomsrecht zou zich dan ook uitstrekken tot het nagetrokken goed. Zowel in België als Frankrijk is er (beperkte en betwiste) rechtspraak in die zin.⁸⁶ Deze strekking gaat dus uit van hetzelfde principe als de Nederlandse horizontale natrekking, namelijk dat de hoofdzaak de bijzaak volgt, en dat logischerwijze wanneer een constructie duidelijk deel uitmaakt van een groter geheel ze hier zakenrechtelijk mee verbonden is.⁸⁷ Het recht van overbouw zou dan ook slechts een toepassing zijn van dit groter principe, en geen afwijking op het gemeenrechtelijke principe. In het geval van een loutere overbouw is dat weliswaar ook het geval, omdat de natrekking hier niet bij gebrek aan een incorporatie in de grond.⁸⁸ Zoals hieronder zal blijken is de vraag naar de eigendom echter slechts één zijde van de medaille.⁸⁹

22. HORIZONTALE NATREKKING: EEN PERFECTE OPLOSSING? - De toepassing van de horizontale natrekking is echter niet altijd even eenvoudig. Een voorbeeld is een kelder die in de grond van twee verschillende percelen gebouwd is en toegankelijk is vanaf elk perceel. Is deze kelder dan bijzaak van het ene of het andere perceel?⁹⁰ Een soortgelijke zaak kwam in 2011 voor het Gerechtshof van Amsterdam.⁹¹ *In casu* betrof het een geschil omtrent een bunker die zich op verschillende percelen bevond. Aangezien er geen duidelijke hoofdzaak was, was er geen toepassing van de horizontale natrekking mogelijk (punt 4.10 van het arrest). Wanneer de horizontale natrekking niet speelt, blijft volgens het Gerechtshof de verticale natrekking van toepassing, waardoor het eigendomsrecht van de bunker *in casu* verticaal opgesplitst wordt tussen de eigenaars van de verschillende erven (punt 4.12 van het arrest). Verschillende auteurs treden deze visie bij.⁹² Een groot deel van de Nederlandse rechtsleer argumenteert echter dat er geen verticale opsplitsing plaatsvindt, maar dat de betrokken grondeigenaars de grensoverschrijdende constructie in mede-eigendom hebben.⁹³ Recentelijk heeft ook de Hoge Raad nog in die zin geoordeeld.⁹⁴

⁸⁵ V. SAGAERT, *V, Goederenrecht, in Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 75 en 747; V. SAGAERT, B. TILLEMAN en A.-L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek: goederen- en bijzondere overeenkomstenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 9.

⁸⁶ In België o.m. Cass. 8 mei 1886, *Pas.* 1886, I, 193. Rb. Dendermonde 25 februari 1875, *Pas.* 1875, 151. In Frankrijk o.m. Cass. fr. 17 december 2002, n°00-16790, op www.legifrance.gouv.fr. Zie hierover ook V. SAGAERT, *V, Goederenrecht, in Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 747; S. BOULY, *De verhouding tussen de opstallen en de grond*, Diss. KU Leuven, 2014, 157.

⁸⁷ S. BOULY, *De verhouding tussen de opstallen en de grond*, Diss. KU Leuven, 2014, 142.

⁸⁸ Zie randnummer 8.

⁸⁹ W.H.M. REEHUIS en A.H.T. HEISTERKAMP, *Deel 3, Goederenrecht*, in PITLO, *Het Nederlands burgerlijk recht*, Deventer, Gouda Quint, 2001, 388; H.D. PLOEGER, *Horizontale splitsing van eigendom*, Deventer, Kluwer, 1997, 132.

⁹⁰ H.J. SNIJEDERS en E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht, Studiereeks Burgerlijk Recht 2*, Deventer, Kluwer, 2012, 235; W.H.M. REEHUIS en A.H.T. HEISTERKAMP, *Goederenrecht*, in PITLO, *Deel 3, Het Nederlands burgerlijk recht*, Deventer, Kluwer, 2012, 403.

⁹¹ Hof Amsterdam 23 augustus 2011, op <http://deceplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHAMS:2011:BR6841>.

⁹² S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, in III, *Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 175; J.M. DE JONGH, "Wijzigingen in artikel 5:6 Telecommunicatiewet", *WPNR* 2004, afl. 6561, 40.

⁹³ S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, in III, *Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 176; S.E. BARTELS, "De grensoverschrijdende treurwilg", noot

Bovendien vereist het verschil tussen de Nederlandse horizontale natrekking en de Belgische praktijk met accessoire opstalrechten gekoppeld aan een hoofdrecht ook nuancering. De horizontale natrekking handelt enkel over de eigendomsvraag, maar verleent geen bevoegdheid tot bouwen.⁹⁵ Deze bevoegdheid dient eerst verkregen te worden, en verloopt ook dikwijls door middel van een erfdiensbaarheid, al dan niet via verkrijgende verjaring.⁹⁶

1.2. DE VERNIEUWDE OPSTALWET

a. De vernieuwingen van de nieuwe Opstalwet

23. EINDE AAN DISCUSSIES - Het is belangrijk op te merken dat de Belgische wetgever niet blind is voor de Belgische problemen in verband met opstal. Met de wet van 25 april 2014 heeft de wetgever enkele artikelen van de oude Belgische Opstalwet van 1824 geactualiseerd.⁹⁷ De bedoeling van de wetgever was geenszins om de Opstalwet ingrijpend te veranderen, maar voornamelijk om enkele discussies in de rechtsleer op te lossen.⁹⁸ Zo verschaft ze duidelijkheid over de vraag of de vestiging van een opstalrecht mogelijk is voor een constructie op andermans gebouw, en of dit kan als dit gebouw toebehoort aan iemand die de grondeigenaar niet is.⁹⁹ Daarnaast geeft ze uitsluitsel over de vraag of een incorporatie met de ondergrond vereist is.¹⁰⁰

onder Hoge Raad 20 mei 2011, *Ars Aequi* 2011, 639; H.D. PLOEGER, *Privaatrechtelijke aspecten van de aanleg van boortunnels*, Deventer, Kluwer, 1997, 153; H.D. PLOEGER, “Reactie naar aanleiding van de bijdrage van mr. K.F.M., Berger “Wie is de eigenaar van de kerkbrug in Schipluiden?” in WPNR (1995) 6206”, *WPNR* 1996, 285; K.F.M. BERGER, “Wie is eigenaar van de kerkbrug in Schipluiden?”, *WPNR* 1995, nr. 6206, 884.

⁹⁴ Hoge Raad 20 mei 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP999, op <http://deepink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2011:BP9997>.

⁹⁵ S. BOULY, *De verhouding tussen de opstallen en de grond*, Diss. KU Leuven, 2014, 154; G.E. VAN MAANEN, “De grensoverschrijdende villa. Enkele gedachten over eigendom in deze tijd, naar aanleiding van Hoge Raad 25 juni 2004 en Hoge Raad 28 maart 2008”, noot onder Hoge Raad 25 juni 2004, *NTBR* 2008, afl. 6, 254; J. HIJMA en M.M. OLTHOF, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 141; H.D. PLOEGER, *Horizontale splitsing van eigendom*, Deventer, Kluwer, 1997, 132; H.D. PLOEGER, *Privaatrechtelijke aspecten van de aanleg van boortunnels*, Deventer, Kluwer, 1997, 76.

⁹⁶ S. BOULY, *De verhouding tussen de opstallen en de grond*, Diss. KU Leuven, 2014, 154; C.C. VAN DAM, F.H.J. MIJNSSEN en A.A. VAN VELTEN, 3. *Goederenrecht. Deel 2. Zakelijke rechten*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2002, 102; W.H.M. REEHUIS en A.H.T. HEISTERKAMP, *Deel 3, Goederenrecht*, in *PITLO, Het Nederlands burgerlijk recht*, Deventer, Gouda Quint, 2001, 389.

⁹⁷ Wet van 25 april 2014 houdende diverse bepalingen betreffende Justitie, *B.S.* 14 mei 2014, 39045.

⁹⁸ V. SAGAERT en S. BOULY, “Actuele ontwikkelingen inzake opstal en erfpacht”, in A.-L. VERBEKE en F. BUYSENS, *Notariële actualiteit 2014 – 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 64; C. WILLEMOT, “De oude dame krijgt een facelift – Uitbreiding van het toepassingsgebied van de opstalwet en de relevantie van de wijziging voor de notariële praktijk”, *Not. Fisc. M.* 2014, afl. 9, 222.

⁹⁹ N. CARETTE, “De opstalwet (zowaar) gewijzigd”, *Tijdschrift voor Bouwrecht en Omroerend Goed* 2014, 189; C. WILLEMOT, “De oude dame krijgt een facelift – Uitbreiding van het toepassingsgebied van de opstalwet en de relevantie van de wijziging voor de notariële praktijk”, *Not. Fisc. M.* 2014, afl. 9, 222.

¹⁰⁰ P. LECOCQ en S. BOUFFLETTE, “Les droits réels démembrés au service des parkings privés”, *Revue pratique de l’immobilier* 2015, afl. 1, 60.

24. VEREIST HET OPSTALRECHT EEN VERBINDING MET DE GROND? - De oude Opstalwet omschreef opstal als een recht om constructies op te richten op andermans grond. Hieruit viel af te leiden dat om een recht van opstal te vestigen een materiële verbinding met de grond vereist was. Rechtsleer was het geruime tijd niet over eens of het noodzakelijk was dat de opstal geïncorporeerd was in de grond.¹⁰¹ Voorstanders van dit incorporatievereiste stelden dan ook dat de grondeigenaar enkel een opstalrecht kon verlenen om constructies boven een bestaand gebouw op te richten als hij zijn eigendomsrecht op dat gebouw verloor. Volgens hen moest een opstal zonder uitzondering op de grond gevestigd worden.¹⁰² Het merendeel van de rechtsleer was echter van mening dat een opstalrecht op een gebouw wel mogelijk moest zijn zonder de eigendom van dat gebouw te verliezen.¹⁰³ De wijzigingswet voegt in artikel 1 toe dat een recht van opstal ook mogelijk is voor het oprichten van constructies *boven* andermans grond.¹⁰⁴ Hiermee is het duidelijk dat het incorporatiecriterium niet (meer) aanvaard is. Het is bijgevolg niet noodzakelijk dat de opstal geïncorporeerd is in de grond van grondeigenaar.

25. OPSTAL EN ONDERGRONDSE CONSTRUCTIES - Een tweede belangrijk gevolg van deze wetswijziging is de bevestiging dat Opstalwet ook van toepassing is op ondergrondse constructies. Vroeger was het toepassingsgebied van de Opstalwet met betrekking tot ondergrondse constructies niet duidelijk.¹⁰⁵ Argumenten voor de niet-toepasselijkheid van de wet op constructies in de ondergrond waren voornamelijk van tekstuele aard, zoals de term “op-stal”, en de afwezigheid van een vermelding van ondergrondse constructies in de wet, een strekking ondersteund door de

¹⁰¹ Voorstanders van het incorporatievereiste waren o.m. P. LECOCQ, S. BOUFLETTE, A. SALVE en R. POPA, “Le droit des biens. Les droits réels démembrés.”, in Y.-H. LELEU, *Chroniques Notariales vol. 60*, Brussel, Larcier, 2014, 128; P. LECOCQ “Superficie et emphytéose : questions d’actualité”, in P. LECOCQ en M. PAQUES, *Le point sur le droit des biens, Vol. 42*, in *Commission Université-Palais*, Luik, Edition Formation Permanente CUP, 2000, 138; C. RENARD, “La renonciation à l’accession”, noot onder Cass. 13 mei 1970, *RCJB* 1980, 18. Tegenstanders waren o.m. V. SAGAERT en A. APERS, “Kroniek privaats vastgoedrecht (2010 – 2013)”, in V. SAGAERT, *86, Vastgoedrecht*, in *Themis*, Brugge, Die Keure, 2014, 21; S. SNAET en P. TRUYEN, *Erfpacht en opstal, artikelsgewijze bespreking*, Mechelen, Kluwer, 2011, 84.

¹⁰² C. WILLEMOT, “De oude dame krijgt een facelift – Uitbreiding van het toepassingsgebied van de opstalwet en de relevantie van de wijziging voor de notariële praktijk”, *Not. Fisc. M.* 2014, afl. 9, 224.

¹⁰³ V. SAGAERT en A. APERS, “Kroniek privaats vastgoedrecht (2010 – 2013)”, in V. SAGAERT, *86, Vastgoedrecht*, in *Themis*, Brugge, Die Keure, 2014, 21; S. MOSSELMANS, “Etagegebouwen: opstal versus gedwongen mede-eigendom”, noot onder Cass. 3 april 2009, *TBBR – RGDC* 2010, afl. 10, 508.

¹⁰⁴ S. BOUFLETTE, “Les systèmes dérogatoires aux articles 577-3 et suivants du Code civil”, in L. BARNICH en M. VAN MOLLE, *Les copropriétés. Actualités jurisprudentielles et bilan de 5 années de pratique de la loi du 2 juin 2010*, in *Collection Master en Notariat ULB*, Limal, Anthemis, 2016, 191; V. SAGAERT en S. BOULY, “Actuele ontwikkelingen inzake opstal en erfpacht”, in A.-L. VERBEKE en F. BUYSENS, *Notariële actualiteit 2014 – 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 66.

¹⁰⁵ S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, in *III, Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 283; J. POETS, “Vastgoedtransacties. Vijftig jaar als maximumduur van zelfstandige opstalrechten: een te omzeilen probleem?”, *NJW* 2015, afl. 329, 674; R. TIMMERMANS, “Enkele bedenkingen over horizontale splitsing van eigendom, het zelfstandig recht van opstal, de tijdelijkheid en het verlangen naar eeuwigheid”, *Not. Fisc. M.* 2009, I-2, 39; V. SAGAERT, “Volume-eigendom, een verkenning van de verticale begrenzing van onroerende eigendom”, *TPR* 2009, 61.

Franstalige Kamer van het Comité voor Studie en Wetgeving.¹⁰⁶ Deze strekking baseerde zich op een arrest van het Hof van Cassatie, dat oordeelde dat “*artikel 552 Burgerlijk Wetboek niet impliceert dat een persoon geen eigenaar kan zijn van een kelderverdieping van een onroerend goed, zonder dat de grond zijn eigendom is.*”¹⁰⁷ BOULY wijst er terecht op dat dit arrest nochtans op geen enkele manier bevestigt onder welk regime deze ondergrondse constructies vallen, maar enkel dat een ondergrondse horizontale eigendomssplitsing mogelijk is.¹⁰⁸ Indien ondergrondse constructies niet binnen het toepassingsgebied van de Opstalwet vallen, zou dit grote gevolgen hebben. De tijdsbeperking van 50 jaar zou immers niet gelden voor deze “onderstallen”, en de partijen zouden door het weerleggen van het vermoeden uit artikel 553 Burgerlijk Wetboek een eeuwigdurende ondergrondse horizontale eigendomssplitsing tot stand kunnen brengen.¹⁰⁹ Het voornaamste argument van de auteurs die de Opstalwet wél van toepassing achtten was het arrest van het Hof van Cassatie dat de verzaking aan de natrekking gelijkstelt met de vestiging van een opstalrecht, zonder onderscheid of dit boven of onder de grond is.¹¹⁰ Bovendien verwijzen ze naar de wettelijke bepalingen in andere landen, die ook geen onderscheid maken.¹¹¹ Tot slot argumenteren ze dat er nog andere gevallen zijn waar de wet indien letterlijk gelezen geen betrekking heeft op de ondergrond, maar waarvan de rechtspraak reeds erkend heeft dat ze ook in dat geval geldt.¹¹²

¹⁰⁶ P. LECOQ en S. BOUFFLETTE, “Les droits réels démembrés au service des parkings privés”, *Revue pratique de l’immobilier* 2015, afl. 1, 63; V. SAGAERT en S. BOULY, “De hervorming van de opstalwet: naar een uitbreiding van de stapelingsmogelijkheden”, *RW* 2014-15, 1007; S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, in *III, Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 282; N. JEANMART-VERHEYDEN, “Dossier n° 2002: Possibilité de transférer la propriété d’un espace en sous-sol indépendamment des constructions à ériger au-dessus”, in KONINKLIJKE FEDERATIE VAN HET BELGISCH NOTARIAAT, *Travaux du Comité d’Etudes et de Législation. Verslagen en debatten van het Comité voor Studie en Wetgeving. Jaar 2006-2007*, Brussel, Bruylant, 2008, 30.

¹⁰⁷ Cass. 28 november 1969, *Arr. Cass.* 1969-70, 314; C. WILLEMOT, “De oude dame krijgt een facelift – Uitbreiding van het toepassingsgebied van de opstalwet en de relevantie van de wijziging voor de notariële praktijk”, *Not. Fisc. M.* 2014, afl. 9, 229.

¹⁰⁸ S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, in *III, Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 284.

¹⁰⁹ V. SAGAERT en S. BOULY, “De hervorming van de opstalwet: naar een uitbreiding van de stapelingsmogelijkheden”, *RW* 2014-15, 1007; C. WILLEMOT, “De oude dame krijgt een facelift – Uitbreiding van het toepassingsgebied van de opstalwet en de relevantie van de wijziging voor de notariële praktijk”, *Not. Fisc. M.* 2014, afl. 9, 228.

¹¹⁰ Cass. 19 mei 1988, *Arr. Cass.* 1987-88, 1230; V. SAGAERT en S. BOULY, “De hervorming van de opstalwet: naar een uitbreiding van de stapelingsmogelijkheden”, *RW* 2014-15, 1007; V. SAGAERT, “Volume-eigendom, een verkenning van de verticale begrenzing van onroerende eigendom”, *TPR* 2009, 62; A. VAN OEVELEN, “Actuele ontwikkelingen inzake het recht van erfpacht en het recht van opstal”, in X, *Het Zakenrecht: Absoluut niet een rustig bezit*, in *XVIII^o Postuniversitaire Cyclus Willy Deba 1991 – 1992*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1992, 370.

¹¹¹ Zo bepaalt het Nederlandse Burgerlijk Wetboek dat het recht van opstal het recht is om in, op of boven een onroerende zaak eigendom te hebben, zie artikel 5:101 NBW.

¹¹² Met name artikel 682 Burgerlijk Wetboek betreffende het recht van uitweg. Cass. 1 maart 1996, *Arr. Cass.* 1996, 212; V. SAGAERT en S. BOULY, “De hervorming van de opstalwet: naar een uitbreiding van de stapelingsmogelijkheden”, *RW* 2014-15, 1007.

De hervormde Opstalwet is duidelijk ook van toepassing op de ondergrond.¹¹³ Ze maakt uitdrukkelijk melding van constructies *onder* de grond, waardoor een grondeigenaar niet noodzakelijk eigenaar is van zijn ondergrond, maar dat deze eigendomssplitsing maximaal 50 jaar duurt.¹¹⁴

b. Beantwoorden eerste subonderzoeksvraag

26. EERSTE SUBONDERZOEKSVRAAG - Wat is de betekenis van de vernieuwde Opstalwet voor het realiseren van eigendomsvolumes?

27. DUIDELIJKHEID, GEEN VERREGAANDE VERNIEUWINGEN - De vernieuwde Opstalwet heeft een einde gemaakt aan verschillende discussies en duidelijkheid gebracht. Zo staat het nu vast dat de Opstalwet ook van toepassing is op ondergrondse constructies, en dat een opstal niet noodzakelijk een rechtstreekse verbinding met de grond moet hebben. Enerzijds heeft dit tot gevolg dat het voor ondergrondse volumes niet mogelijk is een eeuwigdurend zelfstandig opstalrecht te vestigen. Anderzijds is de bevestiging dat een opstal ook mogelijk is boven een andere constructie een uitbreiding van de stapelingsmogelijkheden van volumes. Bovendien kan een beperkt zakelijk gerechtigde nu ook een opstalrecht toestaan.¹¹⁵ De vraag blijft of de wetgever ver genoeg gegaan is en of hij de tijdsbeperking niet beter had afgeschaft. Deze tijdsbeperking was, en blijft dus nog steeds de grootste beperking voor het realiseren van volume-eigendom. Om een langdurige horizontale eigendomssplitsing tot stand te brengen gebruikt de Belgische rechtspraak dus veelal een accessoir opstalrecht, wat betekent dat er steeds een hoofdrecht gevestigd moet worden. Op de vraag welk hoofdrecht in België het meest geschikt is voor deze constructies gaat dit artikel later in.¹¹⁶

¹¹³ S. BOUFLETTE, "Les systèmes dérogatoires aux articles 577-3 et suivants du Code civil", in L. BARNICH en M. VAN MOLLE, *Les copropriétés. Actualités jurisprudentielles et bilan de 5 années de pratique de la loi du 2 juin 2010*, in *Collection Master en Notariat ULB*, Limal, Anthemis, 2016, 192; S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, in *III, Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 282.

¹¹⁴ Artikel 1 van de wet van 10 januari 1824, recent gewijzigd door de wet van 25 april 2014, *B.S.* 14 mei 2014; V. SAGAERT en S. BOULY, "Actuele ontwikkelingen inzake opstal en erfpacht", in A.-L. VERBEKE en F. BUYSSENS, *Notariële actualiteit 2014 – 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 69; M.E. STORME, *Erfpacht en opstalrecht*, 2015, 30 en 47, <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/ZCR-erfpachtopstal.pdf>, laatst geraadpleegd op 17 april 2016.

¹¹⁵ Dit was vroeger immers niet algemeen aanvaard. Zie J. VERSTAPPEN, *Erfpacht, opstal en vruchtgebruik*, Brussel, Larcier, 2004, 30.

¹¹⁶ Zie randnummer 29.

2. HET RECHT VAN OVERBOUW EN STEUN ALS BASIS VOOR GELAAGD EN PERCEELSOVERSCHRIJDEND BOUWEN

2.1. GEBRUIK VAN HET ACCESSOIR OPSTALRECHT

28. RECHT VAN OVERBOUW EN STEUN - Voor een algemeen begrip van (het recht van) overbouw en steun kan worden verwezen naar het eerste deel van dit artikel.¹¹⁷ Recent heeft het Belgisch Hof van Cassatie nog bevestigd dat de titularis van een recht van overbouw eigenaar blijft van de perceelsoverschrijdende constructie waartoe hij krachtens zijn recht de bevoegdheid tot oprichting voor had.¹¹⁸ De bouwheer heeft met andere woorden een accessoir opstalrecht verbonden aan zijn recht van overbouw en steun.

29. BEPALEN HOOFDRECHT - Een recht van een overbouw impliceert een accessoir opstalrecht. Het blijft dan nog de vraag van welk recht dit opstalrecht een *accessorium* moet zijn. Bij de keuze van dit hoofdrecht moet rekening gehouden worden met de duur waarvoor het kan bestaan, en de kost die dergelijk recht met zich mee brengt.

30. ERFPACHT ALS HOOFDRECHT - De vestiging van een erfpacht zou al een goede keuze zijn. Erfpacht is een tijdelijk zakelijk genotsrecht op andermans onroerend goed.¹¹⁹ De erfpacht geeft aan de erfpachter het volle genot van het goed, zoals de eigenaar, met als wettelijke voorwaarde dat de waarde van het goed niet mag verminderen.¹²⁰ De erfpachter is door zijn accessoir opstalrecht eigenaar van de constructies die hij binnen zijn erfpachtersbevoegdheid opricht.¹²¹ De duurtijd van erfpacht bedraagt 21 tot

¹¹⁷ Zie randnummer 10.

¹¹⁸ Cass. 12 juni 2014, *Arr. Cass.* 2014, 1471, *RW* 2014-15, nr. 23, 905, met noot V. SAGAERT; K. SWINNEN, “Mogelijkheden en beperkingen van erfdiensbaarheden”, in K. SWINNEN, M. MUYLLE, G. BAELE, C. BUGGENHOUDT, M. DEWEIRDT, J. GEENS, S. VERBIST, T. VERMEIR en S. WYNANT, *I. Zakenrecht, Erfdiensbaarheden*, in *Studies Privaatrecht*, Brugge, Die Keure, 2016, 18. Zie ook randnummer 56.

¹¹⁹ V. SAGAERT, *V. Goederenrecht*, in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 551; A. VERBEKE en S. SNAET, “Meccano-goederenrecht”, in W. PINTENS, A. ALEN, E. DIRIX en P. SENAËVE, *Vigilantibus ius scriptum, Feestbundel Hugo Vandenberghe*, Brugge, Die Keure, 2007, 378.

¹²⁰ Artikel 1 Wet van 10 januari 1824 over het recht van erfpacht, *Journal officiel du Royaume des Pays-Bas*, XIX, nr. 14 van 1824; C. MOSTIN, *Emphytéose et superficie*, in *Répertoire Notarial, Tome II – Les Biens*, 6, 1 et 2, Brussel, Larcier, 2015, 121; V. SAGAERT, *V. Goederenrecht*, in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 577; G. BLOCKX, F. LENS en L. WYNANT, *Erfpacht, opstal en erfdiensbaarheden*, in *Reeks Notariële Praktijkstudies*, Mechelen, Kluwer, 2006, 13; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité Élémentaire de droit civil belge, Tome VI, Les Biens 2, Les Suretés 1*, Brussel, Bruylant, 1953, 596.

¹²¹ V. SAGAERT, *V. Goederenrecht*, in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 571; P. LECOCQ, S. BOUFLETTE, A. SALVÉ en R. POPA, “Le droit des biens. Les droits réels démembrés.”, in Y.-H. LELEU, *Chroniques Notariales vol. 60*, Brussel, Larcier, 2014, 141; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité Élémentaire de droit civil belge, Tome VI, Les Biens 2, Les Suretés 1*, Brussel, Bruylant, 1953, 606.

99 jaar.¹²² Dit is bijna het dubbele van de maximale duurtijd van het recht van opstal, en het hierboven aangehaald probleem van de duurtijdbeperking is hiermee deels opgelost. Wel moet de erfpachter verplicht een canon betalen, aangezien dit een van de wezenskenmerken van erfpacht is.¹²³ Toch is het duidelijk dat dit niet de perfecte keuze is. Na 99 jaar vervalt het recht en dus ook het accessoire recht van opstal. Een praktisch voorbeeld van het gebruik van het recht van erfpacht voor het totstandbrengen van een langdurige horizontale eigendomssplitsing is de Université Catholique de Louvain-La-Neuve, waar de universiteit als grondeigenaar aan de gemeente een erfpachtrecht heeft toegekend om een stadskern te kunnen uitbouwen.¹²⁴

Net zoals in het geval van het recht van opstal is het recht van erfpacht in het Nederlands recht veel soepeler. Ook hier krijgt de erfpachter het volle genot van het goed¹²⁵, maar zijn partijen vrij in het bepalen van de duurtijd, zodat de erfpacht ook eeuwigdurend kan zijn.¹²⁶ Het betalen van een canon is er overigens geen verplichting.¹²⁷

De Franse *bail emphytéotique* en *bail à construction* zijn vergelijkbaar met de Belgische erfpacht. Partijen gaan de *bail emphytéotique* aan om de waarde van de grond te verhogen, door onder meer constructies op te richten.¹²⁸ In geval van een *bail à construction* heeft de pachter de wettelijke verplichting om constructies op de grond van de eigenaar op te richten en deze gedurende de

¹²² Artikel 2 Erfpachtwet; V. SAGAERT en S. BOULY, "Actuele ontwikkelingen inzake opstal en erfpacht", in A.-L. VERBEKE en F. BUYSSENS, *Notariële actualiteit 2014 – 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 82; J. POETS, "Vastgoedtransacties. Vijftig jaar als maximumduur van zelfstandige opstalrechten: een te omzeilen probleem?", *NJW* 2015, afl. 329, 672; In Frankrijk is de minimale duurtijd iets korter, namelijk 18 jaar. Zie C. ATIAS, *Manuel Droit Civil: Les biens*, Parijs, LexisNexis, 2014, 307; F. TERRE en P. SIMLER, *Droit civil; Les biens, Précis*, Parijs, Dalloz, 2010, 820.

¹²³ Brussel 29 april 1914, *Pas.* 1914, II, 204; C. MOSTIN, *Emphythéose et superficie*, in *Répertoire Notarial, Tome II – Les Biens*, 6, 1 et 2, Brussel, Larcier, 2015, 121; F. TERRÉ en P. SIMLER, *Droit civil; Les biens, Précis*, Parijs, Dalloz, 2010, 820; G. BLOCKX, F. LENS en L. WYNANT, *Erfpacht, opstal en erfdienstbaarheden*, in *Reeks Notariële Praktijkstudies*, Mechelen, Kluwer, 2006, 20 en 27; De wezenlijke aard van dit vereiste is echter betwist door bepaalde rechtsleer. Zie M.E. STORME, *Erfpacht en opstalrecht*, 2015, 8, <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/ZCR-erfpachtopstal.pdf>, laatst geraadpleegd op 17 april 2016.

¹²⁴ V. SAGAERT, *De vergeten dimensie van het eigendomsrecht. Openingsrede op de Plechtige Openingszitting van het 114e werkjaar van de Balie van Brussel*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 16.

¹²⁵ W.H.M. REEHUIS en A.H.T. HEISTERKAMP, *Goederenrecht*, in *PITLO, Deel 3, Het Nederlands burgerlijk recht*, Deventer, Kluwer, 2012, 473; C.C. VAN DAM, F.H.J. MIJNSSSEN en A.A. VAN VELTEN, 3. *Goederenrecht. Deel 2. Zakelijke rechten*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2002, 236.

¹²⁶ Artikel 5:86 Nederlands Burgerlijk Wetboek; W.H.M. REEHUIS en A.H.T. HEISTERKAMP, *Goederenrecht*, in *PITLO, Deel 3, Het Nederlands burgerlijk recht*, Deventer, Kluwer, 2012, 402.

¹²⁷ C.C. VAN DAM, F.H.J. MIJNSSSEN en A.A. VAN VELTEN, 3. *Goederenrecht. Deel 2. Zakelijke rechten*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2002, 236; W.H.M. REEHUIS en A.H.T. HEISTERKAMP, *Deel 3, Goederenrecht*, in *PITLO, Het Nederlands burgerlijk recht*, Deventer, Gouda Quint, 2001, 457.

¹²⁸ C. ATIAS, *Manuel Droit Civil: Les biens*, Parijs, LexisNexis, 2014, 307; F. TERRE en P. SIMLER, *Droit civil; Les biens, Précis*, Parijs, Dalloz, 2006, 804; P. THERY, PH. MALAURIE en L. AYNES, *Droit Civil: Les Biens. La Publicité Foncière*, Parijs, Editions Cujas, 1998, 89.

termijn van de overeenkomst in goede staat te houden.¹²⁹ In beide gevallen bedraagt de duurtijd 18 tot 99 jaar.¹³⁰ Gedurende de overeenkomst blijft de pachter eigenaar van de door hem opgerichte constructies.¹³¹ In Nederland en Frankrijk zijn deze figuren zoals reeds vermeld echter niet nodig om een langdurige eigendomssplitsing tot stand te brengen.¹³²

2.2. DE ERFDIENSTBAARHEID VAN OVERBOUW EN STEUN

31. INLEIDING - Zoals hieronder zal blijken is een erfdiensbaarheid het meest geschikte recht voor de vestiging van een accessoir opstalrecht. Aangezien deze rechtsfiguur toch enkele beperkingen met zich meebrengt, is een bespreking van haar kenmerken nodig. Deze beperkingen houden immers verband met haar wezenskenmerken.

2.2.1. Korte beschrijving van de kenmerken van erfdiensbaarheden

32. WETTELIJKE VERANKERING VAN DE ERFDIENSTBAARHEID - Artikel 637 Burgerlijk Wetboek definieert een erfdiensbaarheid als *een last op een erf gelegd tot gebruik en tot nut van een erf dat aan een andere eigenaar toebehoort*. Het Nederlands recht en Frans recht hanteren een nagenoeg¹³³ identieke definitie.¹³⁴

33. EIGENSCHAPPEN VAN DE ERFDIENSTBAARHEID - Een erfdiensbaarheid is een zakelijk recht.¹³⁵ Zoals de definitie aangeeft, vestigt een erfdiensbaarheid een last op een erf, het lijdend erf genoemd.¹³⁶ Deze last is voordelig aan een

¹²⁹ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI en J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les biens*, Parijs, LGDJ Lextenso éditions, 2012, 334; F. TERRE en P. SIMLER, *Droit civil; Les biens, Précis*, Parijs, Dalloz, 2006, 808.

¹³⁰ J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI en J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les biens*, Parijs, LGDJ Lextenso éditions, 2012, 333 – 334; F. TERRE en P. SIMLER, *Droit civil; Les biens, Précis*, Parijs, Dalloz, 2006, 804 en 808; P. THERY, PH. MALAURIE en L. AYNES, *Droit Civil: Les Biens. La Publicité Foncière*, Parijs, Editions Cujas, 1998, 89.

¹³¹ P. MALAURIE en L. AYNES, *Les biens*, in P. MALAURIE en L. AYNES, *Collection droit civil*, Parijs, LGDJ Lextenso Editions, 2015, 310; S. BOULY, *Omroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, in *III, Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 355; M.-L. MATHIEU, *Droit civil. Les Biens*, Parijs, Sirey Dalloz, 2013, 249 en 252; S. DRUFFIN – BRICCA en L.-C. HENRY, *Droits des biens, 5ième édition*, in *Mémentos LMD*, Parijs, Gualino Lextenso Editions, 2013, 90 – 91.

¹³² Zie randnummers 13 en 14.

¹³³ Voor een belangrijke nuance over het begrip “erf”, zie randnummers 47 en 48.

¹³⁴ Zie artikel 5:70, 1° Nederlands Burgerlijk Wetboek en artikel 637 Code Civil.

¹³⁵ K. SWINNEN, “Mogelijkheden en beperkingen van erfdiensbaarheden”, in K. SWINNEN, M. MUYLLE, G. BAELDE, C. BUGGENHOUDT, M. DEWEIRD, J. GEENS, S. VERBIST, T. VERMEIR en S. WYNANT, *Erfdiensbaarheden*, in *Studies Privaatrecht*, Brugge, Die Keure, 2016, 27; R. DEKKERS en E. DIRIX, *Handboek Burgerlijk Recht, Deel II, Zakenrecht, zekerheden, verjaring*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 251; C.C. VAN DAM, F.H.J. MIJNSSEN en A.A. VAN VELTEN, 3. *Goederenrecht. Deel 2. Zakelijke rechten*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2002, 195; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité Élémentaire de droit civil belge, Tome VI, Les Biens 2, Les Suretés I*, Brussel, Bruylant, 1953, 409.

¹³⁶ V. DEFRAITEUR, *Les Servitudes*, in *Droit Notarial*, Waterloo, Kluwer, 2015, 3; V. SAGAERT en A. APERS, “Kroniek privaot vastgoedrecht (2010 – 2013)”, in V. SAGAERT, *86, Vastgoedrecht*, in *Themis*, Brugge, Die Keure, 2014, 12; W.H.M. REEHUIS en A.H.T. HEISTERKAMP, *Goederenrecht*, in *PITLO, Deel 3, Het Nederlands burgerlijk recht*, Deventer, Kluwer, 2012, 452; P. MALAURIE en L. AYNES, *Les Biens*, Parijs, Defrénois – Lextenso éditions, 2010, 333; A. LIMPENS, *Handboek der*

ander erf, het heersend erf.¹³⁷ Een erfdiensbaarheid creëert enkel een passieve en geen positieve verplichting voor de eigenaar van het lijdend erf, met name zich te onthouden van bepaalde handelingen of andermans handelingen te gedogen.¹³⁸ Bovendien mag de eigenaar van het heersend erf geen handelingen stellen die de last op het lijdend erf zouden verzwaren.¹³⁹ Deze erfdiensbaarheid verschaft een voordeel dat rechtstreeks en onmiddellijk nuttig is voor het gebruik van het heersend erf, maar zonder dat ze noodzakelijk moet zijn.¹⁴⁰ Uiteraard moeten beide erven een andere eigenaar hebben.¹⁴¹ Bovendien is het een onroerend zakelijk recht dat bijgevolg gekoppeld is aan het erf waarop het gevestigd is.¹⁴² De erfdiensbaarheid is onlosmakelijk verbonden met het erf en duurt voort zolang het erf bestaat of zolang de eigenaar van het heersend erf niet akkoord

erfdienstbaarheden, Antwerpen, Standaard Boekhandel, 1955, 12; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité Élémentaire de droit civil belge, Tome VI, Les Biens 2, Les Suretés 1*, Brussel, Bruylant, 1953, 405..

¹³⁷ Artikel 637 Burgerlijk Wetboek; K. SWINNEN, “Mogelijkheden en beperkingen van erfdiensbaarheden”, in K. SWINNEN, M. MUYLLE, G. BAELE, C. BUGGENHOUDT, M. DEWEIRDT, J. GEENS, S. VERBIST, T. VERMEIR en S. WYNANT, *I. Zakenrecht, Erfdiensbaarheden*, in *Studies Privaatrecht*, Brugge, Die Keure, 2016, 12; P. BEAUVARLET, *Les Servitudes*, in *Expertise Notariale*, Parijs, Defrénois, 2013, 17; C.C. VAN DAM, F.H.J. MIJNSSEN en A.A. VAN VELTEN, 3. *Goederenrecht. Deel 2. Zakelijke rechten*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2002, 196.

¹³⁸ V. SAGAERT, *V. Goederenrecht*, in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 449; N. BERNARD, *Précis de droit des biens*, Limal, Anthemis, 2013, 445; F. TERRÉ en P. SIMLER, *Droit civil; Les biens, Précis*, Parijs, Dalloz, 2010, 763; K. SWINNEN, “Het nutsvereiste bij erfdiensbaarheden”, noot onder Cass. 30 november 2007, *RW* 2008-09, 1049; G. BLOCKX, F. LENS en L. WYNANTS, *Erfpacht, opstal en erfdiensbaarheden*, Antwerpen, Kluwer, 2006, 301; W. J. M. DAVIDS, 13. *Burenrecht, mandeligheid en erfdiensbaarheden*, in *Serie recht en praktijk*, Deventer, Kluwer, 1988, 139; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité Élémentaire de droit civil belge, Tome VI, Les Biens 2, Les Suretés 1*, Brussel, Bruylant, 1953, 401; L. LINDEMANS, *Erfdiensbaarheden*, in *APR*, Brussel, Larcier, 1958, 57; H. COUSY, J. J. COUTURIER, R. VEKEMAN en J. H. HERBOTS, *Het onroerend goed in de praktijk, Deel I, Zakenrecht*, Antwerpen, Kluwer, I.M.3 – 8.

¹³⁹ V. DEFRAITEUR, *Les Servitudes*, in *Droit Notarial*, Waterloo, Waterlo, 2015, 116; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI en J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les biens*, Parijs, LGDJ Lextenso éditions, 2012, 410.

¹⁴⁰ Cass. 30 november 2007, met noot K. SWINNEN, *RW* 2008-09, 1047 – 1051; Cass. 21 september 2001, *JLMB* 2002, 1045; Cass. 16 mei 1952, *Arr. Cass.* 1952, 518; Vred. Leuven 4 november 2003, *T. App. – R.C.D.I.* 2004, afl. 3, 33; V. DEFRAITEUR, *Les Servitudes*, in *Droit Notarial*, Waterloo, Kluwer, 2015, 93; P. MALAURIE en L. AYNES, *Les Biens*, Parijs, Defrénois – Lextenso éditions, 2010, 339 – 341; K. SWINNEN, “Het nutsvereiste bij erfdiensbaarheden”, noot onder Cass. 30 november 2007, *RW* 2008-09, 1048; G. FOREST, “Usucapion d’une servitude de surplomb”, noot onder Cass. fr. 12 maart 2008, *Recueil Dalloz* 2008, 919; G.J.A. BAERT, *Privaatrechtelijk bouwrecht*, Brussel, E. Story Scientia, 1989, 203; W. J. M. DAVIDS, 13. *Burenrecht, mandeligheid en erfdiensbaarheden*, in *serie recht en praktijk*, Deventer, Kluwer, 1988, 136; L. LINDEMANS, *Erfdiensbaarheden*, in *APR*, Brussel, Larcier, 1958, 67.

¹⁴¹ P. BEAUVARLET, *Les Servitudes*, in *Expertise Notariale*, Parijs, Defrénois, 2013, 14; V. SAGAERT en A. VERBEKE, *Goederenrecht*, 52, in *Themis*, Brugge, Die Keure, 2009, 32; C.C. VAN DAM, F.H.J. MIJNSSEN en A.A. VAN VELTEN, 3. *Goederenrecht. Deel 2. Zakelijke rechten*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2002, 199.

¹⁴² K. SWINNEN, “Mogelijkheden en beperkingen van erfdiensbaarheden”, in K. SWINNEN, M. MUYLLE, G. BAELE, C. BUGGENHOUDT, M. DEWEIRDT, J. GEENS, S. VERBIST, T. VERMEIR en S. WYNANT, *Erfdiensbaarheden*, in *Studies Privaatrecht*, Brugge, Die Keure, 2016, 27; V. SAGAERT en K. SWINNEN, *Privaatrechtelijke erfdiensbaarheden door het oog van de 21ste eeuw*, in *Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier*, Brussel, Larcier, 2012, 6; F. TERRÉ en P. SIMLER, *Droit civil; Les biens, Précis*, Parijs, Dalloz, 2010, 767; C.C. VAN DAM, F.H.J. MIJNSSEN en A.A. VAN VELTEN, 3. *Goederenrecht. Deel 2. Zakelijke rechten*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2002, 197.

is met de opheffing ervan.¹⁴³ Dit in principe eeuwigdurende karakter is de sleutel tot het recht van overbouw.¹⁴⁴

34. TOTSTANDKOMING VAN DE ERFDIENSTBAARHEID - Een erfdiensbaaerheid kan op drie wijzen tot stand komen.¹⁴⁵ Ten eerste zijn er de natuurlijke erfdiensbaaerheden, ontstaan door de ligging van een erf.¹⁴⁶ Een tweede mogelijkheid is dat de wetgever de erfdiensbaaerheid vestigt.¹⁴⁷ Ten slotte zijn er de erfdiensbaaerheden gevestigd door de wil van de mens. Dit zijn de erfdiensbaaerheden die veelal gebruikt worden bij het vestigen van een recht van overbouw. Het zijn erfdiensbaaerheden die gevestigd zijn door particulieren dankzij de verkrijging van een titel, door bestemming van de huisvader, of door verjaring.¹⁴⁸

35. DUUR EN TENIETGAAN VAN DE ERFDIENSTBAARHEID - In principe is een erfdiensbaaerheid eeuwigdurend, en gaat ze dus niet teniet.¹⁴⁹ Het is evenwel mogelijk dat de eigenaar van het heersend erf afstand doet van een erfdiensbaaerheid.¹⁵⁰ In het geval beide erven in eigendom van één persoon

¹⁴³ P. LECOCQ en S. BOUFFLETTE, “Les droits réels démembrés au service des parkings privés”, *Revue pratique de l’immobilier* 2015, afl. 1, 88; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI en J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les biens*, Parijs, LGDJ Lextenso éditions, 2012, 376; L. LINDEMANS, *Erfdiensbaaerheden*, in *APR*, Brussel, Larcier, 1958, 20; A. LIMPENS, *Handboek der erfdiensbaaerheden*, Antwerpen, Standaard Boekhandel, 1955, 26; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité Élémentaire de droit civil belge, Tome VI, Les Biens 2, Les Suretés 1*, Brussel, Bruylant, 1953, 409.

¹⁴⁴ K. SWINNEN, “Mogelijkheden en beperkingen van erfdiensbaaerheden”, in K. SWINNEN, M. MUYLLE, G. BAELDE, C. BUGGENHOUDT, M. DEWEIRDT, J. GEENS, S. VERBIST, T. VERMEIR en S. WYNANT, *Erfdiensbaaerheden*, in *Studies Privaatrecht*, Brugge, Die Keure, 2016, 28 – 29; J. POETS, “Vastgoedtransacties. Vijftig jaar als maximumduur van zelfstandige opstalrechten: een te omzeilen probleem?”, *NJW* 2015, afl. 329, 673.

¹⁴⁵ W.H.M. REEHUIS en A.H.T. HEISTERKAMP, *Goederenrecht*, in *PITLO, Deel 3, Het Nederlands burgerlijk recht*, Deventer, Kluwer, 2012, 466; P. MALAURIE en L. AYNÈS, *Les Biens*, Parijs, Defrénois – Lextenso éditions, 2010, 353; F. TERRÉ en P. SIMLER, *Droit civil: Les biens, Précis*, Parijs, Dalloz, 2010, 775; V. SAGAERT en K. VANHOVE, “Bouwen en zakenrecht”, in K. DEKETELAERE, M. SCHOUPS en A. VERBEKE, *Handboek Bouwrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 336; W. J. M. DAVIDS, *13, Burenrecht, mandeligheid en erfdiensbaaerheden*, in *serie recht en praktijk*, Deventer, Kluwer, 1988, 154; L. LINDEMANS, *Erfdiensbaaerheden*, in *APR*, Brussel, Larcier, 1958, 189.

¹⁴⁶ Voor een bespreking, zie N. BERNARD, *Précis de droit des biens*, Limal, Anthemis, 2013, 451.

¹⁴⁷ V. SAGAERT “Actuele ontwikkelingen inzake erfdiensbaaerheden”, in *34. Zakenrecht in Themis*, Brugge, Die Keure, 2006, 57.

¹⁴⁸ V. SAGAERT, “Actuele ontwikkelingen inzake erfdiensbaaerheden”, in H. VANDENBERGHE, *34. Zakenrecht in Themis*, Brugge, Die Keure, 2006, 59; G.J.A. BAERT, *Privaatrechtelijk bouwrecht*, Brussel, E. Story Scientia, 1989, 208; Voor een zeer uitgebreide bespreking van de vestiging van erfdiensbaaerheden, zie G. BLOCKX, F. LENS en L. WYNANTS, *Erfpacht, opstal en erfdiensbaaerheden*, in *Notariële Praktijkstudies*, Antwerpen, Kluwer, 2006, 165-265; W.H.M. REEHUIS en A.H.T. HEISTERKAMP, *Deel 3, Goederenrecht*, in *PITLO, Het Nederlands burgerlijk recht*, Deventer, Gouda Quint, 2001, 449. Voor een bijzondere wijze van totstandkoming in verband met een recht van overbouw in het Nederlandse recht, zie randnummer 75.

¹⁴⁹ K. SWINNEN, “Mogelijkheden en beperkingen van erfdiensbaaerheden”, in K. SWINNEN, M. MUYLLE, G. BAELDE, C. BUGGENHOUDT, M. DEWEIRDT, J. GEENS, S. VERBIST, T. VERMEIR en S. WYNANT, *Erfdiensbaaerheden*, in *Studies Privaatrecht*, Brugge, Die Keure, 2016, 28; J.G. GRÄLER, *Losdelig Handboek B27: Mandeligheid en erfdiensbaaerheden*, in *Monografieën BW*, Deventer, Kluwer, 2014, 82; P. BEAUVARLET, *Les Servitudes*, in *Expertise Notariale*, Parijs, Defrénois, 2013, 27; A. LIMPENS, *Handboek der erfdiensbaaerheden*, Antwerpen, Standaard Boekhandel, 1955, 28.

¹⁵⁰ N. BERNARD, *Précis de droit des biens*, Limal, Anthemis, 2013, 489; C.C. VAN DAM, F.H.J. MIJNSSEN en A.A. VAN VELTEN, *3. Goederenrecht. Deel 2. Zakelijke rechten*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2002, 221; P. JOURDAIN, *Les*

komen gaat de erfdiensbaarheid krachtens artikel 703 Burgerlijk Wetboek teniet door vermenging.¹⁵¹ Ook het verlies van haar nut kan op vraag van de eigenaar van het lijdend erf leiden tot het tenietgaan van een erfdiensbaarheid.¹⁵² Tenslotte kan ze tenietgaan door bevrijdende verjaring.¹⁵³

2.2.2. De erfdiensbaarheid van overbouw als basis voor gelaagd bouwen

a. De werking van de erfdiensbaarheid van overbouw/steun

36. DE KERN VAN HET RECHT VAN OVERBOUW - Doordat de erfdiensbaarheid in principe een eeuwigdurend recht is, zal ook een daaraan gekoppeld accessoir opstalrecht eeuwigdurend zijn.¹⁵⁴ Partijen die een erfdiensbaarheid vestigen op een erf om een bepaalde constructie vanuit een ander erf te gedogen, vestigen aldus een accessoir opstalrecht, of, in Nederland, verlenen op die manier een bevoegdheid tot bouwen.¹⁵⁵

b. Bijkomende erfdiensbaarheden

37. DE BIJKOMENDE ERFDIENSTBAARHEID NON ALTIUS TOLLENDI OF BOUWVERBOD - Elke erfdiensbaarheid impliceert ook de accessoire erfdiensbaarheden noodzakelijk (en dus niet slechts faciliterend) voor het gebruik van de hoofderfdiensbaarheid.¹⁵⁶ Naast het recht om over het lijdend erf heen te bouwen, impliceert deze erfdiensbaarheid ook de erfdiensbaarheid “*non aedificandi*” (bouwverbod) of minstens “*non altius*

Biens, in G. MARTY en P. RAYNAUD, *Droit Civil*, Parijs, Dalloz, 1995, 226; W. J. M. DAVIDS, *13. Burenrecht, mandeligheid en erfdiensbaarheden*, in *serie recht en praktijk*, Deventer, Kluwer, 1988, 169.

¹⁵¹ V. SAGAERT en K. SWINNEN, *Privaatrechtelijke erfdiensbaarheden door het oog van de 21ste eeuw*, in *Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier*, Brussel, Larcier, 2012, 106.

¹⁵² 710bis BW; K. SWINNEN, “Mogelijkheden en beperkingen van erfdiensbaarheden”, in K. SWINNEN, M. MUYLLE, G. BAELE, C. BUGGENHOUDT, M. DEWEIRD, J. GEENS, S. VERBIST, T. VERMEIR en S. WYNANT, *I. Zakenrecht, Erfdiensbaarheden*, in *Studies Privaatrecht*, Brugge, Die Keure, 2016, 25.

¹⁵³ J. POETS, “Vastgoedtransacties. Vijftig jaar als maximumduur van zelfstandige opstalrechten: een te omzeilen probleem?”, *NJW* 2015, afl. 329, 673; V. SAGAERT en K. SWINNEN, *Privaatrechtelijke erfdiensbaarheden door het oog van de 21ste eeuw*, in *Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier*, Brussel, Larcier, 2012, 104; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI en J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les biens*, Parijs, LGDJ Lextenso éditions, 2012, 397; C.C. VAN DAM, F.H.J. MIJNSSEN en A.A. VAN VELTEN, *3. Goederenrecht. Deel 2. Zakelijke rechten*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2002, 222.

¹⁵⁴ K. SWINNEN, “Mogelijkheden en beperkingen van erfdiensbaarheden”, in K. SWINNEN, M. MUYLLE, G. BAELE, C. BUGGENHOUDT, M. DEWEIRD, J. GEENS, S. VERBIST, T. VERMEIR en S. WYNANT, *I. Zakenrecht, Erfdiensbaarheden*, in *Studies Privaatrecht*, Brugge, Die Keure, 2016, 17; V. SAGAERT, “Volume-eigendom, een verkenning van de verticale begrenzing van onroerende eigendom”, *TPR* 2009, 58.

¹⁵⁵ Hoge Raad 28 oktober 1994, *NJ* 1995, 96; J. HIJMA en M.M. OLTROF, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer, Kluwer, 2008, 141; H.D. PLOEGER, *Horizontale splitsing van eigendom*, Deventer, Kluwer, 1997, 132.

¹⁵⁶ P. LECOCQ en S. BOUFLETTE, “Les droits réels démembrés au service des parkings privés”, *Revue pratique de l'immobilier* 2015, afl. 1, 88; V. SAGAERT, *V. Goederenrecht*, in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen Kluwer, 2014, 48; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI en J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les biens*, Parijs, LGDJ Lextenso éditions, 2012, 405.

tollendi”.¹⁵⁷ De erfdienstbaarheid *non altius tollendi* houdt in dat de eigenaar van het heersend erf de oprichting van een bouwwerk op het lijdend erf over een bepaalde hoogtegrens kan beletten.¹⁵⁸ De grondeigenaar kan dus niet meer bouwen op de ruimte waarop het recht van overbouw betrekking heeft.

c. De beperkte mogelijkheden voor het bouwen van volume-percelen

38. DEFINITIE VOLUME-PERCEEL - De kern van dit artikel handelt over het gebruik van de erfdienstbaarheid van overbouw voor het totstandbrengen van gelaagd bouwen en het oprichten van volume-percelen. Vooreerst is het noodzakelijk een goede definitie van de term “volume-perceel” te geven.¹⁵⁹ SAGAERT definieert een volume-perceel als “*de opsplitsing van het eigendomsrecht van een gebouw in verschillende delen die zowel verticaal als horizontaal zijn begrensd, zich zowel boven als onder de grondoppervlakte kunnen bevinden, en elk zelfstandig bereikbaar zijn*”.¹⁶⁰

39. VOORWAARDEN - Deze definitie impliceert dat om van volume-eigendom te kunnen spreken, voldaan moet zijn aan enkele voorwaarden.¹⁶¹ Ten eerste moeten de verschillende volumes bouwkundig naast, op of tegen elkaar rusten.¹⁶² Ten tweede moeten de verschillende volumes allemaal verankerd zijn op één enkel kernperceel.¹⁶³ Als derde voorwaarde geldt dat elk volume een eigen opgang moet hebben.¹⁶⁴ Tot slot mogen er geen gemeenschappelijke delen zijn, om de dwingende toepassing van de Appartementswet te vermijden.¹⁶⁵

¹⁵⁷ V. SAGAERT en S. BOULY, “Actuele ontwikkelingen inzake opstal en erfpacht”, in A.-L. VERBEKE en F. BUYSSENS, *Notariële actualiteit 2014 – 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 76; G.J.A. BAERT, *Privaatrechtelijk bouwrecht*, Brussel, E. Story Scientia, 1989, 227; L. LINDEMANS, *Erfdienstbaarheden*, in *APR*, Brussel, Larcier, 1958, 136.

¹⁵⁸ R. TIMMERMANS, “Actio negatoria en confessoria bij appartementsgebouwen: eenvoudig ontkennen of erkennen van een servitutentitel volstaat niet”, *T.App. – R.C.D.I.* 2013, afl. 4, 10; G. BLOCKX, F. LENS en L. WYNANT, *Erfpacht, opstal en erfdienstbaarheden*, Mechelen, Kluwer, 2006, 171.

¹⁵⁹ In België wordt ook wel de term “volume-eigendom” gehanteerd. In Frankrijk spreekt de rechtsleer van “la division en volumes” of “la construction en volumes”. In Nederland gebruikt men voornamelijk de termen “horizontale splitsing” en “volume-perceel”. Zie R. TIMMERMANS, *Modelreglementen voor splitsing in appartementseigendom en horizontale eigendom*, in *Reeks Notariële Praktijkstudies*, Mechelen, Kluwer, 2006, 447.

¹⁶⁰ S. BOULY, *De verhouding tussen de opstallen en de grond*, Diss. KU Leuven, 2014, 420; V. SAGAERT, *V. Goederenrecht*, in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 222.

¹⁶¹ R. TIMMERMANS, “Horizontale splitsing in volume-percelen, het aantrekkende complement van appartementseigendom”, *Not. Fisc. M.* 2005, 207.

¹⁶² R. TIMMERMANS, “Horizontale splitsing in volume-percelen, het aantrekkende complement van appartementseigendom”, *Not. Fisc. M.* 2005, 207.

¹⁶³ R. TIMMERMANS, *Modelreglementen voor splitsing in appartementseigendom en horizontale eigendom*, in *Reeks Notariële Praktijkstudies*, Mechelen, Kluwer, 2006, 449; R. TIMMERMANS, “Horizontale splitsing in volume-percelen, het aantrekkende complement van appartementseigendom”, *Not. Fisc. M.* 2005, 207.

¹⁶⁴ R. TIMMERMANS, *Modelreglementen voor splitsing in appartementseigendom en horizontale eigendom*, in *Reeks Notariële Praktijkstudies*, Mechelen, Kluwer, 2006, 449.

¹⁶⁵ S. MOSSELMANS, “Etagegebouwen: opstal versus gedwongen mede-eigendom”, noot onder Cass. 3 april 2009, *TBBR – RGDC* 2010, afl. 10, 509. Zie ook randnummer 65 voor een belangrijke uitzondering hierop.

40. VOLUME-EIGENDOM IN FRANKRIJK - De verwezenlijking van een volume-perceel is in het Frans recht eenvoudig. De grondeigenaar kan immers verzaken aan de natrekking en op die manier een opstalrecht toekennen aan de wederpartij.¹⁶⁶ Aangezien er in het Frans recht geen tijdsbeperking geldt voor het recht van opstal, betekent deze verzaking dat de eigendom opgesplitst wordt en er voortaan twee afzonderlijke eigendomsrechten bestaan op twee afzonderlijke onroerende goederen, met name de grond en het overgedragen/ gecreëerde volume.¹⁶⁷ Bovendien is het, in tegenstelling tot in België,¹⁶⁸ mogelijk een volume lucht over te dragen, waar dus nog geen constructie op gebouwd is. Een voorbeeld is de constructie van La Défense in Parijs.¹⁶⁹ In België zijn er vooralsnog slechts beperkte mogelijkheden om volume-eigendom tot stand te brengen.

41. GEMEENRECHTELIJKE MEDE-EIGENDOM - Ten eerste is het mogelijk om op één grond een langdurige meervoudige eigendom te creëren door eenvoudigweg de constructie in mede-eigendom te geven aan meerdere personen, waaronder de grondeigenaar, waardoor diens eigendomsrecht niet wordt aangetast en er geen opstalrecht moet worden gevestigd. Hierdoor vindt een verdeling van de eigendom in abstract-mathematische delen plaats, waardoor enkel de bevoegdheden over de zaak verdeeld zijn, en het goed zelf ondeelbaar blijft.¹⁷⁰ Het is uiteraard van belang om contractueel goede afspraken te maken omtrent het gebruik. Bij ontstentenis van een duidelijk contract hebben zowel de grondeigenaar als de bouwer van de overbouw het

¹⁶⁶ S. BOULY, *De verhouding tussen de opstallen en de grond*, Diss. KU Leuven, 2014, 235; M. FAURE-ABBAD, "Conférence Roma Tre. Journées d'études des 13 et 14 juin 2014 « Le propriété/Les propriétés ». La propriété d'un volume", https://www.academia.edu/8491584/La_propri%C3%A9t%C3%A9_dun_volume_Conf%C3%A9rence_Rome_2014, 2014, 8, laatst geraadpleegd op 30 april 2016; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI en J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les biens*, Parijs, LGDJ Lextenso éditions, 2012, 336; H.D. PLOEGER en J.E. STOTER, "3D Kadaster en volume-percelen. Ruimtelijke verdeling van vastgoed.", *WPNR* 2005, 114.

¹⁶⁷ M.-L. MATHIEU, *Droit civil. Les Biens*, Parijs, Sirey Dalloz, 2013, 254; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI en J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les biens*, Parijs, LGDJ Lextenso éditions, 2012, 337.

¹⁶⁸ Cass. 13 september 2013, *RW* 2013-14, 1460, met noot V. SAGAERT en S. BOULY; C. MOSTIN, *Emphytéose et superficie*, in *Répertoire Notarial, Tome II – Les Biens*, 6, 1 et 2, Brussel, Larcier, 2015, 164; M. FAURE-ABBAD, "Conférence Roma Tre. Journées d'études des 13 et 14 juin 2014 « Le propriété/Les propriétés ». La propriété d'un volume", https://www.academia.edu/8491584/La_propri%C3%A9t%C3%A9_dun_volume_Conf%C3%A9rence_Rome_2014, 2014, 12, laatst geraadpleegd op 30 april 2016; S. BOULY, "Meervoudig grondgebruik, de gewijzigde verhouding tussen de opstallen en de grond", in VLN CONGRES 2014, *Dagdagelijks of toch niet? De praktijk anders bekeken*, Mechelen, Kluwer, 2014, 22. Deze Cassatierechtspraak is terecht bekritiseerd in de rechtsleer. Zie V. SAGAERT en S. BOULY, "De hervorming van de opstalwet: naar een uitbreiding van de stapelingsmogelijkheden", *RW* 2014-15, 1004.

¹⁶⁹ M. FAURE-ABBAD, "Conférence Roma Tre. Journées d'études des 13 et 14 juin 2014 « Le propriété/Les propriétés ». La propriété d'un volume", https://www.academia.edu/8491584/La_propri%C3%A9t%C3%A9_dun_volume_Conf%C3%A9rence_Rome_2014, 2014, 4, laatst geraadpleegd op 30 april 2016.

¹⁷⁰ D. MICHIELS, "Actuele ontwikkelingen inzake mede-eigendom", in A.-L. VERBEKE en F. BUYSENS, *Notariële actualiteit 2014 – 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 90; S. SNAET en A.-L. VERBEKE, "Mede-eigendom en onverdeeldeid", in V. SAGAERT en A.-L. VERBEKE, 62. *Goederenrecht*, in *Themis*, Brugge, Die Keure, 2011, 47; J.-F. ROMAIN, 63. *Droits réels. Chronique de jurisprudence 1998 – 2005*, in *Les Dossiers du journal des tribunaux*, Brussel, Larcier, 2007, 108.

recht om het goed te gebruiken in overeenstemming met de bestemming van het goed en verenigbaar met elkaars rechten.¹⁷¹ In deze situatie moeten beide mede-eigenaars bijdragen in de kosten in verhouding tot hun aandeel.¹⁷² Ondanks dat het Hof van Cassatie de strekking heeft bevestigd dat de partijen in dit geval van vrijwillige mede-eigendom de verdeling niet kunnen vorderen¹⁷³, is het duidelijk dat deze rechtsfiguur allesbehalve ideaal is voor het langdurig veiligstellen van de eigendom van een overbouw, laat staan van een volume. De bouwheer is immers nooit volledig eigenaar van de constructie en kan zonder de instemming van de andere eigenaar dus geen enkele daad van beschikking (behoudens tot behoud van het goed) stellen ten aanzien van het goed zelf.¹⁷⁴

42. APPARTEMENTSMEDE-EIGENDOM - Een tweede oplossing is het gebruik van de appartementsmede-eigendom.¹⁷⁵ Deze eigendom splitst een gebouw op in afzonderlijke eigendomsblokken en gemeenschappelijke delen. Een van de wezenskenmerken van de appartementsmede-eigendom is dus het opdelen in volumes.¹⁷⁶ Daarenboven vormt de natrekking geen probleem meer, aangezien deze bij appartementsmede-eigendom omgekeerd werkt. De gemeenschappelijke grond is in dit geval de bijzaak van de private delen, en is

¹⁷¹ Artikel 577-2 Burgerlijk Wetboek; D. MICHIELS, “Actuele ontwikkelingen inzake mede-eigendom”, in A.-L. VERBEKE en F. BUYSENS, *Notariële actualiteit 2014 – 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 93; H. VANDENBERGHE, V. *Zakenrecht, Boek III, Mede-eigendom*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, E. Story-Scientia, 1997, 32.

¹⁷² V. SAGAERT, B. TILLEMEN en A.-L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 71; H. VANDENBERGHE, V. *Zakenrecht, Boek III, Mede-eigendom*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, E. Story-Scientia, 1997, 54.

¹⁷³ Cass. 20 september 2013, *RW* 2014-15, afl. 16, 618, met noot L. DE KEYSER; L. BELLINCK en V. SAGAERT, “Artikel 815 BW enkel voor toevallige onverdeeldheid”, op <http://www.eubelius.com/nl/printpdf/7157>, 2014, laatst geraadpleegd op 20 mei 2015; V. SAGAERT en A. APERS, “Kroniek privaats vastgoedrecht (2010 – 2013)”, in V. SAGAERT, *86, Vastgoedrecht*, in *Themis*, Brugge, Die Keure, 2014, 9. Hiermee sprak het Hof van Cassatie enkele auteurs tegen die het tegendeel beweerden. Zie o.m. R. PIRSON en D. LECHEN, “L’article 815 du Code civil et l’indivision volontaire à titre principal”, in P. DEHAN, *La copropriété*, Brussel, Bruylant, 1985, 228.

¹⁷⁴ Artikel 577-2, § 5, tweede lid Burgerlijk Wetboek; D. MICHIELS, “Actuele ontwikkelingen inzake mede-eigendom”, in A.-L. VERBEKE en F. BUYSENS, *Notariële actualiteit 2014 – 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 94; C. ENGELS, “Zakenrecht”, in S. DE JONGHE, C. ENGELS, L. LAVRYSEN, P. TAELEMAN, L. VAN DEN STEEN, H. VAN LANDEGHEM en S. VOET, *Rechtskroniek voor het notariaat, deel 9*, Brugge, Die Keure, 2006, 260.

¹⁷⁵ De benadering in België en Frankrijk is verschillend van de Nederlandse benadering. In Nederland geldt de monistische benadering, waarbij heel het appartement onverdeeld is, met privative gebruiksrechten op de privative delen, waar in België en Frankrijk door een dualistische benadering het exclusieve eigendomsrecht over de privative delen vaststaat. Zie o.m. V. SAGAERT, V. *Goederenrecht*, in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 312 – 313; F. GIVORD, C. GIVERDON en P. CAPOULADE, *La copropriété*, Parijs, Dalloz, 2012, 181; H.J. SNIJDERS en E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht, Studiereeks Burgerlijk Recht 2*, Deventer, Kluwer, 2012, 195; F. H. J. MIJNSSEN, A. A. VAN VELTEN en S. E. BARTELS, *Deel 5, Zakenrecht, Eigendom en beperkte rechten*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2008, 397; F. BAYARD-JAMMES, *Tome 409, La nature juridique du droit du copropriétaire immobilier. Analyse critique*, in *Bibliothèque de droit privé*, Parijs, L.G.D.J., 2003, 17.

¹⁷⁶ H.J. SNIJDERS en E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht, Studiereeks Burgerlijk Recht 2*, Deventer, Kluwer, 2012, 196; S. MOSSELMANS, “Etagegebouwen: opstal versus gedwongen mede-eigendom”, noot onder Cass. 3 april 2009, *TBBR – RGDC* 2010, afl. 10, 509; R. TIMMERMANS, “Enkele bedenkingen over horizontale splitsing van eigendom, het zelfstandig recht van opstal, de delijkheid en het verlangen naar eeuwigheid”, *Not. Fisc. M.* 2009, I-2, 47.

hier dus nagetrokken in plaats van natrekkend.¹⁷⁷ Het grote probleem van deze vorm van eigendom is haar dwingende en rigide karakter. Zowel in Frankrijk als in België is de appartementsmede-eigendom van dwingend recht¹⁷⁸, waardoor het regime van toepassing is op het gehele gebouw. Hoewel de vrij recente herziening van de Appartementswet¹⁷⁹ het regime aantrekkelijker heeft gemaakt, is het nog steeds verplicht een syndicus aan te stellen, een basisakte op te maken en een vereniging van mede-eigenaars op te richten¹⁸⁰, hoewel het nu ook mogelijk is deelverenigingen met rechtspersoonlijkheid op te richten die bevoegd zijn voor de gemeenschappelijke delen van het gebouw die voor hen belang hebben.¹⁸¹ Het beheer van de gemeenschappelijke delen is hierdoor vereenvoudigd, aangezien de andere mede-eigenaars voor wie deze delen geen belang hebben niet mee beslissen.¹⁸² Het stemrecht is bepaald door de netto-

¹⁷⁷ V. SAGAERT, *V. Goederenrecht*, in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 314; S. BOULY, "Meervoudig grondgebruik, de gewijzigde verhouding tussen de opstallen en de grond", in VLN CONGRES 2014, *Dagelijks of toch niet? De praktijk anders bekeken*, Mechelen, Kluwer, 2014, 31; R.F.H. MERTENS, *Losdelig Handboek B29: Appartemenen*, in *Monografieën BW*, Deventer, Kluwer, 2006, 8.

¹⁷⁸ R. TIMMERMANS, *Handboek Appartementsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2015, 65; N. CARETTE, "Kroniek 3 jaar nieuwe appartementswet", in V. SAGAERT, *86, Vastgoedrecht*, in *Themis*, Brugge, Die Keure, 2014, 30; F. TERRÉ en P. SIMLER, *Droit civil; Les biens, Précis*, Parijs, Dalloz, 2010, 512; A. CLABOTS, *Heibel in het appartementsgebouw*, Antwerpen, Maklu, 2008, 14; J. SIMONS, *La nouvelle Loi sur la copropriété; De nieuwe Wet betreffende de medeëigendom*, Diegem, Kluwer, 1995, 78. Het Franse appartementsrecht is te vinden in de Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, *J.O.R.F.* du 11 juillet 1965, 5950.

¹⁷⁹ Wet van 2 juni 2010 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek teneinde de werking van de mede-eigendom te moderniseren en transparanter te maken, *B.S.* 28 juni 2010.

¹⁸⁰ J. POETS, "Vastgoedtransacties. Vijftig jaar als maximumduur van zelfstandige opstalrechten: een te omzeilen probleem?", *NJW* 2015, afl. 329, 671; V. SAGAERT, "Volume-eigendom, een verkenning van de verticale begrenzing van onroerende eigendom", *TPR* 2009, 67; R. TIMMERMANS, "Enkele bedenkingen over horizontale splitsing van eigendom, het zelfstandig recht van opstal, de tijdelijkheid en het verlangen naar eeuwigheid", *Not. Fisc. M.* 2009, I-2, 47; J.-F. ROMAIN, *63. Droits réels. Chronique de jurisprudence 1998 - 2005*, in *Les Dossiers du journal des tribunaux*, Brussel, Larcier, 2007, 115.

¹⁸¹ R. TIMMERMANS, *Handboek Appartementsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2015, 358; J. POETS, "Vastgoedtransacties. Vijftig jaar als maximumduur van zelfstandige opstalrechten: een te omzeilen probleem?", *NJW* 2015, afl. 329, 672; P. LECOCQ, S. BOUFLETTE en A. SALVÉ, "Droit des biens: propriété et copropriété", in Y.-H. LELEU, *Chroniques notariales vol. 54*, Brussel, Larcier, 2011, 87; P. VAN DEN EYNDE en I. GERLO, "De wet van 2 juni 2010 tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek teneinde de werking van de mede-eigendom te moderniseren en transparanter te maken - Een overzicht", *Not.Fisc.M.* 2010, afl. 9, 239. Een belangrijke beperking is dat de mogelijkheid tot het oprichten van deelverenigingen wel onderworpen is aan een fysieke en een kwantitatieve voorwaarde waarbij het nog bediscussieerd is of een deelvereniging kan worden opgericht voor een deel van een gebouw dat deel uitmaakt van een groep van gebouwen; dit is volgens bepaalde rechtspraak enkel aanvaard voor óf een gebouw in een groep van gebouwen, óf een duidelijk (fysiek) onderscheiden deel binnen een gebouw. Zie hierover Vred. Anderlecht 18 april 2012, *T. App. - R.C.D.I.* 2012, 53; A. WYLLEMAN, "Deelverenigingen: opportuniteit en toepassing", in N. CARETTE, *Appartementsrecht I, Stand van zaken en topics*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 109; tegenstanders van deze lezing van de wet zijn o.a. N. CARETTE, "Kroniek 3 jaar nieuwe appartementswet", in V. SAGAERT, *86, Vastgoedrecht*, in *Themis*, Brugge, Die Keure, 2014, 39; R. TIMMERMANS, *Handboek Appartementsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2015, 757; K. SWINNEN, "(Bijna) 3 jaar nieuwe appartementswet", in N. CARETTE, *Appartementsrecht I, Stand van zaken en topics*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 6.

¹⁸² N. BERNARD, *Précis de droit des biens*, Limal, Anthemis, 2013, 303; V. SAGAERT, "De statuten en het toepassingsdomein onder de nieuwe appartementswet", in V. SAGAERT en A.-L. VERBEKE, *Het nieuwe appartementsrecht, een analyse van de hervorming door de Wet van 2 juni 2010*, Brugge, Die Keure, 2010, 9.

vloeroppervlakte, de bestemming en de ligging van de privatieve ruimte. Dit kan er toe leiden dat bijvoorbeeld in het geval van botsende belangen tussen de verschillende mede-eigenaars, sommigen een onevenredig groot stemrecht hebben en zij de beslissingsprocedure kunnen blokkeren.¹⁸³ Bovendien blijft het vereist dat er gemeenschappelijke delen zijn. Om volledig zelfstandige volume-eigendom te creëren schiet ook de Appartementswet dus te kort.¹⁸⁴

43. OPSCHORTING NATREKKING - Krachtens artikel 6 van de Opstalwet is de gewezen opstalhouder gerechtigd tot een vergoeding vanwege de grondeigenaar. De grondeigenaar moet dus eerst het recht afkopen om de eigendom weer te verkrijgen. Zolang deze vergoeding niet betaald is, kan de opstalhouder een vergoedingsexceptie invoeren, waardoor hij de opstallen onder zich kan houden.¹⁸⁵ Het is duidelijk dat dergelijke verlenging van de duurtijd van het opstalrecht uiterst precair is. Bovendien is het retentierecht van de opstalhouder geen zakelijk recht, maar slechts een waarborg voor de opstalhouder.¹⁸⁶ Ze leidt dus niet tot de verdere verdeling van de natrekking, en is enkel tegenwerpelijk aan de grondeigenaar.¹⁸⁷

d. De (on)geschiktheid van het recht van overbouw

d.1. Probleemstelling

44. HET RECHT VAN OVERBOUW ALS ALTERNATIEF? - Aangezien de mogelijkheden in het Belgisch recht voor het creëren van een langdurig volume-eigendom beperkt zijn, kan het de moeite lonen om te onderzoeken of het recht van overbouw/steun hier geen oplossing kan bieden. Het gebruik van de erfdienstbaarheid van overbouw voor het bouwen van volume-percelen lijkt op het eerste zicht echter niet mogelijk.

45. PROBLEMEN - Ten eerste wordt de kwalificatie als erfdienstbaarheid bemoeilijkt doordat dergelijke figuur een algemeen gebruiksrecht toekent, en een erfdienstbaarheid in principe slechts een specifiek gebruiksrecht

¹⁸³ UNIE VAN LANDMETERS-EXPERTEN VAN BRUSSEL VZW, *Mede-eigendom*, Knops Publishing, 2013, 23; S. SNAET en M.-A. VREVEN, "Appartementsmede-eigendom: nieuwbouwprojecten en renovatie van appartementsgebouwen", in N. CARETTE, *Appartementsrecht I, Stand van zaken en topics*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 154; V. SAGAERT, "De statuten en het toepassingsdomein onder de nieuwe appartementswet", in V. SAGAERT en A.-L. VERBEKE, *Het nieuwe appartementsrecht, een analyse van de hervorming door de Wet van 2 juni 2010*, Brugge, Die Keure, 2010, 17.

¹⁸⁴ J. POETS, "Vastgoedtransacties. Vijftig jaar als maximumduur van zelfstandige opstalrechten: een te omzeilen probleem?", *NJW* 2015, afl. 329, 671; S. MOSSELMANS, "Etagegebouwen: opstal versus gedwongen mede-eigendom", noot onder Cass. 3 april 2009, *TBBR - RGDC* 2010, afl. 10, 509.

¹⁸⁵ R. TIMMERMANS, "Diskwalificatie van appartements-eigendom in opstal: pijnlijk ontwaken uit een lange winterslaap", *T. App. - R.C.D.I.* 2013, afl. 4, 25; R. TIMMERMANS, "Enkele bedenkingen over horizontale splitsing van eigendom, het zelfstandig recht van opstal, de tijdelijkheid en het verlangen naar eeuwigheid", *Not. Fisc. M.* 2009, I-2, 42.

¹⁸⁶ K. VERHEYDEN, "Verlenging van onroerende zakelijke rechten", *Not. Fisc. M.* 2012, afl. 7, 227; A. VAN MUYLDER en J. VERSTAPPEN, "Actuele problemen inzake het recht van natrekking, de verzaking daaraan, en het recht van opstal", *T. Not.* 1992, 292; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité Élémentaire de droit civil belge, Tome VI, Les Biens 2, Les Suretés 1*, Brussel, Bruylant, 1953, 775.

¹⁸⁷ K. VERHEYDEN, "Verlenging van onroerende zakelijke rechten", *Not. Fisc. M.* 2012, afl. 7, 227.

toekent.¹⁸⁸ Ten tweede is de vereiste dat het erf dienstbaar moet zijn aan een ander erf problematisch.¹⁸⁹ Uit de definitie van een erf dienstbaarheid zelf vloeit voort dat het lijdend erf ten dienste staat van het heersend erf. Om de erf dienstbaarheid van overbouw aan te wenden om eigenaar te blijven van de constructie op andermans erf is het bijgevolg nodig dat er een ander, heersend erf is.¹⁹⁰ Dit probleem omvat vier hypotheses.

d.2. Hypothese 1: De constructie vormt onmiddellijk zelf het heersend erf

d.2.1. Voorstelling hypothese

46. CONSTRUCTIE ZELF ALS HEERSEND ERF - In de eerste hypothese is er nog geen naburig erf, maar gaan partijen onmiddellijk over tot een horizontale splitsing van de eigendom. Vervolgens maakt de opgetrokken constructie een zelfstandig heersend erf uit, dat geniet van een erf dienstbaarheid van steun op het lijdend erf waarop het gebouwd is. Daarbij stelt zich de vraag of een constructie zelf voorwerp van een erf dienstbaarheid kan zijn. Rechtsleer heeft inderdaad de zienswijze al verdedigd dat een constructie op zich ook een heersend erf kan uitmaken.¹⁹¹

d.2.2. Kan een constructie een zelfstandig “erf” zijn?

47. TRADITIONELE OPVATTING - Bij de redactie van het Burgerlijk Wetboek heeft de wetgever het begrip “erf” zo ingevuld dat het enkel gebouwen en (onder)gronden dekt.¹⁹² Het begrip “gebouw” heeft een minder ruime betekenis dan bouwwerk, waardoor traditioneel niet elk bouwwerk in

¹⁸⁸ S. BOULY, *De verhouding tussen de opstallen en de grond*, Diss. KU Leuven, 2014, 230; V. SAGAERT, “Notariële valkuilen, knelpunten en breekijzers in verband met erf dienstbaarheden”, in R. BARBAIX, C. CALLAERTS, M. DE CLERCQ, P. DE WILDE, G. DEKNUDT, N. GEELHAND DE MERXEM, J. GRILLET, V. SAGAERT, T. VAN SINAY, J. VERSTRAETE, A. WYLLEMAN, *Notariële actualiteit 2011, Verslagboek van de vormingsdagen van de Studiekring Provinciaal Genootschap der Notarissen van Oost-Vlaanderen*, Brugge, Die Keure, 2012, 156.

¹⁸⁹ J. POETS, “Vastgoedtransacties. Vijftig jaar als maximumduur van zelfstandige opstalrechten: een te omzeilen probleem?”, *NJW* 2015, afl. 329, 674.

¹⁹⁰ K. SWINNEN, “Mogelijkheden en beperkingen van erf dienstbaarheden”, in K. SWINNEN, M. MUYLLE, G. BAELE, C. BUGGENHOUDT, M. DEWEIRDT, J. GEENS, S. VERBIST, T. VERMEIR en S. WYNANT, *I. Zakenrecht, Erf dienstbaarheden*, in *Studies Privaatrecht*, Brugge, Die Keure, 2016, 2; J.G. GRÄLER, *Losdelig Handboek B27: Mandeligheid en erf dienstbaarheden*, in *Monografieën BW*, Deventer, Kluwer, 2014, 62; V. SAGAERT en A. APERS, “Kroniek privaats vastgoedrecht (2010 – 2013)”, in V. SAGAERT, *86, Vastgoedrecht*, in *Themis*, Brugge, Die Keure, 2014, 12; H.J. SNIJDERS en E.B. RANK-BERENSCHOT, *Goederenrecht, Studiereeks Burgerlijk Recht 2*, Deventer, Kluwer, 2012, 534; P. MALAURIE en L. AYNÈS, *Les Biens*, Parijs, Defrénois – Lextenso éditions, 2010, 333; A.C. WIBBENS-DE JONG, *Losdelig Handboek B27: Mandeligheid en erf dienstbaarheden*, in *Monografieën BW*, Deventer, Kluwer, 2006, 18.

¹⁹¹ V. SAGAERT en A. APERS, “Kroniek privaats vastgoedrecht (2010 – 2013)”, in V. SAGAERT, *86, Vastgoedrecht*, in *Themis*, Brugge, Die Keure, 2014, 13.

¹⁹² V. SAGAERT en K. SWINNEN, *Privaatrechtelijke erf dienstbaarheden door het oog van de 21ste eeuw*, in *Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier*, Brussel, Larcier, 2012, 17; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI en J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les biens*, Parijs, LGDJ Lextenso éditions, 2012, 347; M. PRIEUR, G.-C. HENRIOT en P. ROSSILLION, *Servitudes de droit privé et de droit public*, Parijs, L’actualité Juridique, 1976, 31; L. LINDEMANS, *Erf dienstbaarheden*, in *APR*, Brussel, Larcier, 1958, 29; A. LIMPENS, *Handboek der erf dienstbaarheden*, Antwerpen, Standaard Boekhandel, 1955, 39; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité Élémentaire de droit civil belge, Tome VI, Les Biens 2, Les Suretés 1*, Brussel, Bruylant, 1953, 397.

aanmerking komt voor een erfdiensbaarheid.¹⁹³ “Gebouw” heeft immers als betekenis: “*een geheel of gedeeltelijk omsloten ruimte bestemd voor bewoning, werk, bergplaats, opslagruimte of een ander gebruik*”.¹⁹⁴

48. MODERNE OPVATTING - Moderne rechtsleer interpreteert het woord “erf” in artikel 637 BW ruimer, als ieder lichamelijk onroerend goed.¹⁹⁵ SAGAERT vindt (impliciet) steun voor deze stelling in een arrest van het Belgisch Hof van Cassatie van 13 december 2002.¹⁹⁶ Hoewel *in casu*¹⁹⁷ de kwalificatie als erfdiensbaarheid niet ter discussie stond en niet het voorwerp uitmaakte van de cassatievoorziening, kan door de bevestiging van het bestreden arrest (dat deze kwalificatie overnam) afgeleid worden dat het Hof bijtreedt dat een niet-gebouw een heersend erf kan zijn.¹⁹⁸ Wel moet de erfdiensbaarheid in rechtstreeks en onmiddellijk verband staan met het gebruik en de exploitatie van het heersend erf.¹⁹⁹ Het spreekt voor zich dat wanneer het bestaan van het heersend erf afhangt van een erfdiensbaarheid, deze nuttig is voor het gebruik van dit erf. Een bijkomende vereiste is dat dit bouwwerk daarenboven het voorwerp is van een afzonderlijk eigendomsrecht.²⁰⁰ Wanneer dit bouwwerk nagetrokken is, kan het niet het voorwerp van een erfdiensbaarheid zijn, tenzij als onderdeel van de grond. De eenheid tussen de grond en het bouwwerk moet eerst zijn verbroken,

¹⁹³ K. SWINNEN, “Mogelijkheden en beperkingen van erfdiensbaarheden”, in K. SWINNEN, M. MUYLLE, G. BAELE, C. BUGGENHOUDT, M. DEWEIRDT, J. GEENS, S. VERBIST, T. VERMEIR en S. WYNANT, *I. Zakenrecht, Erfdiensbaarheden*, in *Studies Privaatrecht*, Brugge, Die Keure, 2016, 2; G. BLOCKX, F. LENS en L. WYNANT, *Erfpacht, opstal en erfdiensbaarheden*, Mechelen, Kluwer, 2006, 129; R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *V, Zakenrecht, Deel II, B*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Gent, E. Story-Scientia, 1984, 596; L. LINDEMANS, *Erfdiensbaarheden*, in *APR*, Brussel, Larcier, 1958, 30.

¹⁹⁴ V. SAGAERT en K. SWINNEN, *Privaatrechtelijke erfdiensbaarheden door het oog van de 21ste eeuw*, in *Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier*, Brussel, Larcier, 2012, 17; H. VANDENBERGHE, *Goederenrecht*, Leuven, Acco, 2005, 7.

¹⁹⁵ K. SWINNEN, “Mogelijkheden en beperkingen van erfdiensbaarheden”, in K. SWINNEN, M. MUYLLE, G. BAELE, C. BUGGENHOUDT, M. DEWEIRDT, J. GEENS, S. VERBIST, T. VERMEIR en S. WYNANT, *I. Zakenrecht, Erfdiensbaarheden*, in *Studies Privaatrecht*, Brugge, Die Keure, 2016, 2; S. BOULY, *De verhouding tussen de opstallen en de grond*, Diss. KU Leuven, 2014, 301; V. SAGAERT, *V, Goederenrecht*, in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 466.

¹⁹⁶ Cass. 13 december 2002, *Arr. Cass.* 2002, 2755, *RW* 2002-03, 1384, met noot V. SAGAERT; V. SAGAERT en A. APERS, “Kroniek privaats vastgoedrecht (2010 – 2013)”, in V. SAGAERT, *86, Vastgoedrecht*, in *Themis*, Brugge, Die Keure, 2014, 13; V. SAGAERT en K. SWINNEN, *Privaatrechtelijke erfdiensbaarheden door het oog van de 21ste eeuw*, in *Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier*, Brussel, Larcier, 2012, 19.

¹⁹⁷ In deze zaak had het bestreden arrest de kwalificatie van een erfdiensbaarheid om “*ondersteuningsmasten voor elektriciteitskabels op te richten op het genoemde perceel [...] en om deze masten te onderhouden zolang de uitoefening van haar commerciële activiteit dat vereist*” als erfdiensbaarheid gekwalificeerd, waarbij het heersend erf niet expliciet aangeduid werd. Zie V. SAGAERT, “*Moeten zichtbare erfdiensbaarheden worden overgeschreven in de hypothecaire registers?*”, noot onder Cass. 13 december 2002, *RW* 2002-03, 1385 – 1387.

¹⁹⁸ V. SAGAERT en K. SWINNEN, *Privaatrechtelijke erfdiensbaarheden door het oog van de 21ste eeuw*, in *Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier*, Brussel, Larcier, 2012, 19.

¹⁹⁹ Cass. 30 november 2007, met noot K. SWINNEN, *RW* 2008-09, 1047 – 1051; Cass. 16 mei 1952, *Arr. Cass.* 1952, 518; V. SAGAERT en K. SWINNEN, *Privaatrechtelijke erfdiensbaarheden door het oog van de 21ste eeuw*, in *Bibliotheek Burgerlijk Recht en Procesrecht Larcier*, Brussel, Larcier, 2012, 18.

²⁰⁰ K. SWINNEN, “Mogelijkheden en beperkingen van erfdiensbaarheden”, in K. SWINNEN, M. MUYLLE, G. BAELE, C. BUGGENHOUDT, M. DEWEIRDT, J. GEENS, S. VERBIST, T. VERMEIR en S. WYNANT, *I. Zakenrecht, Erfdiensbaarheden*, in *Studies Privaatrecht*, Brugge, Die Keure, 2016, 3.

alvorens de vestiging van een erfdiensbaarheid op dit bouwwerk als erf mogelijk is.²⁰¹

49. NEDERLANDSE DUIDELJKHEID - In het Nederlands recht gebruikte het Burgerlijk Wetboek ook lange tijd de term “erf”, zonder definitie van wat al dan niet een erf kon zijn, maar uit de parlementaire voorbereiding viel af te leiden dat onder erf elke onroerende zaak verstaan moest worden.²⁰² In de huidige versie van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek heeft de wetgever dit uitdrukkelijk bevestigd: de wet bepaalt dat een erfdiensbaarheid gevestigd kan worden op en ten voordele van elke onroerende zaak.²⁰³ Een erfdiensbaarheid op of ten voordele van een opstal vormt in Nederland bijgevolg geen enkel probleem.²⁰⁴

50. FRANSE STRIKTHEID - In Frankrijk blijft het Hof van Cassatie vasthouden aan de enge interpretatie van het begrip erf.²⁰⁵ In 2008 heeft de *Association Henri Capitant*, belast met het uitwerken van een mogelijke hervorming van het tweede boek van de Franse Code Civil voorgesteld om de categorie onroerende goederen uit hun aard uit te breiden tot onder meer eigendomsvolumes.²⁰⁶ Hierdoor zou de vestiging van een erfdiensbaarheid op constructies als eigendomsvolumes wel tot de mogelijkheden behoren. Deze verandering is echter nog niet ingevoerd in de Code Civil.²⁰⁷

d.2.3. Problemen met hypothese 1

51. PROBLEEM VOLGTIJDELIJKHEID - Om dit “constructie-erf” te creëren moet er allereerst een constructie zijn. Om deze constructie op te trekken is echter een erfdiensbaarheid van overbouw en steun nodig, met accessoir opstalrecht. Anderzijds vereist de erfdiensbaarheid een erf; het is immers niet mogelijk om een erfdiensbaarheid op een toekomstig erf te vestigen.²⁰⁸

²⁰¹ S. BOULY, *De verhouding tussen de opstallen en de grond*, Diss. KU Leuven, 2014, 301 – 302.

²⁰² K.F.M. BERGER, *Burenrecht, mandeligheid en erfdiensbaarheden*, Deventer, Kluwer, 2001, 25; C.J. VAN ZEBEN en J.W. DU PON, *Boek 5, zakelijke rechten*, in C.J. VAN ZEBEN en J.W. DU PON, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek. Parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien*, Deventer, Kluwer, 1981, 245 – 246; G. DIEPHUIS, *Het Nederlansch Burgerlijk Regt. 2de Deel*, Groningen, J.B. Wolters, 1880, 495.

²⁰³ Artikel 5:70 lid 1 Nederlands Burgerlijk Wetboek; W.H.M. REEHUIS en A.H.T. HEISTERKAMP, *Goederenrecht*, in PITLO, *Deel 3, Het Nederlands burgerlijk recht*, Deventer, Kluwer, 2012, 417 en 452.

²⁰⁴ A.A. VAN VELTEN, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, in *Deel 120, Ars Notariatus*, Deventer, Kluwer, 2009, 22.

²⁰⁵ Cass.fr. 13 juni 2012, *Recueil Dalloz* 2012, 2140-2141, met noot B. MALLET-BRICOUT. In dit arrest stelt het Franse Hof van Cassatie expliciet dat een elektriciteitsdistributienetwerk geen heersend erf kan uitmaken.

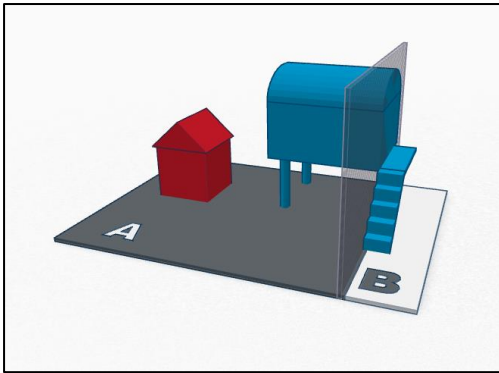
²⁰⁶ F. ZENATI-CASTAING, “La proposition de fonte du livre II du Code Civil. Etude critique”, *RTD Civ.* 2009, nr. 10; ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, *Proposition de Réforme du Livre II du Code Civil relatif aux Biens*, http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Avant-projet_de_reforme_du_droit_des_biens_19_11_08.pdf, 6, laatst geraadpleegd op 21 februari 2016.

²⁰⁷ Zie huidig artikel 518 Code Civil: “*Les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature*”.

²⁰⁸ K. SWINNEN, *Accessoriteit in het vermogensrecht*, in *Property Law Series, Deel II*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 33; V. SAGAERT, “Notariële valkuilen, knelpunten en breekijzers in verband met erfdiensbaarheden”, in R. BARBAIX, C. CALLAERTS, M. DE CLERCO, P. DE WILDE, G.

M.a.w. kan geen van de twee elementen bestaan zonder het andere element. SAGAERT noemt dit het probleem van de volgtijdelijkheid.²⁰⁹ Bepaalde auteurs zijn daarentegen van mening dat partijen wel een erfdienstbaarheid kunnen vestigen ten voordele van een toekomstig gebouw.²¹⁰ Een verkoop van een louter toekomstig goed is mogelijk, waardoor *a fortiori* de vestiging van een erfdienstbaarheid op een toekomstig goed aanvaardbaar zou moeten zijn. In dat geval zou de erfdienstbaarheid gevestigd worden onder opschortende voorwaarde.²¹¹

d. 3. Hypothese 2: Overdracht van een strookje grond dat dient als heersend erf



Figuur 4. Overdracht strookje grond als heersend erf. Doordat in bovenstaande tekening de toegangstrap tot de blauwe constructie op perceel B staat, blijft door de vestiging van een erfdienstbaarheid van steun de eigendom van de hele constructie in handen van de eigenaar van dat perceel, hoewel deze zich grotendeels op perceel A bevindt.

52. MINIEME STROOK GROND ALS HEERSEND ERF - De tweede hypothese is een poging tot het oplossen van dit probleem van volgtijdelijkheid. In deze hypothese verkoopt de eigenaar van het lijdend erf een minieme strook van zijn erf. De ingang tot de overbouw bevindt zich op dit erf. Op deze manier is het probleem van volgtijdelijkheid van de baan. Het heersend erf is immers niet meer de constructie zelf, maar het strookje grond waarop de ingang staat.²¹² In deze hypothese is het dus mogelijk om een erfdienstbaarheid van overbouw en steun te vestigen op het ene erf, ten voordele van het strookje grond waarop de ingang tot de overbouw zich bevindt.

DEKNUDT, N. GEELHAND DE MERXEM, J. GRILLET, V. SAGAERT, T. VAN SINAY, J. VERSTRAETE, A. WYLLEMAN, *Notariële actualiteit 2011, Verslagboek van de vormingsdagen van de Studiekring Provinciaal Genootschap der Notarissen van Oost-Vlaanderen*, Brugge, Die Keure, 2012, 160.

²⁰⁹ V. SAGAERT en S. BOULY, "Actuele ontwikkelingen inzake opstal en erfpacht", in A.-L. VERBEKE en F. BUYSSENS, *Notariële actualiteit 2014 – 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 80.

²¹⁰ H. COUSY, J. J. COUTURIER, R. VEKEMAN en J. H. HERBOTS, *Het onroerend goed in de praktijk, Deel I, Zakenrecht*, Antwerpen, Kluwer, I.M. 3; L. LINDEMANS, *Erfdienstbaarheden*, in *APR*, Brussel, Larcier, 1958, 33.

²¹¹ L. LINDEMANS, *Erfdienstbaarheden*, in *APR*, Brussel, Larcier, 1958, 33; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité Élémentaire de droit civil belge, Tome VI, Les Biens 2, Les Suretés 1*, Brussel, Bruylant, 1953, 507.

²¹² Deze oplossing doet dan ook sterk denken met de Nederlandse *footprint*-theorie, waar men aan de hand van moedererven en horizontale natrekking een uitgebreid netwerk aan de eigenaar van dat moedererf toekent. Zie randnummer 20.

53. ONDUIDELIJK HEERSEND ERF - Het valt te betwijfelen of deze zeer artificiële rechtsconstructie verstandig is. In deze hypothese zou het erf met de toegangstrap het heersend erf zijn. Echter, het lijdend erf vervult geen dienst ten voordele van het heersend erf, maar het heersend erf staat juist ten dienste van het lijdend erf. Het heersend erf dient immers enkel als toegang tot het lijdend erf.²¹³ Indien kan aangetoond worden dat de partijen deze erfdiensbaarheid van overbouw/steun slechts vestigen om te ontkomen aan de tijdsbeperving uit artikel 4 van de Opstalwet²¹⁴, is de kans op een kwalificatie als wetsontduiking zeer reëel.

d.4. Hypothese 3: Voor het vestigen van een erfdiensbaarheid, het vestigen van een opstalrecht

54. VAN ZELFSTANDIGE OPSTAL NAAR ACCESSOIRE OPSTAL - Een andere mogelijkheid zou zijn om eerst een toestemming tot bouwen en een zelfstandig opstalrecht toe te kennen aan de bouwheer. Door dit opstalrecht zou deze 50 jaar eigenaar van de constructie blijven. Vervolgens zouden de partijen een erfdiensbaarheid van overbouw en steun kunnen vestigen ten voordele van de opstal, hieraan een accessoir opstalrecht verbinden. Op deze manier bestaat er geen onzekerheid over welk erf heersend is en welk lijdend, aangezien de dragende constructie duidelijk ten dienste staat van de steunende constructie. Bovendien is zo het probleem van volgtijdelijkheid opgelost. Er bestaat immers eerst een constructie, die op basis van een ander recht dan een erfdiensbaarheid bestaat, nl. het zelfstandig opstalrecht.

55. NUTSVEREISTE - Toch is het twijfelachtig dat het gebruik van deze figuur mogelijk is. Voor de vestiging van een erfdiensbaarheid moet voldaan zijn aan het nutsvereiste.²¹⁵ Wanneer een constructie al kan bestaan krachtens een recht van opstal, is een erfdiensbaarheid die hetzelfde resultaat bewerkstelligt nutteloos. Het nut dat het heersend erf verwerft door de vestiging van de erfdiensbaarheid moet voortkomen uit een last op het lijdend erf.²¹⁶ Wanneer een identieke last al aanwezig is door een ander recht, nl. het recht van opstal, lijkt de vestiging van een nieuwe erfdiensbaarheid problematisch. Rechtsleer wijst er echter terecht op dat het nut van een erfdiensbaarheid ook potentieel kan zijn.²¹⁷ Ze stelt dat een erfdiensbaarheid, hoewel deze al

²¹³ J. POETS, "Vastgoedtransacties. Vijftig jaar als maximumduur van zelfstandige opstalrechten: een te omzeilen probleem?", *NJW* 2015, afl. 329, 674; V. SAGAERT, "De erfdiensbaarheid van overbouw als (eigendoms)instrument voor grensoverschrijdende constructies", noot onder Cass. 12 juni 2014, *RW* 2014-15, nr. 23, 908.

²¹⁴ Alsook aan de bepalingen uit het Bodemsaneringsdecreet, die enkel van toepassing zijn in geval van een zelfstandig recht van opstal en vooralsnog nog niet in geval van een accessoir recht van opstal. Zie B. VANHEUSDEN en K. VANHOVE, "Overdracht van gronden in het bodemdecreet. Een evaluatie", *Tijdschrift voor Bouwrecht en Onroerend Goed* 2012, 298.

²¹⁵ Zie randnummer 33.

²¹⁶ K. SWINNEN, "Het nutsvereiste bij erfdiensbaarheden", noot onder Cass. 30 november 2007, *RW* 2008-09, 1049; R. DEKKERS en E. DIRIX, *Handboek Burgerlijk Recht, Deel II, Zakenrecht, zekerheden, verjaring*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 254; F. LAURENT, *Principes de Droit Civil, tome septième*, Brussel, Bruylant-Christophe & Comp., 1878, 167.

²¹⁷ M. MUYLLE, "Creatief met privaatrechtelijke erfdiensbaarheden - Perspectieven uit de notariële praktijk", in K. SWINNEN, M. MUYLLE, G. BAELE, C. BUGGENHOUDT, M. DEWEIRDT, J. GEENS, S. VERBIST, T. VERMEIR en S. WYNANT, *Erfdiensbaarheden, Zakenrecht I*, in

haar nut verloren heeft (of dus geen nut heeft), maar er een kans bestaat dat deze dit in de toekomst wel (weer) verkrijgt, behouden moet blijven.²¹⁸

56. ACCESSOIR OPSTALRECHT? - Daarenboven geeft bovenstaande oplossing aanleiding tot andere vraagstukken. Zo is het onduidelijk wat het lot is van het zelfstandig opstalrecht. Bestaan het zelfstandig opstalrecht en het accessoir opstalrecht naast elkaar, of houdt de vestiging van het accessoir opstalrecht een soort van hernieuwing in van het zelfstandig opstalrecht? Pertinent is daarbij de vraag of de voormelde “natrakkende seconde” hier dan niet intreedt? Het Belgisch Hof van Cassatie stelt dat het accessoir opstalrecht bij een erfdiensbaarheid van overbouw bestaat wanneer dit noodzakelijk is voor het gebruik en het behoud van de erfdiensbaarheid.²¹⁹ Hieruit valt af te leiden dat dit accessoir opstalrecht niet bestaat wanneer een ander recht het gebruik en het behoud van de erfdiensbaarheid waarborgt, en pas tot stand komt wanneer dit andere eindigt. Hierdoor zou de natrakkende seconde intreden.

d.5. Hypothese 4: Eerst oprichting constructie in onverdeeldheid, vestiging erfdiensbaarheid na overdracht

57. ONVERDEELDE CONSTRUCTIE ALS HEERSEND ERF - Ook hier kan de mede-eigendom als oplossing naar voren geschoven worden. Het verschil met randnummer 41 is dat de constructie in mede-eigendom gebouwd wordt, maar bovendien een erfdiensbaarheid gevestigd wordt ten voordele van deze constructie. Vervolgens kan de mede-eigenaar voor wie de overbouw of het volume eigenlijk bedoeld is het aandeel van de andere mede-eigenaar verwerven. De vraag die zich hier stelt is of een mede-eigenaar een erfdiensbaarheid kan vestigen met betrekking tot een erf waarin hij een aandeel heeft, met aan de andere kant een erf waarover hij de exclusieve eigendom heeft. Het is immers niet mogelijk een eigen erf te belasten met een erfdiensbaarheid ten voordele van een ander erf waarvan men ook de eigenaar is.²²⁰ De Belgische rechtstheorie is het er eenduidig over eens dat het

Studies Privaatrecht, Brugge, Die Keure, 2016, 60; H. VUYE, “De nutteloos geworden privaatrechtelijke erfdiensbaarheid: recente tendensen in België, Frankrijk en Nederland”, *TBBR – RGDC* 1991, 329. Voor een illustratie van een potentieel nuttige erfdiensbaarheid, zie Brussel 23 maart 2004, *Res. Jur. Imm.* 2004, afl. 2, 157; Vred. Tournai 7 maart 2000, *JLMB* 2001, 1544; S. BOULETTE, “Servitudes du fait de l’homme et servitudes légales. Chronique de jurisprudence 2001 – 2008”, in P. LECOCQ, *Chronique de jurisprudence en droit des biens, Vol. 104*, in *Commission Université-Palais*, Luik, Anthemis, 2008, 288. Zie ook L. LINDEMANS, *Erfdiensbaarheden*, in *APR*, Brussel, Larcier, 1958, 67; H. COUSY, J. J. COUTURIER, R. VEKEMAN en J. H. HERBOTS, *Het onvroend goed in de praktijk, Deel I, Zakenrecht*, Antwerpen, Kluwer, I.M. 3 – 10, waarin de auteurs stellen dat het voordeel voor het heersend erf niet noodzakelijkerwijze een dadelijke uitwerking moet krijgen.

²¹⁸ H. VUYE, “De nutteloos geworden privaatrechtelijke erfdiensbaarheid: recente tendensen in België, Frankrijk en Nederland”, *TBBR – RGDC* 1991, 329.

²¹⁹ Cass. 12 juni 2014, *RW* 2014-15, nr. 23, 905, met noot V. SAGAERT; K. SWINNEN, “Mogelijkheden en beperkingen van erfdiensbaarheden”, in K. SWINNEN, M. MUYLLE, G. BAELDE, C. BUGGENHOUDT, M. DEWEIRD, J. GEENS, S. VERBIST, T. VERMEIR en J. H. WYNANT, *I. Zakenrecht, Erfdiensbaarheden*, in *Studies Privaatrecht*, Brugge, Die Keure, 2016, 18; V. DEFRAITEUR, *Les Servitudes*, in *Droit Notarial*, Waterloo, Kluwer, 2015, 102.

²²⁰ Zie randnummer 33.

zonder meer mogelijk is om tussen deze erven een erfdiensbaarheid te vestigen.²²¹

Ook het Nederlands recht aanvaardt reeds lang de vestiging van een erfdiensbaarheid waarbij de eigenaar van een van de onroerende goederen een van deze onroerende goederen in eigendom heeft, en het andere in mede-eigendom.²²²

In tegenstelling tot in België en Nederland, is het in Frankrijk vooralsnog niet mogelijk om een erfdiensbaarheid te vestigen tussen twee erven waar men respectievelijk exclusieve en mede-eigenaar van is.²²³ In Frankrijk is het zelfs niet mogelijk om erfdiensbaarheden te vestigen tussen verschillende private delen in eenzelfde appartement, die wel het voorwerp zijn van exclusieve eigendomsrechten.²²⁴ Naar Frans recht mogen kavels met exclusieve gebruiksrechten dus niet geassimileerd worden met afzonderlijke erven.²²⁵ Hoewel bekritiseerd door de rechtsleer en tegengesproken door enkele hoven van beroep²²⁶, houdt het Franse Hof van Cassatie vast aan een starre rechtspraak die dergelijke erfdiensbaarheden onmogelijk acht.²²⁷

²²¹ M. MUYLLE, "Creatief met privaatrechtelijke erfdiensbaarheden - Perspectieven uit de notariële praktijk", in K. SWINNEN, M. MUYLLE, G. BAELE, C. BUGGENHOUDT, M. DEWEIRD, J. GEENS, S. VERBIST, T. VERMEIR en S. WYNANT, *I. Zakerecht, Erfdiensbaarheden*, in *Studies Privaatrecht*, Brugge, Die Keure, 2016, 36. In het zelfde boek, zie ook de bijdrage van K. SWINNEN, "Mogelijkheden en beperkingen van erfdiensbaarheden", 7. Zie ook S. BOUFLETTE, "Les systèmes dérogatoires aux articles 577-3 et suivants du Code civil", in L. BARNICH en M. VAN MOLLE, *Les copropriétés. Actualités jurisprudentielles et bilan de 5 années de pratique de la loi du 2 juin 2010*, in *Collection Master en Notariat ULB*, Limal, Anthemis, 2016, 190; P. LECOCQ en S. BOUFLETTE, "Les droits réels démembrés au service des parkings privés", *Revue pratique de l'immobilier* 2015, afl. 1, 86; G. BLOCKX, F. LENS en L. WYNANT, *Erfpacht, opstal en erfdiensbaarheden*, in *Reeks Notariële Praktijkstudies*, Mechelen, Kluwer, 2006, 133; J. KOKELENBERG, "De privaatrechtelijke erfdiensbaarheden", *TPR* 1983, 100; G. BELTJENS, *Encyclopédie du droit civil belge, Tome II*, Brussel, Bruylant-Christophe & Comp., 1905, 158; H. COUSY, J. J. COUTURIER, R. VEKEMAN en J. H. HERBOTS, *Het onroerend goed in de praktijk, Deel I, Zakerecht*, Antwerpen, Kluwer, I.M.3 – 6.

²²² C.C. VAN DAM, F.H.J. MIJNSSEN en A.A. VAN VELTEN, *3. Goederenrecht. Deel 2. Zakelijke rechten*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2002, 200.

²²³ P. BEAUVARLET, *Les Servitudes*, in *Expertise Notariale*, Parijs, Defrénois, 2013, 16; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI en J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les biens*, Parijs, LGDJ Lextenso éditions, 2012, 353.

²²⁴ Cass. fr. 6 maart 1991, n° 89-14374, op www.legifrance.gouv.fr; Cass. fr. 30 juni 1992, n° 91-10116 en 91-11093, op www.legifrance.gouv.fr; Cass. fr. 22 maart 1995, n° 93-14562, op www.legifrance.gouv.fr; Cass. fr. 18 juni 1997, n° 95-14222 op www.legifrance.gouv.fr; Cass. fr. 9 december 1998, n° 97-13010, op www.legifrance.gouv.fr; Cass. fr. 21 maart 2001, *Loyers et copropriété* 2001, juni, 18, nr. 159; P. CAPOULADE en C. GIVERDON, "Copropriété et ensembles immobiliers", *Revue de Droit Immobilier* 1999, 142; P. CAPOULADE en C. GIVERDON, "Copropriété et ensembles immobiliers", *Revue de Droit Immobilier* 1997, 477; P. CAPOULADE en C. GIVERDON, "Copropriété et ensembles immobiliers", *Revue de Droit Immobilier* 1992, 535; Daarentegen is het wel mogelijk om een erfdiensbaarheid te vestigen tussen de private delen van verschillende appartementsgebouwen. Zie Cass. fr. 30 juni 2004, n° 03-11562, op www.legifrance.gouv.fr; Cass. fr. 13 september 2005, n° 04-15742, op www.legifrance.gouv.fr.

²²⁵ J.-R. BOUYEURE, "Servitude constituée entre deux lots de copropriété", noot onder Cass. fr. 21 maart 2001, *Recueil Dalloz* 2002, afl. 19, 1525.

²²⁶ Nîmes 2 februari 2010, RG n° 08/04579, op www.legifrance.gouv.fr; Montpellier (1e chambre section a2) 9 februari 2010, RG n° 09/142, op www.doctrine.fr; P. BEAUVARLET, *Les Servitudes*, in *Expertise Notariale*, Parijs, Defrénois, 2013, 15; T. REVET, "Servitude entre lots de copropriété et responsabilité du bailleur", noot onder Cass. fr. 30 juni 2004, *Rev. trim. dr. civ.*

58. BESLUIT - Het is (Frankrijk buiten beschouwing gelaten) dus mogelijk om eerst een constructie op te richten in vrijwillige mede-eigendom met de eigenaar van het erf waarop de partijen willen bouwen, vervolgens een erfdiensbaarheid te vestigen ten voordele van deze constructie als erf en ten laste van het onderliggend erf, en tot slot de volledige eigendom te verwerven. Hierdoor zou de exclusieve eigenaar van de constructie kunnen genieten van een eeuwigdurend eigendomsrecht, ook al staat deze constructie op een erf waarvan hij de eigendom niet heeft²²⁸, zonder dat het probleem van volgtijdelijkheid zich voordoet. Weliswaar is ook hier de kritiek m.b.t. het nutsvereiste relevant.²²⁹

e. Conclusie

59. GEVAAR VOOR WETSONTDUIKING - Om een erfdiensbaarheid te kunnen vestigen is er eerst een heersend erf nodig. Door eerst een strookje grond over te dragen, een zelfstandig opstalrecht toe te kennen, of de constructie in mede-eigendom op te richten kan een heersend erf gecreëerd worden. De erfdiensbaarheid voorziet de grond(slag) waarop de constructie vervolgens langdurig kan bestaan. Niet elke hypothese is even geschikt. Zo kan het nutsvereiste de vestiging van een erfdiensbaarheid in de weg staan. Daarnaast is het accessoir opstalrecht dat gekoppeld is aan de erfdiensbaarheid niet altijd aanwezig.

Het grootste probleem heeft echter betrekking op het aanwenden van deze figuren zelf. Hoewel het in theorie mogelijk moet zijn om op bovenstaande manieren een eeuwigdurende horizontale eigendomssplitsing tot stand te brengen, schuilt er een groot gevaar in de kwalificatie van deze handelingen als wetsontduiking.²³⁰

Er is sprake van wetsontduiking wanneer met opzet een bepaalde rechtsfiguur gebruikt wordt om op indirecte wijze eenzelfde resultaat te bekomen als

2004, 753; J. – M. PARDESSUS, *Traité des servitudes ou services fonciers*, Brussel, Société belge de librairie. Hauman et co, 1840, 116.

²²⁷Cass. fr. 27 mei 2009, n° 08-14376, op www.legifrance.gouv.fr; Cass. fr. 26 juni 1979, n° 77-15375, op www.legifrance.gouv.fr; Cass. fr. 2 december 1980, n° 79-11182, op www.legifrance.gouv.fr; Cass. fr. 10 januari 1984, n° 82-13418, op www.legifrance.gouv.fr; Cass. fr. 11 januari 1989, n° 87-13605, op www.legifrance.gouv.fr; Cass. fr. 30 juni 1992, n° 91-10116 en 91-11093, op www.legifrance.gouv.fr; Cass. fr. 22 maart 1995, n° 93-14562, op www.legifrance.gouv.fr; Cass. fr. 19 juli 1995, *Loyers et copropriété* 1995, november, 12, nr. 483; Cass. fr. 18 juni 1997, n° 95-14222, op www.legifrance.gouv.fr; Cass. fr. 9 december 1998, *Loyers et copropriété* 1999, maart, 24, nr. 77; zie ook P. BEAUVARLET, *Les Servitudes*, in *Expertise Notariale*, Parijs, Defrénois, 2013, 16; J.-M. GELINET, “Servitudes et copropriété”, *Rev. Loyers* 2000, 81; R. TIMMERMANS en F. BAUDONCO, “Het gebruik van erfdiensbaarheden als juridische vormgeving voor rechtsverhoudingen tussen naburige flatgebouwen”, *T. App. – R.C.D.I.* 2003, 2; J.-R. BOUYEURE, “Servitude constituée entre deux lots de copropriété”, noot onder Cass fr. 21 maart 2001, *Recueil Dalloz* 2002, afl. 19, 1525; F. GIVORD en C. GIVERDON, “Copropriété et ensembles immobiliers”, *Revue de Droit Immobilier* 1989, 243; F. GIVORD en C. GIVERDON, “Copropriété et ensembles immobiliers”, *Revue de Droit Immobilier* 1981, 248;

²²⁸S. BOULY, *De verhouding tussen de opstallen en de grond*, Diss. KU Leuven, 2014, 156 – 157.

²²⁹Zie randnummer 55.

²³⁰V. SAGAERT en S. BOULY, “Actuele ontwikkelingen inzake opstal en erfpacht”, in A.-L. VERBEKE en F. BUYSSSENS, *Notariële actualiteit 2014 – 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 81; V. SAGAERT, “De erfdiensbaarheid van overbouw als (eigendoms)instrument voor grensoverschrijdende constructies”, noot onder Cass. 12 juni 2014, *RW* 2014-15, nr. 23, 908.

verboden is door een dwingende wetsbepaling.²³¹ Met andere woorden is de rechtsconstructie die partijen hebben opgericht volledig legaal, maar zou het gebruik hiervan een dwingende wetsbepaling volledig buiten werking kunnen stellen. Om van wetsontduiking te kunnen spreken moet voldaan zijn aan enkele voorwaarden. Ten eerste moet er een dwingende wetsbepaling zijn, al dan niet van openbare orde, die een bepaald resultaat verbiedt.²³² Ten tweede moet de wetsontduiker deze dwingende wetsbepaling omzeilen met een andere, geoorloofde rechtsfiguur die nagenoeg hetzelfde resultaat als gevolg heeft.²³³ Als derde voorwaarde staat sinds een arrest van het Hof van Cassatie van 2005 vast dat deze wetsontduiking opzettelijk gepleegd moet zijn.²³⁴ Bovendien heeft het Hof in hetzelfde arrest het verbod van wetsontduiking verheven tot algemeen rechtsbeginsel.²³⁵

In de hierboven besproken hypothesen lopen de partijen dus een groot risico dat de rechter het gebruik van de erfdiensbaarheid als wetsontduiking kwalificeert. De partijen vestigen de erfdiensbaarheid van overbouw en steun enkel om te ontsnappen aan de dwingende tijdsbeperking van 50 jaar in de Opstalwet. Daarenboven is het duidelijk dat het begrip heersend erf in sommige gevallen zeer ver wordt uitgerekt.²³⁶ Indien de rechter deze situaties als wetsontduiking kwalificeert, kan hij de hele rechtshandeling nietig verklaren, of slechts het gevolg van de rechtshandeling.²³⁷ Hierdoor is minstens de dwingende wetsbepaling terug van kracht, en zou *in casu* de constructie na maximaal 50 jaar eigendom worden van de grondeigenaar.

²³¹ V. SAGAERT, “De erfdiensbaarheid van overbouw als (eigendoms)instrument voor grensoverschrijdende constructies”, noot onder Cass. 12 juni 2014, *RW* 2014-15, nr. 23, 908; W. RAUWS, “Wetsontduiking en de subjectieve wil een dwingende wetsbepaling of een bepaling van openbare orde te omzeilen”, noot onder Cass. 14 november 2005, *RW* 2007-08, nr. 12, 486; W. VAN GERVEN, *I, Algemeen Deel*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 202.

²³² A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit: autonome rechtsfiguur of miskend correctiemechanisme?*, Diss. KU Leuven, 2013, 342 – 344; A. LENAERTS, “De toepassing van het algemeen rechtsbeginsel *Fraus omnia corrumpit* in het privaatrecht in kaart gebracht” in V. SAGAERT en B. TILLEMANS, *80. Vermogens-/goederenrecht in Themis*, Brugge, Die Keure, 2012, 59; W. VAN GERVEN, *I, Algemeen Deel*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 205.

²³³ S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, in *III, Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 345; A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit: autonome rechtsfiguur of miskend correctiemechanisme?*, Diss. KU Leuven, 2013, 342; W. VAN GERVEN, *I, Algemeen Deel*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 206.

²³⁴ Cass. 14 november 2005, *Arr.Cass.* 2005, afl. 11, 2234, *JT* 2006, afl. 4, 62, met noot; S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, in *III, Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 345; W. RAUWS, “Wetsontduiking en de subjectieve wil een dwingende wetsbepaling of een bepaling van openbare orde te omzeilen”, noot onder Cass. 14 november 2005, *RW* 2007-08, nr. 12, 486.

²³⁵ A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit: autonome rechtsfiguur of miskend correctiemechanisme?*, Diss. KU Leuven, 2013, 342; W. RAUWS, “Wetsontduiking en de subjectieve wil een dwingende wetsbepaling of een bepaling van openbare orde te omzeilen”, noot onder Cass. 14 november 2005, *RW* 2007-08, nr. 12, 486.

²³⁶ S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, in *III, Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 344; K. VANHOVE en F. BAUDONCQ, “Combinatie van beperkt zakelijke rechten. Over de interne grenzen van vruchtgebruik, erfpacht, opstal en erfdiensbaarheden”, *Nol. Fisc. M.* 2004, afl. 6, 152.

²³⁷ S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, in *III, Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 345; W. VAN GERVEN, *I, Algemeen Deel*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Brussel, E. Story-Scientia, 1987, 209.

Daarnaast kan de bouwheer ook in het vizier komen van de afbraakvordering uit artikel 555 van het Burgerlijk Wetboek.²³⁸

60. VERZWARING ERFDIENSTBAARHEID - Naast bovenstaande moeilijkheden met gebruik van een erfdiensbaaerheid voor het tot stand brengen van volume-eigendom, brengt deze manier van bouwen nog een probleem met zich mee. De eigenaar van het volume geniet van een erfdiensbaaerheid van steun op het onderliggend erf, gecombineerd met een accessoir opstalrecht. Sinds de nieuwe Opstalwet staat het vast dat een opstalhouder zelf ook een opstalrecht mag toestaan op de door hem opgerichte constructies.²³⁹ Artikel 1 bepaalt namelijk dat dit recht gevestigd mag worden door iedere titularis van een beperkt zakelijk recht.²⁴⁰ Bovendien kan de opstalhouder ook een erfdiensbaaerheid toestaan op zijn erf.²⁴¹ Eén van de kenmerken van een erfdiensbaaerheid is dat de eigenaar van het heersend erf de last voor het lijdend erf niet mag verzwaren.²⁴² Wanneer de opstalhouder in dit geval een (erfdienstbaarheids) opstalrecht toestaat op zijn constructie, zou dit een verzwaring inhouden van de last op het lijdend erf. Bovendien mag de opstalhouder bij het toestaan van een nieuw opstalrecht de grenzen van zijn eigen recht niet overschrijden.²⁴³

Het gebruik van erfdiensbaarheden voor het tot stand brengen van complexe gebouwen waarin verschillende volume-percelen bestaan, wordt dus moeilijker naarmate er meer volumes zijn. Steeds moet de opstalhouder de instemming verkrijgen van de grondeigenaar en de eigenaars van de volumes waarop zijn volume al dan niet rust.²⁴⁴ Het gebruik van een erfdiensbaaerheid van steun en overbouw is dus – zelfs wanneer er geen risico voor wetsontduiking zou bestaan – allesbehalve praktisch.

²³⁸ Zie randnummer 76.

²³⁹ P. LECOCQ en S. BOUFLETTE, “Les droits réels démembrés au service des parkings privés”, *Revue pratique de l’immobilier* 2015, afl. 1, 67; N. CARETTE, “De opstalwet (zowaar) gewijzigd”, *Tijdschrift voor Bouwrecht en Omroerend Goed* 2014, 189.

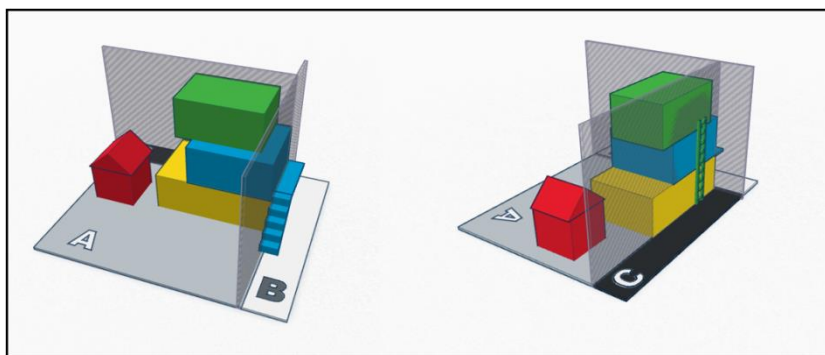
²⁴⁰ V. SAGAERT en S. BOULY, “Actuele ontwikkelingen inzake opstal en erfpacht”, in A.-L. VERBEKE en F. BUYSSENS, *Notariële actualiteit 2014 – 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 73.

²⁴¹ Artikel 2 Opstalwet; K. SWINNEN, “Mogelijkheden en beperkingen van erfdiensbaarheden”, in K. SWINNEN, M. MUYLLE, G. BAELE, C. BUGGENHOUDT, M. DEWEIRD, J. GEENS, S. VERBIST, T. VERMEIR en S. WYNANT, *I. Zakenrecht, Erfdiensbaarheden*, in *Studies Privaatrecht, Brugge, Die Keure*, 2016, 11.

²⁴² Zie randnummer 33. K. SWINNEN, “Mogelijkheden en beperkingen van erfdiensbaarheden”, in K. SWINNEN, M. MUYLLE, G. BAELE, C. BUGGENHOUDT, M. DEWEIRD, J. GEENS, S. VERBIST, T. VERMEIR en S. WYNANT, *I. Zakenrecht, Erfdiensbaarheden*, in *Studies Privaatrecht, Brugge, Die Keure*, 2016, 11; V. DEFRAITEUR, *Les Servitudes*, in *Droit Notarial*, Waterloo, Kluwer, 2015, 116; M. MUYLLE en K. SWINNEN, “De contouren van erfdiensbaarheden: actuele vraagstukken rond hun ontstaan, uitoefening en duur”, in V. SAGAERT en A.-L. VERBEKE, *62. Goederenrecht*, in *Themis*, Brugge, Die Keure, 2011, 29; A. LIMPENS, *Handboek der erfdiensbaarheden*, Antwerpen, Standaard Boekhandel, 1955, 59.

²⁴³ V. SAGAERT en S. BOULY, “Actuele ontwikkelingen inzake opstal en erfpacht”, in A.-L. VERBEKE en F. BUYSSENS, *Notariële actualiteit 2014 – 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 73; S. BOULY, *Omroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, in *III, Property Law Series*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 269.

²⁴⁴ M. MUYLLE, “Creatief met privaatrechtelijke erfdiensbaarheden - Perspectieven uit de notariële praktijk”, in K. SWINNEN, M. MUYLLE, G. BAELE, C. BUGGENHOUDT, M. DEWEIRD, J. GEENS, S. VERBIST, T. VERMEIR en S. WYNANT, *I. Zakenrecht, Erfdiensbaarheden*, in *Studies Privaatrecht, Brugge, Die Keure*, 2016, 53.



Figuur 5. Voorbeeld van een complexere situatie van volume-eigendom. De eigenaar van perceel C en de groene constructie kan enkel een erfdienstbaarheid op zijn volume toestaan indien hij de toestemming van de grondeigenaar van perceel A, de eigenaar van de gele constructie en de eigenaar van de blauwe constructie verkrijgt. De vestiging van een nieuwe erfdienstbaarheid van steun verzwaaert immers steeds de onderliggende erfdienstbaarheid.

2.3. HET SCHEIDINGSVLAK TUSSEN DE OVERBOUW EN DE STEUNENDE CONSTRUCTIE

a. Analyse

61. PROBLEEM BETREFFENDE RAAKVLAK - Een andere vraag heeft betrekking op het raakvlak tussen de overgebouwde constructie en de ondersteunende constructie. Dit gemeenschappelijk scheidingsvlak, aan de ene kant een plafond, aan de andere kant een vloer, kan niet als gewone vloer of plafond beschouwd worden. Wanneer een van de eigenaars werken wil uitvoeren aan zijn kant van het scheidingsvlak, dan bestaat de kans dat deze werken een impact hebben op de andere kant. Het is dan ook nuttig na te gaan onder welk regime dit scheidingsvlak zou vallen.

62. GEMENE MUUR - Voor het beantwoorden van deze vraag valt inspiratie te halen uit de rechtsfiguur van de mandeligheid, waarbij een muur tussen twee constructies met verschillende eigenaars in bijzondere mede-eigendom kan vallen.²⁴⁵

63. WETTELIJK KADER - Het regime van de gemene muur of mandeligheid is geregeld in de artikelen 577-2 en 653 tot 665 van het Burgerlijk Wetboek.²⁴⁶ Een gemene muur is een muur opgetrokken op de scheidingslijn tussen twee

²⁴⁵ J. POETS, “Vastgoedtransacties. Vijftig jaar als maximumduur van zelfstandige opstalrechten: een te omzeilen probleem?”, *NJW* 2015, afl. 329, 671; R. TIMMERMANS, “Dubbel grondgebruik ten behoeve van de bouwpromotie door horizontale splitsing van een grondstuk in een ondergrondse en een bovengrondse ruimte”, *T.App. – R.C.D.I* 2014, afl. 2, 7; V. SAGAERT, *De vergeten dimensie van het eigendomsrecht. Openingsrede op de Plechtige Openingszitting van het 114e werkjaar van de Balie van Brussel*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 13.

²⁴⁶ P. LECOCOQ, S. BOUFFLETTE en A. SALVE, “Droit des biens: propriété et copropriété”, in Y.-H. LELEU, *Chroniques notariales vol. 54*, Brussel, Larcier, 2011, 54.

erven, en die in mede-eigendom komt van de eigenaars van beide erven.²⁴⁷ De gemene muur ontstaat dus doordat de naburige eigenaars ofwel krachtens overeenkomst, ofwel ten gevolge van een vordering van één van de eigenaars een scheidingsmuur oprichten op gemeenschappelijke kosten.²⁴⁸

64. GEVOLGEN GEMEENHEID - Doordat dit scheidingsvlak in mede-eigendom valt, zijn de eigenaars niet volledig vrij in hun beschikkingsrecht. Bij mede-eigendom zijn de partijen slechts exclusieve eigenaar van hun abstract mathematisch aandeel in het onverdeelde goed.²⁴⁹ Het goed zelf bevindt zich in onverdeeltheid tussen verschillende eigenaars.²⁵⁰ Anders dan bij gewone mede-eigendom, mogen de eigenaars van de mandelige muur in principe gebruik maken van hun deel van de muur alsof ze exclusieve eigenaars zijn.²⁵¹ Ook in Nederland geldt soortgelijke regeling.²⁵² Voor sommige werken is dit weliswaar niet het geval. Zo zijn onder meer het maken van holtes die de muur affecteren en het bouwen tegen de muur handelingen waarvoor specifieke toestemming van de mede-eigenaar nodig is.²⁵³

Mandeligheid kan gedwongen of vrijwillig zijn. Zo kunnen beide eigenaars samen de muur optrekken, waardoor de mandeligheid vanzelfsprekend vrijwillig is.²⁵⁴ Anderzijds kan de ene eigenaar op basis van artikel 661

²⁴⁷ J. HANSENNE, *Les Biens, Précis, II*, Luik, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1996, 965; G.J.A. BAERT, *Privaatrechtelijk bouwrecht*, Brussel, E. Story Scientia, 1989, 146; B. BOUBLI, *La mitoyenneté des murs et des clôtures autres que les murs*, Parijs, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1986, 15.

²⁴⁸ W. GHISLAIN, J.P. LEGRAND, V. BRUSSELMANS, N. LATRAN, L. OLIVIER en B. MARISCAL, *L'immobilier en pratique*, Waterloo, Kluwer, 2013, 356; J. KOKELENBERG, "De gemene muur: een (bak)steen op de maag?", *TBBR – RGDC* 2003, 549; G.J.A. BAERT, *Privaatrechtelijk bouwrecht*, Brussel, E. Story Scientia, 1989, 147; F. LAURENT, *Principes de Droit Civil, tome septième*, Brussel, Bruylant-Christophe & Comp., 1878, 568.

²⁴⁹ V. SAGAERT, B. TILLEMANN en A.-L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 67; R. DE CORTE en B. DE GROOTE, *Handboek Civiel Recht (herziene editie)*, Brussel, Larcier, 2010, 502.

²⁵⁰ S. SNAET en A.-L. VERBEKE, "Mede-eigendom en onverdeeltheid", in V. SAGAERT en A.-L. VERBEKE, *62, Goederenrecht*, in *Themis*, Brugge, Die Keure, 2011, 47.

²⁵¹ Cass. 3 februari 1994, *Pas*. 1944, I, 180; V. SAGAERT, *V, Goederenrecht*, in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 371; J.-F. ROMAIN, *63, Droits réels. Chronique de jurisprudence 1998 – 2005*, in *Les Dossiers du journal des tribunaux*, Brussel, Larcier, 2007, 201; J. KOKELENBERG, "De gemene muur: een (bak)steen op de maag?", *TBBR – RGDC* 2003, 553. Evenwel is het interessant dat vele auteurs dit voorstellen als een uitbreiding van de bevoegdheden. KOKELENBERG wijst erop dat dit eerder een beperking van de gebruiksrechten van de eigenaar van de gemene muur inhoudt. De mede-eigenaar kan immers bijna nooit gewoon gebruik maken van de hele muur aangezien dit bijna altijd een inbreuk op het eigendomsrecht van de andere mede-eigenaar zou uitmaken.

²⁵² Artikel 5:67 lid 1 Nederlands Burgerlijk Wetboek; C.C. VAN DAM, F.H.J. MIJNSSEN en A.A. VAN VELTEN, *3, Goederenrecht. Deel 2. Zakelijke rechten*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2002, 190.

²⁵³ Hij kan dit in bepaalde gevallen ook doen indien hij een specifiek deskundigenverslag heeft laten opstellen en de rechter toestemming geeft. Zie J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI en J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les biens*, Parijs, LGDJ Lextenso éditions, 2012, 589; P. LECOCQ, S. BOUFLETTE en A. SALVE, "Droit des biens: propriété et copropriété", in Y.-H. LELEU, *Chroniques notariales vol. 54*, Brussel, Larcier, 2011, 62; M. PRIEUR, G.-C. HENRIOT en P. ROSSILLION, *Servitudes de droit privé et de droit public*, Parijs, L'actualité Juridique, 1976, 126.

²⁵⁴ W. GHISLAIN, J.P. LEGRAND, V. BRUSSELMANS, N. LATRAN, L. OLIVIER en B. MARISCAL, *L'immobilier en pratique*, Waterloo, Kluwer, 2013, 356; H. DECLERCQ, *Mur mitoyen, mur à chagrin*, in

Burgerlijk Wetboek en 661 Code Civil eisen dat de eigenaar van het naburige erf een muur, die door hem opgetrokken is en die de erven scheidt, gemeenschappelijk maakt.²⁵⁵

Zowel in België, Nederland en Frankrijk is een belangrijk gevolg van de toepasselijkheid van het regime van de gemene muur dat de verdeling, die bij normale mede-eigendom in principe steeds vorderbaar is, uitgesloten is.²⁵⁶ Bovendien kan de mede-eigenaar zijn aandeel niet los van zijn perceel overdragen.²⁵⁷

65. TOEPASSING REGIME MANDELIGHEID OP HORIZONTAAL SCHEIDINGSVLAK - De toepasselijkheid van het regime van de mandeligheid van art. 653 Burgerlijk Wetboek op het horizontale scheidingsvlak tussen constructies moet mogelijk zijn. Het Belgisch Burgerlijk Wetboek heeft het weliswaar enkel over muren, maar *per analogiam* kunnen deze regels grotendeels doorgetrokken worden naar een horizontaal scheidingsvlak.²⁵⁸ Beide zijn bedoeld als materiële scheiding tussen de eigendom van twee verschillende eigenaars. Vreemd genoeg heeft het Franse Hof van Cassatie de toepassing van het regime van de gemene muur op horizontale scheidingsvlakken niet aanvaard.²⁵⁹ Het regime van de gemene muur wijkt af van de normale regels van het goederenrecht, en een extensieve interpretatie zou dus niet mogelijk zijn.²⁶⁰ Dit arrest is echter fel bekritiseerd door de Franse rechtsleer.²⁶¹ ZENATI argumenteert dat het regime van de gemene muur wél van toepassing moet zijn op een horizontaal scheidingsvlak.²⁶² Dat

Droit et Immobilier, Brugge, La Chartre, 1996, 11; G.J.A. BAERT, *Privaatrechtelijk bouwrecht*, Brussel, E. Story Scientia, 1989, 147.

²⁵⁵ V. SAGAERT, *V. Goederenrecht*, in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 361; P. LECOCQ, S. BOUFFLETTE en A. SALVE, "Droit des biens: propriété et copropriété", in Y.-H. LELEU, *Chroniques notariales vol. 54*, Brussel, Larcier, 2011, 56; J.-F. ROMAIN, 63. *Droits réels. Chronique de jurisprudence 1998 – 2005*, in *Les Dossiers du journal des tribunaux*, Brussel, Larcier, 2007, 70; G.J.A. BAERT, *Privaatrechtelijk bouwrecht*, Brussel, E. Story Scientia, 1989, 147; M. PRIEUR, G.-C. HENRIOT en P. ROSSILLION, *Servitudes de droit privé et de droit public*, Parijs, L'actualité Juridique, 1976, 91.

²⁵⁶ Art 5:63 Nederlands Burgerlijk Wetboek; Cass. 25 februari 1932, *Pas.* 1932, I, 83; J.G. GRÄLER, *Losdelig Handboek B27: Mandeligheid en erfdiensbaarheden*, in *Monografieën BW*, Deventer, Kluwer, 2014, 3; J.-P. CLOQUET en F. VAN BEVER, *De gemene muur*, Mechelen, Kluwer, 2014, 16; K. CLAEYSSENS, C. LIETAER en G.DERUYTER, *De gemene muur en muurovername*, Gent, Story Publishers, 2012, 10.

²⁵⁷ V. SAGAERT, *V. Goederenrecht*, in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 370.

²⁵⁸ R. TIMMERMANS, "Dubbel grondgebruik ten behoeve van de bouwpromotie door horizontale splitsing van een grondstuk in een ondergrondse en een bovengrondse ruimte", *T.App. – R.C.D.I.* 2014, afl. 2, 7.

²⁵⁹ Cass. fr. 8 juni 1989, *Rev. Dr. Imm.* 1989, 89; R. TIMMERMANS, *Handboek Appartementsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2015, 1294.

²⁶⁰ Er moet echter wel op worden gewezen dat de vraag toen eerder ging over het soort muur (steen, hout, glas,...) en niet over of een "muur" ook horizontaal kon zijn; B. BOUBLI, *La mitoyenneté des murs et des clôtures autres que les murs*, Parijs, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1986, 18.

²⁶¹ F. ZENATI, "C. – Propriétés et droits réels", *Revue trimestrielle de droit civil* 1990, 114.

²⁶² F. ZENATI, "C. – Propriétés et droits réels", *Revue trimestrielle de droit civil* 1990, 114.

²⁶² R. TIMMERMANS, *Handboek Appartementsrecht*, Mechelen, Kluwer, 2015, 1294; F. ZENATI, "C. – Propriétés et droits réels", *Revue trimestrielle de droit civil* 1990, 114. Ook W. DROSS is deze mening toegedaan. W. DROSS, *Droit civil des choses*, Parijs, LGDJ lextenso éditions, 2012, 679.

regime is immers gecreëerd om de kosten voor naburige eigenaars die hierover niets overeengekomen zijn, te verdelen voor delen van een onroerend goed die van gemeenschappelijk belang zijn.²⁶³

66. GEVOLGEN TOEPASSING OP HORIZONTAAL EIGENDOMSVLAK - In het geval van het scheidingsvlak tussen de overbouw en de dragende constructie betekent dit dat het plafond van de dragende constructie en de vloer van de overbouw behoren tot het gemene scheidingsvlak. Het is mogelijk om slechts het scheidingsvlak in gemeenschap te brengen, en niet de rest van de vloer of het plafond.²⁶⁴ Natuurlijk moet wel steeds rekening gehouden worden met mogelijk rechtsmisbruik, waardoor de bevoegdheid om de niet-gemeenschappelijke delen af te breken beperkt is.²⁶⁵

De toepassing van het regime van de mandeligheid heeft tot gevolg dat beide eigenaars beperkt worden in hun beschikkingsbevoegdheid. Wanneer we dit transponeren naar het geval van een horizontaal scheidingsvlak, betekent dit dat de overbouwer niet zomaar gaten in zijn vloer mag maken, of nieuwe constructies op de vloer mag plaatsen. Hetzelfde geldt voor de eigenaar van de dragende constructie, die ook niet zonder toestemming gaten in zijn plafond mag maken. Daarenboven zijn beide mede-eigenaars gehouden tot het bijdragen volgens hun aandeel in de muur/scheidingsvlak in de kosten die deze met zich meebrengt.²⁶⁶

b. Beantwoorden tweede subonderzoeksvraag

67. TWEDE SUBONDERZOEKSVRAAG - Aan welk regime is het horizontale scheidingsvlak tussen twee opengestapelde constructies onderworpen?

68. GEMENE SCHEIDINGSVLAK - Uit bovenstaande analyse valt af te leiden dat het regime van de mandeligheid uit artikel 653 Burgerlijk Wetboek ook van toepassing is op een horizontaal scheidingsvlak. Onder gemene muur kan zowel een verticaal als horizontaal scheidingsvlak begrepen worden. Dit heeft

²⁶³ F. ZENATI, “C. – Propriétés et droits réels”, *Revue trimestrielle de droit civil* 1990, 114.

²⁶⁴ V. SAGAERT, *V. Goederenrecht*, in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 363.

²⁶⁵ K. CLAEYSSENS, C. LIETAER en G. DERUYTER, *De gemene muur en muurovername*, Gent, Story Publishers, 2012, 22. Voor een uitgebreide bespreking van het begrip “rechtsmisbruik” volstaat het te verwijzen naar A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit: autonome rechtsfiguur of miskend correctiemechanisme?*, Diss. KU Leuven, 2013, 322 – 394.

²⁶⁶ D. MICHIELS, “Actuele ontwikkelingen inzake mede-eigendom”, in A.-L. VERBEKE en F. BUYSSENS, *Notariële actualiteit 2014 – 2015*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 92; S. DRUFFIN – BRICCA en L.-C. HENRY, *Droits des biens, 5ième édition*, in *Mémentos LMD*, Parijs, Gualino Lextenso Editions, 2013, 180; P. LECOCQ, S. BOUFLETTE en A. SALVE, “Droit des biens: propriété et copropriété”, in Y.-H. LELEU, *Chroniques notariales vol. 54*, Brussel, Larcier, 2011, 61; J.-F. ROMAIN, 63. *Droits réels. Chronique de jurisprudence 1998 – 2005*, in *Les Dossiers du journal des tribunaux*, Brussel, Larcier, 2007, 207; C. ENGELS, “Zakenrecht”, in S. DE JONGHE, C. ENGELS, L. LAVRYSEN, P. Taelman, L. VAN DEN STEEN, H. VAN LANDEGHEM en S. VOET, *Rechtskroniek voor het notariaat, deel 9*, Brugge, Die Keure, 2006, 265; C.C. VAN DAM, F.H.J. MIJNSSEN en A.A. VAN VELTEN, 3. *Goederenrecht. Deel 2. Zakelijke rechten*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2002, 190; J. HANSENNE, *Les Biens, Précis, II*, Luik, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1996, 998; G.J.A. BAERT, *Privaatrechtelijk bouwrecht*, Brussel, E. Story Scientia, 1989, 163 – 164.

als gevolg dat beide eigenaars exclusief over hun kant van het scheidingsvlak kunnen beschikken, weliswaar zonder grote ingrijpende veranderingen hierin aan te brengen. Bovendien zijn beide eigenaars gehouden tot het onderhoud en de kosten hiertoe.

2.4. GEVOLGEN ONTBREKEN BOUWBEVOEGDHEID BIJ GEBREK AAN RECHT VAN OVERBOUW

2.4.1. *Het antwoord op de eigendomsvraag biedt geen antwoord op de bevoegdheidsvraag*

69. EIGENDOM \neq BEVOEGDHEID - Het belang van het recht van overbouw en het bijhorende opstalrecht valt niet te onderschatten. In het geval dat de bouwheer wel een overbouw opricht, maar hiertoe geen recht had, heeft dit zeer ernstige gevolgen. Deze handeling heeft immers een aantasting van het eigendomsrecht van de grondeigenaar als gevolg.²⁶⁷ Het is uitermate belangrijk een onderscheid te maken tussen de vraag naar de eigendom over de constructie, en het hebben van de bevoegdheid tot het oprichten van deze constructie.²⁶⁸ In het Belgische recht impliceert de eigendom over de steunende overbouw ook de bevoegdheid om deze te bouwen, aangezien hiervoor steeds een titel vereist is. In het geval van een overhangende constructie werkt het eenheidsbeginsel ten voordele van de eigenaar van de hoofdconstructie en staat de eigendomvast, zonder de impliciete bevoegdheid.²⁶⁹ In het Nederlands recht geldt deze impliciete bevoegdheid nooit, aangezien de horizontale natrekking geen overeenkomst vereist. Het kan dus gebeuren dat de eigendom van de overbouw zonder twijfel aan de overbouwer toebehoort, maar dat deze geenszins de bevoegdheid had om deze constructie neer te zetten.²⁷⁰

70. ONDERSCHIED PERCEELOVERSCHRIJDENDE CONSTRUCTIE EN VOLUME-PERCEEL - Hier is het nodig een onderscheid te maken tussen het ontbreken van een recht van overbouw of uitbouw voor een perceeloverschrijdende constructie en het gebruik (of eerder: misbruik)²⁷¹ van het recht van overbouw om een volume op andermans erf te creëren.

²⁶⁷ P. LEVIE, *Traité théorique et pratique des Constructions érigées sur le Terrain d'Autrui*, tome VII, in *Bibliothèque de droit privé, notarial et fiscal*, Leuven, Publications universitaires de Louvain, 1951, 142.

²⁶⁸ C.C. VAN DAM, F.H.J. MIJNSSEN en A.A. VAN VELTEN, 3. *Goederenrecht. Deel 2. Zakelijke rechten*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2002, 102; H.D. PLOEGER, *Horizontale splitsing van eigendom*, Deventer, Kluwer, 1997, 132;

²⁶⁹ Zie hierover randnummer 21.

²⁷⁰ Zo heeft de Hoge Raad in zijn “kachelpijp-arrest” in verband met een overhangende zolder en dak besloten dat de vraag naar de eigendom niet bestond. Er was geen incorporatie in de grond dus geen natrekking. Er was dus ook geen enkele reden om de eigendom ervan toe te kennen aan de eigenaar van de grond. De eigendomsvraag is m.a.w. niet dezelfde als de bevoegdheidsvraag. Hoge Raad 27 maart 1914, *NJ* 1914, 618; G.E. VAN MAANEN, “De grensoverschrijdende villa. Enkele gedachten over eigendom in deze tijd, naar aanleiding van Hoge Raad 25 juni 2004 en Hoge Raad 28 maart 2008”, noot onder Hoge Raad 25 juni 2004, *NTBR* 2008, afl. 6, 254.

²⁷¹ Zie randnummer 59.

a. Recht van overbouw en steun bij een perceelsoverschrijdende constructie

71. INDIVIDUALISEERBAARHEIDSVEREIESTE - Wanneer een overbouw of uitbouw de perceelsgrens overschrijdt zonder bevoegdheid deze te bouwen, heeft dit een aantasting van het eigendomsrecht tot gevolg.²⁷² In dit geval is er dus sprake van een eigendomsconflict tussen de grondeigenaar en de bouwheer. De artikelen 554 en 555 van het Burgerlijk Wetboek en de bijhorende vergoedingsregels treden echter niet zo maar in werking. Opdat deze artikelen toepassing vinden moet de geïncorporeerde constructie individualiseerbaar zijn, d.w.z. afzonderlijk van de constructie waar ze aan vast hangt kunnen bestaan.²⁷³ Bij een perceelsoverschrijdende constructie vormt dit individualiseerbaarheidsvereiste vaak een probleem.²⁷⁴

72. ARTIKEL 555 BW EN 555 CC NIET VAN TOEPASSING - Uit voorgaande blijkt dat in geval van perceelsoverschrijdende constructies zoals een overbouw en uitbouw de normale regels van artikel 554-555 Burgerlijk Wetboek geen toepassing vinden. Ook in Frankrijk heeft het Hof van Cassatie reeds geoordeeld dat deze artikelen niet van toepassing zijn in geval van *empiètement*.²⁷⁵

73. RISICO RECHTSMISBRUIK - In het Belgisch recht is deze mogelijkheid beperkt door de kwalificatie als rechtsmisbruik. Wanneer de perceelsoverschrijding slechts minimaal is, of de afbraak een onredelijk ernstig gevolg zou hebben, kan de grondeigenaar deze niet vorderen wegens misbruik van recht.²⁷⁶

In het Frans recht is het risico van rechtsmisbruik niet aanwezig. De praktijk laat het eigendomsrecht van de grondeigenaar hier ten volle primeren. Het Franse Hof van Cassatie stelt dat een perceelsoverschrijding een private

²⁷² S. BOULY, *De verhouding tussen de opstallen en de grond*, Diss. KU Leuven, 2014, 145.

²⁷³ S. BOULY, "Meervoudig grondgebruik, de gewijzigde verhouding tussen de opstallen en de grond", in VLN CONGRES 2014, *Dagdagelijks of toch niet? De praktijk anders bekeken*, Mechelen, Kluwer, 2014, 12; J. HANSENNE, *Les Biens, Précis, II*, Luik, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1996, 668; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité Élémentaire de droit civil belge, Tome VI, Les Biens 2, Les Suretés I*, Brussel, Bruylant, 1953, 65.

²⁷⁴ Cass. fr. 12 juli 1977, n° 75-15541, op www.legifrance.gouv.fr; Rb. Brugge 8 maart 1999, *RW* 2001-02, 248; S. BOULY, *De verhouding tussen de opstallen en de grond*, Diss. KU Leuven, 2014, 119; C. CARON, "Empiètement de 0,5 centimètre sur le terrain d'autrui : sévérité de la Cour de cassation", noot onder Cass. fr. 20 maart 2002, *Recueil Dalloz* 2002, afl. 26, 2075. In L. DERIDDER en T. VERMEIR, *Leidingen voor nutsvoorzieningen*, in *Administratieve rechtsbibliotheek*, Brugge, Die Keure, 2000, 126 verwijzen de auteurs dan ook foutief naar deze regels wanneer er een nutsnetwerk zou aangelegd worden zonder dat de daartoe vereiste erfdiensbaarheid aanwezig is. Immers, een nutsnetwerk maakt geen individualiseerbaar goed uit, maar strekt zich uit over of onder vele percelen.

²⁷⁵ Cass. fr. 11 juli 1969, op www.legifrance.gouv.fr; J.-B. SEUBE, *Droit des biens, 6ième édition*, Parijs, LexisNexis, 2014, 72; C. CARON, "Empiètement de 0,5 centimètre sur le terrain d'autrui : sévérité de la Cour de cassation", noot onder Cass. fr. 20 maart 2002, *Recueil Dalloz* 2002, afl. 26, 2077.

²⁷⁶ Cass. 10 september 1971, *Arr. Cass.* 1972, 31; S. BOULY, *De verhouding tussen de opstallen en de grond*, Diss. KU Leuven, 2014, 145; G.J.A. BAERT, *Privaatrechtelijk bouwerrecht*, Brussel, E. Story Scientia, 1989, 133.

onteigening zou betekenen.²⁷⁷ Om die reden kan de grondeigenaar steeds de afbraak van de overschrijdende constructie vragen, op kosten van de bouwheer.²⁷⁸ Hierbij is het van geen enkel belang of de bouwheer te goeder of te kwader trouw is, of de overschrijding miniem is en geen enkel ongemak betekent, en of deze afbraak de vernietiging van de hele constructie op het erf van de bouwheer zou betekenen.²⁷⁹ De kwalificatie van rechtsmisbruik is in deze situatie dus uitgesloten.²⁸⁰ Het Hof heeft deze zeer strenge visie reeds meermaals bevestigd.²⁸¹ De bodemrechter heeft geen enkele appreciatiebevoegdheid indien hij het bestaan van de overschrijding vaststelt.²⁸² Verscheidene auteurs pleiten er voor dit standpunt te verzachten, aangezien de houding van Cassatie vaak in botsing komt met de billijkheid.²⁸³ Ook de lagere rechtspraak volgt Cassatie niet altijd.²⁸⁴

74. AFBRAAKVORDERING NAAR NEDERLANDS RECHT - In Nederland is de invulling van het eigendomsrecht, net zoals in België en in tegenstelling tot in Frankrijk, niet absoluut.²⁸⁵ Weliswaar kan de grondeigenaar ook hier overgaan tot het vorderen van de afbraak van een constructie die de perceelsgrenzen overschrijdt, opgericht door een onbevoegde bouwheer.²⁸⁶ Artikel 3:13 van het Nederlands Burgerlijk Wetboek bevat het verbod op rechtsmisbruik in het Nederlandse recht. De grondeigenaar die de afbraak vordert van de onregelmatige overbouw kan hiermee in sommige gevallen rechtsmisbruik plegen.²⁸⁷

²⁷⁷ Cass. fr. 10 november 2009, n° 08-17526, op www.legifrance.gouv.fr; J.-B. SEUBE, *Droit des biens*, 6^{ème} édition, Parijs, LexisNexis, 2014, 72; C. CARON, “Empiètement de 0,5 centimètre sur le terrain d’autrui : sévérité de la Cour de cassation”, noot onder Cass. fr. 20 maart 2002, *Recueil Dalloz* 2002, afl. 26, 2076.

²⁷⁸ M.-L. MATHIEU, *Droit civil. Les Biens*, Parijs, Sirey Dalloz, 2013, 110.

²⁷⁹ Cass. fr. 5 juni 2013, n° 11-25627, op www.legifrance.gouv.fr; Cass. fr. 31 mei 2012, n° 11-17313, op www.legifrance.gouv.fr; N. REBOUL-MAUPIN, “Les branches de l’arbre, même remarquable, qui empiètent sur la propriété voisine doivent être élaguées!”, noot onder Cass. fr. 31 mei 2012, *Environnement* 2012, afl. 10, étude 13, nr. 2, op <http://www.lexisnexis.com>; X, “Tout empiètement, même négligeable, permet d’obtenir la démolition”, noot onder Cass. fr. 20 maart 2002, *Recueil Dalloz* 2002, afl. 14, 1181.

²⁸⁰ Cass. fr. 30 oktober 2013, n° 12-22169 - 12-23546, op www.legifrance.gouv.fr; Cass. fr. 5 mei 2010, *AJDI* 2010, 574; Cass. fr. 10 november 1992, *Rev. trim. dr. civ.* 1993, 360; C. CARON, “Empiètement de 0,5 centimètre sur le terrain d’autrui : sévérité de la Cour de cassation”, noot onder Cass. fr. 20 maart 2002, *Recueil Dalloz* 2002, afl. 26, 2076.

²⁸¹ Cass. fr. 30 oktober 2013, n° 12-22169 en 12-23546, op www.legifrance.gouv.fr; Cass. fr. 5 mei 2010, *AJDI* 2010, 574; Cass. fr. 10 november 1992, *Rev. trim. dr. civ.* 1993, 360.

²⁸² C. ATIAS, *Droit civil, Les Biens*, Parijs, Librairie de la Cour de cassation, 1993, 345.

²⁸³ C. CARON, “Empiètement de 0,5 centimètre sur le terrain d’autrui : sévérité de la Cour de cassation”, noot onder Cass. fr. 20 maart 2002, *Recueil Dalloz* 2002, afl. 26, 2077; X, “Tout empiètement, même négligeable, permet d’obtenir la démolition”, noot onder Cass. fr. 20 maart 2002, *Recueil Dalloz* 2002, afl. 14, 1181.

²⁸⁴ Grenoble 30 juni 1998, *Recueil Dalloz* 2000, 472.

²⁸⁵ G.E. VAN MAANEN, “De grensoverschrijdende villa. Enkele gedachten over eigendom in deze tijd, naar aanleiding van Hoge Raad 25 juni 2004 en Hoge Raad 28 maart 2008”, noot onder Hoge Raad 25 juni 2004, *NTBR* 2008, afl. 6, 249.

²⁸⁶ Artikel 5:21 lid 1 NBW; S. BOULY, *De verhouding tussen de opstallen en de grond*, Diss. KU Leuven, 2014, 71; W.H.M. REEHUIS en A.H.T. HEISTERKAMP, *Goederenrecht*, in *PITLO, Deel 3, Het Nederlands burgerlijk recht*, Deventer, Kluwer, 2012, 406 en 426; F. H. J. MIJNSSEN, A. A. VAN VELTEN en S. E. BARTELS, *Deel 5, Zakenrecht, Eigendom en beperkte rechten*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2008, 69.

²⁸⁷ Hoge Raad 15 november 2002, *NJ* 2003, 48; Hoge Raad 17 april 1970, *NJ* 1971, 89, met noot P.A.N. HOUWING; W.H.M. REEHUIS en A.H.T. HEISTERKAMP, *Goederenrecht*, in *PITLO*,

75. VORDERING TOT RECHT VAN OVERBOUW - Nederland kent sinds het nieuwe Burgerlijk Wetboek bovendien een bijkomende wettelijke regeling voor een welbepaald geval van rechtsmisbruik. Artikel 5:54 van het Nederlandse Burgerlijke Wetboek geeft aan de onbevoegde bouwheer die over de perceelsgrenzen heeft heengebouwd de mogelijkheid om deze situatie te regulariseren.²⁸⁸

Opdat artikel 5:54 toepassing kan vinden mag de bouwheer niet te kwader trouw zijn, of mag hem geen grove schuld te verwijten vallen.²⁸⁹ Bovendien moet er sprake zijn van misbruik van recht door de grondeigenaar, in de zin dat deze de nadelen voor hemzelf – indien de overbouw gehandhaafd blijft – moet afwegen tegen de nadelen voor de persoon van wie de af te breken overbouw is.²⁹⁰ In het geval de afbraak voor de bouwheer onevenredig veel nadeliger zou zijn, kan deze de toepassing van artikel 5:54 vorderen.²⁹¹ De grondeigenaar heeft in dat geval de keuze tussen het vestigen van een erfdiensbaarheid, of het overdragen van dat stuk van het erf dat overbouwd is, waarbij de bouwheer een vergoeding moet betalen.²⁹²

b. Recht van overbouw en steun bij volume-perceel

76. MISBRUIK RECHT VAN OVERBOUW EN STEUN BIJ VOLUME-PERCEEL - Wanneer een recht van overbouw en steun misbruikt geweest is om een volume-perceel te creëren, en gediskwalificeerd is als erfdiensbaarheid, dan komen we hier wel binnen het toepassingsgebied van artikel 555 van het Burgerlijk Wetboek, bij gebrek aan een (accessoir) opstalrecht. De bouwheer is in dat geval een derde die onbevoegd bouwt op andermans grond.

Deel 3, Het Nederlands burgerlijk recht, Deventer, Kluwer, 2012, 382 en 426; F. H. J. MIJNSSEN, A. A. VAN VELTEN en S. E. BARTELS, *Deel 5, Zakenrecht, Eigendom en beperkte rechten*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2008, 76.

²⁸⁸ Deze vernieuwing is evenwel gewoon een verderzetting van de rechtspraak van de Hoge Raad; Hoge Raad 17 april 1970, *NJ* 1971, 89, met noot P.A.N. HOUWING; A.C. WIBBENS-DE JONG, *Losdelig Handboek B26: Burenrecht*, in *Monografieën BW*, Deventer, Kluwer, 2009, 19; G.E. VAN MAANEN, “De grensoverschrijdende villa. Enkele gedachten over eigendom in deze tijd, naar aanleiding van Hoge Raad 25 juni 2004 en Hoge Raad 28 maart 2008”, noot onder Hoge Raad 25 juni 2004, *NTBR* 2008, afl. 6, 251; C.C. VAN DAM, F.H.J. MIJNSSEN en A.A. VAN VELTEN, 3. *Goederenrecht. Deel 2. Zakelijke rechten*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2002, 168.

²⁸⁹ W.H.M. REEHUIS en A.H.T. HEISTERKAMP, *Goederenrecht*, in *PITLO, Deel 3, Het Nederlands burgerlijk recht*, Deventer, Kluwer, 2012, 427; S.D. LINDENBERGH, “Burgerlijk Wetboek 5, artikel 54 (overbouw)”, in *Groene Serie Zakelijke rechten*, aantekening 11, op www.navigators.nl.

²⁹⁰ S.D. LINDENBERGH, “Burgerlijk Wetboek 5, artikel 54 (overbouw)”, in *Groene Serie Zakelijke rechten*, aantekening 3, op www.navigators.nl.

²⁹¹ Hoge Raad 28 maart 2008, *NJ* 2008, 353; Hoge Raad 31 oktober 2003, *NJ* 2004, 38; Hof Amsterdam 22 november 2001, *NJ* 2002, 502; J.G. GRÄLER, *Losdelig Handboek B27: Mandeligheid en erfdiensbaarheden*, in *Monografieën BW*, Deventer, Kluwer, 2014, 83; S. BOULY, *De verhouding tussen de opstallen en de grond*, Diss. KU Leuven, 2014, 148.

²⁹² W.H.M. REEHUIS en A.H.T. HEISTERKAMP, *Goederenrecht*, in *PITLO, Deel 3, Het Nederlands burgerlijk recht*, Deventer, Kluwer, 2012, 426; C.C. VAN DAM, F.H.J. MIJNSSEN en A.A. VAN VELTEN, 3. *Goederenrecht. Deel 2. Zakelijke rechten*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2002, 169; K.F.M. BERGER, *Burenrecht, mandeligheid en erfdiensbaarheden*, Deventer, Kluwer, 2001, 75; H.D. PLOEGER, *Horizontale splitsing van eigendom*, Deventer, Kluwer, 1997, 88; S.D. LINDENBERGH, “Burgerlijk Wetboek 5, artikel 54 (overbouw)”, in *Groene Serie Zakelijke rechten*, aantekening 5, op www.navigators.nl.

Aangezien de constructie op zichzelf staat is ook voldaan aan het individualiseerbaarheidsvereiste.²⁹³

De mogelijkheden voor de grondeigenaar zijn in dit geval heel gelijklopend in België, Nederland en Frankrijk. In België bevindt de desbetreffende regeling zich in artikel 555 Burgerlijk Wetboek, in Frankrijk in artikel 555 Code Civil. In Nederland spreekt de rechtsleer van de “moderne *actio negatoria*”, die te vinden is in artikel 5:1 *juncto* 3:296 van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek.²⁹⁴

77. KEUZERECHT GRONDEIGENAAR. BELGIË EN FRANKRIJK - De grondeigenaar kan het herstel van zijn eigendomsrecht vorderen. Afhankelijk van de goede of kwade trouw van de oprichter van de constructie heeft grondeigenaar de keuze: hij kan de afbraak van de constructie vorderen, of hij kan er voor kiezen om deze te behouden.²⁹⁵

78. KWADE TROUW BOUWHEER - Is de bouwheer van kwade trouw, dan kan de grondeigenaar enerzijds eisen dat deze de constructie afbreekt op zijn eigen kosten.²⁹⁶ Daarnaast kan hij de natrekking volledige uitwerking laten hebben, en eigenaar worden van de constructie.²⁹⁷ In dit geval moet hij de bouwheer wel een vergoeding betalen, die de kosten van de bouwheer dekt.²⁹⁸ Naar Frans recht heeft de grondeigenaar ook de keuze de meerwaarde aan zijn grond op het moment van de verkrijging van de eigendom als vergoeding te betalen.²⁹⁹ Bovendien kan de rechter de onbevoegde bouwheer ook veroordelen tot een bijkomende schadevergoeding.³⁰⁰

²⁹³ Zie randnummer 71.

²⁹⁴ P.C. VAN ES, *De actio negatoria. Een studie naar de rechtsworderlijke zijde van het eigendomsrecht*, Dissertatie Universiteit Leiden, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2005, 189.

²⁹⁵ P. MALAURIE en L. AYNES, *Les biens*, in P. MALAURIE en L. AYNES, *Collection droit civil*, Parijs, LGDJ Lextenso Editions, 2015, 150; M.-L. MATHIEU, *Droit civil. Les Biens*, Parijs, Sirey Dalloz, 2013, 104; P. LEVIE, *Traité théorique et pratique des Constructions érigées sur le Terrain d'Autrui, tome VII*, in *Bibliothèque de droit privé, notarial et fiscal*, Leuven, Publications universitaires de Louvain, 1951, 38.

²⁹⁶ S. SCHILLER, *Droit des biens, 7^{ème} édition*, Parijs, Dalloz, 2015, 144; P. THERY, PH. MALAURIE en L. AYNES, *Droit Civil: Les Biens. La Publicité Foncière*, Parijs, Editions Cujas, 1998, 126; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité Élémentaire de droit civil belge, Tome VI, Les Biens 2, Les Suretés 1*, Brussel, Bruylant, 1953, 51.

²⁹⁷ S. BOULY, *De verhouding tussen de opstallen en de grond*, Diss. KU Leuven, 2014, 132; S. SCHILLER, *Droit des biens, 7^{ème} édition*, Parijs, Dalloz, 2015, 144; S. DRUFFIN – BRICCA en L.-C. HENRY, *Droits des biens, 5^{ème} édition*, in *Mémentos LMD*, Parijs, Gualino Lextenso Editions, 2013, 87.

²⁹⁸ Gent 9 januari 1998, *TBBR – RGDC* 1998, 251; S. BOULY, *De verhouding tussen de opstallen en de grond*, Diss. KU Leuven, 2014, 136; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI en J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les biens*, Parijs, LGDJ Lextenso éditions, 2012, 231.

²⁹⁹ In Frankrijk zijn de vergoedingsregels voor een bouwheer te goeder en te kwader trouw dus gelijk. P. MALAURIE en L. AYNES, *Les biens*, in P. MALAURIE en L. AYNES, *Collection droit civil*, Parijs, LGDJ Lextenso Editions, 2015, 151; S. SCHILLER, *Droit des biens, 7^{ème} édition*, Parijs, Dalloz, 2015, 144 – 145. M.-L. MATHIEU, *Droit civil. Les Biens*, Parijs, Sirey Dalloz, 2013, 105; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI en J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les biens*, Parijs, LGDJ Lextenso éditions, 2012, 232 – 233; P. THERY, PH. MALAURIE en L. AYNES, *Droit Civil: Les Biens. La Publicité Foncière*, Parijs, Editions Cujas, 1998, 130.

³⁰⁰ S. BOULY, *De verhouding tussen de opstallen en de grond*, Diss. KU Leuven, 2014, 131.

79. GOEDE TROUW BOUWHEER - Indien de bouwheer te goeder trouw is³⁰¹ heeft de grondeigenaar niet meer de mogelijkheid om de afbraak te vorderen.³⁰² Hij zal een vergoeding³⁰³ moeten betalen, en kan pas hierna desgewenst zelf overgaan tot de afbraak.³⁰⁴

In het geval van een diskwalificatie van de erfdiensbaarheid van overbouw zal de oprichter van de constructie niet van goede trouw zijn. Wetsontduiking vereist immers een opzet³⁰⁵, waardoor hij als onbevoegde bouwer vanzelfsprekend van kwade trouw is. De grondeigenaar kan hem dus verplichten om op zijn eigen kosten de constructie af te breken.

80. AFBRAAKVORDERING IN NEDERLAND - Het Nederlandse Burgerlijk Wetboek kent in tegenstelling tot in Frankrijk en België geen specifieke bepaling met betrekking tot het onbevoegd bouwen op andermans perceel. In Nederland leidt dit tot een toepassing van de algemenere moderne *actio negatoria* en toepassing van de leer van de onrechtmatige daad.³⁰⁶ Ook in Nederland is er een scherp onderscheid tussen de situatie waarbij een constructie, zonder hiertoe de bevoegdheid te hebben, gebouwd is over de perceelsgrenzen heen, en de situatie waar deze constructie zich slechts op één erf bevindt. Indien de constructie zich op één erf bevindt is er geen sprake van een toestand die inbreuk maakt op het eigendomsrecht van de grondeigenaar, aangezien deze door de verticale natrekking eigenaar is van de constructie.³⁰⁷ Hij kan met deze constructie in principe doen en laten wat hij wil. Het bouwen zelf van deze constructie vormt weliswaar wél een inbreuk op zijn eigendomsrecht. Dit heeft als gevolg dat de grondeigenaar met de moderne *actio negatoria* een verbod op verder bouwen kan vorderen.³⁰⁸

³⁰¹ S. SCHILLER, *Droit des biens*, 7^{ème} édition, Parijs, Dalloz, 2015, 144; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI en J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les biens*, Parijs, LGDJ Lextenso éditions, 2012, 231; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité Élémentaire de droit civil belge, Tome VI, Les Biens 2, Les Suretés 1*, Brussel, Bruylant, 1953, 53.

³⁰² S. BOULY, *De verhouding tussen de opstallen en de grond*, Diss. KU Leuven, 2014, 132; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI en J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les biens*, Parijs, LGDJ Lextenso éditions, 2012, 231; P. THERY, PH. MALAURIE en L. AYNES, *Droit Civil: Les Biens. La Publicité Foncière*, Parijs, Editions Cujas, 1998, 128.

³⁰³ Hierbij heeft hij de keuze tussen het vergoeden van de kosten van de bouwheer of de meerwaarde van zijn erf. J. HANSENNE, *Les Biens, Précis, II*, Luik, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1996, 662.

³⁰⁴ Ook in het geval van kwade trouw, waarbij de grondeigenaar echter zelf de gebouwen afbreekt in de plaats van de afbraak door de derde te vorderen, kan de grondeigenaar verplicht worden een vergoeding te betalen. Zie Rb. Verviers 13 mei 1999, *JLMB* 1992, 276; S. BOULY, *De verhouding tussen de opstallen en de grond*, Diss. KU Leuven, 2014, 132.

³⁰⁵ Zie randnummer 59.

³⁰⁶ F. H. J. MIJNSSEN, A. A. VAN VELTEN en S. E. BARTELS, *Deel 5, Zakenrecht, Eigendom en beperkte rechten*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2008, 151; G.E. VAN MAANEN, “De grensoverschrijdende villa. Enkele gedachten over eigendom in deze tijd, naar aanleiding van Hoge Raad 25 juni 2004 en Hoge Raad 28 maart 2008”, noot onder Hoge Raad 25 juni 2004, *NTBR* 2008, afl. 6, 254.

³⁰⁷ S.J.M. BROUWERS, *Mijn huis & Mijn recht*, Gronsveld, S.J.M. Brouwers, 2006, 108; P.C. VAN ES, *De actio negatoria. Een studie naar de rechtsworderlijke zijde van het eigendomsrecht*, *Dissertatie Universiteit Leiden*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2005, 260; H.A.G. FIKKERS, *Natrekking, vermenging en zaaksvorming. Privaatrecht deel 4*, in *Ars Aequi Cahiers*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1994, 26.

³⁰⁸ P.C. VAN ES, *De actio negatoria. Een studie naar de rechtsworderlijke zijde van het eigendomsrecht*, *Dissertatie Universiteit Leiden*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2005, 260.

Bovendien kan hij een schadevergoeding vorderen op basis van artikel 6:162 van het Nederlands Burgerlijk Wetboek.³⁰⁹ Deze schadevergoeding kan onder meer bestaan uit het afbreken van de constructie door de derde-bouwheer.

VAN ES wijst er terecht op dat artikel 3:120 lid 2 van het Nederlands Burgerlijk Wetboek van toepassing kan zijn. Dit artikel geeft de bezitter te goeder trouw recht op een vergoeding voor de kosten gemaakt ten behoeve van het goed. De rechter kan deze vergoeding discretionair matigen wanneer de (grond)eigenaar kan aantonen dat een bepaalde toevoeging hem niet tot voordeel strekt.³¹⁰ Deze auteur stelt zich de vraag wat de verhouding is tussen dit artikel en artikel 6:162. Hij stelt dat wanneer de grondeigenaar van mening is dat de gebouwde constructie op zijn erf hem niet tot voordeel strekt, de vergoeding aan de bezitter op basis van artikel 3:120 lid 2 minimaal, zo niet nul moet zijn, en dat hij de afbraak van de constructie kan vorderen op kosten van de bezitter.³¹¹ Indien de bezitter niet te goeder trouw is, dan kan de grondeigenaar gewoonlijk de afbraak van de constructie vorderen op basis van artikel 6:162 *juncto* artikel 6:103 van het Nederlands Burgerlijk Wetboek.³¹²

2.4.2. *Het bezit als basis voor de eigendom en bevoegdheid*

81. INLEIDING - Het is interessant om dieper in te gaan op de verkrijging van het opstal recht via de *usucapio*, de verkrijgende verjaring. Deze kan immers de bevoegdheid tot bouwen en de eigendom van de constructie verlenen. Zonder al te veel aandacht te besteden aan de verschillende vormen van de verkrijgende verjaring (gewone of verkorte), is een korte bespreking op haar plaats.

82. WETTELIJKE VERANKERING - De verkrijgende verjaring vervat in 2219 BW is een oorspronkelijke manier om op grond van een deugdelijk bezit de eigendom over een goed te verkrijgen.³¹³ Ze is ingegeven door een

³⁰⁹ F. H. J. MIJNSSEN, A. A. VAN VELTEN en S. E. BARTELS, *Deel 5, Zakenrecht, Eigendom en beperkte rechten*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2008, 152; G.E. VAN MAANEN, "De grensoverschrijdende villa. Enkele gedachten over eigendom in deze tijd, naar aanleiding van Hoge Raad 25 juni 2004 en Hoge Raad 28 maart 2008", noot onder Hoge Raad 25 juni 2004, *NTBR* 2008, afl. 6, 254.

³¹⁰ P.C. VAN ES, *De actio negatoria. Een studie naar de rechtsvorderlijke zijde van het eigendomsrecht*, *Dissertatie Universiteit Leiden*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2005, 261.

³¹¹ P.C. VAN ES, *De actio negatoria. Een studie naar de rechtsvorderlijke zijde van het eigendomsrecht*, *Dissertatie Universiteit Leiden*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2005, 261.

³¹² Hierbij dient een voorbehoud te worden gemaakt met betrekking tot een bezitter die niet te goeder trouw is, maar aan wie de onrechtmatige daad niet toerekenbaar is, bijvoorbeeld in het geval dat de bezitter zijn rechtsvoorganger onder algemene titel is opgevolgd, en het bezit van deze laatste ook niet te goeder trouw was. Zie P.C. VAN ES, *De actio negatoria. Een studie naar de rechtsvorderlijke zijde van het eigendomsrecht*, *Dissertatie Universiteit Leiden*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2005, 262.

³¹³ Rb. Brugge 19 juni 2000, *RW* 2002 – 03, 269; P. LECOCQ en S. BOUFLETTE, "Les droits réels démembrés au service des parkings privés", *Revue pratique de l'immobilier* 2015, afl. 1, 66; V. SAGAERT, *V, Goederenrecht*, in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen Kluwer, 2014, 650; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI en J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les biens*, Parijs, LGDJ Lextenso éditions, 2012, 172; R. DEKKERS en E. DIRIX, *Handboek Burgerlijk Recht, Deel II, Zakenrecht, zekerheden, verjaring*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 543; J.-M. TRIGEAUD, *La possession*

maatschappelijke behoefte naar rechtszekerheid; na verloop van tijd verschaft ze immers uitsluitel over de eigendomsvraag.³¹⁴

Ook het Frans en Nederlands recht kennen de verkrijgende verjaring, die vervat ligt in de artikelen 2258 Code Civil en 3:99 van het Nederlands Burgerlijk Wetboek, en waarvan de werking grotendeels gelijklopend is, met uitzondering van de termijnen.³¹⁵

83. WERKING VERKRIJGENDE VERJARING - De verkrijgende verjaring van een onroerend goed heeft als gevolg dat de persoon die dit goed gedurende een bepaalde periode in bezit heeft gehad de volle, onbelaste eigendom er over verkrijgt.³¹⁶ Deze periode kan variëren van 30 jaar tot 10 jaar.³¹⁷ Voor de verjaringstermijn van 30 jaar is de goede trouw van de persoon die zich op de verjaring beroept niet van belang.³¹⁸ Het enkele feit dat hij het onroerend goed gedurende 30 jaar onafgebroken deugdelijk in zijn bezit gehad heeft, volstaat.³¹⁹

84. VERKRIJGENDE VERJARING OPSTALRECHT - De verkrijgende verjaring kan logischerwijze ook de verkrijging van een (recht van) opstal tot gevolg hebben.³²⁰ Bij perceeloverschrijdende constructies kan de verkrijgende verjaring van belang zijn. Zo heeft hof van beroep van Brussel zich recent moeten uitspreken over een zaak waarin een kelder zich uitstrekte onder twee percelen.³²¹ Het hof oordeelde dat de eigendom van de kelder toebehoorde

des biens immobiliers, Parijs, Economica, 1981, 184; L. LINDEMANS, *Erfdienstbaarheden*, in *APR*, Brussel, Larcier, 1958, 248 – 249.

³¹⁴ V. SAGAERT, “De verkrijgende verjaring van onroerende goederen herbezocht. Een aanzet tot het debat over het verjaringsrecht”, *RW* 2006-07, afl. 39, 1585; F.H.J. MIJNSSEN en P. DE HAAN, *I. Goederenrecht*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2001, 342.

³¹⁵ F.H.J. MIJNSSEN en P. DE HAAN, *I. Goederenrecht*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2001, 420.

³¹⁶ V. SAGAERT, “De verkrijgende verjaring van onroerende goederen herbezocht. Een aanzet tot het debat over het verjaringsrecht”, *RW* 2006-07, afl. 39, 1585; F.H.J. MIJNSSEN en P. DE HAAN, *I. Goederenrecht*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2001, 424; J.-M. TRIGEAUD, *La possession des biens immobiliers*, Parijs, Economica, 1981, 428.

³¹⁷ V. SAGAERT, “De verkrijgende verjaring van onroerende goederen herbezocht. Een aanzet tot het debat over het verjaringsrecht”, *RW* 2006-07, afl. 39, 1587; J. HANSENNE, *Les Biens, Précis*, I, Luik, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1996, 335; In het Nederlands recht is de termijn 10 jaar voor de bezitter te goeder trouw, en 20 jaar voor de bezitter te kwader trouw. Zie F.H.J. MIJNSSEN en P. DE HAAN, *I. Goederenrecht*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2001, 428 – 429.

³¹⁸ Brussel 16 januari 2002, *Res Jur. Imm.* 2002, 95; C. ENGELS, “Zakenrecht”, in S. DE JONGHE, C. ENGELS, L. LAVRYSEN, P. TAELMAN, L. VAN DEN STEEN, H. VAN LANDEGHEM en S. VOET, *Rechtskroniek voor het notariaat, deel 9*, Brugge, Die Keure, 2006, 255.

³¹⁹ V. SAGAERT, *V. Goederenrecht*, in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen Kluwer, 2014, 650.

³²⁰ M.E. STORME, *Erfpacht en opstalrecht*, 2015, 36, <https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/ZCR-erfpachtopstal.pdf>, laatst geraadpleegd op 17 april 2016; S. DRUFFIN – BRICCA en L.-C. HENRY, *Droits des biens, 5ième édition*, in *Mémentos LMD*, Parijs, Gualino Lextenso Editions, 2013, 245; F.H.J. MIJNSSEN en P. DE HAAN, *I. Goederenrecht*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2001, 423.

³²¹ Brussel 23 november 2012, *TBBR – RGDC* 2015, afl. 4, 199, met noot S. BOULY.

aan de eigenaar die er gedurende 30 jaar het bezit van had, waardoor de verkrijgende verjaring intrad. Een belangrijke vraag die zich hierbij stelt is wat er dan gebeurt met de tijdsbeperving uit de Opstalwet. Het is belangrijk om te weten hoe de tijdsbeperving hier toegepast wordt. Wanneer de dwingende tijdsbeperving pas loopt vanaf het einde van de verjaringstermijn heeft de verkrijger immers 30 jaar langer de eigendom dan wanneer deze loopt vanaf het begin van de verjaringstermijn.³²² Sommige rechtspraak oordeelt zelfs dat de tijdsbeperving bij een opstalrecht dat door verkrijgende verjaring tot stand is gekomen niet van toepassing is.³²³ Deze rechtspraak kan niet bijgetreden worden. Immers, de wijze waarop een recht van opstal is verkregen is van geen enkel belang.³²⁴ Sommige auteurs zijn van mening dat de tijdsbeperving pas geldt vanaf het einde van de verjaringstermijn.³²⁵ De verkrijger heeft dus met andere woorden het onroerend goed eerst 30 jaar in bezit, waarna hij het nog 50 jaar in eigendom heeft. Ook deze visie kan niet bijgetreden worden.³²⁶ Een belangrijk gevolg van de verkrijgende verjaring is dat deze werkt met terugwerkende kracht. De verkrijger is geacht van bij aanvang de titularis te zijn geweest van het recht waar hij het bezit van had.³²⁷ Wanneer de verkrijger na het verstrijken van de verjaringstermijn titularis zou zijn van een opstalrecht van 50 jaar, vermeerderd met 30 jaar als retroactieve titularis, zou hij 80 jaar titularis zijn. Dit is naar de huidige stand van het Belgisch recht niet mogelijk.

³²² S. BOULY, “Verrijgende verjaring ten aanzien van constructies op of onder andermans grond”, noot onder Brussel 23 november 2012, *TBBR – RGDC* 2015, afl. 4, 206.

³²³ Rb. Nijvel 2 oktober 2003, *Res. jur. imm.* 2004, 54; Rb. Brussel 25 mei 1999, *TBBR – RGDC* 2006, 390; Bergem 28 december 1999, *TBBR – RGDC* 2002, 54; Rb. Mechelen 9 mei 1878, *Pas* 1878, III, 347; V. SAGAERT, “Volume-eigendom, een verkenning van de verticale begrenzing van onroerende eigendom”, *TPR* 2009, 56; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité Élémentaire de droit civil belge, Tome VI, Les Biens 2, Les Suretés 1*, Brussel, Bruylant, 1953, 583.

³²⁴ S. BOULY, “Verrijgende verjaring ten aanzien van constructies op of onder andermans grond”, noot onder Brussel 23 november 2012, *TBBR – RGDC* 2015, afl. 4, 204 – 206; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 601; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité Élémentaire de droit civil belge, Tome VI, Les Biens 2, Les Suretés 1*, Brussel, Bruylant, 1953, 584.

³²⁵ S. BOULY, “Verrijgende verjaring ten aanzien van constructies op of onder andermans grond”, noot onder Brussel 23 november 2012, *TBBR – RGDC* 2015, afl. 4, 206. Zie hierover ook P. LECOCQ en S. BOUFLLETTE, “Les droits réels démembrés au service des parkings privés”, *Revue pratique de l’immobilier* 2015, afl. 1, 65 – 66; V. SAGAERT, *V, Goederenrecht*, in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen Kluwer, 2014, 611; M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 324; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité Élémentaire de droit civil belge, Tome VI, Les Biens 2, Les Suretés 1*, Brussel, Bruylant, 1953, 584.

³²⁶ M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 325; J. HANSENNE, *Les Biens, Précis, II*, Luik, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1996, 1250.

³²⁷ V. SAGAERT, *V, Goederenrecht*, in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen Kluwer, 2014, 669; M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 324; J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI, S. CIMAMONTI en J. GHESTIN, *Traité de droit civil. Les biens*, Parijs, LGDJ Lextenso éditions, 2012, 252; F.H.J. MIJNSSEN en P. DE HAAN, *I, Goederenrecht*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 2001, 437; R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht, V, Deel I B in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Standaard Uitgeverij, 1974, 1009.

In het Nederlands recht is de verkrijgende verjaring van een opstalrecht ook gekend, en kan deze o.m. leiden tot de eeuwigdurende verkrijging van een onroerend goed in eigendom door een huurder.³²⁸

85. VERKRIJGENDE VERJARING ERFDIENSTBAARHEID - Uiteraard valt dit probleem ook op te lossen met een erfdiensbaarheid waaraan een accessoir opstalrecht gekoppeld is. Een erfdiensbaarheid kan ook krachtens verkrijgende verjaring tot stand komen.³²⁹ Voor de verkrijgende verjaring van een erfdiensbaarheid geldt de voorwaarde dat deze erfdiensbaarheid zichtbaar en voortdurend is.³³⁰ Daarnaast bedraagt de verjaringstermijn bij een erfdiensbaarheid steeds 30 jaar en is er geen mogelijk tot een verkorte verjaringstermijn.³³¹ In het Nederlands recht is het voor verkrijgende verjaring van een erfdiensbaarheid daarentegen niet meer vereist dat deze zichtbaar en voortdurend is.³³²

86. VERKRIJGENDE VERJARING RECHT VAN OVERBOUW EN STEUN - Een erfdiensbaarheid van overbouw/ onderbouw of uitbouw is in normale omstandigheden duidelijk een voortdurende en zichtbare erfdiensbaarheid.³³³ De eigenaar van de constructie moet immers niet steeds een daad stellen om gebruik te maken van de erfdiensbaarheid³³⁴, doordat het bestaan van een constructie het gebruik permanent maakt. Bovendien is het een zichtbare erfdiensbaarheid: het bestaan van de constructie is voor een normaal zorgvuldige en vooruitziende derde een duidelijk uitwendig

³²⁸ Hof Leeuwarden 25 oktober 2011, <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHLEE:2011:BU1889>.

³²⁹ Artikel 690 Burgerlijk Wetboek; Vred. Kapellen 12 februari 2014, *RW* 2013-14, 1473; P. LECOQ, S. BOUFLETTE, A. SALVÉ en R. POPA, “Le droit des biens. Les droits réels démembrés.”, in Y.-H. LELEU, *Chroniques Notariales vol. 60*, Brussel, Larcier, 2014, 75; V. VALETTE – ERCOLE, *Fiches de droit des biens, 2ième édition*, Parijs, Elipses, 2012, 143; R. DEKKERS en E. DIRIX, *Handboek Burgerlijk Recht, Deel II, Zakenrecht, zekerheden, verjaring*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 272; W.H.M. REEHUIS en A.H.T. HEISTERKAMP, *Deel 3, Goederenrecht*, in *PITLO, Het Nederlands burgerlijk recht*, Deventer, Gouda Quint, 2001, 450.

³³⁰ Artikel 690 Burgerlijk Wetboek en artikel 690 Code Civil; S. SCHILLER, *Droit des biens, 7ième édition*, Parijs, Dalloz, 2015, 196 en 201; V. SAGAERT, *V, Goederenrecht*, in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen Kluwer, 2014, 475; L. MATHIEU, *Droit civil. Les Biens*, Parijs, Sirey Dalloz, 2013, 282; V. SAGAERT, “Actuele ontwikkelingen inzake erfdiensbaarheden”, in H. VANDENBERGHE, *34. Zakenrecht in Themis*, Brugge, Die Keure, 2006, 59.

³³¹ G. BLOCKX, F. LENS en L. WYNANT, *Erfbacht, opstal en erfdiensbaarheden*, in *Reeks Notariële Praktijkstudies*, Mechelen, Kluwer, 2006, 232; L. LINDEMANS, *Erfdiensbaarheden*, in *APR*, Brussel, Larcier, 1958, 254. Dit geldt ook voor Frankrijk: P. THERY, PH. MALAURIE en L. AYNES, *Droit Civil: Les Biens. La Publicité Foncière*, Parijs, Editions Cujas, 1998, 346. Niet elke auteur heeft hierover echter dezelfde mening, zie V. DEFRAITEUR, *Les Servitudes*, in *Droit Notarial*, Waterloo, Kluwer, 2015, 103; V. SAGAERT, “De verkrijgende verjaring van onroerende goederen herbezocht. Een aanzet tot het debat over het verjaringsrecht”, *RW* 2006-07, afl. 29, 1590.

³³² C.C. VAN DAM, F.H.J. MIJNSSEN en A.A. VAN VELTEN, *3. Goederenrecht. Deel 2. Zakelijke rechten*, in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2002, 212.

³³³ L. LINDEMANS, *Erfdiensbaarheden*, in *APR*, Brussel, Larcier, 1958, 135.

³³⁴ V. SAGAERT, *V, Goederenrecht*, in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 471; M. PRIEUR, G.-C. HENRIOT en P. ROSSILLION, *Servitudes de droit privé et de droit public*, Parijs, L'actualité Juridique, 1976, 31; A. LIMPENS, *Handboek der erfdiensbaarheden*, Antwerpen, Standaard Boekhandel, 1955, 61.

teken.³³⁵ Dat in de zaak voor het hof van beroep te Brussel de verkrijgende verjaring van een zelfstandig opstalrecht en niet van een erfdiensbaaerheid van onderbouw met accessoir opstalrecht ingeroepen werd, is dan ook te betreuren. Nu het Hof van Cassatie het bestaan van een accessoir opstalrecht bij een erfdiensbaaerheid van overbouw bevestigd heeft, bestaat er immers geen enkele twijfel meer over deze mogelijkheid.

In Frankrijk heeft het Hof van Cassatie reeds meermaals geoordeeld dat een erfdiensbaaerheid van overbouw en steun nooit via verkrijgende verjaring tot stand kan komen, in lijn met haar strikte rechtspraak met betrekking tot perceelsoverschrijding.³³⁶ Relatief recent heeft ditzelfde Hof toch de verkrijgende verjaring van een recht van overbouw voor een perceelsoverschrijdende uitsprong aanvaard, zij het in specifieke omstandigheden.³³⁷

³³⁵ V. SAGAERT, *V. Goederenrecht*, in *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 472; R. DEKKERS en E. DIRIX, *Handboek Burgerlijk Recht, Deel II, Zakenrecht, zekerheden, verjaring*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 272; P. THÉRY, PH. MALAURIE en L. AYNES, *Droit Civil: Les Biens. La Publicité Foncière*, Parijs, Editions Cujas, 1998, 339.

³³⁶ Cass. fr. 12 juni 2003, n° 01-1437, op www.legifrance.gouv.fr; Cass. fr. 27 juni 2001, *Revue de Droit Immobilier* 2002, 141, met noot J. BERGEL; Cass. fr. 24 mei 2000, *Recueil Dalloz* 2000, 151.

³³⁷ Cass. fr. 12 maart 2008, *Recueil Dalloz* 2008, 919, met noot; S. SCHILLER, *Droit des biens*, 7^{ème} édition, Parijs, Dalloz, 2015, 201; W. DROSS, *Droit civil des choses*, Parijs, LGDJ lextenso éditions, 2012, 680; G. FOREST, "Usucapion d'une servitude de surplomb", noot onder Cass. fr. 12 maart 2008, *Recueil Dalloz* 2008, 919. Het is bovendien wel van belang de specifieke omstandigheden te vermelden. *In casu* betrof het een uitsprong met een bepaalde architecturale waarde, waardoor het Hof terughoudend was om te beslissen tot afbraak. Zie B. MALLEY-BRICOUT, "C – Possession et prescription acquisitive: du changement!" *Recueil Dalloz* 2008, 2462. DROSS wijst er echter op dat het Hof *in casu*, door slechts een erfdiensbaaerheid en geen zelfstandig volume-eigendomsrecht toe te staan, de eigendomssplitsing juist heeft beperkt. In tegenstelling tot het geval van een erfdiensbaaerheid zou in het geval van volume-eigendom ook na afbraak van de uitsprong de lege overblijvende ruimte niet toebehoren aan de grondeigenaar, maar aan de overschrijdende bouwer. W. DROSS, *Droit civil des choses*, Parijs, LGDJ lextenso éditions, 2012, 680.

CONCLUSIE

87. ONDERZOEKSVRAAG - In welke mate is het mogelijk om het recht van overbouw of steun te gebruiken als alternatief instrument voor horizontale eigendomssplitsing en volume-eigendom?

88. ONTOEREIKENDHEID BESTAAANDE MOGELIJKHEDEN - In dit artikel hebben we aangetoond dat de huidige mogelijkheden tot langdurige horizontale eigendomssplitsing niet altijd toereikend zijn. De tijdsbeperking van 50 jaar bij het zelfstandig opstalrecht staat in de weg aan een langdurige horizontale eigendomssplitsing met betrekking tot grond. De Cassatierechtspraak van 1988 verhindert bovendien dat dergelijke eigendomssplitsing, zoals wel het geval is in Frankrijk, tot stand zou kunnen komen door een verzaking aan het recht van natrekking door de grondeigenaar. Deze rechtspraak stelt immers dat elke verzaking aan de natrekking een recht van opstal tot stand brengt. Ook het retentierecht dat de opstalhouder heeft na het verlopen van zijn opstalrecht doet geen afbreuk aan de inwerkingtreding van de natrekking. Evenmin kan de gemeenrechtelijke mede-eigendom overtuigen, aangezien deze rechtsfiguur zich niet eenvoudig leent tot privégebruik van een constructie. De appartementsmede-eigendom voorziet wel in privégebruik van de privatieve delen, maar gaat dan weer gepaard met een rigide beheersstructuur, de verplichting tot het opstellen van een basisakte en het oprichten van een vereniging van mede-eigenaars. Bovendien kunnen mede-eigenaars met een groot aandeel bepaalde noodzakelijke werken tegenhouden.

89. ACCESSOIRE OPSTALRECHTEN - De voornaamste mogelijkheid in België tot het realiseren van een langdurige eigendomssplitsing is te vinden in het accessoir opstalrecht. Door het vestigen van een hoofdrecht dat langer duurt dan de 50 jaar waaraan een zelfstandig opstalrecht gebonden is, kan de eigendomssplitsing in grote mate verlengd worden. Om een eeuwigdurende horizontale eigendomssplitsing tot stand te brengen moet het hoofdrecht waaraan het accessoir opstalrecht gekoppeld is, ook eeuwigdurend (kunnen) zijn. Om deze reden is de erfdiensbaarheid een interessante figuur.

90. GEBRUIK VAN HET RECHT VAN OVERBOUW EN STEUN - Voor een overhangende perceelsoverschrijdende constructie blijft de eigendom in handen van de bouwheer krachtens het goederenrechtelijk eenheidsbeginsel, maar is een recht zoals een erfdiensbaarheid nodig voor het verlenen van de bevoegdheid tot bouwen. Indien deze constructie wel steunt op het naastliggend erf komt de eigendom van het perceelsoverschrijdend deel door de natrekking toe aan de eigenaar van het ondersteunend erf. De erfdiensbaarheid van overbouw (en steun) geeft aan de bouwheer van de perceelsoverschrijdende constructie de bevoegdheid om deze over de grens, op andermans erf te bouwen, en de eigendom erover te behouden.

100. RECHT VAN OVERBOUW EN STEUN ONGESCHIKT VOOR EIGENDOMSVOLUMES - Dit artikel werkt meerdere hypothesen uit om de erfdiensbaarheid van overbouw en steun te gebruiken tot realisatie van

volume-eigendom. Deze hypothesen handelen over verschillende manieren om een heersend erf te voorzien, ten voordele waarvan de erfdienstbaarheid gevestigd kan worden, en waarop het volume dan kan worden gebouwd. Hierbij zijn er verschillende problemen, zoals een probleem van volgtijdelijkheid wanneer niet eerst wordt voorzien in een heersend erf (hypothese 1). Daarnaast kan de erfdienstbaarheid hierbij worden gedenatureerd, doordat in sommige gevallen de grens tussen lijdend en heersend erf vervaagt (hypothese 2). Bovendien is ook het nutsvereiste vaak problematisch (hypothesen 3 en 4), en is het bestaan van een accessoir opstalrecht en bijhorende duur niet altijd zeker (hypothese 3). Partijen moeten overigens steeds rekening houden met de grote kans op kwalificatie als wetsontduiking door de rechter, zodat de dwingende tijdsbeperking van de Opstalwet toch weer van toepassing kan zijn. Bovendien leent het gebruik van erfdienstbaarheden zich moeilijk tot het bouwen van ingewikkelde volume-complexen. Hoe meer bouwlagen en volumes er bestaan, hoe meer personen toestemming moeten geven voor het bouwen van de constructie.

101. VOORSTEL TOT AANPASSING WETGEVING - In dit artikel is meermaals herhaald dat de dwingende tijdsbeperking in de Opstalwet aan de basis ligt van de problemen bij het construeren van eigendomsvolumes. Het is dan ook te betreuren dat de wetgever deze niet afgeschaft heeft, of minstens de dwingendrechtelijke aard verzacht zou hebben tot een aanvullende aard. Op die manier zouden partijen, net zoals in Nederland of Frankrijk, beschikken over een grote wilsautonomie in het bepalen van de duurtijd van het recht, waarbij de tijdsbeperking in de Opstalwet enkel van toepassing is indien de partijen niets anders bepaald hebben. Daarnaast zou een veralgemening van het goederenrechtelijk eenheidsbeginsel ook leiden tot een vereenvoudiging van de rechten bij een perceeloverschrijdende constructie. Hierbij zou de Nederlandse horizontale natrekking die, wanneer ze conflicteren, voorrang heeft op de verticale natrekking, als voorbeeld kunnen dienen.