

Het grondboek : de vereiste hervorming van de regels betreffende de verkrijging van onroerende zakelijke rechten

Matthias E. STORME
hoogleraar KU Leuven; Universiteit Antwerpen
secretaris van de *Commission on European Contract Law*
advocaat te Brussel

Inhoud

I. Afbakening (nrs. 1-4)

II. Kort overzicht van de publiciteitsstelsels, d.i. van de uiteenlopende betekenis van registers naargelang het rechtsstelsel (nr. 5)

1. Louter bewijsregister (nr. 6)
2. Overschrijvingsregister (al dan niet constitutief) (nrs. 7-11)
3. *Fides publica* (openbare vertrouwensfunctie) (nrs. 12-28)
4. Rechtsbepalende functie (*Torrens*-stelsel) (nrs. 29-34)

III. Welke vereisten dienen aan de eigendomsoverdracht te worden gesteld, m.b. akte en/of inschrijving (nrs. 35-36)

1. Het inschrijvingsbeginsel tegen de achtergrond van de relevante rechtsvragen (eigendomsfuncties) (nrs. 37-40)
2. Gewenste omvang van het inschrijvingsbeginsel (nrs. 41-42)

IV. Hoe dienen derde-verkrijger te goeder trouw van onroerend goed te worden beschermd en welke rechtsgevolgen dienen aan de privaatrechtelijke vermeldingen in de registers te worden gehecht ?

1. Welk publiciteitsstelsel kiezen (nrs. 43-46)
2. Beknopte uitwerking van de hervorming (nrs. 47-61)

Slotbemerking (nr. 62)

I. Afbakening.

(1) De aan de pre-adviseur gegeven opdracht betrof een studie van de alternatieven voor het belgische recht inzake de openbaarmaking van onroerende zakelijke rechten. Bij de uitwerking van die opdracht in dit pre-advies is ervoor gekozen om het enkel te hebben over (publiciteit inzake) zakelijke rechten en rechten met zakelijke werking. Andere rechten, zoals bv. huur, komen in beginsel slechts zijdelings ter sprake. rechten met zakelijke werking zijn in ons recht het eigendomsrecht, de beperkte zakelijke rechten (genots- en zekerheidsrechten), de zakelijke werking die voortvloeit uit het “gezamenhands” karakter van de onverdeeldheid van een geheel van goederen (d.i. een boedel)¹, de zakelijke werking die voortvloeit uit elk beslag² en uit elke samenloop van schuldeisers³, de zakelijke werking die voortvloeit uit een geoorloofde erfstelling over de hand of andere vormen van begunstigingsbewind, en - beperkt behandeld - de zakelijke werking die voortvloeit uit de retro-actieve werking van de nietigheid, ontbinding e.d. van de titel van een verkrijging.

(2) In dit pre-advies wordt het causale karakter van de beschikking over onroerende goederen⁴ in ons recht niet principieel in vraag gesteld. Dat elke beschikking over onroerende goederen in ons recht causaal is, en niet abstract, betekent dat de werking ervan afhankelijk is van het bestaan van een geldige titel, d.i. een geldige onderliggende verbintenis tot geven (ongeacht of dit een bezwarende of een kosteloze titel is). Hoewel de keuze voor het ene of het andere stelsel tot zeer verschillende gevolgen kan leiden, indien deze keuze niet wordt uitgewogen door andere regels⁵, is zij niet wezenlijk voor de kern van de hier voorgestelde hervoming. Het hier voorgestelde stelsel

¹ Deze zakelijke werking wordt traditioneel behandeld als een aspect van de declaratieve werking van de verdeling. Maar de *ratio* voor de terugwerkende kracht van de verdeling is niets anders dan dat elke mede-eigenaar van een onverdeelde boedel daarin slechts een abstract aandeel bezit, en dat hun eigendomsrecht dus een gezamenhands (collectief) karakter vertoont. Achter die terugwerkende kracht zit precies een beschikkingsonbevoegdheid over de (aandelen in) afzonderlijke goederen van de boedel verborgen. De mede-eigenaars hebben immers geen aandeel in elk van de goederen, maar enkel een aandeel in het geheel, dat door het B.W. als een onlichamelijk goed wordt beschouwd.

² Beslag schept immers beschikkingsonbevoegdheid, ook al ontstaat er geen samenloop. Wanneer men verder stelt dat beslag géén voorrang schept, is dit enkel juist wat de andere schuldeisers betreft die met de beslaglegger in samenloop komen.

³ Samenloop schept naast beschikkingsonbevoegdheid ook een soort gezamenlijk pandrecht voor de samenlopende schuldeisers.

⁴ Men kan wel van mening verschillen over de vraag of ons zakenrecht even sterk causaal en weinig abstract is bij andere goederen, bv. roerende zaken, of intellectuele rechten, doch zij vormen niet het onderwerp van dit pre-advies.

⁵ In werkelijkheid worden zowel het onderscheiden uitgangspunt van causale en abstracte stelsels ten dele afgezwakt door de combinatie met andere regels.

is immers in wezen zowel in het nederlandse, het oostenrijkse, het zwitserse als in het duitse recht te vinden, al kennen de eerste drie een causaal stelsel van overdracht van onroerend goed en het laatste een abstract stelsel.

(3) Wel is het voor de goede orde noodzakelijk om, meer dan wij gewend zijn⁶, rechtelijk een duidelijk onderscheid te maken tussen :

- enerzijds de verbintenis tot geven, krachtens dewelke eigendom kan overgaan, of een zakelijk recht kan worden gevestigd, verbintenis die meestal ontstaat door een overeenkomst - die hier dus een obligatore of verbintenisrechtelijke overeenkomst is - ,
- en anderzijds de rechtshandeling waarmee, in uitvoering van een dergelijke verbintenis of anderszins, de overdracht of vestiging daadwerkelijk plaatsvindt - en die dus een zakenrechtelijke rechtshandeling is.

Het onderscheid betekent natuurlijk niet dat beiden niet gelijktijdig zouden kunnen plaatsvinden; in ons recht is het in beginsel net zo dat de tweede rechtshandeling vermoed wordt plaats te hebben tegelijk met de eerste, indien op dat ogenblik ook reeds aan alle vereisten voor de tweede is voldaan. Maar partijen kunnen beiden in beginsel wel scheiden, en dus bv. de overeenkomst tot eigendomsoverdracht uitstellen tot aan het verlijden van de authentieke akte of de overschrijving daarvan.

Ons causaal stelsel brengt mee dat alle beperkingen of gebreken van de titel (verbintenis) ook doorwerken in de overdracht waarop de uitvoering van die verbintenis is gericht : niet alleen nietigheden en niet-tegenwerpelijkheden (zoals de *pauliana*), maar ook bv. ontbindende voorwaarden, andere ontbindings- en herroepingsmogelijkheden en mogelijkheden tot naasting of indeplaatsstelling op grond van voorkoop- en soortgelijke rechten. De mogelijkheid al die gronden te laten doorwerken in de overdracht zelf, en aldus de verkrijging van eigendom of zakelijke rechten door de wederpartij achteraf met terugwerkende kracht te doen wegvallen, alsmede het gebrek aan inzicht in het onderscheid tussen obligatore en zakelijke rechtshandeling, heeft ertoe geleid dat in ons land niet enkel de overeenkomst tot overdracht of vestiging van zakelijke rechten op zichzelf wordt "ingeschreven" in de registers, maar dat de volledige inhoud ervan wordt "overgeschreven". Nochtans is dit niet strikt noodzakelijk : art. 1 Hyp.W. vereist de overschrijving in zijn geheel enkel voor de akten tot overdracht (of aanwijzing ...) van onroerende zakelijke rechten; men zou dus de inhoud van de over te schrijven akte kunnen beperken tot de overeenkomst van partijen dat de eigendom overgaat ingevolge een eerder afgesloten koop-verkoop (plus de vaststelling dat de prijs ten belope van een bepaald bedrag nog niet is bepaald, om aldus het voorrecht van de verkoper te bewaren, en soortgelijke vermeldingen), zonder de inhoud daarvan opnieuw in die akte op te nemen. In Duitsland is dit steeds het geval, en in

⁶ Het is niet moeilijk om citaten te vinden uit de rechtsleer waarbij beide zaken door elkaar worden gehaald. Omdat het niet de bedoeling is welbepaalde auteurs te stigmatiseren, worden voorbeelden van deze verwarring hier terzijde gelaten.

Nederland vaak.

Omdat de overschrijving van akten in hun geheel niet verzoenbaar is met een hedendaags publiciteitsstelsel, dient men de (in ons recht vrij algemene) zakelijke doorwerking van alle gebreken en lotgevallen van de onderliggende overeenkomst wellicht toch te beperken, ja ook hier een soor *numerus clausus* toepassen van inschrijfbaar feiten (voorwaarden, bepalingen) - zoals voor zakelijke rechten en rechten met zakelijke werking in het algemeen er ook een *numerus clausus* geldt. Dit komt verderop dan ook in de voorgestelde hervorming aan bod.

(4) Om niet vooruit te lopen op deze vraag, wordt in dit pre-advies bij voorkeur over de “inschrijving” gesproken in een algemene betekenis, d.w.z. ook de algehele overschrijving omvattend. De “inschrijving” (in engere zin, van bv. hypotheeken), de “overschrijving” en de “kantmelding” van het belgische recht worden beschouwd als drie vormen van het begrip “inschrijving” uit dit pre-advies.

II. Kort overzicht van de publiciteitsstelsels, d.i. van de uiteenlopende betekenis van registers naargelang het rechtsstelsel⁷.

(5) Bij het zoeken naar wisseloplossingen past het om ons stelsel van onroerende publiciteit te situeren tussen andere mogelijke stelsels. Daartoe worden de publiciteitsstelsels ingedeeld in een viertal grove categorieën, waarbinnen nog merkelijke variatie mogelijk is. Ons recht bevindt zich in deze typologisering duidelijk in de tweede categorie.

1. Louter bewijsregister.

(6) Een eerste mogelijkheid is dat de in- of overschrijving van in de registers enkel een bewijsfunctie heeft : zij bewijst het feit zelf van de ingeschreven handeling (overeenkomst) en/ of de - daardoor vaste - datum ervan. Waar de inschrijving geen andere rol heeft dan het bewijs van die overeenkomst, heeft ze natuurlijk niet de functie om de overdracht (van eigendom) of vestiging (van zakelijke rechten) te doen plaatsvinden. In zo'n stelsel is het mogelijk dat de overgang *solo consensu* plaatsvindt, door een loutere overeenkomst, dan wel door een formele overeenkomst, dan wel door een feitelijke inbezitstelling. Gebreken in de eigendom of bevoegdheid van de vervreemder kunnen in zo'n stelsel enkel worden geheeld door de verkrijgende verjaring, ook bv. wanneer de ware eigenaar hetzelfde goed tweemaal verkoopt en probeert over te dragen. Het hoeft geen betoog dat een dergelijk stelsel vandaag de dag enkel als archaïsch kan worden gekwalificeerd.

2. Overschrijvingsregister (al dan niet constitutief)

(7) Ons huidig publiciteitsstelsel is evenwel niet veel minder archaïsch. Het geeft de zakelijke rechtstoestand van een goed slechts zeer gedeeltelijk weer, en dan nog op een wijze die een efficiënte raadpleging onmogelijk maakt. Gepaard daarmee geeft het ook nauwelijks bescherming aan de verkrijger te goeder trouw, d.w.z. de verkrijger die enkel op de inhoud van de registers voortgaat. Het biedt in hoofdzaak slechts een mechanisme voor rangregeling tussen partijen die

⁷ Zie in de literatuur, naast de klassieke handboeken der verschillende landen, onder meer M. LUTTER, "Die Grenzen des sogenannten Gutgläubenschutzes im Grundbuch", 164. *AcP* 1964, 122 v.; K. von METZLER, *Das anglo-amerikanische Grundbuchwesen*, Cram de Ruyter Hamburg 1966; M.W. MIRANDA, "Le système Torrens et la transmission et constitution de droits réels immobiliers en Australie", *R. int. Not.* 1982, 77 v.; H.R. PFISTER, *Der Schutz des öffentlichen Glaubens im schweizerischen Sachenrecht*, Schulthess Zürich 1969; G. PIENAAR, "A comparison between some aspects of South African deeds registration and the German registration system", 19. *Tydskrif vir regsvergelykig en internasionale reg van suidelike Afrika (Comp. & Int. LJ of SA)* 1986, 236 v.; M. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du code. Des privilèges et hypothèques*, Wahlen / Tarlier Brussel 1837; W. WIEGAND, "Der öffentliche Glaube des Grundbuchs", *Juristische Schulung* (JuS) 1975, 205 v.

hun rechten afleiden van dezelfde persoon, maar beschermt nauwelijks tegen andere gevallen van beschikkingsonbevoegdheid van de rechtsvoorganger⁸.

(8) Men is in ons recht eigenlijk nog niet veel verder dan in vele gewesten reeds in de late middeleeuwen. Meer nog, reeds vanaf de late middeleeuwen was men in een aantal steden of gewesten reeds een stap verder in de ontwikkeling, door namelijk de inschrijving in openbare registers te beschouwen als een constitutief vereiste voor de eigendomsoverdracht of vestiging van zakelijke rechten (inschrijvingsbeginsel, *Eintragungsprinzip*). Dit was grotendeels zo in onze - nederlandse - gewesten, alsmede in enkele noord-franse gewesten (de zgn. *pays de nantissement*). De datum van inschrijving gold als de datum van overdracht *c.q.* vestiging, en bepaalde dus ook de voorrang tussen zakelijke rechten (los van de vraag naar de goede of kwade trouw van een tussentijdse verkrijger). De inschrijving was meestal de inschrijving door het gerecht (schepensbank) waarvoor de “opdracht” (d.i. de afstand door de vervreemder, in het Duits *Auflassung*) diende te geschieden, in andere gevallen de inschrijving van een notariële akte (zie voor onze landen onder meer de Plakkaten van Karel V van 10 mei 1529 en van Filips II van 9 mei 1560).

(9) Vergeleken daarmee werd in onze gewesten door de invoering van de franse *code civil* een flinke stap achteruit gezet. De *Code civil* stelde de overschrijving niet langer verplicht, en maakte ze slechts in enkele gevallen tot voorwaarde voor tegenwerpelijkeit aan derden (hypotheek, schenking, onroerend voorrecht e.d.) - vandaar dragen deze register tot op heden de misleidende naam van hypotheekregisters. Deze stap terug geschiedde onder invloed van het (romanistisch / natuurrechtelijk) dogma van de “*consensus*”⁹ - in andere landen (een deel der Duitse landen meer bepaald) bleef er wel een overschrijvingsregister bestaan, zij het vaak niet - of niet reeds in die tijd - constitutief (d.w.z. niet vereist voor overgang *inter partes*); in andere Duitse landen kende men een gelijkaardig stelsel als dat van de code civil, nl. het *Pfandbuchsystem*.

Van alle landen waar de franse bezetting de *Code Napoléon* heeft ingevoerd, had België het eerste kunnen zijn om van het stille (d.i. “*occulte*”) stelsel van die *Code* af te stappen, aangezien reeds in 1824 een vrij vooruitstrevend ontwerp werd voorgesteld aan de Staten-Generaal. De Belgische omwenteling heeft evenwel de vooruitgang op dit vlak alhier gestopt, en het zijn enkel de Noord-Nederlanders die met de hervorming zijn doorgedaan. Deze werd in 1834 uitgevoerd en daarbij werd de inschrijving in de registers terug constitutief gemaakt (d.w.z. dat inschrijving in ieder geval vereist is voor de overdracht, ook bv. in de verhouding tussen partijen). Dat beginsel

⁸ Beschikkingsonbevoegdheid is in beginsel de keerzijde van oudere zakelijke rechten van een derde. Het is omdat iemand anders dan de vervreemder een ouder zakelijk recht of recht met zakelijke werking heeft op het te vervreemden goed, dat de vervreemder niet of beperkt bevoegd is om over dat goed te beschikken.

⁹ Een van de auteurs die hierin een grote invloed hadden, en zo het consensualisme ook in het zakenrecht ingang deden vinden, was Hugo de Groot. Zie zijn *Inleidinge* II.5.2 e.v.

vonden we intussen ook al in een reeks duitse landen, zoals - met varianten - Pruisen (*Hypothekenordnung* 1783), Beieren (met reeds een perceelsgewijze grondboekhouding, 1822), Württemberg (1825/1828), e.d. Deze nederlandse en duitse stelsels komen hiet niet verder ter sprake, aangezien die landen intussen al weer een hele stap verder zijn gegaan, en hun stelsel in de derde categorie wordt behandeld.

In België heeft het dan nog tot 1851 geduurd voor men van het grotendeels stille stelsel is afgestapt en een al bij al zeer gebrekkig publiciteitsselsel is gaan uitbouwen - een stelsel dat achterop bleef bij dat van het *Ancien régime* of van het ontwerp van 1824. Frankrijk volgde eerst met de Wet van 23-3-1855 en sommige andere landen nog later (Engeland 1925).

(10) In de Hypotheekwet van 1851 is de inschrijving evenwel niet opnieuw constitutief (dat is althans de heersende mening - zie daarover verder), en regelt ze enkel het conflict tussen meerdere verkrijgers van dezelfde rechtsvoorganger. Ook dit is t.a.v. het oude recht nog altijd een stap terug; dat is vnl. duidelijk wanneer de overschrijving enkel het conflict regelt tussen meerdere verkrijgers te goeder trouw, zoals in België en Frankrijk (in Italië daarentegen deert de eenvoudige wetenschap van de tweede verkrijger niet, en moet er derde-medeplichtigheid zijn om bescherming te verliezen). Dat betekent dat men niet alleen niet beschermd is tegen oudere rechten buiten het geval van dubbele beschikking door de rechtsvoorganger, maar dat men zelfs niet zonder meer wordt beschermd tegen een toekenning door zijn rechtsvoorganger van inkompatibele doch niet-ingeschreven zakelijke rechten, ook al moeten die rechten in beginsel wel worden overgeschreven om tegenwerpelijk te zijn. Men kan immers te kwader trouw zijn, zelfs wanneer die toekenning niet is ingeschreven. Wel is het zo men slechts bij aanvang te goeder trouw moet zijn, en dat het niet deert zo men tussen de eigendomsovergang *inter partes* en de inschrijving ervan kennis krijgt van die eerdere toekenning¹⁰.

In België heeft men aan de overschrijving toch een iets grotere rol toebedeeld, bv. doordat een niet-overgeschreven titel geen titel voor de kortere verjaring (d.i. deze van 10 of 20 jaar) kan zijn¹¹. Belangrijk is ook dat de niet-overschrijving ook kan worden opgeworpen door de schuldeisers in geval van samenloop (na beslag, faillissement e.d.)¹². Maar overdragende, vestigende, abdicatieve en declaratieve handelingen blijven louter “inschrijfbaar”, niet inschrijvingsplichtig (constitutief)

Al bij al blijft het publiciteitssysteem een zeer “negatief” stelsel”. Het waarborgt nooit de betrouwbaarheid van de zakelijke rechtstoestand, en ternauwernood de afwezigheid van bepaalde voor die toestand relevante rechtsfeiten (met name enkel diegene waarvan de inschrijving door de

¹⁰ Cass. 21-2-1991, *RW* 1991-92, 293, verbreking.

¹¹ Cass. 11-2-1915, *Pas.*, I, 183.

¹² Zie onder meer Cass. 8 mei 1856; Cass. 5 juli 1901; Cass. 23-3-1956, *Pas.*, 612; *a contrario* Cass. 8-4-1957, *R.C.J.B.*, 1958, noot J. DABIN

Hypotheekwet is voorgeschreven op straffe van niet-tegenwerpelijkheid, d.i. voornamelijk eerdere beschikkingen onder levenden door dezelfde partij, en verder ontbindingsrechten van een daaraan voorafgaande vervreemder - art. 28 Hypotheekwet). Wel zijn er in de rechtspraak, voornamelijk in Frankrijk, ontwikkelingen in de richting van (verdere) vertrouwensbescherming. Zij worden verderop kort aangeduid na en korte bespreking (onder 3.) van de stelsels die deze vertrouwensbescherming wettelijk hebben georganiseerd.

(11) Wat de werkwijze betreft, is het kenmerkend voor alle overschrijvingsregisters dat de inschrijving persoonsgewijze, en niet perceelsgewijze, geschiedt, zodat andere registers, met name het kadaster (perceelsgewijze gehouden), noodzakelijk zijn voor de toegang ertoe. Het kadaster werd en wordt mede opgebouwd op grond van de gegevens uit die registers, en geeft er anderzijds op zijn beurt een zekere toegang toe.

3. *Fides publica* (openbare vertrouwensfunctie)

(12) Naast onverzoenbare beschikkingen over hetzelfde goed door éénzelfde vervreemder, zijn er nog vele andere gevallen denkbaar waarin een overdracht gebrekkig is. Grof gezegd gaat het om twee categorieën gebreken :

- enerzijds gebreken die hun oorsprong vinden in de verhouding tussen vervreemder en verkrijger zelf (nietigheden, eventueel ontbindings- en herroepingsrechten) of deze verhouding op een gelijkwaardige wijze gebrekkig maken (nietigheden in het belang van derden, niet-tegenwerpelijkheden, inkorting e.d.);
- anderzijds de beschikkingsonbevoegdheid of overschrijding van de beschikkingsbevoegdheid door de vervreemder. In ons - causaal - stelsel kan dit onder meer ook het gevolg zijn van een gebrek in de rechtsverhouding tussen de vervreemder en zijn rechtsvoorganger, waardoor de vervreemder, achteraf gezien, nooit eigenaar is geworden (bv. nietigverklaring of ontbinding van de titel van de vervreemder).

(13) In een reeks rechtsstelsels nu werd een welbepaalde vorm van bescherming van verkrijgers te goeder trouw tegen beschikkingsonbevoegdheid uitgebouwd, die erin bestaat dat verkrijgers mogen vertrouwen op de betrouwbaarheid - d.i. volledigheid én juistheid - van de daartoe ingerichte registers, d.i. dat deze registers "*fides publica*" (*öffentlicher Glaube*, *foi publique*) hebben. De term kan wel misleiden, omdat men zou kunnen denken dat het daarbij om bewijskracht gaat, terwijl het gaat om de gebondenheid aan de inhoud van de registers van de ware rechthebbende tegenover verkrijgers te goeder trouw.

Dergelijk stelsel werd vnl. in de germaanse rechtskring uitgebouwd. Afgezien van toepassingen op beperktere (plaatselijke) schaal, is dit voor het eerst doorgebroken in Oostenrijk (1871), Pruisen (1872) en sommige andere Duitse landen, en vervolgens uitgebreid tot onder meer heel het Duitse Rijk (1900), Zwitserland (1913, art. 973 ZGB) en Nederland (1992, art. 3:23 NBW en art. 3:88 NBW).

Theoretisch maakt men nog een onderscheid tussen het Duits-Zwitserse-Oostenrijkse stelsel en het Nederlandse stelsels, in die zin dat het Duitse stelsel een “positief” stelsel zou zijn (d.i. met als uitgangspunt dat men erop mag vertrouwen dat de registers de zakelijke rechtstoestand juist weergeven), terwijl het Nederlandse een “negatief” stelsel zou zijn (d.i. met als uitgangspunt dat de registers enkel de afwezigheid (of niet-tegenwerpbaarheid) van welbepaalde voor de zakelijke rechtstoestand relevante rechtsfeiten bevestigen. In werkelijkheid echter is het verschil tussen beiden op dit punt zeer klein: het Nederlandse stelsel garandeert namelijk de afwezigheid van veruit de meeste voor de zakelijke rechtstoestand relevante rechtsfeiten, het Duitse van zijn kant kent enkele uitzonderingen op de *fides publica*. Het is dan ook verantwoord beiden in éénzelfde categorie te behandelen, aangezien ze globaal bekeken dicht bij elkaar staan op het punt dat het onderwerp vormt van dit pre-advies.

(14) Proberen we even de kenmerken van een stelsel waarin de registers “*fides publica*” hebben samen te vatten.

a) Voorwerp van de inschrijving

(15) Deze registers zijn nog steeds registers waarin de rechtsfeiten worden opgenomen op grond waarvan zakelijke rechten overgaan, ontstaan, gewijzigd worden of tenietgaan; niet het zakelijk recht zelf is dus het voorwerp van de inschrijving. In de meeste landen waar registers *fides publica* hebben, geschiedt de inschrijving wel perceelsgewijze (*Realfolium*), en niet langer persoonsgewijze. Ging het daarbij vroeger om een “boek”, dan gaat het nu veelal om losbladige registers (B.R. Duitsland sinds 1961), die recenter verder in elektronische vorm werden opgeslagen en kunnen worden geraadpleegd.

b) Gevolgen die de inschrijving niet heeft

(16) Een inschrijving als verkrijger in die registers maakt de ingeschreven nog niet tot eigenaar. Het verkrijgen van een inschrijving in de registers betekent niet dat dit op zichzelf de gebreken heelt van de verkrijging door diegene die de inschrijving bekomt (ongeacht of het daarbij gaat om een gebrek in de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder, of een gebrek in de verkrijgings-handeling of titel).

Wel mag men er in het rechtsverkeer in beginsel van uitgaan dat de registers op elk ogenblik de zakelijke rechtstoestand van een onroerend goed volledig juist weergeven. Om die reden wordt men als derde-verkrijger te goeder trouw, d.i. in geval van verkrijging onder bijzondere titel, van onroerende zakelijke rechten in beginsel beschermd tegen een gebrek in de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder dat niet uit de registers blijkt. Daartoe is géén verkrijgende verjaring vereist, zoals in beginsel in ons recht het geval is bij onroerend goed (zgn. korte verjaring) (bij roerend goed daarentegen is in ons recht behoudens bij verloren en gestolen goederen ook geen

verjaring vereist, en wordt de verkrijger te goeder trouw ook onmiddellijk beschermd). Men zou dus kunnen zeggen dat het “op iemands naam staan” van een goed (in de registers) de ingeschrevene een zekere “beschikkingsmacht” geeft, d.i. de macht om ten nadele van de werkelijke gerechtigde over het goed te beschikken ten gunste van een derde te goeder trouw.

c) Bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid, niet tegen gebreken van de handeling zelf

(17) De *fides publica* beschermt in beginsel alleen tegen het niet gerechtigd zijn, of althans het niet beschikkingsbevoegd zijn van de wederpartij op wiens naam het goed staat. Zij beschermt de verkrijger niet tegen gebreken van zijn eigen titel (althans niet in causale stelsels) of ontbrekende toestemming of formaliteiten. De inschrijving zuivert dus niet de gebreken van de handeling zelf. In bepaalde stelsels, zoals het Duitse, wordt weliswaar in het zakenrecht abstractie gemaakt van de meeste titelgebreken (en de verkrijgingshandeling dus gezuiverd van die titelgebreken) (van de vereiste toestemming in de inschrijving zelf en van de vormvereisten der authentieke akte daarentegen wordt ook daar geen abstractie gemaakt); doch dit is geen gevolg van de *fides publica*, maar van andere regels.

Voor zover daarvan geen abstractie wordt gemaakt, zijn voornamelijk relevant voor ons onderwerp die gebreken van de handeling die eigenlijk de bescherming van rechten van derden betreffen, zoals nietigheden uit het huwelijksvermogensrecht, ter bescherming van echtgeno(o)t(e) en gezin; inkorting wegens overschrijding van het beschikbaar gedeelte van de nalatenschap; naastingsrechten van derden, bv. van de pachter op grond van zijn voorkooprecht; en niet-tegenwerpelijkheid aan de schuldeisers van de vervreemder wegens schuldeisersbedrog (*pauliana*, hier relevant voor zover het handelingen om niet betreft, omdat dan geen medeplichtigheid van de verkrijger is vereist). Voor zover het vertrouwen in de afwezigheid van die gebreken of beperkingen aan de beschermde derde kan worden toegerekend, kan gebeurlijk de vertrouwensleer spelen, maar het gaat dan om een andere toepassing van de vertrouwensleer dan de hier besproken *fides publica* der registers.

d) Geen bescherming bij daadwerkelijke kwade trouw

(18) De bescherming komt niet toe aan de verkrijger de kwader trouw, d.i. de partij die daadwerkelijk wist dat de registers de zakelijke rechtstoestand van het goed onjuist weergeven. Kwade trouw wordt daarbij in het Duitse recht slechts aangenomen bij daadwerkelijke kennis van de onjuistheid (BGB § 891)¹³. Het Nederlandse recht gaat bijna even ver (art. 3:24 lid 1 NBW, met een aantal uitzonderingen, onder meer in het geval van art. 3:88 NBW). Het Zwitserse recht is iets strenger (art. 974 I ZGB).

¹³ Een ruimere opvatting van kwade trouw geldt in het Nederlandse recht voor sommige gevallen van beschikkingsonbevoegdheid, zoals in het nog te noemen art. 3:88 NBW.

e) Bescherming enkel voor verkrijgers krachtens rechtshandeling

(19) De bescherming komt in beginsel toe aan eenieder die als derde door middel van een rechtshandeling onroerende zakelijke rechten op het desbetreffende goed verkrijgt. Dit betreft dus de verkrijging door middel van een translatieve of constitutieve rechtshandeling (niet de verdeling, aangezien de verkrijger dan geen derde is). De bescherming kan mogelijks ook toekomen aan de concurrente schuldeisers wanneer er een samenloop ontstaat.

Naast de bescherming van de derde-verkrijger biedt de *fides publica* ook bescherming aan een schuldenaar die presteert aan de partij die op grond van het grondboek schijnschuldeiser is (BGB § 893; ZGB art. 782, 787 en veralgemening in de rechtspraak) en in een aantal andere gevallen.

f) Omvang van de *fides publica* en uitzonderingen; lijdelijkheid of toezicht van het bestuur

(20) Op het beginsel dat mag worden vertrouwd (*fides publica*) op de volledigheid van de registers op het vlak van de rechtsfeiten die de zakelijke rechtstoestand van het onroerend goed bepalen, zijn er in elk van de bestaande stelsels wel uitzonderingen, waarbij er de geschetste derdenbescherming niet geldt. Deze uitzonderingen lopen wel uiteen. De juiste draagwijdte van de *fides publica* hangt natuurlijk af van de preciseringen op dit punt.

In het Duitse recht zijn de uitzonderingen zeer beperkt, en gaat het eigenlijk slechts om rechtstoestanden die rechtstreeks uit de wet voortvloeien.

In het Nederlandse recht zijn er een reeks uitzonderingen, zowel voor bepaalde rechtsfeiten die niet in de registers kunnen worden ingeschreven (*niet-inschrijfbaar feiten*) als voor bepaalde inschrijfbaar, doch niet ingeschreven feiten. In deze uitzonderingsgevallen, is men niet beschermd tegen de onvolledigheid van de registers ten gevolge van die niet-inschrijving, en moet de verkrijger dus terugvallen op de verjaringsregels (zie voor dit alles art. 3:24 tot 3:26 j° 3:17 NBW). Wat feiten betreft die in beginsel inschrijfbaar zijn, bepaalt art. 3:24 lid 2 en 3 NBW een uitzondering voor :

- feiten die naar hun aard vatbaar zijn voor inschrijving in een register van de burgerlijke stand, een huwelijksgoederenregister of een boedelregister;
- feiten ingeschreven in het curateleregister;
- aanvaarding en verwerping van de nalatenschap;
- verjaring;
- erfopvolgingen en uiterste wilsbeschikkingen (deze uitzondering geldt enkel indien de inschrijving alsnog binnen de drie maanden na de dood van de erflater geschiedt).

Verder geldt de uitzondering ook voor de meeste niet-inschrijfbaar feiten. De uitzondering geldt echter niet voor gebreken in de titel van de vervreemder zelf, die maken dat hij, achteraf gezien, nooit eigenaar *c.q.* beschikkingsbevoegd is geworden : nietigheden van de titel van de vervreemder zelf, wegvallen van die titel door de vervulling van een ontbindende voorwaarde, e.d.m.; verder

ook vormgebreken in de verkrijging door die vervreemder. Daartegen is de derde-verkrijger te goeder trouw namelijk beschermd op grond van art. 3:88 NBW¹⁴. Wel is het zo dat er hier een zekere onderzoeksplicht kan bestaan (3/88 j° 3:11 NBW), en er dus ook afwezigheid van goede trouw kan zijn zonder daadwerkelijke kennis van de ongeldigheid van de vorige overdracht¹⁵.

(21) Doordat het nederlandse recht meer uitzonderingen kent dan het duitse, speelt de verjaring daar ook nog een grotere rol (als vangnet). De verkrijger te goeder trouw wordt tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder beschermd door de “korte” verjaring van 10 jaar (art. 3:99 NBW). In het duitse recht is er geen ruimte meer voor die verjaring. Wel geldt er in alle stelsels nog “lange” verjaring die ook verkrijgers te kwader trouw beschermt; daarop wordt hier niet nader ingegaan.

(22) Omgekeerd is in het duitse recht de toezichtsverplichting van de houder van het grondboek een groter. Door een nieuwe inschrijving verliest immers de oudere gerechtigde *de facto* zijn rechten. Vandaar dat inschrijving in beginsel slechts met toestemming van de ouder ingeschreven kan gebeuren, en de vervreemding door een andere persoon dan diegene die als gerechtigd ingeschreven is, niet aanvaard wordt. De inschrijving is slechts mogelijk na de vervulling van een reeks vormvereisten, die zeker moeten maken dat de tot dan toe ingeschrevene van zijn recht afstand doet (in de ruime zin, overdracht inbegrepen), en de houder van het grondboek dient de vervulling daarvan te controleren.

Een bijkomende veiligheid biedt het duitse stelsel doordat het grondboekambt verplicht is om dadelijk na elke inschrijving de betrokkenen nogmaals van ambtswege aan te schrijven, met name : de begunstigde van de inschrijving; iedere ingeschrevene wiens rechten door de inschrijving worden beperkt; de ingeschreven hypotheekhouders (zie GBO § 55). Dit geeft hen de mogelijkheid het zo dadelijk te bespreken verzet aan te tekenen tegen de inschrijving.

g) Bewarende maatregelen en soortgelijke inschrijvingen zonder *fides publica*

(23) Gezien de verregaande *fides publica* van een inschrijving, die aan elke ingeschrevene de macht geeft om over het goed te beschikken ten nadele van de ware gerechtigde, moet er een mogelijkheid bestaan om zonder veel formaliteiten verzet aan te tekenen tegen de vermeldingen van het grondboek. In het duitse recht geschiedt dit door middel van de *Widerspruch* (BGB § 894), waarbij men dus pretendeert dat het grondboek onjuist is en derden daarvoor waarschuwt (de

¹⁴ Art. 3:88 NBW : “Ondanks onbevoegdheid van de vervreemder is een overdracht van een registergoed (...) geldig, indien de verkrijger te goeder trouw is en de onbevoegdheid voortvloeit uit de ongeldigheid van een vroegere overdracht, die niet het gevolg was van onbevoegdheid van de toenmalige vervreemder”.

¹⁵ Groot is dit verschil niet; de onderzoeksplicht betreft nl. voornamelijk andere registers dan de onroerend-goed-registers, en dus soortgelijke gevallen als genoemd in art. 3: 24 NBW.

bedoeling is onder meer te vermijden dat derde-verkrijgers te goeder trouw kunnen zijn). Men kan de *Widerspruch* een beetje vergelijken met de (*qua* toepassingsgebied veel beperktere) kantmelding van art. 3 van onze Hypotheekwet.

(24) Omgekeerd moet er ook een mogelijkheid zijn om een soort voorlopige inschrijving te krijgen wanneer de inschrijving door de bewaarder of het grondboekambt wordt geweigerd. Ook hier gaat het erom latere verkrijgingen te goeder trouw onmogelijk te maken. In ons recht mag de bewaarder in beginsel niet weigeren (art. 130 Hypotheekwet), en bestaat er ook een register van de neergelegde titels.

(25) Verder bestaat er in het duitse recht ook nog de mogelijkheid om anticipatief de verkrijging van een zakelijk recht in te schrijven, zodra men op die verkrijging recht heeft (op verbintenisrechtelijk vlak) maar nog niet is voldaan aan de vormvereisten voor die verkrijging (notariële akte van *Auflassung*, e.d.)¹⁶. Dit is de zgn. *Vormerkung* (BGB § 883). In het nederlandse recht bestaat deze *Vormerkung* op dit ogenblik enkel bij huurkoop van onroerend, maar ze is ook voorzien in het hangende wetsontwerp betreffende koop van onroerende zaken (ontwerp-art. 7:3 NBW, met een geldigheidsduur van 6 maanden); wel kent het nederlandse recht nu reeds het beslag tot levering (art. 730 v. Rv.), dat ten dele dezelfde rol heeft, maar geen voorrang geeft in geval van samenloop met andere schuldeisers van de verkoper. Door middel van een *Vormerkung* pretendeert men niet dat de zakelijke rechtstoestand in het grondboek onjuist is, maar wel dat deze zakelijke rechtstoestand zal of moet worden gewijzigd op grond van een daartoe bestaande verbintenis.

Deze *Vormerkung* heeft een beetje de rol van de overschrijving van een overeenkomst, een vervreemdingsverbod of een bewarend beslag bij ons : zij maakt dat de eigenaar niet meer ten nadele van de ingeschreven schuldeiser kan beschikken over het goed. Bovendien verschaft zij de ingeschrevene voorrang in geval van zakelijk conflict (ook bij faillissement van de verkoperschuldenaar). Wat de *Vormerkung* niét heeft - evenmin als de overschrijving bij ons vandaag - is helende werking van een “echte” grondboekinschrijving, d.w.z. het zuiveren van de gebeurlijke beschikkingsonbevoegdheid van de verkoper.

h) Bescherming betreft enkel rechtstoestanden, geen feitelijke toestanden; verhouding tot het kadaster

(26) De *fides publica* betreft enkel de “rechtsschijn”, d.i. volledigheid van de registers op het vlak van de rechtsfeiten die de zakelijke rechtstoestand van het onroerend goed bepalen. Zij heeft geen

¹⁶ Voor de *Vormerkung* is meestal ook een notariële akte vereist, omdat naast de eigenlijke overeenkomst tot eigendomsoverdracht ook de daaraan voorafgaande de koop-verkoop van onroerend goed in Duitsland een formele overeenkomst is, waarvoor een authentieke akte vereist is.

betrekking op :

- feitelijke vermeldingen in de registers, die weliswaar rechtsgevolgen kunnen hebben, maar geen betrekking hebben op de zakelijke rechtstoestand van het goed. Dit betreft bv. vermeldingen betreffende de bebouwing, het grondgebruik, e.d.m.;
- uit het grondboek afgeleide personenrechtelijke rechtstoestanden (bv. een eigenaar die als ongehuwd zou zijn vermeld, terwijl hij/zij intussen gehuwd is, wat de beschikkingsbevoegdheid beïnvloedt);
- de inhoudelijke geldigheid of ongeldigheid op zakenrechtelijk vlak van de ingeschreven rechtshandelingen. Het gaat hier om de vraag of het zakelijk recht dat de ingeschreven rechtshandeling beweert te vestigen objectief gezien wel kan worden gevestigd. Een ongeldigheid van die aard vinden we met name wanneer partijen een onbestaand zakelijk recht zouden inschrijven - onbestaand in de zin dat het buiten de *numerus clausus* van zakelijke rechten valt (in ons recht bv. een tot zekerheidsrecht beperkte eigendom), of dat er een inhoud wordt aan gegeven die onverzoenbaar is met de wettelijke omschrijving van dat zakelijk recht (in ons recht bv. een erfdiensbaarheid met een inhoud die in strijd is met de openbare orde of die krachtens de wet niet aan een erfdiensbaarheid kan worden gegeven; een opstalrecht voor meer dan 50 jaar, een erfpachtsrecht voor meer dan 99 jaar, enz.).

(27) Anders dan in het nog te bespreken *Torrens*-stelsel, bestaan er in deze rechtsstelsels nog steeds twee grondboekhoudingen, nl. :

- a) privaatrechtelijke registers voor de rechtsfeiten die de zakelijke rechtstoestand van het goed bepalen;
- b) een in eerste instantie publiekrechtelijk kadaster, die voor publiekrechtelijke doeleinden (met name belastingen) een beschrijving inhoudt van :
 - de subjectieve rechten zelf (zij het niet op bindende wijze en zonder privaatrechtelijke gevolgen);
 - feitelijke gegevens betreffende bebouwing, gebruik, e.d.m. die publiekrechtelijke gevolgen hebben.

Beperkingen van de inhoud van eigendom (of zakelijke rechten) op grond van publiekrechtelijke bepalingen - en dus niet op grond van de zakelijke rechten van derden - horen daarbij niet thuis in de privaatrechtelijke grondboekhouding, maar wel in het publiekrechtelijk kadaster. Enkel feiten die rechtsfeiten zijn voor ontstaan, tenietgaan of wijziging van de zakelijke rechtstoestand van het goed horen thuis in de privaatrechtelijke registers.

Deze situatie is historisch gegroeid, en met de hedendaagse techniek is het mogelijk om beide registers te versmelten. Deze vraag gaat het kader van dit pre-advies te buiten. Wél is het aangewezen om de privaatrechtelijke grondboekhouding gelijklopend aan het kadaster, dus in ieder geval perceelsgewijze te organiseren.

i) Inschrijving als constitutief vereiste voor verkrijging krachtens rechtshandeling.

(28) Uit het voorgaande volgt dat een stelsel van *fides publica* vereist dat in beginsel alle rechtsfeiten, of toch zoveel mogelijk rechtsfeiten, die de zakelijke rechtstoestand van een goed wijzigen, inschrijfbaar zijn, d.i. kunnen worden ingeschreven. Een dergelijk stelsel houdt verder ook altijd in dat de bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid niet speelt zolang niet ook de verkrijging door degene die van de beschikkingsonbevoegde verkrijgt, is ingeschreven. Maar het houdt niet noodzakelijk in dat de inschrijving altijd vereist is om een onroerend goed door rechtshandeling te verkrijgen, d.w.z. dat de inschrijving constitutief is voor de verkrijging zelf, ook buiten elk zakenrechtelijk conflict om. In werkelijkheid echter bepalen al deze rechtsstelsels dat de inschrijving wél constitutief is minstens voor alle verkrijgingen krachtens rechtshandeling onder levenden (zie BGB § 839; art. 971 ZGB; met enkele uitzonderingen zoals bv. openbare verkoop waar de akte constitutief is; art. 3:89 NBW) .

4. Rechtsbepalende functie (Torrens-stelsel)

(29) In dezelfde periode waarin in de romaanse stelsels een beperkt negatief stelsel werd uitgebouwd en in de duitse landen een grondboekstelsel met *fides publica*, ontstond aan de andere kant van de wereld een nog radikaler alternatief, nl. het zgn. *Torrens*-stelsel, Ingevoerd door *sir Torrens* in Zuid-Australië (1857, *Real Property Act South Australia*, zgn. *Torrens Act*), overgenomen in de andere Australische staten, in 1870 Nieuw-Zeeland, kort nadien in vele Kanadese staten, en verder in één of andere variëteit in tal van *Commonwealth* en afrikaanse landen (Jamaïca 1888, Maleisië 1911, Sri Lanka, Kenia, Oeganda, Soedan, een 12-tal staten van de VS waaronder New York, Illinois en Massachusetts). Deze hervorming van de grondboekhouding zou zijn geïnspireerd door eerder ontwikkelde gelijkaardige stelsels van scheepsboekhouding (m.b. de *Merchant Shipping Act*). Het merkwaardige is dat België (zo ook Frankrijk) dit stelsel blijkbaar geschikt vond voor invoering in zijn koloniën (bv. Congo, Rwanda en Burundi, Tunesië, enz.), maar van een invoering in België zelf nooit werk heeft gemaakt.

a) Inschrijving van het zakelijk recht, niet van rechtsfeiten

(30) Kenmerkend voor dit stelsel is vooreerst dat het voorwerp van de inschrijving niet meer bestaat uit de rechtsfeiten op grond waarvan zakelijke rechten overgaan of ontstaan, maar het zakelijk recht (eigendom e.d.) zelf. Men spreekt dan ook van *registration of title*, waarbij *title* moet worden begrepen in de engelse betekenis van het zakelijk recht zelf, en niet in de romanistische betekenis van de onderliggende verbintenis krachtens dewelke de overdracht plaatsvindt.

b) Volledig positief stelsel; inschrijving heelt zakenrechtelijk alle gebreken, verbintenisrechtelijk niet

(31) Kenmerkend is verder het volledig positieve karakter van het stelsel : inschrijving maakt de

ingeschrevene tot eigenaar. Inschrijving heelt in beginsel alle gebreken : zowel het gebrek aan beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder, als de nietigheid van de overdrachtshandeling zelf of de daaraan ten grondslag liggende verbintenis. Enkel voor het geval van bedrog wordt meestal een uitzondering gemaakt. Dit stelsel gaat verder dan de *fides publica* van het germaanse grondboekstelsel : zo wordt bv. ook de verkrijger te kwader trouw eigenaar. Weliswaar zal er in dergelijke gevallen een verbintenis ontstaan om het goed terug over te dragen aan de vroegere “ware” eigenaar of hem te vergoeden, maar intussen is de ingeschrevene toch maar eigenaar. Dit is wat wordt bedoeld met de zgn. *indefeasability* van het ingeschreven recht. Een belangrijke schakering moet hier wel aan worden toegevoegd : het feit dat de ingeschrevene door de inschrijving omzeggens altijd een “*legal ownership*” over het goed verkrijgt, sluit op zichzelf niet uit dat derden daarop nog steeds “*equitable rights*” hebben (zoals die voortvloeien uit een *trust* bv.). Tegen dergelijke *equitable rights* is de verkrijger maar beschermd indien hij te goeder trouw en onder bewarende titel heeft verkregen.

Houdt men rekening met de mogelijke verplichting tot teruglevering (of schadevergoeding), dan blijkt de omvang van de bescherming van de verkrijger tegen oudere *legal rights* vergelijkbaar te zijn met die van de bescherming tegen *equitable rights*. Deze bescherming is *grosso modo* de zelfde als in het Duitse stelsel, waar er immers ook vaak een vergoedingsplicht bestaat voor verkrijgers om niet (die intussen wél eigenaar zijn).

c) Constitutief karakter van de inschrijving

(32) In een dergelijk stelsel is de inschrijving vanzelfsprekend constitutief : eigendomsoverdracht vindt niet plaats zolang deze niet is ingeschreven. Wel is het zo dat het stelsel niet dadelijk voor het hele land is ingevoerd, en slechts geldt voor die gronden waarvoor eerst een registratie heeft plaatsgevonden. Voor niet-geregistreerde gronden geldt vaak nog een veeleer “feodaal” stelsel (onder *common law* in de VS, Kanada, Australië en Nieuw-Zeeland, onder inlands gewoonterecht in de Afrikaanse landen).

d) Eenheid van kadaster en grondboekhouding

(33) Kenmerkend is verder ook dat deze inschrijving rechtstreeks in het (publiekrechtelijk) kadaster geschiedt, niet in een daarvan gescheiden privaatrechtelijke grondboekhouding.

e) Controleplicht *registrar*

(34) Vanzelfsprekend vraagt een dergelijk stelsel, meer nog dan het grondboekstelsel, een grondige controle door de *registrar* vooraleer de inschrijving kan worden verkregen.

III. Welke vereisten dienen aan de eigendomsoverdracht te worden gesteld, m.b. akte en/of inschrijving

(35) Na dit beknopt overzicht van de alternatieven, kan advies worden gegeven over een eerste vraag : moeten wij de akte en/of inschrijving “constitutief” maken voor de eigendomsverkrijging krachtens rechtshandeling, of althans voor de overdracht, vestiging van zakelijke rechten en verkrijging door verdeling (dit zijn afgeleide wijzen van verkrijging onder bijzondere titel) ?

(36) Hierbij is vooreerst een historische noot op zijn plaats. Algemeen wordt aanvaard dat art. 1 Hypotheekwet enkel de eigendomsoverdracht ten aanzien van derden betreft, en niet ook de eigendomsovergang tussen partijen. Nochtans is het erg betwistbaar dat dit de bedoeling was van de wetgever. De schijnbare beperking tot derden wordt namelijk gemotiveerd door te stellen dat “*Entre les parties contractantes tous actes, toutes conventions continueront de recevoir leurs effets et de donner lieu aux actions personnelles qui en découlent naturellement*”¹⁷ : men wilde blijkbaar enkel de geldigheid van de verbintenis tussen partijen (behalve bij schenking) vrijstellen van publiciteit, en helemaal niet de eigendomsovergang !

En inderdaad is de gedachte van een “relatieve” eigendom in beginsel in strijd met het begrip zakelijk recht zelf, dat per definitie *erga omnes* werkt. Anderzijds is *the life of law, not logic but experience*¹⁸. Dat eigendom in beginsel *erga omnes* werkt is in beginsel geen voldoende argument om ons huidig stelsel te veroordelen; ook het nederlandse en duitse recht kennen gevallen van relativiteit van de eigendom (de hogergenoemde *Vormerkung* zou men als zo’n geval kunnen zien). Vandaar kan men de vraag wanneer eigendom overgaat *c.q.* dient over te gaan, eigenlijk niet beantwoorden zonder eerst te zeggen wat men bedoelt met eigendomsoverdracht, *i.e.* welke rechtsgevolgen men onder dit begrip samenvat of aan het eigendomsrecht vastknoopt¹⁹.

1. Het inschrijvingsbeginsel tegen de achtergrond van de relevante rechtsvragen (eigendomsfuncties)

(37) Zo kan men vaststellen dat de keuze voor een bepaald tijdstip van eigendomsovergang maar

¹⁷ Verslag-Lelièvre, aangehaald door A. DELEBECQUE, *Commentaire législatif de la loi du 16 décembre 1851 sur la révision du régime hypothécaire*, Decq Brussel 1852, p. 45 nr. 39.

¹⁸ Naar het klassieke citaat van O.W. HOLMES. Wellicht is het nog juister te zeggen, met A. WATSON, *that the life of law is neither logic nor experience but borrowing* (afschrijven en nog eens afschrijven), maar dat is een ander verhaal (zie A. WATSON, *Legal transplants. An approach to comparative law*, Scottish Academic Edinburgh 1974)

¹⁹ R. SACCO, “Fait-il retarder le transfert de la propriété (Synthèse de droit comparé)”, in *Faut-il retarder le transfert de propriété*, reeks *Cahiers de droit de l'entreprise van La semaine juridique: édition entreprise*, p. 22, onderscheidt een negental rechtsvragen, die al dan niet aan de eigendom(sovergang) worden gekoppeld.

al te vaak wordt gemotiveerd met redenen, die daar los van staan, omdat het rechtsgevolgen betreft die niet met de eigendomsovergang als dusdanig te maken hebben. Zo bv. is het tijdstip van eigendomsovergang vanzelfsprekend niet bepalend voor de gebondenheid van de verkoper, in die zin dat men gebonden kan zijn, ook al vindt de overdracht pas later plaats. Zo bv. kan de risico-overgang worden losgekoppeld van de eigendomsovergang. Zo partijen niets anders hebben bedongen, gaat het risico van de tegenprestatie (in wederkerige overeenkomsten) over op het ogenblik van de eigendomsoverdracht²⁰. Zo bv. is de vraag of een tweede verkoop van hetzelfde goed wanprestatie vormt aan een eerdere verkoop, en gebeurlijk zelfs een onrechtmatige daad van derde-medeplichtigheid inhoudt, niet afhankelijk van het tijdstip van eigendomsovergang. Zo bv. is de mogelijkheid om een gekocht goed door te verkopen niet afhankelijk van de vraag of de eerste verkoop reeds met eigendomsovergang gepaard is gegaan.

De keuze van de regel inzake eigendomsovergang dient m.i. daarentegen wel te worden bepaald in functie van de volgende vraagstukken :

- a) wie eigenaar is, is vanzelfsprekend van belang voor zuiver zakenrechtelijke conflicten in het algemeen, en dubbele vervreemding door eenzelfde vervreemder in het bijzonder;
- b) wie eigenaar is, is verder van belang voor de overgang van kwalitatieve rechten en verplichtingen in het algemeen, en bij huur in het bijzonder;
- c) wie eigenaar is, is tenslotte van belang voor de werking van het publiekrecht in het algemeen, en het voeren van een bodembeleid door de overheid in het bijzonder (bodembeleid in ruime zin, omvattende onder meer ruimtelijke ordening, milieubeleid e.d.).

a) Zuiver zakenrechtelijke conflicten (inb. het conflict met de samenlopende schuldeisers)

(38) Of de eigendom slechts kan overgaan door de vervulling van de publiciteit, dan wel reeds door een daartoe strekkende overeenkomst tussen partijen, heeft belang voor sommige zakenrechtelijke conflicten. Immers, hoewel men weliswaar algemeen zegt dat ten aanzien van derden, en dus bij zakenrechtelijke conflicten, het de publiciteit is die de doorslag geeft, is dit niet helemaal juist in ons recht. Het tijdstip van overdracht tussen partijen bepaalt in beginsel nog altijd de anterioriteit tussen conflicterende rechten die van dezelfde partij worden afgeleid, en de publiciteit geeft maar de doorslag wanneer de latere verkrijger te goeder trouw is, alsmede wanneer er samenloop ontstaat voor de publiciteit is vervuld (het niet-gepubliceerde eigendomsrecht is niet tegenwerpelijk aan de samenlopende schuldeisers). In ons stelsel moeten derden die de eigendomsverhouding tussen partijen kenden of behoorden te kennen (“derden te kwader trouw”) deze in beginsel ook eerbiedigen, zij het met belangrijke uitzonderingen (nl. voor de schuldeisers in samenloop; verder bij conflict met de rechtsvoorganger van de vervreemder, die wil ontbinden

²⁰ Weliswaar wordt de risico-overgang in ons recht in beginsel aan de eigendomsovergang gekoppeld, behoudens andersluidend beding en enkele bijzondere wetsbepalingen (bv. Wet-Breyne inzake vooruitbetalingsovereenkomsten in aanbouw zijnde woningen 1971). Maar het gaat om twee vragen, die gemakkelijk afzonderlijk kunnen worden geregeld.

maar geen voorrecht heeft gepubliceerd, en nog in enkele andere gevallen), en worden zij intussen dus géén eigenaar. In stelsels waar de inschrijving constitutief is wordt degene die weet heeft van een vorige, niet-gepubliceerde overdracht (d.w.z. noch inschrijving, noch *Vormerkung*) wél eigenaar.

Nu kan ons stelsel op het eerste gezicht billijker leiden, maar vooraleer tot dat besluit te komen, moet men de juiste betekenis van dat verschil toch even bekijken. Dat de verkrijger die weet heeft van een eerdere verkoop in constitutieve stelsels eigenaar wordt, betekent namelijk helemaal niet dat hij die eigendom ook mag behouden. Indien hij onrechtmatig heeft gehandeld ten aanzien van de eerste koper, d.i. bij “derde-medeplichtigheid”, zal hij verplicht zijn om het goed over te dragen aan die eerste koper (*c.q.* afstand te doen van zijn *Vormerkung*). Enkel heeft hij ondertussen toch maar een zakelijk recht, en de eerste koper niet (die laatste kan wel door middel van een *Vormerkung* de eigenaar relatief beschikkingsonbevoegd maken). Indien de tweede verkrijger te kwader trouw insolvabel is, dan zal de eerste koper in samenloop komen met de andere schuldeisers van de tweede verkrijger. Maar in ons recht zal het resultaat normaal hetzelfde zijn : schuldeisers in samenloop kunnen zich namelijk evenzeer beroepen op art. 1 Hyp.W., en dit geldt in ons land ook voor de onderverkrijger van een verkrijger te kwader trouw. Gaat de tweede koper te kwader trouw, die eerst overschrijft, failliet, dan zal de eerste koper, hoewel theoretisch eigenaar zijnde, toch maar een evenredig deel van de opbrengst van het goed ontvangen²¹. Het is zelfs zo dat de eerste koper in het duitse stelsel beter beschermd is dan bij ons, omdat hij daar tenminste nog de mogelijkheid heeft om op grond van zijn vordering uit onrechtmatige daad (derde-medeplichtigheid) een *Vormerkung* te boeken²², en zo voorrang te verkrijgen op de andere schuldeisers van de verkrijger te kwader trouw, terwijl het in ons recht erg twijfelachtig is of een kantmelding van een vordering van de eerste koper (tot revindicatie) jegens de tweede koper te kwader trouw (die eerst heeft overgeschreven) de eerste voorrang zou verlenen in een daaropvolgend faillissement van die tweede koper²³.

Waar er aldus van het billijkheidsargument niet veel meer overblijft, moet op grond van de rechtszekerheid de voorkeur worden gegeven aan het constitutief stelsel : zakenrechtelijk geen verkrijging noch voorrang zonder publiciteit (zij het inschrijving, zij het *Vormerkung*). Het grote voordeel daarvan is een grote beperking van het aantal mogelijke conflicten tussen zakelijke rechten, van het aantal toestanden waar meerdere personen kunnen beweren eigenaar te zijn. Weliswaar gaat die vermindering gepaard met een toenemende rol van de leer der derde-

²¹ Het resultaat zou anders kunnen zijn bij toepassing van de *actio Pauliana*, maar ook die werkt in beginsel op dezelfde wijze in beide stelsels.

²² Op grond van BGB § 885 kan de *Vormerkung* immers niet alleen worden gegrond op een verbintenis uit overeenkomst, maar ook op een andere verbintenis mits machtiging van de rechter in kort geding.

²³ Zie voor deze discussie De PAGE, *Traité VII*, 983 v.; K. BYTTEBIER, *Voorrechten en hypotheeken* nr. 189.

medeplichtigheid, doch dat tast de zekerheid over de zakelijke rechtstoestand van het goed veel minder aan.

b) Overgang van kwalitatieve rechten en verplichtingen in het algemeen, en bij huur in het bijzonder

(39) De eigendomsovergang brengt ook de overgang mee van kwalitatieve rechten (waaronder ook in beginsel het recht op de vruchten) en verplichtingen. Een van de belangrijkste gevallen daarvan betreft de huur. De rechten én verplichtingen van de verhuurder gaan bij vervreemding van een verhuurd goed over op het tijdstip van de eigendomsovergang. Bovendien kan de vervreemder het goed in beginsel nog altijd verhuren zolang de eigendom niet is overgegaan. Aangezien huur geen zakelijk recht is, geldt in deze verhouding in ons recht in beginsel het tijdstip van eigendomsovergang tussen partijen (of althans de vaste datum daarvan), en niet de publiciteit ervan.

Ook hier zou het de duidelijkheid en de rechtszekerheid ten goede komen indien in verhouding tot de huurder, de eigendom pas overgaat op het tijdstip van de inschrijving. Dit belet niet dat verkoper en koper onder elkaar een andere afrekening kunnen bedingen. We zien trouwens dat de wetgever in 1997, bij de wijziging van art. 9 lid 1 van de Woninghuurwet, reeds gekozen heeft voor een aanknoping aan de publiciteit in plaats van aan de eigendomsovergang tussen partijen. Ook zou het nuttig zijn te bepalen dat bij de opzegging voor eigen gebruik, de verkrijger niet reeds bij de opzegging eigenaar moet zijn, maar het integendeel voldoende is dat hij bij de opzegging reeds een vordering tot geven heeft en bij het einde van de termijn eigenaar is.

c) Publiekrechtelijke vragen

(40) Tenslotte is het ook voor de toepassing van publiekrechtelijke bepalingen, en het voeren van een bodembeleid door de overheid, veel beter om toestanden te vermijden waarbij in de ene verhouding één partij eigenaar is, en in de andere (bv. ten aanzien van de schuldeisers der partijen) een andere partij, en dus de eigendomsovergang te koppelen aan de inschrijving in de registers.

2. Gewenste omvang van het inschrijvingsbeginsel

(41) Uit het voorgaande blijkt dat het inderdaad wenselijk is om de inschrijving (en niet enkel de authentieke akte) constitutief te maken voor de eigendomsoverdracht en vestiging van beperkte zakelijke rechten²⁴. Wel dient nog te worden gepreciseerd hoe ruim het begrip “overdracht” in

²⁴ Niet gepleit wordt hier voor het formaliseren van de verkoop zelf, door ook de oorspronkelijke verkoopovereenkomst of verkoopbelofte slechts bindende kracht te geven indien ze authentiek wordt verleden. In de koop-verkoop van onroerend goed is er geen typisch zwakkere partij, zodat vormvereisten vaak tot ongewenste gevolgen leiden.

deze kontekst dient te worden begrepen, en voor welke wijzen van verkrijging de publiciteit constitutief dient te zijn.

1° Vooreerst dient de regel te gelden voor de eigenlijke “overdracht” en de “vestiging” (in eigenlijke zin) van beperkte zakelijke rechten, d.i. verkrijging onder bijzondere titel uit kracht van verbintenis, voor zover deze “onder levenden” geschiedt. Daarbij dient zonder belang te zijn wat de aard van die titel is (bezwarende titel, zoals bij koop, ruil, inbreng, aanwasovereenkomst, overdracht door wijziging huwelijksvermogensstelsel, inbetalinggeving en boedelafstand; kosteloze titel zoals schenking, kontraktuele erfstelling, ouderlijke boedelverdeling, inbreng of stichting, afstand; zekerheidstitel zoals bij hypotheekvestiging; beheersoverdracht; uitoefening voorkoop- of naastingsrecht; overdrachtsverbintenis uit onrechtmatige daad of andere), en evenzeer wat de aard van het overgedragen of gevestigd recht is (eigendom, vruchtgebruik, erfpacht- of opstalrecht, erfdienstbaarheid - uitgezonderd de overgang van hypotheekrecht ingevolge overgang van de verzekerde vordering²⁵, de overgang van erfdienstbaarheden door overgang van het heersend erf, en de overgang van als accessoor gevestigde opstalrechten).

2° Vervolgens dient de regel te gelden voor de verdeling en gelijkgestelde zakenrechtelijke rechtshandelingen (toebedeling uit een rechtspersoon, een gemeenschap of een nalatenschap, omzetting van vruchtgebruik e.d.); zij vormen geen overdracht in eigenlijke zin in ons recht, d.i. worden niet gezien als de uitvoering van een onderliggende verbintenis).

3° Zij dient ook te gelden voor de afstand van recht, ook wanneer deze louter uitdovend is (abdicatieve rechtshandeling).

Tot hier toe gaat het om handelingen, waarvoor de publiciteit nu reeds is voorgeschreven (zij het niet constitutief).

4° De regel dient ook te gelden voor handelingen waarmee men eigendom terugkrijgt op grond van een ontbinding, herroeping e.d., in de gevallen waarin deze geen terugwerkende kracht hebben (op dit ogenblik is de publiciteit reeds verplicht, zij het enkel wanneer deze handeling gerechtelijk geschiedt). De regel dient ook te gelden voor de andere handelingen waarmee een ingeschreven rechtshandeling wordt aangevochten (d.w.z. ook wanneer dit met terugwerkende kracht gebeurt, zodat er eigenlijk geen verkrijging plaatsvindt, maar een schijnbare verkrijging *a posteriori* blijkt nooit te hebben plaatsgevonden).

5° De regel dient verder ook te gelden wanneer de translatieve, constitutieve of declaratieve

²⁵ Daar is het bestaande stelsel van de kantmelding m.i. bevredigend. De door de wetgever gemaakte uitzonderingen daarop dienen m.i. terug te worden afgeschaft, behoudens het geval waarin de hypothecaire vordering in een waardepapier is belichaamd (hypothecaire grosse aan order).

handeling onder levenden een verkrijging onder algemene titel omvat (algehele gemeenschap van goederen of maatschap, fusie of splitsing, algehele verdeling van een gemeenschap, overdracht of inbreng bedrijfstak, enz.); op dit gebied kent ons recht vandaag enkele leemten. Wel moet worden nagegaan of het haalbaar is een inschrijving in het grondboek (die voor elk betroffen onroerend goed afzonderlijk moet gescheiden) constitutief te maken, dan wel genoeg kan worden genomen met een andere publikatie (bv. neerlegging huwelijkscontract, publikatie Staatsblad, e.d.) - in het laatste geval dient m.i. wel te gelden dat de verkrijging niet tegenwerpelijk is aan derden te goeder trouw zoalng zij niet ook uit het grondboek blijkt.

6° Deze regel dient m.i. ook te gelden voor alle rechtshandelingen die een samenloop doen ontstaan, d.w.z. naast beslag ook de invereffeningstelling van een rechtspersoon, de boedelscheiding, de beneficiaire aanvaarding, het gerechtelijk akkoord en het faillissement. Dergelijke uitbreiding van de regel buiten het onroerend beslag (waarvoor hij nu bestaat) vereist wel een efficiëntie van inrichting van de grondboekhouding die heden niet bestaat ...

7° De regel dient ook te gelden voor alle éézijdige rechtshandelingen waarmee men een hypotheekrecht of een onroerend voorrecht verkrijgt, inbegrepen de wettelijke hypotheek (waar de inschrijving nu niet constitutief is en zelfs met terugwerkende kracht voorrang kan verlenen), alsmede voor publiekrechtelijke éézijdige rechtshandelingen zoals de onteigening.

8° De regel dient niet te gelden bij verkrijging *mortis causa*, omdat dit een te fundamentele wijziging van ons erfrecht vooronderstelt. Dit sluit niet uit dat het wenselijk zou zijn om de niet-inschrijving daarvan niet-tegenwerpelijk te maken aan derden te goeder trouw, zoals overigens verder ook zal worden betoogd.

9° Nader te bestuderen gevallen betreffen tenslotte :

- de verkrijging door zakelijke subrogatie in een onroerend goed²⁶;
- de lange verjaring (van dertig jaar) en de toe-eigening, waarbij een inschrijving m.i. in beginsel ook dient te worden voorgeschreven opdat het bezit gedurende de voor verjaring vereiste tijd *c.q.* de inbezitneming tot eigendom zou kunnen leiden²⁷, behalve dan voor de voortdurende en zichtbare erdienstbaarheden;
- de wettelijke erfdienstbaarheden, aangezien de meeste ervan veeleer beperkingen zijn van het eigendomsrecht dan echte zakelijke rechten.

(42) Verder moet ook bestudeerd worden of inschrijving niet constitutief dient te zijn voor bepaalde niet-zakelijke rechten met betrekking tot andermans onroerend goed, die evenwel een

²⁶ Te onderscheiden van de verkrijging van een hypotheek door subrogatie in de hypothecaire schuldvordering.

²⁷ In het duitse recht verkrijgt men ook na 30 jaar bezit geen eigendom, indien men niet is ingeschreven in het grondboek, behoudens in de zeer uitzonderlijke voorwaarden van BGB § 927.

zakelijke werking kunnen verkrijgen doordat zij de ongeldigheid kunnen meebrengen van een overdracht van dat goed in strijd met hun recht. Denken we meer bepaald aan die voorkooprechten die tot indeplaatsstelling (naasting) kunnen leiden, zoals dat van de pachter, en nietigheid veroorzakende vervreemdingsverboden gegrond op de belangen van de echtgeno(o)t(e) of het gezin.

Daarnaast kent ons recht ook niet-zakelijke rechten met betrekking tot andermans onroerend goed, die een kwalitatieve verplichting opleggen aan de eigenaar daarvan, d.i. een verplichting die hem wordt opgelegd in zijn hoedanigheid van eigenaar. Verbintenissen kunnen in ons recht wel enkel krachtens de wet kwalitatief zijn, en niet krachtens overeenkomst; anders gezegd, de verkrijger is in beginsel slechts aan deze verbintenissen gebonden voor zover hij er zelf mee heeft ingestemd dan wel ze krachtens de wet opgelegd krijgt in zijn hoedanigheid van eigenaar van het goed. Bij onroerend goed gaat het meer bepaald om verbintenissen uit verhuring (onder bepaalde voorwaarden) en verpachting, uit de rechtsverhouding tussen eigenaar en beperkt zakelijk gerechtigde (vruchtgebruiker, erfpachter, opstalhouder, eigenaar heersend erf, hypotheekhouder) en uit mede-eigendom (waaronder ook appartementsmede-eigendom). Voor zover deze rechten aan publiciteit worden onderworpen, gaat het evenwel nooit om een publiciteit voor het ontstaan van deze rechten, maar voor hun kwalitatief karakter, d.i. voor de tegenwerpelijke ervan aan de verkrijger van het goed. Deze publiciteit - welke vorm ze ook moge aannemen²⁸ - kan dan ook nooit constitutief zijn.

²⁸ Slechts in uitzonderlijke gevallen worden deze rechten gepubliceerd in de hypotheekregisters - zo bv. de huur voor meer dan 9 jaar.

IV. Hoe dienen derde-verkrijger te goeder trouw van onroerend goed te worden beschermd en welke rechtsgevolgen dienen aan de privaatrechtelijke vermeldingen in de registers te worden gehecht ?

1. Welk publiciteitsstelsel kiezen

(43) Het laatste deel van dit pre-advies betreft de vraag of ons publiciteitsstelsel, los van het feit dat de inschrijving niet constitutief is voor de verkrijging van onroerende zakelijke rechten, een voldoende bescherming biedt aan de derde-verkrijger te goeder trouw.

Door deze vraagstelling wordt impliciet reeds de raad gegeven om niet over te gaan tot een *Torrens*-stelsel, waarin de inschrijving de eigenaar ook tot eigenaar maakt buiten de gevallen waarin hij als derde-verkrijger te goeder trouw bescherming waard is. Ook al zou een dergelijk stelsel vanuit publiekrechtelijk oogpunt een bodembeleid vereenvoudigen, het houdt een te verregaande opoffering van verkregen rechten in om te worden ingevoerd in streken waar de private eigendom van de grond en de versnippering daarvan vele eeuwen oud is.

Anderzijds meen ik dat men niet ernstig kan beweren dat ons huidig recht een efficiënte regeling inhoudt van zakenrechtelijke conflicten m.b.t. onroerend goed. Ons publiciteitsstelsel is inefficiënt, zowel door de wijze waarop het is georganiseerd, als door de talloze leemten op zakenrechtelijk gebied. Die leemten op hun beurt zijn het gevolg van het feit dat er op die leemten géén sanctie staat. Zoals BAUR terecht schrijft, is het zo dat de enkele mogelijkheid dat een derde te goeder trouw op grond van de onjuistheid of onvolledigheid van de registers eigendom kan verkrijgen het beste middel om ervoor te zorgen dat de registers betrouwbaar worden²⁹, en heeft dit tot gevolg dat er in de praktijk nog zeer weinig betwistingen rijzen. Vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid is het duitse stelsel dan ook minstens even goed als het *Torrens*-stelsel.

(44) Vooraleer na te gaan in hoeverre de *fides publica* ook in ons recht dient te worden ingevoerd, past het even na te gaan of een minder verregaande hervorming, gepaard aan jurisprudentiële oplossingen, niet evenzeer resultaat kan hebben. Dat is immers de weg die men in Frankrijk is gegaan. Het betreft daarbij voornamelijk drie ontwikkelingen :

a) De invoering van een “*fichier immobilier*”, d.i. een perceelsgewijze privaatrechtelijke grondboekhouding (naast het publiekrechtelijk kadaster, en meer bepaald grondslag voor dat kadaster), zij het nog steeds slechts als een afgeleide van de hypotheekregisters (art. 1 Décret 1955-22).

b) De uitbreiding van de rechtsfeiten waarvoor inschrijving op straffe van niet-tegenwerpelijheid

²⁹ F. BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts* § 23 I 4 : “*Die Möglichkeit redlichen Erwerbs auf der Grundlage des unrichtigen Grundbuchs erzwingt in der Regel das richtige Grundbuch*”.

aan latere (en vaak ook aan tussentijdse) derden-verkrijgers is voorgeschreven (*Décret* 19455-22 zoals gewijzigd bij *Décret* 1959-89). Opvallend is onder meer de verplichting om elke verkrijging *mortis causa* te laten vaststellen door middel van een notarieel attest en dit te publiceren.

c) De verruimde toepassing van de vertrouwensleer door de rechtspraak, op grond waarvan de persoon die te goeder trouw verkrijgt van een *propriétaire apparent* beschermd wordt tegen de aanspraken van de *verus dominus*. Vereist is enkel dat de verkrijger gehandeld heeft op grond van een *erreur commune*³⁰. Waarop die *erreur commune* allemaal kan zijn gegrond, is niet vastomlijnd. In ieder geval volstaat de enkele goede trouw niet, aangezien - zo redeneert men - dit de regels betreffende de korte verjaring (10 of 20 jaar) zonder voorwerp zou maken.

(45) Hoewel het franse publiciteitsstelsel hierdoor een heel stuk verder staat dan het belgische, moet men toch vaststellen dat het ook na deze ontwikkelingen *qua* rechtszekerheid en efficiëntie nog steeds ver achter blijft bij het duitse :

- de wettelijke regeling is véél uitvoeriger en veel ingewikkelder, vergeleken met de al bij al erg beknopte regeling van het duitse BGB, die dan nog tot veel minder betwistingen aanleiding geeft;
- de betrouwbaarheid van het duitse grondboek is veel groter, precies omdat in elk beginsel elk rechtsfeit dat niet is ingeschreven niet tegenwerpelijk is aan derden te goeder trouw;
- de voorwaarden voor de bescherming van de derde-verkrijger zijn door dit positieve stelsel véél duidelijker, daar waar het franse recht blijft aanmodderen met vage normen zoals de “*error communis*” waarvoor geen vaste maatstaven zijn gegeven, en die dus aan de soevereine waardering van de feitenrechter worden overgelaten ... (in Nederland heeft men ingezien dat men met die vage norm alleen niet rondkwam, zodat men naast het vertrouwensbeginsel van art. 3:36 NBW wel degelijk een precies geheel van regels betreffende de betrouwbaarheid van de registers heeft uitgewerkt in art. 3:17, 3:24 v. en 3:88 NBW);
- de hoeveelheid rechtsfeiten en elementen waaraan zakelijke werking wordt gegeven is veel groter, en de omvang van de in de registers opgenomen vermeldingen nog groter (volledige publikatie van de titel, in plaats van enkel die bestanddelen ervan die onmiddellijk de zakenrechtelijke rechtstoestand betreffen);
- teveel toestanden blijven in het onzekere zolang de verjaringstermijn (10 of 20 dan wel 30 jaar) niet is verstreken, waarbij bovendien verjaring mogelijk is op grond van bezit alleen, zelfs zonder inschrijving in de registers, en niet alle stuitings- en schorsinggronden van de verjaring uit de registers zijn af te leiden. Dit alles brengt mee dat er bij verkrijging nog altijd een onderzoek moet worden verricht naar alle opeenvolgende titels tot minstens 30 jaar terug.

(46) Dit alles moet er ons toe brengen om in de hervorming minstens zo ver te gaan als in Nederland (NBW 1992) en wellicht, op het abstractiebeginsel na, zover als in de BR Duitsland (BGB 1900). Een dergelijke hervorming wordt hieronder in een aantal punten geschetst.

³⁰ Zie onder meer Cass. fr. 3-4-1963, *Bull.* I nr. 204, p. 174 = *JCP* 1964, II, 13502 n. J. MAZEAUD = *D.* 1963, 306 n. J. CALAIS-AULOY.

2. Beknopte uitwerking van de hervorming.

a) Perceelsgewijze inrichten van de privaatrechtelijke grondboekhouding

(47) De nadelen van het huidige systeem (kronologisch register met daarnaast een persoonsregister als hulpregister) zijn zo vanzelfsprekend dat het onbegrijpelijk is dat men er nog aan vasthoudt³¹. Een ernstige hervorming, met overschakeling op een perceelsgewijze grondboekhouding (*Realfolium*), valt te verkiezen voor halfslachtige tussenoplossingen. Met de moderne technologie is het overigens mogelijk om tot een geïntegreerd stelsel te komen, d.i. een stelsel waarbij de toegang via verschillende sleutels mogelijk is (perceel, persoon, datum).

Daarbij blijft het wel aangewezen om een onderscheid te maken tussen de privaatrechtelijke grondboekhouding en het publiekrechtelijk kadaster, zei het dat er tussen beiden vanzelfsprekend geen tegenspraak mag bestaan, en zij dus best door éénzelfde bestuur worden bijgehouden. Daarbij dient het grondboek de rechtsfeiten te bevatten die leiden tot de wijziging van de zakelijke rechtstoestand van het goed, d.w.z. tot het verkrijgen of verliezen van eigendom, het ontstaan of tenietgaan van zakelijke rechten en rechten met zakelijke werking (bv. voorkooprechten met indeplaatsstelling). De inhoudelijke beperkingen van het eigendomsrecht of andere zakelijke rechten daarentegen horen veeleer thuis in het kadaster (bv. beperkingen inzake ruimtelijke ordening (bebouwbaarheid, grondgebruik), monumenten- en landschapszorg, bodemverontreiniging, andere milieuvoorwaarden, enz.). Deze grens is weliswaar niet altijd scherp (bv. publiekrechtelijke erfdiensbaarheden), maar toch hanteerbaar. Ook de feitelijke beschrijving van het goed en het gebruik dat ervan wordt gemaakt (de bebouwing, het landbouwgebruik, de bodemtoestand, enz.) hoort in het kadaster thuis. Goed op elkaar afgestemde privaats- en publiekrechtelijke registers zijn ook een veel geschikter instrument voor een bodembeleid door de overheid.

b) Betrouwbaar maken van de registers door het verlenen van *fides publica*

(48) Het betrouwbaar maken van de registers vereist een drastische verruiming van de niet-tenetwerpelijke aan derden-verkrijgers te goeder trouw van niet-ingeschreven rechtsfeiten die beschikkingsonbevoegdheid van de ingeschreven gerechtigde meebrengen (waarbij die beschikkingsonbevoegdheid de keerzijde is van oudere zakelijke rechten). Derde-verkrijgers te goeder trouw worden dus beschermd tegen de onjuistheid of onvolledigheid van de betreffende het verkregen goed ingeschreven rechtsfeiten. Dit is verantwoord doordat het in bijna alle gevallen goedkoper is voor de oudere gerechtigde om dat rechtsfeit in te schrijven, dan voor de derde-verkrijger om de afwezigheid ervan te onderzoeken.

(49) De uitzondering, nl. dat een niet-ingeschreven rechtsfeit waarvan de niet-inschrijving maakt

³¹ De PAGE, *Traité V*, nr. 111 A; DIRIX & DE CORTE, *Zekerheidsrechten* nr. 60.

dat de bepaling van de zakelijke rechtstoestand van het goed c.q. de beschikkingsbevoegdheid van de als gerechtigde ingeschreven gerechtigde in het grondboek onjuist is, dient zo beperkt mogelijk te zijn. Zo mogelijk dient dit te worden beperkt tot enkel feiten die in een rechtsregel omschreven zijn (zodat de wijziging van de zakelijke rechtstoestand c.q. beschikkingsbevoegdheid rechtstreeks uit de wet voortvloeit en dus algemeen geldend is - bv. de algemene invoering van een voorkooprecht op een bepaalde categorie onroerende goederen ten gunste van de overheid). Een mogelijke uitzondering vormt verder de verkrijging door (dertigjarige) verjaring van een voortdurende en zichtbare erfdiensbaarheid. Voor de verkrijging *mortis causa* dient de publiciteit echter zeker op straffe van niet-tegenwerpelijkheid te worden voorgeschreven.

(50) M.i. kan een andere soort publikatie (zoals bv. het Staatsblad) niet voldoende zijn om tegenwerpelijk te zijn aan derde-verkrijgers die deze feiten niet daadwerkelijk kenden (dit is van belang voor zover men bij verkrijging onder algemene titel slechts een dergelijke publikatie zou verplicht stellen). Het begrip kwade trouw dient hier eng te worden begrepen³².

(51) Zoals in Nederland dient de niet-tegenwerpelijkheid aan de derde-verkrijger te goeder trouw van niet-ingeschreven rechtsfeiten die de ingeschreven gerechtigde beschikkingsonbevoegd maken onder meer te gelden voor alle titelgebreken van een vorige overdracht. In het NBW volgt dit uit de regel van art. 3:88 NBW. In het Duitse recht wordt dit probleem meestal nog drastischer opgelost, namelijk doordat de overdracht geabstraheerd wordt van de onderliggende titel (behalve in geval van bedrog), zodat een titelgebrek de overdracht niet verhindert en de verkrijger ook niet beschikkingsonbevoegd maakt. Voor de invoering van een dergelijk abstract stelsel wordt hier echter niet gepleit. Bij kennis van titelgebreken uit de vorige overdracht, die de overdracht ongeldig maken, dient de derde-verkrijger niet te worden beschermd. Doch zoals vandaag reeds het geval is ten aanzien van bv. een ontbindings- en herroepingsmogelijkheid die niet door de inschrijving van een voorrecht is "gepubliceerd", dient de derde-verkrijger in beginsel geen nader onderzoek te verrichten naar de geldigheid van de verkrijgingstitel van de vervreemder. Ook mag de kennis van een niet-ingeschreven (niet *Vorgemerkte*) zuiver obligatoire aanspraak (herroepingsmogelijkheid, recht op levering, e.d.m.) de verkrijging door de derde in beginsel niet deren.

(52) De bescherming van de verkrijger op grond van de *fides publica* van het grondboek dient beperkt te blijven tot verkrijging krachtens overdracht of vestiging in enge zin. Anders gezegd: zoals in ons huidige recht kan de exceptie van niet-publikatie enkel worden ingeroepen door een derde-verkrijger te goeder trouw en door de schuldeisers van de ingeschreven gerechtigde in geval van samenloop. De bescherming moet niet worden uitgebreid tot de verkrijging uit een verdeling (de verkrijger is daarbij geen "derde") noch tot de verkrijging onder algemene titel (bv. erfenis) noch tot de verkrijging door zakelijke subrogatie. Aan de schuldeisers van de ingeschreven gerechtigde in geval van samenloop, dient wellicht niet dezelfde bescherming te worden gegeven;

³² Vgl. eerder over dit probleem A. van OEVELEN, "De zgn. "subjectieve" goede trouw in het Belgische materiële privaatrecht", *TPR*, 1990, 1093 v.

ten aanzien van hen blijft best een louter negatieve werking van het grondboek bewaard (d.i. het waarborgt enkel de afwezigheid van inschrijvingsplichtige feiten; voor zover de inschrijving van een overdracht of vestiging niet constitutief zou zijn, dient ze minstens een voorwaarde te zijn voor tegenwerpelijke aan de schuldeisers). Een verdergaande bescherming van de samenlopende schuldeisers kent ook het nederlandse en duitse recht niet³³.

Voor zover inschrijving niet reeds constitutief wordt gemaakt voor de verkrijger krachtens overdracht of vestiging (zie hoger deel III), dient ze minstens een bijkomende voorwaarde te zijn voor de bescherming van de derde-verkrijger in enge zin (d.i. met uitsluiting van de samenlopende schuldeisers).

NB. Naast de bescherming van de derde-verkrijger kan de *fides publica* ook nog andere derden beschermen, zo bv. de schuldenaar die presteert aan de persoon die volgens de inschrijvingen in het grondboek schuldeiser is (bij kwalitatieve rechten, hypothecaire schulden e.d.m.), of de partij die opzegt aan de persoon die volgens het grondboek eigenaar is.

(53) De bescherming dient in beginsel ook toe te komen aan de verkrijger om niet. Deze zal echter wel gebeurlijk de *actio pauliana* moeten ondergaan van de oudere gerechtigde, telkens wanneer de vevreemding in hoofde van de vervreemder een bedrog ten aanzien van een schuldeiser uitmaakte; in sommige gevallen kan er ook een vergoedingsplicht zijn van de verkrijger om niet.

(54) Gezien de verregaande gevolgen van een inschrijving, dient nauwkeurig te worden bepaald aan welke voorwaarden de akte moet voldoen op grond waarvan inschrijving kan worden verkregen. Dezelfde waarborgen dienen niet te worden opgelegd voor een voorlopige inschrijving of *Vormerkung*. Heeft de bewaarder van het grondboek bezwaren tegen inschrijving, dan mag hij een volwaardige inschrijving weigeren, doch in een aantal gevallen dient hij wel een voorlopige inschrijving uit te voeren, met melding van zijn bezwaren. De bewaarder is jegens derden (dit kan zijn oudere gerechtigde, of latere verkrijger) aansprakelijk voor niet aangetekende bezwaren die hij door een normale controle had moeten vinden : strijd met het grondboek, vormgebreken van de ter inschrijving aangeboden akte, e.d.m. De controle van andere aspecten van de rechtshandeling dient echter uitsluitend aan de notaris te worden toevertrouwd (zoals ook vandaag het geval is), zo bv. de controle van de identiteit der partijen, de handelingsbekwaamheid, de bestuursbevoegdheid bij gemeenschapsgoederen, de geldigheid de toestemming, e.d.m.

c) Hanteerbaar maken van de registers door de inhoud te beperken tot rechtsfeiten die onmiddellijk de zakelijke rechtstoestand bepalen

(55) Hanteerbaarheid van de registers vergt nog een andere vrij drastische hervorming, namelijk de vervanging van de overschrijving van de titel in zijn geheel door een inschrijving van enkel die

³³ F. BAUR, *Lehrbuch des Sachenrechts* § 23 III 2 b.

feiten die rechtstreeks de zakelijke rechtstoestand van het onroerend goed bepalen.

Een dergelijke beperking is in ons recht in beginsel volmaakt mogelijk, omdat wij nu eenmaal een *numerus clausus* kennen van zakelijke rechten en rechten met zakelijke werking. Het moet dan ook in beginsel voldoende zijn om, naast vanzelfsprekend de beschrijving van het onroerend goed (op basis van een opsplitsing in percelen, en bij appartementsmede-eigendom een bijkomende beschrijving van de splitsing in kavels en de gemeenschappelijke gedeelten zoals opgenomen in de basisakte) het feit zelf van de verkrijging (of tenietgaan), de aard van het zakelijk recht (of recht met zakelijke werking) en de betrokken partijen te vermelden, en verder gegevens zoals het hoogstbedrag verzekerd door een hypotheek, e.d.m. Deze gegevens dienen op een soort borderel te worden opgenomen, dat ter inschrijving wordt aangeboden (met uitzondering voor de basisakte. Een dergelijk stelsel kan maar werken dankzij een goed georganiseerd notariaat. Zo dient de notaris nog meer dan nu te letten op de geldigheid van de rechtshandeling zelf, de handelingsbekwaamheid van partijen, mogelijke wilsgebreken, e.d.m., aangezien dat alles niet meer tegen onderverkrijgers zal kunnen worden ingeroepen (daartegenover staat dat zijn verplichting tot onderzoek naar de beschikkingsbevoegdheid van de vervreemder door de *fides publica* sterk wordt verminderd).

(56) Om de efficiëntie van het stelsel te vergroten heeft men in het Duitse recht de modaliteiten waaraan de translatieve, constitutieve e.a. rechtshandeling kan worden onderworpen, sterk beperkt. Zo bepaalt BGB § 925 II dat de *Auflassung* (overeenkomst tot levering van onroerend goed) noch aan een voorwaarde, noch aan een tijdsbepaling kan worden onderworpen, dus dadelijk en onvoorwaardelijk moet zijn. In ons recht kan de schenking niet aan een tijdsbepaling worden onderworpen, maar wel aan een voorwaarde. In het Nederlandse recht is een overdracht onder tijdsbepaling eveneens onmogelijk; zij wordt van rechtswege omgezet in een overdracht met voorbehoud van vruchtgebruik gedurende de bepaalde tijd (art. 3:85 NBW). Een overdracht onder voorwaarde blijft wel mogelijk (art. 3:84 lid 4 NBW), maar de vervulling ervan geschiedt niet met terugwerkende kracht. Wellicht is het Duitse recht een te grote wijziging tegenover ons huidig recht en verdient het Nederlandse recht op dit punt navolging, met daarbij het behoud van de mogelijkheid een voorrecht in te schrijven tot zekerheid van de naleving van nauwkeurig bepaalde voorwaarden (die dan binnen die grenzen terugwerkende kracht kunnen hebben).

(57) De *numerus clausus* geldt enkel voor zakelijke rechten, niet voor verbintenissen. Voor zover voor de tegenwerpelijke van kwalitatieve verbintenissen publicatie wordt vereist, blijft hier een overschrijving van het geheel der bepalingen vereist. Dit is bv. het geval voor het reglement van mede-eigendom bij een appartementsmede-eigendom (niet alle kwalitatieve verbintenissen zijn daar aan overschrijving onderworpen : enkel het reglement van mede-eigendom en de wijziging daarvan, maar niet het reglement van orde en de wijziging daarvan).

d) Onderscheid tussen volwaardige inschrijving en voorlopige inschrijving (*Vormerkung*)

(58) Wanneer men enerzijds de inschrijving constitutief maakt voor een overdracht of vestiging, en anderzijds deze inschrijving met grotere zorgvuldigheid omringt dan vandaag, omwille van de verstrekkender gevolgen ervan (grotere beschikkingsmacht van de ingeschrevene), dan is het aangewezen om zoals in het Duitse recht en het Nederlandse wetsontwerp, ook de mogelijkheid van een voorlopige inschrijving of *Vormerkung* in te voeren. Deze maakt zoals gezegd de voorlopig ingeschreven niet tot eigenaar, maar schept wel een relatieve beschikingsonbevoegdheid, d.w.z. dat niet meer ten nadele van het voorlopig ingeschreven recht kan worden beschikt over het goed. Een dergelijke *Vormerkung* moet mogelijk zijn op basis van een verbintenis tot het verkrijgen van het goed (m.i.v. van bv. een voorkooprecht of naastingsrecht). Vergelijkbaar met de *Vormerkung* kan relatieve beschikingsonbevoegdheid ook worden geschapen door de inschrijving van een beslag, een vervreemdingsverbod e.d.

Zoals in de BR Duitsland dient diegene die een voorlopige inschrijving neemt reeds als derde-verkrijger te worden beschermd, voor zover hij achteraf een volwaardige inschrijving verkrijgt. Maar zijn voorlopige inschrijving is nog geen voldoende vertrouwensgrondslag voor een persoon die van hem verkrijgt.

e) (Geen) Bescherming tegen gebreken van de eigen titel waartegenover de verkrijger te goeder trouw is

(59) De *fides publica* van het Grondboek beschermt de derde-verkrijger zoals gezegd enkel tegen beschikingsonbevoegdheid van de vervreemder. Het beschermt hem niet tegen gebreken van zijn eigen titel. In beginsel is hij ten aanzien van die gebreken ook geen derde. Er is dan ook geen reden om de verkrijger zakenrechtelijk tegen de gebreken van zijn eigen titel te beschermen. In een aantal gevallen in ons recht echter, wordt de titel aangetast omwille van de bescherming van private belangen van derden. Het betreft, zoals hoger reeds vermeld :

- nietigheden uit het huwelijksvermogensrecht, ter bescherming van echtgeno(o)t(e) en gezin;
- inkorting wegens overschrijding van het beschikbaar gedeelte van de nalatenschap, en soms ook inbrengverplichting;
- naastingsrechten van derden, bv. van de pachter op grond van zijn voorkooprecht;
- niet-tegenwerpelijkheid aan de schuldeisers wegens schuldeisersbedrog (*pauliana*, hier relevant voor zover het handelingen om niet betreft, omdat dan geen medeplichtigheid van de verkrijger is vereist).

In sommige gevallen is het verantwoord de rechten van die derde aan inschrijving te onderwerpen, voor hun zakelijke werking of minstens voor hun tegenwerpelijkheid aan verkrijgers te goeder trouw. Dit geldt met name naastings- of voorkooprechten, bepaald vervreemdingsverboden wegens gezinsbelang, e.d. In andere gevallen zal men moeten terugvallen op de verbintenisrechtelijke vertrouwensleer, waarvan de maatstaven zoals gezegd een stuk vager zijn dan de *fides*

publica van de registers³⁴.

f) Hervorming van de verkrijgende verjaring

(60) Indien de *fides publica* der registers wordt ingevoerd, kan de korte verjaring (art. 2265 BW) worden afgeschaft. Wel kan de termijn van de lange verjaring worden ingekort tot 20 jaar³⁵ indien dit voor de bevrijdende verjaring geschiedt (zoals een hangend wetontwerp bepaalt). Verjaring dient in beginsel nog slechts mogelijk te zijn in overeenstemming met de ingeschreven rechtspositie.

g) Vergoedingsplicht overheid

(61) Tenslotte dient de schadevergoeding te worden geregeld die in een aantal gevallen verschuldigd is. Zo bepaalt art. 3:30 lid 3 NBW ten laste van de overheid een vergoeding voor de partij die ten gevolge van het gekozen stelsel buiten zijn schuld (of risico) om zijn recht verliest (met name wanneer iemand door overmacht een rechtsfeit niet heeft laten inschrijven).

Slotbemerking.

(62) Dat het belgische recht op het hier besproken gebied vandaag nog niet eens zo ver is ontwikkeld als het franse (door een gebrekkig wetgevend stelsel, en dit ondanks een goed georganiseerd notariaat), is het zoveelste bewijs van de lamentabele toestand waarin het burgerlijk recht in België verkeert. Het is trouwens zeer betwifelbaar dat een ernstige herziening van ons burgerlijk recht nog mogelijk is op het niveau van een “federale” staat, die door het steeds verder uiteengroeien van de deelstaten en de daarin heersende opvattingen op steeds meer gebieden, op steeds minder gebieden tot een samenhangend beleid in staat is³⁶. Laat ons daarom, zoals de slotredenaar op het vorige in Gent gehouden Juristencongres reeds stelde, resoluut het kompas op

³⁴ Voor een uitvoerige behandeling van het eerstgenoemde probleem, met name de nietigheden ter bescherming van echtgenoot en gezin, zie N. GEELHAND, “Het vertrouwensbeginsel als instrument van belangenafweging in het huwelijksvermogensrecht”, *TPR* 1994, 5 v.

³⁵ Dit is ook de termijn in onder meer Nederland en Italië. Indien evenwel de bevrijdende verjaring op 30 jaar blijft, dient dit ook zo te blijven voor de verkrijgende verjaring.

³⁶ Op de dag waarop de laatste hand aan dit preadvies werd gelegd, citeert D. ACHTEN in *de Standaard* van 23-2-1998 *The International Herald Tribune*, volgens dewelke “Het vooruitzicht wat dan ook te hervormen in België is klein”, en voegt hij eraan toe dat de belgische context zo verlamdend is voor gelijk welke federale regering dat er hoe dan ook maar flauwe pogingen tot beterschap het licht zien en er weinig hoop is om echt wat te hervormen binnen de belgische staatsstructuur, omdat Vlaanderen en Wallonië voor andere visies kiezen en de gedachten versneld uit elkaar groeien.

het noorden gericht houden³⁷. Nederland, dat tot voor enkele jaren een publiciteitsstelsel kende dat *qua* organisatie niet wezenlijk van het onze verschilde, heeft bewezen dat een hervorming in de gewenste richting wel degelijk mogelijk is.

37 De parlementaire geschiedenis leert ons dat de frankofilie van een deel van België een eeuw geleden reeds nuttige hervormingen op dit gebied heeft tegengehouden - zie bv. de kritiek op het ontwerp-van Biervliet, met louter emotionele argumenten, aangehaald in *Belg. Jud.* 1895 (242) 254 : het constitutief maken van de overschrijving werd bestreden omdat het ons zou verplichten duitse en nederlandse auteurs te gaan lezen in plaats van franse ! De hervorming is er dan ook nooit gekomen ...