OVERZICHT VAN RECHTSPRAAK (1965 - 1968) (*)

ZAKENRECHT

door

Raymond DERINE
Gewoon hoogleraar aan de Universitaire
Faculteiten Sint-Ignatius te Antwerpen
Hoogleraar aan de Katholieke Universiteit te Leuven

INHOUD

Hoofdstuk I. **Onroerende en roerende goederen** (1 - 4).

1. Onroerende goederen uit hun aard. — 2. Onroerend door bestemming. — 3. Inpandgeving van handelsfonds en onroerende goederen door bestemming. — 4. Roerend door anticipatie.

Hoofdstuk II. **Openbaar domein** (5 - 8).

5. Niet-bevaarbare en niet-vlotbare waterlopen. — 6. Beslissing van de bevoegde overheid. — 7. Erfdienstbaarheid op goederen van het openbaar domein. — 8. Recht van toegang en uitzicht voor de aanpalende eigenaars en gebruik van steunmuur.

Hoofdstuk III. **Zakelijk recht buiten artikel 543 B.W.?** (9).

9. Zakelijk recht buiten artikel 543 B.W.?

Hoofdstuk IV. **Eigendom** (10 - 41).

Afdeling 1. **Misbruik van recht** (10 - 15).

10. Criteria. — 11. Met het oogmerk om te schaden. — 12. Geen redelijk belang. — 13. Het onevenredigheidscriterium. — 14. Tegen de sociale finaliteit van het recht. — 15. Het schuldcriterium.

Afdeling 2. **Hinder uit nabuurschap** (16 - 37).

16. Aansprakelijkheid zonder schuld. — 17. Aansprakelijkheid wegens schuld. — 18. Foutieve gedraging. — 19. Gelijktijdige toepassing van artikel 1382 en artikel 544 B.W. — 20. Vordering op grond van artikel 544 alleen. — 21. Samenvatting. — 22. Nieuw middel in beroep. — 23. Voorbeelden. — 24. Relatief begrip. — 25. Eerstingebruikneming. — 26. Bijzondere gevoeligheid van de benadeelde. — 27. Slechte staat van het gebouw. — 28. Fout van het slachtoffer. — 29. Aansprakelijkheid van de aannemer. — 30. Beding in het lastenboek. — 31. Huurders. — 32. Medeëigenaars. — 33. De eerste of de latere eigenaar? — 34. Bouwwerf op openbare weg. — 35. Schade door elektrische hoogspanningslijnen. — 36. Sanctie. — 37. Bevoegdheid.

(*) Aansluitend op het voorgaande overzicht (*T.P.R.*, 1965, 53-106), dat liep over de periode januari 1961 tot en met oktober 1964, betreft dit overzicht de rechtspraak die werd *gepubliceerd* van november 1964 tot en met december 1968, ongeacht de datum van het arrest of vonnis.

Afdeling 3. **Recht van natrekking** (38 - 41).

38. Artikel 555 B.W. alleen tegen eigenaar. — 39. Vroegere of nieuwe eigenaar? — 40. Gebouw op terrein van bijzit. — 41. Recht van opstal.

Hoofdstuk V. **Medeeigendom** (42 - 47).

42. Daden tot behoud en daden van voorlopig beheer. — 43. Daden van gewoon beheer. — 44. Betrekkingen tussen medeëigenaars en derden. — 45. Vestiging van erfdienstbaarheid. — 46. Veranderingen aan het onverdeeld goed. — 47. Geoorloofd gebruik.

Hoofdstuk VI. **Vruchtgebruik** (48 - 55).

48. Geen vruchtgebruik. — 49. Vruchtgebruik op aandelen. — 50. Oneigenlijk vruchtgebruik. — 51. Artikel 595 B.W. — 52. Gebrek aan inventaris. — 53. Bewarende maatregelen door eigenaar. — 54. Naakte eigenaar en grove herstellingen. — 55. Verval wegens misbruik.

Hoofdstuk VII. **Erfdienstbaarheden** (56 - 98).

56. Afloop van het regenwater. — 57. Afpaling door wie? — 58. Afpaling en oude tekens. — 59. Afpaling en revindicatie. — 60. Afpaling en gemene haag. — 61. Gemene muur : geen erfdienstbaarheid. — 62. Niet-gebruik van gemene muur. — 63. Gemeenmaking : onvoorwaardelijk recht. — 64. Vermoeden van muurgemeenheid. — 65. Recht van medeëigendom laten varen. — 66. Verplichte koop van de gemeenheid buiten artikel 663 B.W.? — 67. Gedeeltelijke verwerving van muurgemeenheid. — 68. Prijs van de gemeenmaking. — 69. Afstand volgens artikel 656 B.W. in steden en voorsteden? — 70. Voorbehoud van muurgemeenheid. — 71. Schoorsteen in gemene muur. — 72. Hoog- en laagstammige bomen. — 73. Muur in plaats van gemene haag. — 74. Argusblokken. — 75. Kijkgat in deur. — 76. Begrip erfdienstbaarheid. — 77. Bewijs erfdienstbaarheid. — 78. Begrip insluiting. — 79. Buurtweg. — 80. Exploitatieweg (losweg). — 81. Verjaring erfdienstbaarheid van overgang. — 82. Verjaring van bedding of van wijze van uitoefening voor noodweg en overgang. — 83. Einde ingeslotenheid. — 84. Door titel gevestigde erfdienstbaarheid. — 85. Bewijs van niet-voortdurende erfdienstbaarheid. — 86. Erfdienstbaarheid door bestemming van de huisvader. — 87. Recht van uitzicht en recht van vergezicht. — 88. Herstel van vroegere erfdienstbaarheid. — 89. Interpretatie van de erfdienstbaarheden. — 90. Werken nodig voor het gebruik en het behoud van een erfdienstbaarheid. — 91. Artikel 701, eerste lid B.W. — 92. Artikel 701, derde lid B.W. — 93. Aangepast gebruik. — 94. Onbruik gedurende dertig jaren. — 95. Onbruik in de omgeving. — 96. Gedeeltelijk gebruik. — 97. Bewijslast inzake tenietgaan. — 98. De Etrimozaak.

Hoofdstuk VIII. **Erfpacht en opstal** (99 - 100).

99. Einde erfpacht. — 100. Opstalrecht.

HOOFDSTUK I

ONROERENDE EN ROERENDE GOEDEREN

1 – Onroerende goederen uit hun aard. — Met betrekking tot de interpretatie van het begrip *gebouw* in artikel 518 B.W. werd reeds in het vorig overzicht ervoor gepleit dat men rekening zou houden met de moderne bouwtechniek (zie nr. 1 en 2, *T.P.R.*, 1965, 54-55). Vroeger eisten rechtspraak en rechtsleer doorgaans dat wat wordt gebouwd vastzit *in* de grond of op zijn minst niet zonder grote schade kan worden verwijderd. Thans wint de gedachte veld dat het voldoende is dat het gebouwde door eigen gewicht *aan* de grond is vastgehecht en bestemd is om, zij het voor een beperkte tijd, ter plaatse te blijven. Die nieuwe strekking, die m.i. beter beantwoordt aan de gewijzigde technische gegevens, kan alleen

maar worden toegejuicht. Uit de rechtspraak van de besproken periode blijkt evenwel dat de meningen nog uiteenlopen.

In verband met artikel 44 van de urbanisatiewet van 29 maart 1962 en het begrip *bouwen* oordeelde het hof van beroep te Brussel dat voor vasthechting *aan* de grond geen incorporatie *in* de grond vereist is (Brussel, 16 december 1964, *R.W.*, 1964-65, 2129). Het hof verduidelijkte „dat bij afwezigheid van bindmiddelen, het volstaat dat de constructie vastheid aan de grond verkrijgt door eigen gewicht om als vaststaande en vastgehecht aan de grond te worden beschouwd". Verder werd aangestipt dat de opgerichte werken, ondanks hun geprefabriceerde materialen, met een betrekkelijke bestendigheid tot stand werden gebracht (vgl. : Brussel, 21 november 1962, *R.W.*, 1962-63, 1349, besproken in het vorig overzicht, nr. 2, *T.P.R.*, 1965, 55).

Ook het hof van cassatie was in 1966 van mening dat het woord *bouwen* in artikel 44 van de wet van 29 maart 1962 geen vasthechting *in* de grond (*ancrage dans le sol*) bedoelde, maar wel „het oprichten van een werk bestemd om ter plaatse te blijven en waarvan de steun *op* de grond de stabiliteit verzekert" (Cass., 24 januari 1966, *R.W.*, 1966-67, 736; *J.T.*, 1966, 354; *Pas.*, 1966, I, 662). Aldus vernietigde het hof van cassatie het arrest van Luik van 7 april 1965, dat er geen *bouwen* in zag wegens het feit dat de bungalow en de betonblokken, waarop hij eenvoudig was neergezet, geenszins met de grond waren verbonden en gemakkelijk konden worden verplaatst.

Nu kan men de vraag stellen of er in die twee arresten aangaande het begrip *bouwen* sprake is van onroerende goederen uit hun aard. Men heeft daarop ontkennend geantwoord (Glansdorff, B., *Les droits réels* (1965-1966), nr. 2, *J.T.*, 1968, 1). Het is inderdaad zo dat beide arresten de uitdrukking *onroerend goed* niet gebruikten, maar ik voel er weinig voor een andere betekenis te hechten aan het woord *gebouw* in artikel 518 B.W. dan aan het woord *bouwen* in de voormelde urbanisatiewet, met het oog op de indeling roerend/onroerend (in dezelfde zin : de Longueville, V., noot bij Gent, 17 mei 1966, *La revue fiscale*, 1967, 322).

Het zojuist geciteerde arrest van Gent doet dit wel en grijpt voor de interpretatie van het begrip *gebouw* in artikel 518 B.W. — m.i. ten onrechte — terug naar het oude criterium (zie ook in *Rec. gén.*, 1967, 403, nr. 21.068). Het arrest eist dat het gebouwde zodanig aan de grond vastzit dat het niet zonder schade of herstellingswerken kan worden verwijderd. *In casu* ging het om houten kampeerhuisjes zonder fundering, die tijdens de vakantie worden verhuurd. Het standpunt van het hof van beroep te Gent vindt zonder twijfel nog ruime steun in de belgische rechtsleer (De Page et Dekkers, *Traité*, V, nr. 638 en 640; — Dekkers, *Handboek van burgerlijk recht*, I, nr. 745; — R.P.D.B., *Complément* II, Tw. *Biens*, nr. 52; — Glansdorff, *o.c.*, nr. 2, *J.T.*, 1968, 1).

Niettemin onderschrijf ik volledig de kritische noot bij het besproken arrest (*Rec. gén.*, 1967, 405), die een nadere beschrijving van de kampeerhuisjes zou wensen, maar alvast van dit beginsel uitgaat : „*la circonstance*

qu'une chose peut être déplacée avec des moyens extraordinaires n'empêche pas cette chose d'avoir le caractère de bien immeuble si, eu égard à sa nature, son poids, son adhérence au sol, elle est destinée à demeurer immobile sur un emplacement fixe et durable (ce qui ne veut pas dire permanent)".

Die opvatting is tot uiting gekomen in een vonnis betreffende kleine houten villa's in geprefabriceerd materiaal, die geen funderingen hadden, maar op betonblokken rustten om de vloer te isoleren (Rb. Brussel, 10 juni 1964, *Rec. gén.*, 1965, nr. 20.823). Er werd nog aan toegevoegd dat zij zonder schade konden verplaatst worden. Niettemin besliste de rechtbank dat die villaatjes onroerend waren op grond van volgende overwegingen : „*Qu'un bâtiment doit posséder un emplacement fixe, peut-être pas d'une façon permanente et définitive mais cependant durable; attendu que Planiol (Traité élém.*, t. I, n° 2201, note 1) *écrit à juste titre que la loi considère comme immeubles les choses qui sont immobilières d'une façon durable et habituelle et dont la fonction est d'être immobiles, bien qu'elles puissent, le cas échéant, être déplacées avec des moyens extraordinaires*" (vgl. : Rb. Antwerpen, 12 december 1963, *Rec. gén.*, 1964, nr. 20.744).

Dat stemt overeen met de zienswijze die in het voorgaande overzicht werd bepleit, met verwijzing naar het werk van Planiol, Ripert et Picard (*Traité pratique de droit civil français*, III, nr. 73) : het gebouwde moet een vaste standplaats hebben in die zin dat er een zekere bestendigheid is (zie vorig overzicht, nr. 1, *T.P.R.*, 1965, 54).

2 – Onroerend door bestemming. — Het Bestuur van Registratie en Domeinen won het pleit toen het méér registratierechten en boete vorderde, omdat de verkoopakte alleen vermeldde wat uit zijn aard onroerend was. Het materieel voor de exploitatie van een schouwburgzaal met café kwam eveneens in aanmerking aangezien het als onroerend door bestemming moet worden beschouwd (Rb. Charleroi, 17 oktober 1967, *Rec. gén.*, 1968, nr. 21.133).

3 – Inpandgeving van handelsfonds en onroerende goederen door bestemming. — In het voorgaande overzicht werd uitgeweid over het conflict tussen de hypothecaire schuldeiser en de schuldeiser aan wie een handelsfonds in pand werd gegeven (zie nr. 9-12, *T.P.R.*, 1965, 57-60). De vraag was of de zaken die onroerend door bestemming zijn geworden (bv. machines in een fabriek) tot de hypotheek of tot het pand op handelsfonds behoren. Rechtspraak en rechtsleer bleken daaromtrent verdeeld. Duidelijk heb ik toen de voorkeur gegeven aan de stelling die werd verdedigd in een vonnis van de rechtbank van koophandel te Antwerpen (Hrb. Antwerpen, 13 juni 1962, *Jur. P.A.*, 1963, 52; *Rev. banque*, 1963, 221). Die zienswijze komt hierop neer : 1) in tegenstelling met het gewone pand, dat alleen roerende zaken kan omvatten, mag het pand op handelsfonds ook uit onroerende goederen door bestemming bestaan; 2) de datum van inschrijving is bepalend voor de rangregeling tussen de hypothecaire en de pandhoudende schuldeiser.

De recente rechtspraak neemt hetzelfde standpunt in (Brussel, 5 april 1967, *R.W.*, 1966-67, 1959; *R.W.* 1967-68, 694; *Pas.*, 1967, II, 256; *Rec. gén.*, 1967, nr. 21.085; — Rb. Kortrijk, 15 december 1966, *T. not.*, 1967, 69). In beide gevallen werd het pand op handelsfonds beschouwd als een pand *sui generis*, dat eveneens onroerende goederen kan bevatten. In beide gevallen kreeg de pandhouder eveneens de voorkeur op de later ingeschreven hypothecaire schuldeiser. Opmerkenswaard is dat het hof van beroep te Brussel met dit arrest zijn vroegere mening verzaakte (vgl. : Brussel, 30 november 1955, *Rec. gén.*, 1956, nr. 19.648; *Rev. banque* 1955, 838). Terecht werd betoogd dat deze oplossing geenszins het hypothecair krediet aantast, aangezien ook het pand op handelsfonds moet worden ingeschreven, zodat een tweevoudig onderzoek, resp. bij de hypotheekbewaarder van het arrondissement waar het onroerend goed is gelegen en bij die van het arrondissement waar de handelszaak is gevestigd, voldoende inlichtingen kan verschaffen aan de hypothecaire schuldeiser (Dieryck, A., noot bij Brussel, 5 april 1967, *R.W.*, 1966-67, 1966).

Ook in de recente rechtsleer schijnt het pleit beslecht in het voordeel van deze opvatting (naast de grondige bijdrage van Heenen, J., *Nantissement du fonds de commerce et immeubles par destination*, *R.C.J.B.*, 1964, 21-30; — De Rijke, R. en Heurterre, P., *Overzicht rechtspraak* (1961-1965), *Voorrechten en hypotheken*, *T.P.R.*, 1967, 134-136; — Dieryck, A., *l.c.*).

Het hof van beroep te Luik had eveneens partij gekozen voor de pandhoudende schuldeiser, doch met een heel andere motivering, nl. dat de onroerende zaken door bestemming opnieuw roerend worden door de inpandgeving (Luik, 4 juni 1963, *Rec. gén.*, 1965, nr. 20.889, arrest dat reeds werd besproken in *T.P.R.*, 1965, 58 en 59). Die zienswijze vindt echter geen bijval (Heenen, J., *R.C.J.B.*, 1964, nr. 6, blz. 23 en nr. 9 en 10, blz. 25-27; — De Rijke en Heurterre, *T.P.R.*, 1967, 134; — de noot bij het luikse arrest in *Rec. gén.*, 1965, nr. 20.889). Weliswaar werd de mening geuit dat het arrest van 5 april 1967 het argument van het hof van beroep te Luik onbesproken liet (noot in *R.W.*, 1967-68, 700). M.i. ten onrechte, want in het brusselse arrest wordt duidelijk gesteld „dat het louter gebruik door de wetgever van het woord *pand* geenszins medebrengt dat hij hierdoor de goederen, *onroerend door bestemming*, uit bedoelde zekerheid heeft willen sluiten".

4 – Roerend door anticipatie. — De verkoop van bomen die zullen worden omgehakt wordt beschouwd als een verkoop van roerende zaken door anticipatie (Hrb. Doornik, 24 maart 1966, *Rev. prat. not.*, 1966, 214). Dat is de gangbare mening. Voor het vraagstuk van de vervroegde roerendmaking, zie : De Page et Dekkers, V, nr. 723 e.v., vooral 725 ; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 12; — R.P.D.B., Tw. *Biens*, nr. 88-90 en *Compl.* II, Tw. *Biens*, nr. 90, 90*bis* en 90*ter*; — Galopin et Wille, *Les biens, la propriété et les servitudes*, nr. 23; — Glansdorff, *o.c.*, nr. 3, *J.T.*, 1968, 1; — Planiol, Ripert et Picard, III, nr. 104; — Aubry, Rau et Esmein, II, § 164, nr. 15, blz. 26; — *Jurisclasseur civil*, *Tw. Biens*, art. 521, nr. 37 en 43.

HOOFDSTUK II

OPENBAAR DOMEIN

5 – Niet-bevaarbare en niet-vlotbare waterlopen. — Omtrent het statuut van deze waterlopen en hun bedding is er in de rechtsleer en de rechtspraak heel wat controverse geweest (zie De Page et Dekkers, V, nr. 769; — R.P.D.B., Tw. *Domaine*, nr. 129 t.e.m. 145). Naar de mening van de oudere rechtspraak en van sommige rechtsgeleerden behoren zij tot het openbaar domein (o.m. : Cass., 23 april 1852, *Pas.*, 1852, I, 245; — Luik, 5 februari 1880, *Pas.*, 1880, II, 313; — Brussel, 29 november 1890, *Pas.*, 1891, II, 164; — Brussel, 9 januari 1935, *Pas.*, 1935, II, 159; — advies van advocaat-generaal Vanhoudt bij Gent, 7 januari 1965, *T. not.*, 1965, 65). Anderen waren van oordeel dat de oevereigenaars daarover het eigendomsrecht bezitten (o.m. : Rb. Gent, 11 maart 1942, *T. not.*, 1942, 83; — Laurent, VI, nr. 15 e.v.; — Kluyskens, *Zakenrecht*, 1946, nr. 37 (1); — Van de Vorst, J., noot bij Rb. Gent, 11 maart 1942, *T. not.*, 1942, 83; — *Id.*, *Wie is eigenaar van een niet bevaarbaren noch vlotbaren waterloop?*, *T. not.*, 1944, 81-90, waar duidelijk het onderscheid wordt gemaakt tussen de waterloop zelf en zijn bedding; — Kerremans, F., *Onbevaarbare en onvlotbare waterlopen. Eigendomsrecht*, *T. not.*, 1954, 33-41). Op dit ogenblik overheerst in België het standpunt dat de bedding van de niet-bevaarbare en niet-vlotbare waterlopen niet behoort tot het openbaar domein, maar als heerloos goed aan de Staat toekomt (Cass., 2 december 1948, *T. not.*, 1949, 44; *Pas.*, 1948, I, 690; — Gent, 10 juli 1943, *T. not.*, 1944, 91; *Pas.*, 1943, II, 60; — Brussel, 26 mei 1959, *Pas.*, 1960, II, 143; — De Page et Dekkers, V, nr. 769; — Renard, C., *Examen de jurisprudence* (1939-1948), *Personnes et biens*, *R.C.J.B.*, 1950, 260; — Renard et Vieujean, *Examen de jurisprudence* (1956-1960), *Personnes et biens*, *R.C.J.B.*, 1962, 239).

Een arrest van het hof van beroep te Gent is daarvan de bevestiging (Gent, 7 januari 1965, *R.W.*, 1964-65, 1769; *T. not.*, 1965, 67). De oevereigenaar van een niet-bevaarbare en niet-vlotbare waterloop liet gelden dat hij eigenaar was van de bedding en vorderde om die reden een bijkomende vergoeding wegens onteigening. De rechtbank van eerste aanleg te Kortrijk had hem in het gelijk gesteld. Het hof van beroep te Gent vernietigde op dat punt het bestreden vonnis met de volgende motivering : „Overwegende dat, zo de niet-bevaarbare en niet-vlotbare waterlopen in de artikelen 538 en 644 al. 1 van het B.W. niet worden vermeld als afhangende van het Openbaar Domein, niettemin de samenvatting der artikelen 556 tot 563 van hetzelfde wetboek aantoont dat de wetgever de bedding dezer waterlopen heeft aangemerkt als deel uitmakende van het Staatsdomein behoudens andersluidende rechtstitel (art. 713 en 714 B.W.;

(1) In de druk van 1953 heeft Kluyskens zijn standpunt gewijzigd wegens de wet van 15 maart 1950.

Cass., 2 december 1948)". Daarenboven werd verwezen naar artikel 14 van de wet van 15 maart 1950 (*Staatsbl.*, 2 april 1950) waarin wordt bepaald dat de bedding van een afgeschafte waterloop aan de gemeente toebehoort, tenzij de oevereigenaars het tegendeel bewijzen, wat *in casu* niet mogelijk bleek. Terloops moet worden aangestipt dat sindsdien de wetgeving nogmaals werd gewijzigd door de wet van 28 december 1967 betreffende de onbevaarbare waterlopen (*Staatsbl.*, 15 februari 1968; — *T. not.*, 1968, 121). Artikel 16 luidt nu : „de bedding van een onbevaarbare waterloop wordt geacht toe te behoren aan het Rijk, aan de provincie die belast is met de ruimings-, onderhouds- en herstellingswerken of aan de gemeente, naar gelang het een waterloop van de eerste, van de tweede of van de derde categorie betreft".

6 – Beslissing van de bevoegde overheid. — De staat had aan de Nationale Maatschappij van Belgische Spoorwegen een stuk grond afgestaan om het te gebruiken voor de exploitatie van de spoorwegen. Die grond was door de N.M.B.S. verhuurd aan een particulier voor diens persoonlijk gebruik. De rechtbank van eerste aanleg te Leuven had beslist dat het goed waarvan sprake niet tot het openbaar domein behoort, aangezien een goed slechts door het feitelijk gebruik ten bate van allen het karakter van openbaar domein kan verwerven en ook omdat, zelfs indien men zou aannemen dat het stuk grond *ab initio* openbaar domein was, het dat karakter door later particulier gebruik had verloren. Terecht heeft het hof van cassatie dat vonnis vernietigd (Cass., 3 mei 1968, *R.W.* 1968-69, 409; *J.T.*, 1968, 454).

Naar de mening van het hof van cassatie behoort een goed tot het openbaar domein „doordat het, hetzij door een uitdrukkelijke, hetzij door een impliciete beslissing van de bevoegde overheid wordt bestemd tot het gebruik van allen, zonder onderscheid naar de persoon" (1). Die beslissing van de bevoegde overheid is noodzakelijk, maar ze is ook voldoende; het feitelijk gebruik ten bate van allen is niet vereist. Het hangt dus volledig af van de overheidsbeslissing. Het louter gebruik door het publiek maakt een terrein niet tot openbaar domein (Cass., 8 maart 1951, *Pas.*, 1951, I, 461), evenmin als de openbare bestemming alleen (Cass., 21 januari 1926, *Pas.*, 1926, I, 187; — De Page et Dekkers, V, nr. 781; — R.P.D.B., Tw. *Domaine*, nr. 277).

De formulering van het jongste cassatiearrest „bestemd tot het gebruik van allen, zonder onderscheid naar de persoon (*affecté à l'usage de tous, sans distinction des personnes*)" leunt aan bij het voormelde arrest van 21 januari 1926, dat door De Page en Dekkers werd bekritiseerd omdat de gestelde maatstaf volgens hen te streng is (De Page et Dekkers, V, nr. 779). Deze auteurs gaven de voorkeur aan het criterium „door de bevoegde overheid voor het algemeen nut bestemd" (De Page et Dekkers,

(1) Hier komen natuurlijk niet ter sprake de goederen die uit hun aard tot het openbaar domein behoren.

V, nr. 781; — Dekkers, *Handboek*, I, nr. 801). Hun opvatting vindt men wel terug in het voormelde cassatiearrest van 8 maart 1951 (m.i. verwijst Dekkers ten onrechte naar Cass., 9 maart 1950, *Pas.*, 1950, I, 485). Het cassatiearrest van 3 mei 1968 schijnt zich daarvan te distantiëren.

In datzelfde cassatiearrest wordt ook gesteld dat de desaffectatie niet kan geschieden door het feitelijk privatief gebruik, maar alleen door een uitdrukkelijke beslissing van de overheid die tot het gebruik van allen bestemde ofwel door een handeling die noodzakelijk zulke beslissing in hoofde van die overheid onderstelt. Dat wordt algemeen aanvaard (De Page et Dekkers, V, nr. 793; — Dekkers, I, nr. 808; — R.P.D.B., Tw. *Domaine*, nr. 294; — De Beus, *Overzicht van het burgerlijk recht*, vijfde uitg., 1965, nr. 431; — Colin et Capitant, *Traité de droit civil*, herwerkt door Julliot de la Morandière, II, 1959, nr. 185).

Aan te stippen valt dat doorgaans wordt aangenomen dat het openbaar domein niet het voorwerp van een huurcontract kan zijn (Cass., 9 maart 1950, *R.W.*, 1949-50, 1447; *Pas.*, 1950, I, 485; — De Page et Dekkers, V, nr. 814; — noot bij Cass., 3 mei 1968, *R.W.*, 1968-69, 411). Nochtans voel ik heel wat voor de zienswijze die dergelijk contract wel aanvaardt op voorwaarde dat deze overeenkomst niet in strijd is met de publieke bestemming van de goederen van het openbaar domein (De Beus, *o.c.*, nr. 432). Wellicht is het nog juister te zeggen : op voorwaarde dat de overeenkomst niet in strijd is met de openbare bestemming en het openbaar gebruik van het domein (zie verder, nr. 7).

7 – Erfdienstbaarheid op goederen van het openbaar domein. — De vraag is omstreden of op de goederen die tot het openbaar domein behoren erfdienstbaarheden kunnen worden gevestigd. Een deel van rechtspraak en rechtsleer is de mening toegedaan dat de vestiging van erfdienstbaarheden uitgesloten is (zie o.m. : Cass., 18 maart 1926, *Pas.*, 1926, I, 307; — de rechtspraak geciteerd in A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 101 en 110; — R.P.D.B., Tw. *Domaine*, nr. 261, 262 en 267; — *Jurisclasseur civil*, art. 537 tot 542, nr. 12). Toch wil het me voorkomen dat de heersende mening anders is en het vestigen van een erfdienstbaarheid op openbaar domein wel aanvaardt, op voorwaarde dat zij niet onverenigbaar is met de openbare bestemming en het openbaar gebruik van dat domein (Cass., 6 december 1957, *Pas.*, 1958, I, 366; — De Page et Dekkers, V, nr. 812, b); — A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 111; — Laurent, VII, nr. 130 e.v. en VIII, nr. 92; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 38; — De Beus, *o.c.*, nr. 432; — Colin et Capitant, herwerkt door Julliot de la Morandière, II, nr. 184, 3°; — Beudant, *Cours de droit civil français*, IV, nr. 192). In de besproken periode heeft een cassatiearrest de laatstgenoemde zienswijze bevestigd (Cass., 11 september 1964, *R.W.*, 1965-66, 494; *J.T.*, 1965, 213; *Pas.*, 1965, I, 29; *R.J.I.*, 1965, nr. 4137).

De N.M.B.S. verzette zich tegen het toekennen van een recht van uitweg krachtens artikel 682 B.W. voor ingesloten erven nabij het spoorwegdomein. Evenals de rechtbank van eerste aanleg te Gent oordeelde het

hof van cassatie dat dergelijke erfdienstbaarheid niet onverenigbaar is met de openbare bestemming van het domein en dat zij noch het openbaar gebruik ervan belet nocht het recht voor het beheer verhindert dit gebruik te regelen of te wijzigen volgens de behoeften en het belang van de gemeenschap. Deze oplossing verdient de voorkeur boven de absolute *njet*-houding.

8 – RECHT VAN TOEGANG EN UITZICHT VOOR DE AANPALENDE EIGENAARS EN GEBRUIK VAN STEUNMUUR. — Nopens de juridische aard van die rechten van uitweg en uitzicht op de openbare weg werd en wordt druk gedebatteerd (zie A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 103; — Planiol, Ripert et Picard, III, nr. 888). Wel blijkt men thans aan te nemen dat het geen erfdienstbaarheden zijn (De Page et Dekkers, VI, nr. 500; — A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 104; — Aubry, Rau et Bartin, III, § 249, blz. 98; — Planiol, Ripert et Picard, III, nr. 888; — P.B., Tw. *Chemin vicinal*, nr. 98; — Cass., 26 januari 1899, *Pas.*, 1899, I, 94). Het hof van beroep te Brussel heeft dat standpunt nogmaals bekrachtigd (Brussel, 27 juni 1966, *Pas.*, 1967, II, 115). In dit arrest wordt als reden aangegeven dat die rechten noodzakelijke attributen zijn van het eigendomsrecht voor hen die aan de openbare weg wonen. Deze motivering stemt overeen met die van een vroeger arrest van hetzelfde hof van beroep (Brussel, 14 juli 1904, *Pas.*, 1904, II, 241, met interessante noot).

Verder beschouwt het arrest van 27 juni 1966 medeëigendom als onverenigbaar met de onvervreemdbaarheid van het openbaar domein, maar het erkent wel de mogelijkheid dat een muur, die aan de staat toebehoort, als gemene steunmuur wordt gebruikt voor het oprichten van gebouwen. Het arrest voegt eraan toe dat de vergunning tot dergelijk gebruik niet in strijd is met de openbare bestemming en het openbaar gebruik van de muur (zie de in nr. 7 vermelde cassatiearresten van 6 december 1957 en 11 september 1964). De stelling van het hof van beroep dat een muur die tot het openbaar domein behoort niet vatbaar is voor muurgemeenheid, ligt in de lijn van de opvatting van het hof van cassatie (Cass., 8 februari 1926, *Pas.*, 1926, I, 223). De juistheid van deze gangbare mening wordt echter door De Page en Dekkers in twijfel getrokken (De Page et Dekkers, V, nr. 809; — Dekkers, I, nr. 814, noot 1).

HOOFDSTUK III

ZAKELIJK RECHT BUITEN ARTIKEL 543 B.W.?

9 – ZAKELIJK RECHT BUITEN ARTIKEL 543 B.W.? — Over deze vraag liep het geding dat in 1966 door het hof van cassatie werd beslecht (Cass., 16 september 1966, *J.T.*, 1967, 59; *Pas.*, 1967, I, 63; *R.C.J.B.*, 1968, 166, met belangwekkende noot van J. Hansenne). De zaak was vrij ingewikkeld. In 1905 had de erflater van de eisers in het proces een stuk grond gekocht

te Koksijde. Op dat terrein woog een erfdienstbaarheid *non aedificandi* ten bate van de omliggende erven. Daarenboven nam de toenmalige koper, Blieck, de verplichting op zich een park aan te leggen voor het publiek, wat hij ook deed. In 1927 verkocht Blieck aan de N.V. *La Plage de Coxyde* het terrein waarop het huidig casino werd gebouwd. Tegelijkertijd kende hij aan de maatschappij een kosteloos genotsrecht *met onbeperkte duur* toe over het park, op voorwaarde dat zij daar tennisvelden zou aanbrengen. De N.V. *La Plage de Coxyde* legde die tennisterreinen aan. Met het oog op de exploitatie van het casino en de tennisvelden werd in 1928 een nieuwe maatschappij opgericht, de N.V. *Casino-Tennis de Coxyde et Saint-Ydesbald.* De N.V. *La Plage de Coxyde* bracht in de nieuwe vennootschap het casino en het voornoemd genotsrecht in. In 1934 werd de N.V. *La Plage de Coxyde* ontbonden door fusie met een derde vennootschap. Na het overlijden van Blieck rezen er moeilijkheden tussen de erfgenamen en de maatschappij *Casino-Tennis.* Volgens de erfgenamen was het genotsrecht, dat in 1927 aan de N.V. *La Plage de Coxyde* werd toegestaan, een recht van gebruik dat overeenkomstig de artikelen 619 en 625 B.W. na dertig jaar, dus in 1957 tenietging. Daarop repliceerde de N.V. *Casino-Tennis* — m.i. terecht — dat in 1927 een genotsrecht *met onbeperkte duur* was toegekend. Zo rees de vraag naar de juridische aard van dat genotsrecht. M.a.w. was het een eeuwigdurend zakelijk recht buiten degene die met name worden vermeld in artikel 543 B.W.?

De rechtbank van eerste aanleg te Veurne antwoordde op 25 juni 1964 bevestigend op deze vraag. Het hof van cassatie daarentegen was van oordeel dat dit genotsrecht ten bate van de gemeente Koksijde en haar inwoners geen zakelijk recht was, maar een persoonlijke verplichting waarvan de voorwaarden door de overeenkomst tussen partijen werden vastgelegd.

In de rechtsleer is men het volkomen oneens over de vraag of de opsomming van zakelijke rechten in artikel 543 B.W. limitatief is. Heel wat auteurs zijn voorstander van de limitatieve uitleg (Galopin et Wille, *Les biens, la propriété et les servitudes*, nr. 3, blz. 6; — Glansdorff, *o.c.*, nr. 1, *J.T.*, 1968, 1; — Aubry et Rau, II, § 224*bis* (1); — Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, I (1934), nr. 88; — Josserand, *Cours de droit civil positif français*, I (1930), nr. 1337; — Beudant, *Cours de droit civil français*, IV (1938), nr. 70; — Mazeaud, *Leçons de droit civil*, II (1966), nr. 1287). Even sterk leeft de overtuiging dat men buiten de opsomming van artikel 543 B.W. wèl nieuwe zakelijke rechten kan tot stand brengen (De Page et Dekkers, V, nr. 825, minder duidelijk in I, nr. 130; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 44; — Laurent, VI, nr. 84; — Planiol, Ripert et Picard, III, nr. 48; — Marty et Raynaud, *Droit civil*, II, vol. 2 (1965), nr. 8; — *Jurisclasseur civil*, art. 543, nr. 1 en 4).

(1) Aubry, Rau et Esmein, II, § 172, nr. 59 is niet meer zo affirmatief.

Zeer interessant is de merkwaardige bijdrage van Hansenne die omtrent dit geval een persoonlijke visie bracht (Hansenne, J., *La limitation du nombre des droits réels et le champ d'application du concept de service foncier*, *R.C.J.B.*, 1968, 170-191). Tegen de rechtbank van Veurne, die opteerde voor een zakelijk recht buiten artikel 543 B.W., en tegen het hof van cassatie, dat er een persoonlijke verplichting in zag, verdedigt Hansenne de stelling dat het gaat om een erfdienstbaarheid, dus om een zakelijk recht dat zeker binnen de perken van artikel 543 blijft. Hansenne noemt het, bij gebrek aan betere terminologie, een *servitude communale*, die niet mag worden verward met dezelfde uitdrukking in artikel 650 B.W. (Hansenne, *o.c.*, blz. 185).

HOOFDSTUK IV

EIGENDOM

AFDELING I

Misbruik van recht

10 – Criteria. — Of men nu het misbruik van recht wil binden aan één of meer criteria, ofwel alle criteria wil herleiden tot de aquiliaanse aansprakelijkheid (Dalcq, *Traité*, I, nr. 599 en 603; — *R.C.J.B.*, 1968, 208, nr. 14) of tot wat niet strookt met de eisen van de goede trouw (Van Neste, F., *Misbruik van recht*, *T.P.R.*, 1967, 375), in elk geval loont het de moeite na te gaan wat in de rechtspraak als uiting van rechtsmisbruik wordt beschouwd.

In zijn interessant overzicht betreffende de periode 1953-1966 is Van Neste tot de bevinding gekomen dat de belgische rechtspraak vijf criteria heeft aangewend : 1) het oogmerk om te schaden; 2) het gebrek aan redelijk belang; 3) het onevenredigheidscriterium; 4) de afwijking van de maatschappelijke bestemming of sociale finaliteit van het recht; 5) het schuldcriterium (foutieve gedraging). Hetzelfde blijkt uit de arresten en vonnissen die het zakenrecht aanbelangen tijdens de jaren 1965-1968; de vijf criteria werden toegepast.

11 – Met het oogmerk om te schaden. — De eisers riepen in dat de buurman populieren had geplant om hun het mooie uitzicht op de Maasvallei te ontnemen en dat er bijgevolg misbruik van recht was wegens handeling *animo nocendi*. Het vonnis van de vrederechter te Luik erkende de mogelijkheid van rechtsmisbruik, maar was van oordeel dat in de concrete omstandigheden de bedoeling om te schaden niet voorhanden was (Vred. Luik, 13 mei 1965, *Jur. Liège*, 1965-66, 7). In geval van boosaardig opzet evenwel ware een sanctie vanzelfsprekend (vgl. : Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 342 voor een haag die men hoger laat groeien dan nodig is; —

Cass. fr., 20 januari 1964 (voor varens van 1,70 m. die waren geplant om het licht weg te nemen), *D.*, 1964, *Jur.*, 518; *Gaz. Pal.*, 1964, I, 350; — Mazeaud et Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, I, nr. 565).

De bedoeling te plagen of te schaden wordt ook nog in andere vonnissen vermeld, maar dan naast twee of zelfs vier andersluidende criteria (Vred. Ronse, 13 juli 1965, *R.W.*, 1965-66, 967; — Vred. Seraing, 12 mei 1965, *Jur. Liège*, 1965-66, 87). In deze twee vonnissen schijnt me het oogmerk om te schaden niet de beslissende overweging te zijn geweest (zie verder, nr. 12).

12 – GEEN REDELIJK BELANG. — In het zojuist geciteerde geval (Vred. Ronse, 13 juli 1965, *R.W.*, 1965-66, 967) verzette de nabuur zich tegen het aanbrengen van een eternietbekleding aan de buitenzijde van een overgebouwde zijgevel. De vrederechter oordeelde : „overwegende dat verweerder derhalve geen wettig belang kan doen gelden om zich te verzetten tegen het uitvoeren dezer bekleding die zowel zijn eigen belangen als deze van eiser dient". Het berokkenen van nadeel *zonder redelijk belang*, zelfs tegen het welbegrepen eigenbelang in, beschouwde hij als misbruik van recht. Dit vonnis vond navolging in een gelijksoortig geding (Vred. Turnhout, 19 januari 1967, *R.W.*, 1967-68, 1147). In de gegeven omstandigheden werd het verzet tegen het betreden van zijn erf om het niet-gemene deel van de scheidsmuur met eternietleien te bekleden, als misbruik van recht aangezien (vgl. : De Page et Dekkers, V, 1952, nr. 941, b).

Blijkbaar heeft de afwezigheid van belang eveneens een grote rol gespeeld in het voormelde vonnis van de vrederechter te Seraing (Vred. Seraing, 12 mei 1965, *Jur. Liège*, 1965-66, 87), hoewel het moeilijk uit te maken is welk criterium in feite de doorslag heeft gegeven. De samenvatting boven het vonnis (*Jur. Liège*, 1965-66, 87) is enigszins misleidend, omdat als enig criterium wordt aangegeven : „*dans un but de pure vexation, sans aucun intérêt légitime*". De eiser vorderde het verwijderen van een venster dat op kortere dan de wettelijke afstand (art. 678-679 B.W.) in de muur van de buren was aangebracht. Deze buren riepen in dat de eiser zonder redelijk belang handelde, alleen met het oogmerk om te schaden. Daarenboven bleek dat de eiser (niet *le défendeur* zoals ten onrechte in de afgedrukte tekst staat) halsstarrig een regeling in der minne had geweigerd. De verweerders beriepen zich op twee vonnissen die de uitoefening van het recht „*dans un but de pure vexation, sans aucun intérêt légitime*" hadden afgekeurd (Rb. Brussel, 14 *juni* 1950, *niet januari*, zoals in de besproken tekst staat, *R.J.I.*, 1950, 511; — Rb. Brussel, 8 januari 1953, *J.T.*, 1953, 637). De vrederechter geeft in feite een hele uiteenzetting nopens de verschillende criteria en vermeldt : 1) de bedoeling om te schaden; 2) de afwijking van de maatschappelijke bestemming; 3) de enorme schade buiten verhouding met het gering nut voor de eiser; 4) het kiezen van de meest schadelijke wijze om zijn recht uit te oefenen; 5) geen redelijk belang. Het wil me voorkomen dat in de laatste overwegingen van zijn

vonnis de vrederechter opteert voor het tweede criterium, de afwijking van de sociale finaliteit (*qui trouve application dans le présent litige!*), alsook voor het vijfde, thans besproken criterium : „*Attendu qu'il résulte ainsi manifestement des divers éléments de la cause, que le demandeur abuse de son droit; qu'il ne fait pas état du moindre motif légitime pour étayer sa réclamation, tout en refusant d'accepter un arrangement raisonnable*".

Eveneens in verband met artikel 678 B.W. werd aangenomen dat er misbruik van recht is, indien men de verwijdering vordert van rechte uitzichten die niet op de wettelijke afstand werden aangebracht, maar die uitzicht geven op een blinde muur (Vred. Jumet, 17 februari 1965, *T. vred.*, 1966, 147). Ook hieraan lag de gedachte van het gebrek aan belang ten grondslag. Die oplossing vindt trouwens ruime instemming (De Page et Dekkers, VI, nr. 571 ; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 363, 3°; — Galopin et Wille, *Les biens, la propriété et les servitudes*, nr. 366; — Aubry, Rau et Esmein, *Droit civil français*, II (1961), § 196, blz. 297, met noot 24; — Marty et Raynaud, *Droit civil*, II, vol. 2, *Les Biens*, nr. 280, noot 3; — Aix-en-Provence, 19 juni 1962, *D.*, 1962, *Jur.*, 538; — Beekhuis, bewerking van Asser-Scholten, II, *Zakenrecht*, bijzonder deel, blz. 191).

Het blijkt dus dat de afwezigheid van enig redelijk belang aanleiding geeft tot misbruik van recht. Dat criterium is voldoende om de leer van het rechtsmisbruik toe te passen. In die zin kan ik me niet verenigen met de voorwaarde die Glansdorff eraan toevoegt : „*mais on ne conçoit une pareille limitation à l'exercice de la propriété que si l'intérêt concurrent (à maintenir l'empiètement réalisé) est considérable*" (Glansdorff, *o.c.*, nr. 10, *J.T.*, 1968, 2). Hiermee maakt Glansdorff van een vervormd onevenredigheidscriterium de alleenzaligmakende toetssteen. Vervormd, omdat het juiste onevenredigheidscriterium bestaat in de wanverhouding tussen de enorme schade voor de verweerder en het gering voordeel voor hem die de afbraak of verwijdering eist. Deze hypothese van het geringe nut in vergelijking met de aanzienlijke schade mag m.i. niet worden verward met het geval waarin enig belang of enig redelijk belang ontbreekt. Het komt me trouwens als een vergissing voor, de theorie van het rechtsmisbruik tot één criterium te willen herleiden. Er zijn, dunkt me, verscheidene vormen of varianten van misbruik : 1) handelen met het oogmerk om te schaden; 2) handelen zonder (redelijk) belang; 3) tussen verschillende wijzen om zijn recht uit te oefenen, met hetzelfde nut, de meest schadelijke verkiezen; 4) wegens een gering voordeel enorme schade toebrengen. Met opzet vermeld ik niet „de afwijking van de maatschappelijke bestemming van het recht", aangezien tegen dat criterium met reden bezwaar wordt gemaakt (zie o.m. : Mazeaud et Tunc, *Traité*, I, nr. 572-573; — Dalcq, *Traité*, I, nr. 597; — Van Neste, *o.c.*, nr. 45-46, *T.P.R.*, 1967, 368-370). Wel geloof ik dat al deze vormen van rechtsmisbruik bijzondere soorten van foutieve gedraging zijn. Zonder hun zienswijze in alle opzichten bij te treden, benader ik hier toch zeer dicht het standpunt van Mazeaud, Tunc en Dalcq (Mazeaud et Tunc, *Traité*, I, nr. 576 t.e.m. 581; — Dalcq, *Traité*, I, nr. 603-604).

13 – Het onevenredigheidscriterium. — In het vorig overzicht (*T.P.R.*, 1965, 79, nr. 37) werd reeds melding gemaakt van een vonnis van het vredegerecht te Ath dat de afbraak weigert van een muur die een weinig op andermans grond komt, wegens de enorme schade in verhouding tot het geringe nut voor de eiser (Vred. Ath, 5 mei 1964, *T. vred.*, 1965, 33; *J.T.*, 1964, 511; *Rev. adm.*, 1964, 278; — zie ook: Vieujean, *R.C.J.B.*, 1966, 318, nr. 63; — Van Neste, *o.c.*, *T.P.R.*, 1967, 352).

De afbraak wordt ook geweigerd, wanneer de buurman schrijlings op de grens heeft gebouwd, maar krachtens artikel 663 B.W. de eiser had kunnen dwingen tot een bijdrage in de gebouwde muur, ondanks diens verzet (Rb. Gent, 21 oktober 1966, *R.W.*, 1967-68, 1498). Dat is wel de heersende mening (o.m.: Cass., 13 november 1952, *Pas.*, 1953, I, 158; — Cass., 4 oktober 1956, *Pas.*, 1957, I, 90; — Rb. Brussel, 4 januari 1952, *J.T.*, 1952, 204; *Pas.*, 1953, III, 1; — Rb. Brussel, 26 mei 1959, *R.J.I.*, 1959, nr. 3653; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 131, B; — Delva, *Belgische bouwwetgeving*, I, blz. 97; — Renard, *Examen de jurisprudence* (1952-1955), *Biens*, *R.C.J.B.*, 1957, 155; — Renard et Vieujean, *Examen de jurisprudence* (1956-1960), *Biens*, *R.C.J.B.*, 1962, 277; — Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, III, nr. 274; — *anders*: De Page et Dekkers, V, nr. 1195, 2°, *litt.* d en VI, nr. 73 die nochtans erkennen dat de belgische rechtspraak door de band een andere mening is toegedaan). Bovendien wordt in het vonnis van de rechtbank te Gent met nadruk erop gewezen dat het voordeel dat de nabuur door de afbraak kan verwerven (nl. de vrije beschikking over 0,60 m.) onnoemelijk klein is in vergelijking met het nadeel dat verweerder zou ondergaan door de muur te moeten afbreken en 10 cm. te verplaatsen, m.a.w. een duidelijke toepassing van het onevenredigheidscriterium.

Daarentegen in het Etrimo-arrest van het hof van beroep te Brussel wordt de toepassing van het onevenredigheidscriterium expliciet geweigerd, met de bedenking dat de maatschappij Etrimo op de hoogte was van het bouwverbod (Brussel, 10 juni 1965, *J.T.*, 1965, 421; *Pas.*, 1966, II, 159; *Rec. gén.*, 1965, nr. 20.894; *Rev. prat. not.*, 1965, 381; *R.J.I.*, 1965, nr. 4161). Die zienswijze werd trouwens bevestigd door het hof van cassatie (Cass., 6 oktober 1966, *R.W.*, 1966-67, 1993; *Ann. not. enreg.*, 1966, 261 en 289; *J.T.*, 1967, 185; *Pas.*, 1967, I, 147; *Rec. gén.*, 1968, nr. 21.120; *R.J.I.*, 1967, nr. 4320; — *anders*: Vieujean, *Rev. trim. dr. civ.*, 1966, 419, die pleitte voor de toepassing van de misbruik-theorie). De leer van het rechtsmisbruik werd evenmin aanvaard in een geval van erfdienstbaarheid *non aedificandi*, omdat de persoon die de afbraak vorderde een klaarblijkelijk belang had om zulks te eisen (Luik, 12 oktober 1964, *Jur. Liège*, 1964-65, 130).

Zijn die gevallen *pro* en *contra* de afbraak met elkaar te verzoenen? Ik geloof van wel en in die zin kunnen de vier besproken beslissingen worden goedgekeurd. Het element *goede trouw* bij degene die verkeerd bouwde speelt inderdaad een belangrijke rol. In de twee gevallen waarin afbraak werd geweigerd was de verweerder te goeder trouw. In het vonnis

van Ath lezen we : „*Attendu que cette situation de fait dure depuis 14 ans et que c'est aujourd'hui que le demandeur s'en plaint; que ceci ajouté au peu de superficie de l'empiètement, montre la bonne foi de la défenderesse*". In het vonnis van de rechtbank te Gent staat : „*Overwegende dat verweerder aldus voor de verplichting stond de muur op de grens te laten oprichten en deze verplichting, trouwens overeenkomstig het vast en erkend plaatselijk gebruik, klaarblijkelijk te goeder trouw heeft gemeend te mogen uitvoeren schrijlings op de grens*". Daarentegen ontbrak de goede trouw in de twee processen waarin de afbraak werd toegestaan. In de motivering van het arrest van Luik van 12 oktober 1964 wordt aangestipt : „*Attendu que, nonobstant, l'appelant, passant outre aux sommations qui lui furent faites dès le début de sa construction, l'a achevée au mépris de ses engagements antérieurs*". Dat feit lijkt me inderdaad een voldoende reden om de theorie van het rechtsmisbruik niet aan te wenden. Ook in de Etrimo-zaak (Brussel, 10 juni 1965; — Cass., 6 oktober 1966) werd de nadruk erop gelegd dat de maatschappij ruimschoots was gewaarschuwd nopens het bouwverbod.

Die strekking om rekening te houden met de goede of kwade trouw van hem die onrechtmatig heeft gehandeld vindt steun bij verscheidene auteurs (o.m. : de Bersaques, noot bij Gent, 20 november 1950, *R.C.J.B.*, 1953, 283-284, nr. 19; — Dekkers, noot bij Cass., 29 mei 1959, *R.C.J.B.*, 1960, 39; — Renard, *R.C.J.B.*, 1953, 235-236, nr. 48; *R.C.J.B.* 1957, 145, nr. 50; — Bredin, *Rev. trim. dr. civ.*, 1965, 679, nr. 5 met verwijzing naar Cass. fr., 13 januari 1965, geval dat gelijkt op het luikse arrest van 12 oktober 1964). Zelfs Vieujean, die in de Etrimo-zaak nochtans voor de toepassing van de misbruik-leer pleitte schreef over het bevel tot afbraak : „*Le juge ne peut se résoudre à le donner que s'il y est incité par de très graves raisons, s'il est, par exemple, convaincu que les inconvénients de la construction irrégulière sont intolérables pour ceux qui s'en plaignent ou que la mauvaise foi du constructeur et de ses clients mérite un châtiment exemplaire*" (*Rev. trim. dr. civ.*, 1966, 419).

14 – Tegen de sociale finaliteit van het recht. — In nr. 12 hierboven werd reeds aangestipt dat het vonnis van de vrederechter te Seraing van 12 mei 1965 dit criterium aanvaardde naast andere. In datzelfde nummer werd eveneens voorbehoud gemaakt tegen het finaliteitscriterium, ofschoon het in de belgische rechtspraak, wellicht onder invloed van De Page en Dekkers, vaak wordt toegepast (vgl. : Van Neste, *o.c.*, nr. 44, *T.P.R.*, 1967, 367).

15 – Het schuldcriterium. — De visie die door Dalcq wordt verdedigd, treft men eveneens aan (Vred. Péruwelz, 4 juni 1965, *T. vred.* 1966, 223). De eiser vorderde de afbraak van gebouwen die op de zate van de erfdienstbaarheid van overgang waren opgericht. De verweerder riep in dat de eiser geen voldoende belang had bij de afbraak, alsook dat er onevenredigheid was tussen het geringe nadeel voor de eiser en de zware schade voor hemzelf. De eiser repliceerde dat hij er wèl belang bij had. De vrede-

rechter achtte het essentieel dat de rechtspraak steeds teruggreep naar de aquiliaanse fout en verwees daarbij naar de opvatting van Dalcq. Er moet worden opgemerkt dat het hele geval in feite draaide rondom de vraag of er al dan niet een gewettigd belang voorhanden was. Daardoor betreden we opnieuw het terrein van een ander, reeds besproken criterium.

AFDELING 2

Hinder uit nabuurschap (1)

Op dit gebied werden tal van arresten en vonnissen gepubliceerd, waaruit blijkt dat de nieuwe leer van het hof van cassatie nog steeds vatbaar is voor nieuwe gevolgtrekkingen en nadere precisering.

16 – AANSPRAKELIJKHEID ZONDER SCHULD. — De bekende cassatiearresten van 6 april 1960 (*Pas.*, 1960, I, 915; *R.C.J.B.*, 1960, 257; *R.G.A.R.*, 1960, 6557) hebben zowel in de rechtspraak als in de rechtsleer *eenstemmigheid* gebracht aangaande de opvatting dat de eigenaar van een onroerend goed die, zonder foutief te handelen, het evenwicht verbreekt door aan een naburige eigenaar hinder toe te brengen die de maat van gewone ongemakken overtreft, hem een billijke en passende compensatie verschuldigd is overeenkomstig artikel 544 B.W. (vgl. : vorig overzicht, *T.P.R.*, 1965, 63; — *R.W.*, 1967-68, 1696, nr. 3; — Dalcq, *Examen de jurisprudence* (1963-1967), *La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle*, *R.C.J.B.*, 1968, 209). Die eenstemmigheid is in de rechtspraak van de besproken periode gebleken uit verscheidene arresten en vonnissen: Cass., 28 januari 1965, *R.W.*, 1964-65, 2117; *Ann. not. enreg.*, 1965, 98; *J.T.*, 1965, 259; *Pas.*, 1965, I, 521; *Rev. prat. not.*, 1965, 85; *R.G.A.R.*, 1965, 7420; *R.J.I.*, 1965, nr. 4105; — Gent, 9 maart 1965, *R.W.*, 1964-65, 2131; — Brussel, 25 juni 1965, *Ann. not. enreg.*, 1966, 19; *J.T.*, 1966, 26; *Pas.*, 1966, II, 192; — Brussel, 2 mei 1967, *Ann. not. enreg.*, 1967, 257; *Pas.*, 1967, II, 275; — Rb. Luik, 7 juni 1966, *J.T.*, 1967, 481; *R.G.A.R.*, 1967, 7913; *R.J.I.*, 1968, nr. 4458; — Hrb. Kortrijk, 30 april 1963, *T. best.*, 1965, 136; — Hrb. Antwerpen, 5 oktober 1966, *R.W.*, 1966-67, 898; — Vred. Luik, 11 september 1964, *Jur. Liège*, 1964-65, 198; — Vred. Namen, 1 april 1966, *Jur. Liège*, 1965-66, 254; *R.J.I.*, 1966, nr. 4242.

17 – AANSPRAKELIJKHEID WEGENS SCHULD. — Daarnaast werd natuurlijk ook aquiliaanse aansprakelijkheid krachtens de artikelen 1382 en 1383 B.W. aangenomen wegens foutieve gedraging van de eigenaar of de aannemer :

(1) Voor een systematische uiteenzetting over hetzelfde onderwerp, zie : Derine, R., *Preadvies betreffende hinder*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht in België en Nederland, Zwolle, 1964, blz. 1-32 en Derine, R., *Preadvies over hinder bij nabuurschap*, XXIIIste Congres van de Vlaamse Juristenvereniging, *R.W.*, 1967-68, 1695-1708.

Gent, 9 maart 1965, *R.W.*, 1964-65, 2131; — Gent, 18 oktober 1965, *R.W.*, 1965-66, 1271; — Brussel, 19 november 1965, *R.W.*, 1965-66, 950; — Gent, 13 juni 1967, *R.J.I.*, 1967, nr. 4383; — Rb. Brussel, 9 maart 1965, *J.T.*, 1966, 27; *R.G.A.R.*, 1966, 7618; — Rb. Brussel, 20 februari 1967, *R.J.I.*, 1967, nr. 4367; — Hrb. Kortrijk, 30 april 1963, *T. best.*, 1965, 136.

De burgerlijke rechtbank te Tongeren deed eveneens een beroep op artikel 1382 B.W. (Rb. Tongeren, 15 oktober 1965, *R.W.*, 1965-66, 1511), doch m.i. ten onrechte. Nadat zij als vormen van hinder heeft aangestipt het ontnemen van licht en lucht, barsten in de garagemuur, het verpesten van de lucht en het verspreiden van roet en vonken, verklaarde de rechtbank : „Overwegende dat deze feiten, voor zover zij bewezen zouden worden, de normale ongemakken der nabuurschap overtreffen". In dergelijk geval is artikel 544 B.W. van toepassing, want op een foutieve gedraging werd geen enkele zinspeling gemaakt. In geval van foutieve handeling (art. 1382 B.W.) zou het trouwens niet nodig zijn dat de maat van de gewone burenlast werd overschreden. In die omstandigheden komt immers ook de geringste schade in aanmerking (De Page et Dekkers, V, nr. 935 en noot 1; — Dabin, *R.C.J.B.*, 1949, 215; — Dabin et Lagasse, *R.C.J.B.*, 1963, 280; — Vieujean, *R.C.J.B.*, 1966, 322; — Glansdorff, *o.c.*, nr. 11, *J.T.*, 1968, 2).

Dat onderscheid tussen artikel 544 en artikel 1382 werd niet altijd aangevoeld. In sommige arresten werden voor de aquiliaanse aansprakelijkheid twee elementen in aanmerking genomen : foutief optreden *en* abnormale hinder. Zo leest men in een arrest van het hof van beroep te Brussel : „Aangezien iedere eigenaar een fout begaat indien hij verzuimt de nodige voorzorgsmaatregelen te treffen om te voorkomen dat, door zijn daad, zijn geburen een nadeel zouden ondergaan dat de gewone maatstaf van de geburenverplichtingen overtreft en uit het samenbrengen van artikelen 544 en 1382 B.W. voortvloeit dat diegene, welke van zijn goed geniet, op een wijze waarbij zijn geburen een schade lijden die de perken van bewuste normale gebuurlast te buiten gaat, het nadeel moet herstellen dat aldus door zijn fout berokkend werd" (Brussel, 19 november 1965, *R.W.*, 1965-66, 950). Ook in het arrest van 2 december 1966 van het hof van beroep te Brussel (*R.W.*, 1966-67, 1528; *R.G.A.R.*, 1967, 7873 en 7893) werd, met het oog op de aquiliaanse aansprakelijkheid, de bovenmatige hinder vermeld naast de foutieve gedraging, wat door Fonteyne terecht werd bekritiseerd (noot 3 bij het besproken arrest, *R.G.A.R.*, 1967, 7873, fol. 2). In die gevallen was het voldoende geweest een beroep te doen op artikel 1382 B.W. wegens foutief optreden.

18 – Foutieve gedraging. — Wanneer maakt de eigenaar of de aannemer zich schuldig aan foutief optreden ? De aanzienlijke schade alléén mag niet doen besluiten dat er een fout voorhanden is, er moet een gebrek aan normale voorzorgen zijn; zo werd terecht gevonnist door de burgerlijke rechtbank te Brussel (Rb. Brussel, 9 maart 1965, *J.T.*, 1966, 27; *R.G.A.R.*,

1966, 7618; — vgl. : de besluiten van advocaat-generaal Mahaux, *R.C.J.B.*, 1960, 267-268; — Dabin, *R.C.J.B.*, 1960, 289). Wordt ook aansprakelijk gesteld de aannemer die niet de nodige voorzorgen nam, hetzij door navraag nopens de ligging der leidingen, hetzij door gebruik van een minder zwaar werktuig (Gent, 18 oktober 1965, *R.W.*, 1965-66, 1271). Hetzelfde hof van beroep heeft in een ander arrest de aquiliaanse aansprakelijkheid van de aannemer met voorbeelden toegelicht (Gent, 9 maart 1965, *R.W.*, 1964-65, 2131). Hij wordt aansprakelijk geacht, wanneer hij de plans of de onderrichtingen van de architect of van het bureau voor betonstudie niet naleefde, ofwel wanneer hij naliet de voorzorgen te nemen waarvan hij als vakman moest weten dat ze nodig waren om het gevaar voor schade te voorkomen, ofwel wanneer hij zijn medewerking verleende aan de uitvoering van plans waarvan hij als vakman moest weten dat ze in de gegeven omstandigheden niet te verantwoorden waren omdat de voorziene bouwwijze zonder voldoende verantwoording een ernstig gevaar betekende voor de naburige eigendommen.

Het laatste voorbeeld evenwel is m.i. niet in overeenstemming met een later cassatiearrest (Cass., 5 mei 1967, *R.W.*, 1967-68, 79; *Pas.*, 1967, I, 1049). Het hof van cassatie oordeelde over een arrest van het hof van beroep te Brussel van 4 juni 1965 : „Overwegende dat het arrest, door, bij ontstentenis van enige fout of nalatigheid in de conceptie of uitvoering van de werken, eiseres niettemin krachtens art. 1382 van het B.W. aansprakelijk te stellen, op grond van de enkele vaststelling dat zij als aannemer van beroep normaal moest en kon voorzien dat haar bedrijvigheid een aantasting van het eigendomsrecht van de eigenaar of een bijdrage daartoe zou of kon tot gevolg hebben, voormelde wetsbepaling schendt". Hierover wordt nader uitgeweid bij de bespreking van de aansprakelijkheid van de aannemer (zie verder, nr. 29).

19 – Gelijktijdige toepassing van artikel 1382 en artikel 544 B.W. — Hoewel de nieuwe leer inzake burenhinder een duidelijk onderscheid maakt tussen aansprakelijkheid wegens schuld (art. 1382 B.W.) en zonder schuld (art. 544 B.W.) is het toch mogelijk dat in een bepaald geval zowel artikel 1382 als artikel 544 van toepassing zijn (Rb. Brussel, 9 maart 1965, *J.T.*, 1966, 27; *R.G.A.R.*, 1966, 7618; — Gent, 7 maart 1967, *R.W.*, 1967-68, 348; — Gent, 13 juni 1967, *R.J.I.*, 1967, nr. 4383; — Dalcq, *R.C.J.B.*, 1968, 210; — Flamme et Lepaffe, *Le contrat d'entreprise*, 1966, nr. 796, blz. 481). Aldus werd beslist, wanneer het foutief optreden niet volledig de oorzaak van de schade was, doch haar alleen verzwaard had. Men nam aan dat een deel van de schade onvermijdelijk was, hoe voorzichtig ook te werk zou gegaan zijn. Het betekent dus dat de artikelen 544 en 1382 niet noodzakelijk alternatief zijn. Aangezien er ook enige schade zou ontstaan zijn zonder foutieve handeling vanwege de aannemer, moet de eigenaar-bouwheer gedeeltelijk instaan voor de verwekte overlast, d.i. hinder die de maat van de gewone ongemakken overschrijdt.

20 – VORDERING OP GROND VAN ARTIKEL 544 ALLEEN. — Zeer vaak steunt de benadeelde partij — overeenkomstig de raad van Dalcq (*R.G.A.R.*, 1960, 6557, fol. 11) — haar vordering op een tweevoudige grondslag, artikel 1382 en 544. De vraag rijst evenwel : is het voldoende dat het slachtoffer van de schade artikel 544 B.W. inroept, indien de overlast geheel of gedeeltelijk werd veroorzaakt door de schuld van een derde persoon, bv. een aannemer die technische fouten beging in conceptie of uitvoering? Daarop werd zowel positief als negatief geantwoord in de rechtspraak van de bestudeerde periode.

Naar het oordeel van het hof van beroep te Gent in een arrest van 18 oktober 1965 is artikel 544 in die omstandigheden niet toepasselijk (Gent, 18 oktober 1965, *R.W.*, 1965-66, 1271). In het advies van het openbaar ministerie leest men : „...dat de besproken schade geenszins is gesproten uit het gebruik dat de eigenaar van zijn eigendom heeft gemaakt. De beslissing het bestaande gebouw af te breken moest in principe de stad Oostende, hier als gebuur beschouwd, voor de aanliggende openbare weg, geen hinder veroorzaken die de maat van gewone ongemakken overtrof. De schade is alleen ontstaan uit de foutieve gedraging bij de uitvoering van werken door een derde. Zij houdt in casu geen verband (in de tekst van het *R.W.* staat : verhaal) met verbroken evenwicht tussen buren, uit hoofde van het genot van hun eigendommen". Ook in een vonnis van de burgerlijke rechtbank te Brussel werd de toepassing van artikel 544 B.W. afgewezen wanneer de schade voortspruit uit de fout van een derde persoon (Rb. Brussel, 20 februari 1967, *R.J.I.*, 1967, nr. 4367, meer bepaald punt 7 op blz. 272). Een ander vonnis stelt alleen maar de vraag, doch voegt er niettemin aan toe dat het de voorkeur verdient eveneens een vordering in te stellen tegen hem die foutief handelde (Rb. Brussel, 11 oktober 1965, *R.J.I.*, 1966, nr. 4210).

Daartegenover staat de zienswijze van een ander arrest van het hof van beroep te Gent, bevestigd door het hof van cassatie (Gent, 7 maart 1967, *R.W.*, 1967-68, 348; — Cass., 14 juni 1968, *R.W.*, 1968-69, 405; *J.T.*, 1968, 472; *R.C.J.B.*, 1968, 387, met interessante noot van Dabin). Het komt me nuttig voor, de overwegingen daaromtrent van het arrest van Gent *in extenso* weer te geven.

„Overwegende dat de eigenaar die een gebouw doet oprichten en daarbij aan zijn gebuur een schade boven de normale lasten van het buurschap berokkent, compensatie verschuldigd is, zelfs indien de schade geheel of gedeeltelijk een gevolg is van fouten gepleegd door architect of aannemer; overwegende immers dat de principes van het eigendomsrecht, inbegrepen de noodzakelijkheid van het behoud van een evenwicht tussen de rechten van naburige eigenaars, steeds van toepassing zijn, en niet kunnen onderworpen worden aan een preliminaire vraag over het bestaan van eventuele door derden gepleegde fouten; dat de eigenaar die schade buiten de normale lasten van het buurschap ondergaat, recht heeft op compensatie vanwege hem die het evenwicht tussen de twee eigendommen stoorde, t.w. de eigenaar van het aanpalend erf; dat deze laatste, door

het feit zelf dat hij de schadeberokkenende omstandigheden in het leven roept, aan de oorsprong is van de evenwichtsstoornis tussen de twee eigendommen; dat hij er trouwens ook het profijt van heeft; *dat de benadeelde eigenaar zich beperken mag een vordering tegen hem in te stellen, zonder zich te storen aan de kwestie van de verantwoordelijkheid van architect of aannemer*; dat het voor hem onverschillig is dat architect of aannemer al dan niet een fout bedreven, vermits in beide gevallen dezelfde vorderingsgronden tegen de eigenaar-bouwheer aanwezig zijn : t.w. de ongelijkheid tussen de eigendomsrechten geschapen door toedoen van deze eigenaar ten nadele van zijn gebuur."

Ook de recente rechtsleer in België was hierover verdeeld. Hannequart (*Irresponsabilité du maître de l'ouvrage et responsabilité de l'entrepreneur en cas de rupture d'une canalisation sous la voie publique*, *R.G.A.R.*, 1967, 7831) juichte het arrest van Gent van 18 oktober 1965 geestdriftig toe (1). Flamme, Lepaffe en Glansdorff daarentegen waren de andere mening toegedaan (Flamme et Lepaffe, *o.c.*, nr. 796 en 796*bis*; — Glansdorff, *o.c.*, nr. 12, *J.T.*, 1968, 2).

In feite gaat het om een optie tussen de bouwheer en de benadeelde buurman, vooral wanneer de aannemer die foutief handelde, in staat van faillissement verkeert of verdwenen is. Als de benadeelde partij de mogelijkheid heeft een vordering in te stellen tegen de eigenaar op grond van artikel 544 B.W. alléén, zodat de bouwheer zich moet verhalen op de aannemer, draagt de eigenaar het risico van diens onvermogen. Houdt men het integendeel bij artikel 1382 B.W., dan kan de bouwheer niet worden veroordeeld en weegt het risico dus op het slachtoffer van de schade. Daarenboven zijn Flamme en Lepaffe (*o.c.*, nr. 796*bis*) van mening dat men de benadeelde in een toestand van inferioriteit zou plaatsen door hem de vordering gesteund op artikel 544 B.W. te weigeren, aangezien het soms moeilijk is de fout van de aannemer of architect te kennen en te bewijzen. De twee opvattingen staan lijnrecht tegenover elkaar. Volgens het arrest van Gent van 7 maart 1967 moet de bouwheer het risico dragen, want hij heeft het profijt van de hele zaak, terwijl Hannequart aan hem de voorkeur geeft omdat men anders de bouwers zou ontmoedigen en aldus de vooruitgang afremmen (*R.G.A.R.*, 1967, 7831, fol. 2).

Zonder twijfel ligt het meer in de lijn van de cassatiearresten van 6 april 1960 het risico op de bouwheer te leggen, want genoemde arresten zijn, overeenkomstig de leer van De Page en Dekkers (*Traité*, V, nr. 934) uitgegaan van het belang van het slachtoffer om het vraagstuk van de overlast te regelen (vgl. : Dalcq, *R.G.A.R.*, 1960, 6557, fol. 11 *bis*; — Brussel, 26 mei 1961, *Ann. not. enreg.*, 1961, 239). Het cassatiearrest van 14 juni 1968 mag ons voorzeker in die mening sterken.

In het voormelde preadvies over de hinder uit nabuurschap heb ik enig voorbehoud gemaakt en een paar kritische vragen gesteld met betrek-

(1) Ten onrechte maakte hij gewag van het arrest van 26 mei 1966, waar klaarblijkelijk dat van 18 oktober 1965 bedoeld was.

king tot de stelling die in het arrest van 7 maart 1967 werd voorgehouden (*R.W.*, 1967-68, 1698, nr. 9). In die bijdrage werd de vraag gesteld of de compensatieleer van artikel 544 wel kan worden toegepast, aangezien het evenwicht in feite niet wordt verbroken door de bouwheer, maar door het foutief optreden van een derde (zonder de foutieve handeling van de aannemer zou er inderdaad geen overlast zijn geweest). Buiten het feit dat het hof van cassatie de opvatting van Gent, 7 maart 1967 intussen heeft bekrachtigd, bracht een nieuwe overpeinzing me ertoe dat bezwaar te laten wegvallen. De beslissing van de eigenaar om een gebouw op te trekken of af te breken is *niet de rechtstreekse oorzaak* van de schade, wel de foutieve gedraging van de aannemer. Nochtans mag men zeggen dat de beslissing van de eigenaar *de verwijderde oorzaak* van de overlast is. In die zin verbreekt de eigenaar het evenwicht door een niet-foutieve daad (*anders* : Hannequart, *R.G.A.R.*, 1967, 7831, fol. 1 *bis*). Ook de burgerlijke rechtbank te Luik was van mening dat de eigenaar compensatie verschuldigd is, wanneer de aannemer het evenwicht tussen de eigendommen heeft verstoord : „*Qu'il en est ainsi même si l'inégalité provient non de son fait personnel, mais de celui de son entrepreneur*" (Rb. Luik, 7 juni 1966, *J.T.*, 1967, 481; *R.G.A.R.*, 1967, 7913).

Wel blijft de vraag of de besproken zienswijze overeen te brengen is met het *subsidiair* karakter van de compensatieleer van artikel 544. Tot nog toe werd algemeen aangenomen dat de vordering op grond van artikel 544 B.W. slechts betekenis krijgt, wanneer geen beroep kan worden gedaan op het schuldelement, dus op de artikelen 1382 en 1383 B.W. (o.m. : Dalcq, *R.G.A.R.*, 1960, 6557, fol. 11; — Dalcq, *Traité de la responsabilité civile*, I, nr. 705 *quinquies*; — Flamme et Lepaffe, *o.c.*, nr. 796; — Brussel, 19 maart 1967, *J.T.*, 1967, 368; — Rb. Brussel, 9 maart 1965, *J.T.*, 1966, 27; *R.G.A.R.*, 1966, 7618). Wellicht verdient het de voorkeur, met Dabin te spreken van *théorie parallèle* in plaats van *théorie subsidiaire* (*R.C.J.B.*, 1968, 395). Voortaan wordt de vordering krachtens artikel 544 hoofdzaak, zodra de benadeelde partij artikel 1382 niet *wenst* in te roepen.

Terloops nog dit : het is niet raadzaam steeds artikel 544 B.W. alléén in te roepen. In de meeste gevallen verdient het de voorkeur ook artikel 1382 B.W. aan te wenden, want daardoor wordt niet enkel de *bovenmatige*, doch *elke* hinder gesanctioneerd en krijgt de benadeelde integrale schadevergoeding in plaats van alleen maar compensatie.

21 – SAMENVATTING. — Wellicht is het nuttig even de stand van de rechtspraak te recapituleren.

1. Als de schade voortspruit uit een foutieve gedraging kan de stoornisverwekkende partij worden aangesproken voor *elke* hinder op grond van artikel 1382 B.W.
2. Als er geen fout werd gepleegd, kan de storende buurman worden aangesproken krachtens artikel 544 B.W. in geval van *overlast*, d.i. hinder die de maat van gewone ongemakken overschrijdt.

3. Het komt voor dat er ook zonder fout hinder zou geweest zijn, maar dat de foutieve gedraging de schade heeft verzwaard. In dat geval spelen zowel artikel 1382 als artikel 544, die niet noodzakelijk alternatief zijn.

4. Als de overlast voortspruit uit de foutieve gedraging van een derde, aannemer of architect, kan de eigenaar-bouwheer worden aangesproken op grond van artikel 544 B.W. alleen; de eigenaar-bouwheer moet de derde dan maar in vrijwaring oproepen.

22 – Nieuw middel in beroep. — De benadeelde buurman had eerst gevorderd op grond van artikel 1382 B.W.; daarna in beroep riep hij ook artikel 544 B.W. in. De vraag luidde : was dat het instellen van een nieuwe eis, wat in hoger beroep niet geoorloofd is ? Het hof van cassatie oordeelde dat hij het voorwerp van de eis niet had gewijzigd en alleen maar een *nieuw middel* had ingeroepen (Cass., 28 januari 1965, *R.W.*, 1964-65, 2117; *Ann. not. enreg.*, 1965, 98; *J.T.*, 1965, 259; *Pas.*, 1965, I, 521; *Rev. prat. not.*, 1965, 85; *R.G.A.R.*, 1965, 7420). Die opvatting werd door Dalcq erg bekritiseerd (noot bij Cass., 28 januari 1965, *R.G.A.R.*, 1965, 7420, fol. 2).

Zou ook het tegendeel mogelijk zijn : eerst een vordering krachtens artikel 544 en daarna in beroep op grond van artikel 1382 ? Die mogelijkheid werd in twijfel getrokken met de bedenking dat artikel 544 B.W. subsidiair is ten opzichte van artikel 1382 B.W. (noot bij Brussel, 2 mei 1967, *Ann. not. enreg.*, 1967, 263, wellicht van Mahillon). In de gepubliceerde rechtspraak van de besproken periode vindt men geen antwoord, maar intussen is een arrest verschenen waarin de latere eis krachtens artikel 1382 B.W. enkel als een nieuw middel wordt beschouwd (Brussel, 3 april 1968, *J.T.*, 1969, 10).

23 – Voorbeelden. — Voor de praktijk kan het allicht van nut zijn een aantal gevallen te citeren waarin al dan niet werd aangenomen dat er hinder uit nabuurschap was. Het is bedoeld als een soort van wegwijzer voor hen die zaken moeten behandelen waarin de oorzaak en de aard van de schade min of meer identiek zijn. Nochtans dient er met nadruk op gewezen te worden dat dit overzicht slechts een relatieve waarde heeft om verscheidene redenen :

1. men mag niet uit het oog verliezen dat sommige gevallen werden opgelost overeenkomstig artikel 1382 B.W., andere volgens artikel 544 B.W.;

2. de bijkomende omstandigheden (de aard van de wijk, de eerstingebruikneming en de bijzondere gevoeligheid van de benadeelde) zijn vaak belangrijk;

3. in twee gelijksoortige gevallen kan de intensiteit van de hinder merkelijk verschillen, zodat het in het ene geval overlast is en in het andere alleen maar gewoon ongemak;

4. het is niet te vermijden dat de ene rechter als normale burenlast beschouwt wat een andere aanvoelt als abnormale hinder.

De rechtbanken veroordelen :

— wanneer een vatenkuiserij door rook en giftige dampen de veestapel en de groententeelt van de buurman schaadt (Hrb. Kortrijk, 30 april 1963, *T. best.*, 1965, 136);

— wanneer een autosnelweg stof, lawaai en trillingen verwekt (Rb. Luik, 7 juni 1966, *J.T.*, 1967, 481; *R.G.A.R.*, 1967, 7913; *R.J.I.*, 1968, nr. 4458);

— wanneer door afbraak en opbouw van een appartementsgebouw het aanpalende huis in een staat van verval wordt gebracht (Brussel, 8 maart 1968, *J.T.*, 1968, 401; *R.J.I.*, 1968, nr. 4444 en 4455);

— wanneer door giftige besproeiing de bijen van de buurman worden gedood (Vred. Hasselt, 2 januari 1967, *Jur. Liège*, 1967-68, 135; *R.G.A.R.*, 1968, 7972);

— wanneer de schoorsteen wordt verstikt door het optrekken van een aanpalend, veel hoger gebouw (Vred. Luik, 11 september 1964, *Jur. Liège*, 1964-65, 198; — Vred. Namen, 1 april 1966, *Jur. Liège*, 1965-66, 254; — Hrb. Antwerpen, 5 oktober 1966, *R.W.*, 1966-67, 898);

— wanneer een brouwerij die twee drankhuizen exploiteert in de nabijheid van een luchtkabelspoor, verliezen lijdt omdat de stad door het uitvoeren van openbare werken de luchtkabelinstallatie zogoed als ontoegankelijk heeft gemaakt en haar niet liet functioneren de dag vóór Pasen (Cass., 11 februari 1965, *Pas.*, 1965, I, 586 : toepassing van artikel 1382 B.W. wegens fout);

— wanneer een restaurant minder cliëntele heeft wegens werken aan de openbare weg, door gelijktijdige toepassing van de artikelen 1382 en 544 B.W. (Rb. Brussel, 9 maart 1965, *J.T.*, 1966, 27; *Rev. adm.*, 1966, 124; *R.G.A.R.*, 1966, 7618); in dit geval werd erop gewezen dat het al dan niet overdreven hinderlijk zijn anders wordt beoordeeld naarmate het verlies van cliëntele tot deficit leidde of alleen maar daling van de winst tot gevolg had.

Daarentegen heeft het hof van beroep te Brussel geoordeeld dat het herhaald verwekken van stofwolken en het belemmeren van een inrit in geval van afbraak en opbouw geen overlast was, zelfs niet wanneer de werken geruime tijd duurden en de straat zeer smal was (Brussel, 19 maart 1967, *J.T.*, 1967, 368; — volgens de *Pasicrisie* : Brussel, 13 maart 1967, *Pas.*, 1967, II, 240). Volgens dit arrest is het louter afbreken van een gebouw niet zo hinderlijk en kan er slechts sprake zijn van verstoring van het evenwicht, wanneer de veiligheid of de stevigheid van het aanpalend huis wordt aangetast ofwel het genot ervan op *permanente wijze wordt* verminderd. *In casu* achtte het hof de *voorbijgaande* ongemakken, die overigens werden gecompenseerd door de modernisering van de buurt, onvoldoende

om als overlast te worden aangezien. Deze uitspraak schijnt me zeer voordelig voor de storende partij.

Wanneer twee huizen tegen elkaar gebouwd zijn en één van de medeeigenaars van de gemene muur zijn huis als krotwoning afbreekt, wordt die lemen muur een buitenmuur die aan het slechte weder is blootgesteld. De afbraak en het laten varen van het recht van medeëigendom op de gemene muur worden niet beschouwd als verbreking van evenwicht (Rb. Brussel, 29 mei 1967, *R.W.*, 1967-68, 2063).

In de rechtspraak bestaat nog steeds aarzeling om het criterium overlast of niet toe te passen op het ontnemen van licht, lucht en uitzicht. Dat blijkt uit een vonnis van de rechtbank te Brussel van 9 maart 1965 (*J.T.*, 1966, 27 en meer bepaald blz. 30; *R.G.A.R.*, 1966, 7618). Daarin wordt eerst gezegd dat *a priori* geen enkele soort van schade uitgesloten is, maar onmiddellijk wordt eraan toegevoegd dat sommige, zelfs aanzienlijke hinder niet in aanmerking komt, bv. het ontnemen van het mooi uitzicht. Die zienswijze werd m.i. terecht op de korrel genomen (Glansdorff, *o.c.*, nr. 16, *J.T.*, 1968, 3). Reeds in het vorig overzicht (nr. 32, *T.P.R.*, 1965, 74) heb ik ervoor gepleit dat men ook op dit gebied het gewone criterium (overlast of niet) zou aanwenden in plaats van zijn toevlucht te nemen tot het onwerkelijk en willekeurig onderscheid voordeelrecht, dat ook door Vieujean werd bekritiseerd (*R.C.J.B.*, 1966, 326-328). Juister is het standpunt van het vredegerecht te Luik, dat in een geval van beroving van het mooi uitzicht op de Maasvallei oordeelde dat de rij van kleine populieren geen voldoende hinder was om de evenwichtstheorie toe te passen, maar die toepassing niet *a priori* uitsloot (Vred. Luik, 13 mei 1965, *Jur. Liège*, 1965-66, 7). Door de burgerlijke rechtbank te Tongeren werd een deskundige aangesteld om te onderzoeken of de door verweerder uitgevoerde werken licht en lucht ontnamen aan het goed van de eiser (Rb. Tongeren, 15 oktober 1965, *R.W.*, 1965-66, 1511).

Dat veel afhangt van de concrete omstandigheden moge nogmaals blijken uit het feit dat in het zojuist vermelde geval van de populieren die slechts een geringe hoogte bereikten (Vred. Luik, 13 mei 1965) het evenwicht niet als verbroken werd beschouwd, terwijl in een andere zaak werd beslist dat de tuya-haag niet hoger dan 1,40 m. mocht groeien, ten einde geen overlast te berokkenen (Vred. Andenne, 16 juni 1967, *Jur. Liège*, 1968-69, 15). In het vonnis van het vredegerecht te Luik werd trouwens uitdrukkelijk gezegd dat de oplossing afhangt van de omstandigheden die eigen zijn aan elk geval apart. Dat bevestigt de opvatting dat overlast een relatief begrip en een feitenkwestie is (vgl. : vorig overzicht, nr. 17, *T.P.R.*, 1965, 63; — Derine, R., *preadvies* over hinder uit nabuurschap, *R.W.*, 1967-68, 1704, nr. 25).

24 – Relatief begrip. — De concrete omstandigheden spelen een belangrijke rol, wanneer de rechtbanken moeten uitmaken of de hinder al dan niet de maat van de gewone ongemakken overtreft. De rechter moet zijn overtuiging doen steunen op de gegevens van plaats en tijd (Hrb. Kortrijk,

30 april 1963, *T. best.*, 1965, 136). In een rustige en residentiële wijk is de maat van de te dulden ongemakken kleiner (Rb. Luik, 7 juni 1966, *J.T.*, 1967, 481; *R.G.A.R.*, 1967, 7913; *R.J.I.*, 1968, nr. 4458; — vgl. : vorig overzicht, nr. 21, *T.P.R.*, 1965, 65). Er wordt rekening gehouden met de moderne levensomstandigheden. Een elektrische hoogspanningslijn boven een woning verwekte een dof gerucht. Het hof van beroep te Brussel was van mening dat men rekening diende te houden met de kenmerken van het leven in gemeenschap in de tweede helft van de twintigste eeuw en dat er in de moderne levensomstandigheden heel wat andere geluiden bestaan die minstens even storend zijn (Brussel, 2 december 1966, *R.W.*, 1966-67, 1528; *R.G.A.R.*, 1967, 7873, met zeer kritische noot van J. Fonteyne). Ook met betrekking tot de afbraak en heropbouw van de *Innovation* te Charleroi oordeelde het hof van beroep te Brussel dat dergelijke werken beantwoorden aan de behoefte van gezonde modernisering (Brussel, 19 maart 1967, *J.T.*, 1967, 368; *Pas.*, 1967, II, 240, met als datum 13 maart 1967).

25 – Eerstingebruikneming. — Op dit gebied volgt de belgische rechtspraak nog steeds de zienswijze van De Page en Dekkers (*Traité*, V, nr. 925 t.e.m. 928). Het feit *eerst* te hebben gebouwd of *eerst* een bepaalde exploitatie te hebben aangevat (*préoccupation* of *antériorité*) verleent geen absoluut voorrecht ten opzichte van de latere bouwerof exploitant; niettemin moet laatstgenoemde met de vroegere toestand rekening houden (Hrb. Kortrijk, 30 april 1963, *T. best.*, 1965, 136; — Rb. Luik, 7 juni 1966, *J.T.*, 1967, 481; *R.G.A.R.*, 1967, 7913).

In het luikse geding gaat het in feite om een geval van *préoccupation collective* (De Page et Dekkers, V, nr. 928) : met het oog op de aanleg van een autosnelweg wordt *in een rustige wijk* een werf opgericht die stof, lawaai en gedaver veroorzaakte. Het gebruikelijk onderscheid tussen individuele en collectieve eerstingebruikneming (zie o.m. : Planiol, Ripert et Picard, *Traité pratique de droit civil français*, III, nr. 472; — Mazeaud, *Leçons de droit civil*, II, nr. 1344; — Carbonnier, *Droit civil*, II, blz. 191; — Marty et Raynaud, *Droit civil*, II, vol. 1, nr. 463) komt in het vonnis van de rechtbank te Luik niet tot zijn recht, want het verwijst naar De Page, V, blz. 806, waar veeleer sprake is van *individuele* eerstingebruikneming.

In mijn preadvies heb ik ervoor gepleit dat men het vraagstuk van de eerstingebruikneming opnieuw zou overdenken in het licht van de cassatiearresten van 6 april 1960 (*R.W.*, 1967-68, 1705, nr. 28). Het wil me inderdaad voorkomen dat de oplossing anders behoort te zijn, naarmate wordt gevorderd wegens foutieve daad of eenvoudig wegens verstoring van het evenwicht. Het spreekt vanzelf dat strenger moet worden opgetreden tegen de schadende partij die foutief heeft gehandeld dan tegen hem die alleen maar overlast berokkent. Enkele voorbeelden ter verduidelijking :

1. De benadeelde buurman deed sedert jaren aan groententeelt. De laterkomende eigenaar van een chemische fabriek nam niet de nodige voor-

zorgen om schade te voorkomen. Krachtens artikel 1382 B.W. is hij schadevergoeding verschuldigd voor elke hinder.

2. Dezelfde omstandigheden, met dit verschil dat de fabrikant wèl de nodige voorzorgen nam. Op grond van artikel 544 B.W. is hij compensatie verschuldigd, indien de maat van gewone ongemakken werd overschreden. De eerstaanwezigheid speelt een rol, want de laterkomende verbreekt het evenwicht.

3. De benadeelde buurman was zich komen vestigen naast de fabriek die zonder de vereiste voorzorgen wordt geëxploiteerd. Wegens fout is de fabrikant ook in dit geval aansprakelijk krachtens artikel 1382 B.W. In die zin geldt de redenering dat het voor de buren een soort van erfdienstbaarheid zou zijn, indien het hinderlijk bedrijf om reden van zijn eerstaanwezigheid de vrijheid had om door gebrek aan voorzorgen schade te veroorzaken.

Het ligt voor de hand dat deze regeling nog de mogelijkheid openlaat om rekening te houden met een eventueel foutief optreden van het slachtoffer. Veronderstellen we dat de laterkomende eigenaar zonder reden of zelfs met opzet zijn exploitatie zo inricht dat de schade nutteloos groter wordt. In die omstandigheden moet de aansprakelijkheid van de fabrikant worden getemperd (fout van beiden!).

4. Het slachtoffer was zich komen vestigen naast een fabriek die op correcte wijze wordt geëxploiteerd. In dat geval zou ik de fabrikant niet aansprakelijk stellen, aangezien de laterkomende buurman het evenwicht heeft verbroken.

Deze nieuwe opvatting inzake eerstingebruikneming is slechts mogelijk geworden sedert het ogenblik dat het hof van cassatie zo duidelijk onderscheid heeft gemaakt tussen de aansprakelijkheid met en zonder schuld.

26 – Bijzondere gevoeligheid van de benadeelde. — Op dat gebied is de rechtspraak tamelijk wisselvallig. Wanneer een zieke persoon, overeenkomstig artikel 544, overlast ondervond door de aanleg van een autosnelweg, werd een expert aangesteld om na te gaan of de werf, die lawaai en gedaver verwekte, de ziekte had verergerd (Rb. Luik, 7 juni 1966, *J.T.*, 1967, 481, meer bepaald blz. 484; *R.G.A.R.*, 1967, 7913). Wanneer de vraag rees of de maatschappij die een elektrische hoogspanningslijn boven een woning had aangebracht en daardoor hinder veroorzaakte, volgens artikel 1382 B.W. aansprakelijk was, werd de overweging gemaakt dat met overgevoelige personen geen rekening moest worden gehouden (Brussel, 2 december 1966, *R.W.*, 1966-67, 1528; *R.G.A.R.*, 1967, 7873).

M.i. staat deze rechtspraak op haar kop. Men zou inderdaad verwachten dat bij toepassing van de aquiliaanse aansprakelijkheid de overgevoelige personen *wèl* in aanmerking komen (in die zin : Fonteyne, J., noot 1 bij Brussel, 2 december 1966, *R.G.A.R.*, 1967, 7873). Anderdeels bestaat er minder reden om met de ziektetoestand rekening te houden, wanneer de veroordeling van de schadende partij op artikel 544 B.W.

steunt, want het is in feite de zieke die het evenwicht verstoort door wat niet *normaliter* is. In voormeld preadvies heb ik een poging gedaan om ook inzake de bijzondere gevoeligheid (*réceptivité personnelle*) een klare lijn te trekken overeenkomstig het basisonderscheid met/zonder schuld (*R.W.*, 1967-68, 1706-1707, nr. 29 en 31).

27 – SLECHTE STAAT VAN HET GEBOUW. — De bijzondere gevoeligheid kan ook voortspruiten uit de *fout* van het slachtoffer zelf, in tegenstelling met ziekte of overgevoeligheid waarmee doorgaans geen schuld is gemoeid. Zo kan de schade het gevolg zijn van de gebrekkige bouw van het geteisterde huis, bv. door onvoldoende fundering.

Ook hier moet onderscheid worden gemaakt tussen de schade die voortspruit uit een foutieve gedraging (art. 1382 B.W.) en de verstoring van het evenwicht zonder schuldelement (art. 544 B.W.).

Reeds in het vorig overzicht werd, met verwijzing naar een arrest van het hof van beroep te Brussel van 24 februari 1964 (*Ann. not. enreg.*, 1964, 241; *R.J.I.*, 1965, nr. 4104) aangestipt dat ingeval van toepassing van artikel 544 de aansprakelijkheid volledig wegvalt, indien de beschadigde woning gebrekkig was gebouwd (*T.P.R.*, 1965, 68, nr. 24). Die regeling vond algemene instemming (Vieujean, *R.C.J.B.*, 1966, 326; — Dalcq, *Traité*, I, nr. 705 *septies* en *R.C.J.B.*, 1968, 209, nr. 15; — Mahillon, noot bij Cass., 28 januari 1965, *Ann. not. enreg.*, 1965, 99; — Flamme et Lepaffe, nr. 796*ter*; — Glansdorff, *o.c.*, nr. 11, *J.T.*, 1968, 2). De recente rechtspraak heeft trouwens die zienswijze bekrachtigd (Brussel, 2 mei 1967, *Pas.*, 1967, II, 275; *Ann. not. enreg.*, 1967, 257; *R.J.I.*, 1968, nr. 4454, met als onjuiste datum 22 mei 1967; — Rb. Brussel, 22 februari 1966, *R.J.I.*, 1966, nr. 4211). Die oplossing is zeer billijk, want hij die bouwt volgens de regels van de kunst verdient de voorkeur te krijgen op de benadeelde die zelf foutief handelde. Met betrekking tot het arrest van 2 mei 1967 dient echter te worden aangemerkt dat ten onrechte wordt verwezen naar Brussel, 24 *april* 1964, in plaats van *februari* (dezelfde vergissing komt ook voor in de noot bij het arrest : *Ann. not. enreg.*, 1967, 264). Is er integendeel geen gebrekkige bouw noch ongewone vetusteit, dan mag de toegekende compensatie niet worden verminderd (Brussel, 8 maart 1968, *J.T.*, 1968, 401).

Wanneer het proces steunt op artikel 1382 B.W., liggen de zaken enigszins anders. Aangezien zowel de storende partij als het slachtoffer schuld hebben, is er gedeelde aansprakelijkheid. Zo werd één vierde van de aansprakelijkheid op de benadeelde gelegd, „aangezien hij die de eerste zijn gebouw opricht de toestand van hen die nadien naast hem komen bouwen, niet mag verergeren, namelijk door het opleggen van speciale, buitengewone en kostelijke voorzorgsmaatregelen, genoodzaakt door de gebreken en ontoereikendheden van zijn eigen gebouw" (Brussel, 19 november 1965, *R.W.*, 1965-66, 950; *T. not.*, 1966, 60; — zie ook : Brussel, 5 maart 1966, *Ann. not. enreg.*, 1967, 284). Die regeling vindt steun in de recente rechtsleer (Flamme et Lepaffe, nr. 784; — Flamme, *o.c.*, nr. 1,

J.T., 1965, 261; — Glansdorff, *o.c.*, nr. 11, *J.T.*, 1968, 2; — noot bij Brussel, 2 mei 1965, *Ann. not. enreg.*, 1967, 264, nr. 2). Dat schijnt me de juiste oplossing toe. Nochtans blijft ook de mening voortleven dat, in geval van foutieve gedraging van de laatste bouwer, geen rekening moet worden gehouden met de vroegere slechte staat van het beschadigde gebouw (Rb. Brussel, 11 oktober 1965, *R.J.I.*, 1966, nr. 4210, blz. 59-60).

28 – Fout van het slachtoffer. — Wanneer de benadeelde elektriciteitsmaatschappij niet heeft voldaan aan de wettelijke verplichting haar kabel op zichtbare en duurzame wijze te signaleren, is de aannemer niet aansprakelijk, vermits de schade uitsluitend te wijten is aan de foutieve gedraging van het slachtoffer (Brussel, 7 december 1964, *J.T.*, 1966, 119). Te noteren valt dat uit hoofde van de zeer bijzondere omstandigheden van het geval geen fout werd aangewreven aan de aannemer wegens het feit dat hij geen inlichtingen had ingewonnen nopens de ligging van de kabel (vgl. : Flamme, M., *Het aantreffen van kabels en leidingen tijdens de uitvoering van openbare werken*, *R.W.*, 1965-66, 2073-2074, nr. 15 en 16; — Hannequart, Y., noot bij Hrb. Antwerpen, 12 januari 1967, *R.G.A.R.*, 1967, 7931, fol. 2*bis*). Normaal wordt dat verzuim wel als een fout beschouwd (Gent, 18 oktober 1965, *R.W.*, 1965-66, 1271; — Flamme, *o.c.*, nr. 8, *R.W.*, 1965-66, 2070). Terloops zij opgemerkt dat de aannemer aansprakelijk wordt geacht, wanneer het tracé van de kabels en leidingen voldoende bekend is (Hrb. Doornik, 8 november 1965, *R.G.A.R.*, 1966, 7580; *R.J.I.*, 1966, nr. 4234), terwijl hij niet aansprakelijk is, indien hij heeft gewerkt met plans van de gemeente die de ligging van de hoogspanningskabels niet aanwezen (Hrb. Antwerpen, 12 januari 1967, *R.G.A.R.*, 1967, 7931, met noot Hannequart; — ook Flamme, *o.c.*, nr. 9, *R.W.*, 1965-66, 2070).

29 – Aansprakelijkheid van de aannemer. — Het staat buiten kijf dat, in geval van fout in de conceptie of de uitvoering van het werk, de aannemer aansprakelijk is op grond van artikel 1382 B.W. (Gent, 9 maart 1965, *R.W.*, 1964-65, 2131; — Gent, 18 oktober 1965, *R.W.*, 1965-66, 1271; — Brussel, 19 november 1965, *R.W.*, 1965-66, 950; — Gent, 7 maart 1967, *R.W.*, 1967-68, 348; — Gent, 13 juni 1967, *R.J.I.*, 1967, nr. 4383).

De omvang van die aansprakelijkheid kan verschillen. Als de fout van de aannemer de enige oorzaak is van de schade, draagt hij de volle aansprakelijkheid (Gent, 18 oktober 1965). Is dat niet het geval, dan wordt hij slechts gedeeltelijk aansprakelijk geacht, bv. 1/4 (Gent, 7 maart 1967) of 1/10 (Gent, 13 juni 1967). Zo wordt beslist, wanneer er ook schade zou geweest zijn zonder de foutieve daad van de aannemer. Door het arrest van Gent van 13 juni 1967 wordt de aansprakelijkheid ruim gespreid : 5/10 voor het studiebureau, 3/10 voor de architect, 1/10 voor de aannemer en 1/10 voor de bouwheer. De aansprakelijkheid wordt ook verdeeld tussen aannemer en bouwheer, als de werken werden uitgevoerd zonder

bijstand en toezicht van een architect (Brussel, 13 april 1968, *R.J.I.*, 1968, nr. 4443).

Hiervoor werd reeds aangestipt dat niet als fout wordt aangerekend het feit dat de aannemer normaal de schade moest en kon voorzien (zie boven, nr. 18 : Cass., 5 mei 1967). Het hof van cassatie heeft alleszins willen vermijden dat de aannemer zou worden aansprakelijk gesteld wegens een pseudo-fout, want dan zou men opnieuw de weg opgaan van de cassatieleer vóór 1960, nl. de bijdrage van de aannemer tot de schending van het eigendomsrecht zonder specifieke fout (vgl. : vorig overzicht, nr. 27, *T.P.R.*, 1965, 71). Zulks neemt m.i. niet weg dat de aannemer in gebreke kan blijven door de eigenaar niet te waarschuwen dat er schade te duchten is (vgl. : Derine, R., *Preadvies*, nr. 15, *R.W.*, 1967-68, 1702).

Na de cassatiearresten van 6 april 1960 was het een omstreden vraag of de aannemer die geen foutieve daad heeft gepleegd aansprakelijk is krachtens artikel 544 B.W. (zie : vorig overzicht, nr. 27 t.e.m. 29, *T.P.R.*, 1965, 71). Door het arrest van 28 januari 1965 heeft het hof van cassatie de zaak beslecht in de zin van de thesis die in het vorig overzicht werd bepleit (Cass., 28 januari 1965; *R.W.*, 1964-65, 2117, met noot C.C.; *Ann. not. enreg.*, 1965, 98, met noot P.M.; *J.T.*, 1965, 259, met noot Flamme; *Pas.*, 1965, I, 521, met de voortreffelijke besluiten van advocaat-generaal Mahaux; *Rev. prat. not.*, 1965, 85; *R.G.A.R.*, 1965, 7424, met noot Dalcq). De aannemer is niet verplicht het verbroken evenwicht te herstellen, omdat hij werken uitvoert voor rekening van anderen en dus vreemd is aan de rechtsbanden die uit nabuurschap voortspruiten.

Sedert voormeld cassatiearrest is eveneens op dit gebied de eenheid hersteld. De rechtspraak schijnt er zich eenparig bij aangesloten te hebben (Gent, 9 maart 1965, *R.W.*, 1964-65, 2131; — Brussel, 2 mei 1967, *Ann. not enreg.*, 1967, 257; *Pas.*, 1967, II, 275; — Rb. Brussel, 9 maart 1965, *J.T.*, 1966, 27; *R.G.A.R.*, 1966, 7618; — Rb. Brussel, 22 februari 1966, *R.J.I.*, 1966, nr. 4211; — Rb. Luik, 7 juni 1966, *J.T.*, 1967, 481; *R.G.A.R.*, 1967, 7913; *R.J.I.*, 1968, nr. 4458; — Hrb. Antwerpen, 5 oktober 1966, *R.W.*, 1966-67, 898). Ook de rechtsleer staat er nu unaniem achter, aangezien zelfs Dalcq, de vurige verdediger van de aansprakelijkheid van de aannemer, zich bij het standpunt van het hof van cassatie heeft neergelegd, zij het dan meer uit *fair-play* dan uit overtuiging (Flamme, noot in *J.T.*, 1965, 261; — Flamme et Lepaffe, *Le contrat d'entreprise*, nr. 795*bis*; — Vieujean, *R.C.J.B.*, 1966, 323; — Glansdorff, *J.T.*, 1968, 2, nr. 12; — Mahillon, noot in *Ann. not. enreg.*, 1965, 99; — Dalcq, *R.G.A.R.*, 1965, 7424, fol. 1; — Dalcq, *R.G.A.R.*, 1966, 7618, fol. 4; — Dalcq, *Traité*, I, nr. 706 en 706*bis*; — Dalcq, *R.C.J.B.*, 1968, 210, nr. 15). Bij wijze van rechtsvergelijking dient te worden aangestipt dat in Frankrijk het hof van cassatie wèl de aansprakelijkheid van de aannemer aanvaardde in geval van bovenmatige hinder zonder enige schuld vanwege de aannemer (Cass. fr., 10 januari 1968, *Gaz. Pal.*, 1968, *Jur.*, 163; *Rev. trim. dr. civ.*, 1968, 725). Laat ons hopen dat het te Brussel niet druppelt, wanneer het te Parijs regent.

30 – BEDING IN HET LASTENBOEK. — Nu het vaststaat dat de aannemer niet aansprakelijk is, wanneer het evenwicht wordt verbroken (art. 544 B.W.), rijst zeker de vraag of men hem kan doen instaan voor de compensatie door een clausule in het lastenboek.

De mogelijkheid van dergelijk beding wordt algemeen aangenomen (zie o.m. : vorig overzicht, nr. 29, *T.P.R.*, 1965, 73; — Cass., 5 mei 1967, *R.W.*, 1967-68, 79; *Pas.*, 1967, I, 1049; — Brussel, 2 mei 1967, *Ann. not. enreg.*, 1967, 257; *Pas.*, 1967, II, 275; — Rb. Luik, 7 juni 1966, *J.T.*, 1967, 481; *R.G.A.R.*, 1967, 7913; — Dalcq, *J.T.*, 1963, 265; — Dalcq, *Traité*, I, nr. 707*bis*; — Dalcq, *R.C.J.B.*, 1968, 211, nr. 15; — Flamme, *J.T.*, 1965, 266; — Flamme et Lepaffe, *o.c.*, nr. 795*quater*).

Er doet zich geen moeilijkheid voor, wanneer in het beding duidelijk staat dat de aannemer alleen in geval van foutieve gedraging zal aansprakelijk zijn ofwel dat hij ook instaat tegenover de buren voor de verstoring van het evenwicht. Er is evenwel controverse, wanneer de bewoordingen van het beding meer algemeen zijn (bv. *de aannemer staat in voor alle schade aan derden*). Sommigen menen dat dergelijke clausules restrictief moeten geïnterpreteerd worden, zodat bij de minste twijfel de aannemer vrij uitgaat (Flamme, *J.T.*, 1965, 265-266, nr. 18 tot 23; — Flamme et Lepaffe, *o.c.*, nr. 795*quater*; — Mahillon, *Ann. not. enreg.*, 1965, 100 en 1967, 264; — Hrb. Brussel, 14 oktober 1965, *Jur. comm. Brux.*, 1967, 193). Anderen daarentegen zijn voorstander van een ruimere interpretatie (Dalcq, *R.G.A.R.*, 1965, 7424, fol. 2; — Dalcq, *Traité*, I, nr. 707*bis*; — Brussel, 2 mei 1967, *Ann. not. enreg.*, 1967, 257; *Pas.*, 1967, II, 275; — Brussel, 8 maart 1968, *J.T.*, 1968, 401; *R.J.I.*, 1968, nr. 4444; — Rb. Brussel, 22 februari 1966, *R.J.I.*, 1966, nr. 4211). De voorstanders van de restrictieve interpretatie wensen de betekenis van het beding zoveel mogelijk te beperken, omdat zij het in de grond buitensporig achten (zie vooral Flamme). Volgens hen geldt *in casu* artikel 1162 B.W. : „in geval van twijfel wordt de overeenkomst uitgelegd ten nadele van hem die bedongen heeft en ten voordele van hem die zich verbonden heeft". Daarenboven wijzen zij erop dat de aannemers door hun verzekering alleen gedekt zijn voor de schade door schuld. Nochtans geloof ik dat er geen reden bestaat om onderscheid te maken tussen schade met en zonder schuld, wanneer in het algemeen over schade aan buren wordt gesproken. In een deel van de rechtspraak wordt ten gunste van deze zienswijze een aantrekkelijke redenering gemaakt (vooral Rb. Brussel, 22 februari 1966; — ook Brussel, 2 mei 1967). Indien het beding niet toepasselijk is op schade zonder schuld van de aannemer, zou het in feite overbodig zijn, want de aannemer is uiteraard aansprakelijk wegens foutief optreden. Het zou dus alle betekenis verliezen. Heel anders is het wanneer de clausule een fout van de aannemer vergt; daardoor schakelt men uitdrukkelijk de schade zonder fout uit. Hier wordt echter niets toegevoegd. Bijgevolg verwijst men naar artikel 1157 B.W. : „wanneer een beding voor tweeërlei zin vatbaar is, moet men het veeleer opvatten in de zin waarin het enig gevolg kan hebben...". Wat de verzekering betreft, wordt opgemerkt dat het voor de

aannemer veel gemakkelijker is zich te laten verzekeren dan voor de bouwheer (Rb. Brussel, 22 februari 1966). In elk geval is het zo dat het argument van de *bestaande* verzekeringspolissen, die de compensatieverplichting krachtens artikel 544 B.W. niet dekken, niet van beslissende aard is. Deze oplossing is voorzeker nadeliger voor de aannemers, maar zij dekken zich wel door de prijs aan te passen aan het risico.

Hoewel de auteurs verdeeld zijn over de enge of ruime interpretatie, kunnen tal van gevallen met zekerheid worden opgelost omdat de bewoordingen van het beding voldoende duidelijk zijn *pro* of *contra* de aansprakelijkheid van de aannemer. In enkele beslissingen werd de clausule als duidelijk *pro* geïnterpreteerd (Cass., 5 mei 1967, *R.W.*, 1967-68, 79; *Pas.*, 1967, I, 1049; — Brussel, 2 mei 1967, *Ann. not. enreg.*, 1967, 257; *Pas.*, 1967, II, 275; — Hrb. Brussel, 14 oktober 1965, *Jur. comm. Brux.*, 1967, 193). Werd daarentegen als duidelijk *contra* uitgelegd het beding waarin sprake is van *schade zowel op de werf als op de openbare weg* (Gent, 7 maart 1967, *R.W.*, 1967-68, 348, niet 7 mei 1967 zoals staat in *R.C.J.B.*, 1968, 211, nr. 15; — Cass., 14 juni 1968, dat het arrest van Gent bekrachtigt, *R.W.*, 1968-69, 405; *J.T.*, 1968, 472; *R.J.I.*, 1968, nr. 4537). De bewoordingen zijn klaarblijkelijk beperkend.

31 – Huurders. — In het vorig overzicht werd reeds het standpunt verdedigd dat de evenwichtsleer (art. 544 B.W.) niet alleen op de eigenaars maar ook op de huurders van toepassing is (zie nr. 26, *T.P.R.*, 1965, 69). Dat wordt bevestigd door een vonnis van de burgerlijke rechtbank te Brussel, dat aan de huurder zowel recht op schadevergoeding (art. 1382 B.W.) als op compensatie (art. 544 B.W.) verleent (Rb. Brussel, 9 maart 1965, *J.T.*, 1966, 29-30; *R.G.A.R.*, 1966, 7618). In de rechtsleer is het vraagstuk nog omstreden. Verscheidene auteurs zijn — m.i. terecht — van mening dat de compensatietheorie ook op de huurders toepasselijk is (Dabin, *R.C.J.B.*, 1960, 305; — Dalcq, *R.G.A.R.*, 1960, 6557, fol. 11; — Dalcq, *R.G.A.R.*, 1966, 7618, fol. 4; — Dalcq, *Traité*, I, nr. 707*ter*; — Flamme et Lepaffe, *o.c.*, nr. 797; — noot P.M. in *Ann. not. enreg.*, 1965, 100). Wel schijnt Dalcq de jongste tijd enigszins te weifelen wat de compensatievordering *tegen* de huurder betreft (*R.C.J.B.*, 1968, 209), in tegenstelling met zijn noot bij het besproken vonnis (*R.G.A.R.*, 1966, 7618, fol. 4). Enkele auteurs verdedigen de stelling dat het evenwicht tussen gelijke rechten alleen voor *eigenaars* geldt (Renard, Graulich et David, *Rev. trim. dr. civ.*, 1961, 222; — Glansdorff, *J.T.*, 1968, 2, nr. 13). Het spreekt vanzelf dat de vordering slechts tegen de huurder kan worden ingesteld, indien hij zelf en niet de eigenaar het evenwicht verbrak of de foutieve handeling verrichtte.

32 – Medeëigenaars. — Wanneer de hinder wordt veroorzaakt door een gebouw dat toebehoort aan verscheidene medeëigenaars, kan de benadeelde buurman één van de medeëigenaars aanspreken, maar alleen in verhouding tot zijn aandeel in de gemeenschappelijke eigendom (Brussel, 25 juni 1965,

Ann. not. enreg., 1966, 19; *J.T.*, 1966, 26; *Pas.*, 1966, II, 192). Die opvatting wordt algemeen aanvaard (Dalcq, *Traité*, I, nr. 705 *nonies*; — Flamme et Lepaffe, *o.c.*, nr. 797*bis*; — Aeby, F., *La propriété des appartements*, 1967, nr. 197, met noot 126). Het hof van beroep te Gent besliste eveneens dat de veroordeling de vier medeëigenaars treft in evenredigheid met hun aandeel; om die reden wijzigde het hof het oorspronkelijk vonnis dat ten onrechte de solidariteit tussen de vier onverdeelde eigenaars had aangenomen (Gent, 7 maart 1967, *R.W.*, 1967-68, 348).

33 – De eerste of de latere eigenaar? — Wanneer een eigendom, bv. een appartementsgebouw, door de bouwheer aan verscheidene personen werd voortverkocht, worden niet de huidige buren (nieuwe eigenaars) aansprakelijk geacht, maar wel de vroegere eigenaar die het evenwicht heeft verstoord of de fout heeft begaan (Brussel, 25 juni 1965, *Ann. not. enreg.*, 1966, 19; *J.T.*, 1966, 26; *Pas.*, 1966, II, 192; — Hrb. Antwerpen, 5 oktober 1966, *R.W.*, 1966-67, 898; — Rb. Brussel, 20 februari 1967, *R.J.I.*, 1967, nr. 4367). Wat artikel 544 B.W. betreft, wordt o.m. verwezen naar de bewoordingen van de cassatiearresten van 6 april 1960 : „de eigenaar die door een niet-foutieve daad het evenwicht verbreekt...", wat voorzeker de eerste eigenaar is (Hrb. Antwerpen, 5 oktober 1966). Ook wordt aangehaald dat het recht op en de plicht tot schadeloosstelling niet op de koper worden overgedragen, tenzij een bijzonder beding in de verkoopakte het zo bepaalt (Brussel, 25 juni 1965). Dat schijnt wel de heersende mening te zijn in de rechtsleer (De Page et Dekkers, V, nr. 939, c; — Dalcq, *Traité*, I, nr. 705 *nonies*; — Flamme et Lepaffe, *o.c.*, nr. 797*bis*; — Aeby, *o.c.*, nr. 197). Wel stipte Dalcq aan dat deze oplossing de zaken niet gemakkelijker maakt voor de eiser (Dalcq, *R.C.J.B.*, 1968, 210). Glansdorff is radicaal tegen de gangbare opinie gekant. Hij meent dat de verplichting tot schadeloosstelling mee wordt overgedragen, o.m. wegens het feit dat alleen de huidige eigenaars bepaalde werken kunnen uitvoeren om de hinder te doen ophouden (Glansdorff, *J.T.*, 1968, 2-3, nr. 15). Op het eerste gezicht is de stelling van Glansdorff aantrekkelijk. Men mag echter de concrete omstandigheden waarin het vraagstuk wordt gesteld niet uit het oog verliezen. Het gaat om het hinderlijk optrekken van gebouwen die worden voortverkocht. De zaken liggen bv. heel anders voor een fabriek met schadelijke uitwasemingen die aan een nieuwe eigenaar wordt verkocht. In dat geval is die nieuwe eigenaar klaarblijkelijk aansprakelijk voor de hinder die voortduurt. Maar in de hier besproken omstandigheden is de schade meestal achter de rug, waarna pecuniaire schadeloosstelling volgt. Zelfs wanneer maatregelen moeten worden genomen om de hinder te doen ophouden (compensatie *in natura*), bv. als de schoorsteen van het aanpalend huis wordt verstikt door het optrekken van een nieuwe building, kan de eerste eigenaar worden aangeproken om die werken uit te voeren (zie het geval van Hrb. Antwerpen, 5 oktober 1966). Glansdorff heeft m.i. te veel gedacht aan de hypothese van het storend bedrijf dat nog steeds schade veroorzaakt.

34 – Bouwwerf op openbare weg. — Een handelaar had klanten verloren doordat een grootwarenhuis te Luik met het oog op vergrotingswerken een deel van de openbare weg had ingenomen, met toestemming van de gemeentelijke overheid. Het hof van beroep te Luik oordeelde dat geen compensatie kon worden verleend krachtens artikel 544 B.W., omdat er alleen sprake zou kunnen zijn van evenwicht tussen het terrein van de handelaar en dat van het grootwarenhuis. *In casu* had de stoornis zich voorgedaan op de openbare weg, dus op een grond die aan de stad toebehoorde; bijgevolg was het grootwarenhuis geen naburig eigenaar (Luik, 9 januari 1968, *Jur. Liège*, 1967-68, 257). Dat is wel een zeer enge interpretatie van de evenwichtsleer. De volle nadruk wordt hier gelegd op het eigenaar-zijn, terwijl het grootwarenhuis en de handelaar toch zonder twijfel *buren* zijn. Het element nabuurschap moet m.i. beslissend zijn.

35 – Schade door elektrische hoogspanningslijnen. — Mogen de rechtbanken ook in dit geval een beroep doen op de evenwichtstheorie? Daarop werd m.i. terecht negatief geantwoord (Rb. Luik, 10 januari 1966, *Jur. Liège*, 1966-67, 26; — in dezelfde zin : Rb. Luik, 3 januari 1966, *Jur. Liège*, 1966-67, 60; *R.J.I.*, 1967, nr. 4268). Krachtens de wet van 10 maart 1925 mogen de electriciteitsmaatschappijen hoogspanningslijnen trekken over de privé-eigendommen (erfdienstbaarheid van openbaar nut), maar diezelfde wet bepaalt ook dat de eigenaars worden vergoed wanneer schade zich voordoet. Er is dus geen reden om de regeling van de hinder uit nabuurschap toe te passen. Het hof van beroep te Brussel was blijkbaar een andere mening toegedaan (Brussel, 2 december 1966, *R.W.*, 1966-67, 1528; *R.G.A.R.*, 1967, 7873 en 7893), maar dit arrest werd met reden bekritiseerd (Fonteyne, J., noot bij het besproken arrest, *R.G.A.R.*, 1967, 7873, fol. 2*bis*, punt 8).

36 – Sanctie. — In geval van aquiliaanse aansprakelijkheid (art. 1382 B.W.) moet de geringste schade worden vergoed, terwijl voor de hinder zonder schuld (art. 544 B.W.) slechts compensatie nodig is in de mate dat de gewone ongemakken worden overschreden (Rb. Brussel, 9 maart 1965, *J.T.*, 1966, 27; *R.G.A.R.*, 1966, 7618). Dat wordt thans unaniem aanvaard.

Compensatie betekent niet noodzakelijk pecuniaire schadeloosstelling; de compensatie *in natura* krijgt zelfs de voorkeur (Hrb. Antwerpen, 5 oktober 1966, *R.W.*, 1966-67, 898). Dit vonnis sluit aan bij het bekende schoorsteenarrest, dat oplegde de schouw die werd verstikt hoger op te bouwen (Cass., 6 april 1960, *Pas.*, 1960, I, 915; *R.C.J.B.*, 1960, 257; *R.G.A.R.*, 1960, 6557). Hoewel De Page en Dekkers (*Traité*, V, nr. 929) tegen deze opvatting gekant zijn, vertolkt het vonnis toch de heersende mening (Dabin, *R.C.J.B.*, 1960, 287 en 301; — Glansdorff, *J.T.*, 1968, 2, nr. 14; — zie ook : Derine, R., *Preadvies betreffende hinder*, 1964, blz. 30).

Omstreden is de vraag of herstel *in natura* ook inhoudt dat de rechtbank afbraak, verwijdering of stopzetting van het gebouw of bedrijf kan

bevelen om de schade te doen ophouden. Een vonnis van de rechtbank van koophandel te Kortrijk was merkwaardig, omdat het aannam dat in geval van aquiliaanse aansprakelijkheid de storende partij kan worden gedwongen de exploitatie stop te zetten, ondanks de administratieve vergunning (Hrb. Kortrijk, 30 april 1963, *T. best.*, 1965, 136, met verwijzing naar Adm. Lexicon, Tw. *Gevaarlijke, ongezonde en hinderlijke ondernemingen*, nr. 100 en 102). Dat is voorzeker niet de gangbare mening, want in de belgische rechtspraak en rechtsleer wordt doorgaans voorgehouden dat, overeenkomstig het beginsel van de scheiding der machten, de administratieve vergunning het bevel tot afbraak of stopzetting door de rechtbank uitsluit (zie o.m. : De Page et Dekkers, V, nr. 929 ; — Dalcq, *Traité*, I, nr. 679). Toch mag men zich afvragen of het niet beter is aan de rechter de mogelijkheid te laten, *zo nodig* stopzetting te bevelen. Een ander probleem is of bij toepassing van de compensatieleer (art. 544 B.W.) afbraak of stopzetting kunnen worden bevolen, ook wanneer er geen administratieve vergunning nodig was. De rechtbank van koophandel te Antwerpen meende van niet (Hrb. Antwerpen, 5 oktober 1966, voormeld). Dat ligt in de lijn van de heersende mening (De Page et Dekkers, V, nr. 929 ; — Dabin, *R.C.J.B.*, 1960, 293 ; — besluiten van advocaat-generaal Mahaux, *R.C.J.B.*, 1960, 270 ; — *anders* : Glansdorff, *J.T.*, 1968, blz. 2, nr. 14 *in fine* ; — Derine, R., *Preadvies*, nr. 34, *R.W.*, 1967-68, 1708).

In geval van compensatie wordt het vraagstuk van de meerwaarde gesteld (vgl. : Derine, *Preadvies betreffende hinder*, 1964, blz. 30-31 en *Preadvies*, nr. 32, *R.W.*, 1967-68, 1707 ; — Dalcq, *Traité*, I, nr. 705 *sexties* ; — Flamme, *J.T.*, 1965, 264, met noot 61 ; — Flamme, *J.T.*, 1967, 486, noot 8 ; — De Page et Dekkers, V, nr. 937 *in fine* ; — besluiten van advocaat-generaal Mahaux, *R.C.J.B.*, 1960, 271). De rechtspraak van de besproken periode brengt ons niet veel nieuws op dit gebied. Voor de rechtbank te Luik werd ingeroepen dat door de aanleg van een nieuwe autosnelweg de benadeelde ook een voordeel had verworven. Het blijkt niet zo duidelijk uit de tekst van het vonnis of en in welke mate daarmee rekening werd gehouden (Rb. Luik, 7 juni 1966, *J.T.*, 1967, 484 ; *R.G.A.R.*, 1967, 7913). Het feit dat naast de woning van de gehinderde buurman voortaan een nieuw gebouw staat, wordt niet als meerwaarde erkend (Brussel, 8 maart 1968, *J.T.*, 1968, 401).

37 – Bevoegdheid. — Voor de processen inzake burenhinder werd de vrederechter slechts bevoegd geacht tot een bedrag van 10.000 F, vermits artikel 3, 3° van de wet op de bevoegdheid (in het nieuw gerechtelijk wetboek : artikel 591) restrictief wordt geïnterpreteerd (Hrb. Antwerpen, 5 oktober 1966, *R.W.*, 1966-67, 898 ; — zie ook : Dalcq, *R.C.J.B.*, 1968, 210).

AFDELING 3

Recht van natrekking

38 – ARTIKEL 555 B.W. ALLEEN TEGEN EIGENAAR. — De vader van een overleden zoon eiste van zijn schoondochter achterstallige huurgelden, omdat zij gedurende ruim vier jaren met haar drie kinderen had gewoond in een handelshuis, dat — naar het zeggen van de vader — destijds in huur was gegeven aan de zoon. De schoondochter stelde een tegeneis in wegens veranderingen en verbeteringen die met instemming van de eiser aan het huis waren uitgevoerd. Zij steunde die eis op artikel 555 B.W. Men behoort ook te weten dat door schenking het huis in naakte eigendom toebehoorde aan haar drie minderjarige kinderen, maar de vader en zijn echtgenote zich het vruchtgebruik hadden voorbehouden. De tegeneis werd afgewezen omdat „het recht waarvan sprake in artikel 555 B.W. slechts kan worden uitgeoefend tegen de eigenaars van een erf, nadat deze besloten hebben de gebouwen of werken geheel of gedeeltelijk te behouden" (Vred. Beringen, 13 december 1963, *R.W.*, 1964-65, 493). *In casu* zou dit betekenen dat de schoondochter haar vordering diende in te stellen tegen haar eigen kinderen, naakte eigenaars en niet tegen haar schoonouders.

39 – VROEGERE OF NIEUWE EIGENAAR ? — Wanneer de koper van een huis een huurder zonder vaste datum uitzette, eiste deze huurder krachtens artikel 555 B.W. schadevergoeding voor de veranderingen, beplantingen en bouwwerken die hij had aangebracht. Zo rees de vraag of er schadevergoeding verschuldigd was en door wie : de verhuurder die het goed had verkocht of de nieuwe eigenaar die het had gekocht. In overeenstemming met de zienswijze van De Page (*Traité*, IV, nr. 693) besliste het hof van cassatie dat de nieuwe eigenaar moet betalen, maar dat hij verhaal heeft tegen de verkoper die hem op het ogenblik van de vervreemding niet heeft ingelicht omtrent de beplantingen en bouwwerken van de huurder (Cass., 23 april 1965, *Pas.*, 1965, I, 883).

40 – GEBOUW OP TERREIN VAN BIJZIT. — Een man had met zijn bijzit een overeenkomst van medeëigendom gesloten aangaande een terrein om op die wijze voor zijn echtgenote een onroerende aanwinst te verbergen. Daarenboven had hij op die grond een villa gebouwd. Toen het later misliep tussen de man en de bijzit, vorderde hij vergoeding overeenkomstig artikel 555 B.W. Het hof van beroep te Luik wees de toepassing van artikel 555 en ook de schadevergoeding af, aangezien de man niet voor eigen rekening had gebouwd, maar voor die van zijn bijzit (Luik, 28 april 1966, *J.T.*, 1966, 424; *Rev. prat. not.*, 1966, 436).

Dat de man in dit geval artikel 555 B.W. niet mocht inroepen kan ik bijtreden, maar dat hem geen enkele vergoeding werd toegewezen lijkt me minder juist. Het schijnt vast te staan dat artikel 555 B.W. niet van toepassing is op personen die bouwen voor rekening van de eigenaar van

de grond krachtens een contract of *quasi*-contract, bv. lastgeving of zaakwaarneming (De Page et Dekkers, VI, nr. 70; — *Nov.*, *Droit civil*, III, nr. 234; — Glansdorff, *J.T.*, 1968, 2, nr. 9; — Levie, P., *Traité théorique et pratique des constructions érigées sur le terrain d'autrui*, nr. 58, b; — Colin et Capitant, herwerkt door Julliot de la Morandière, II, nr. 59). Betekent zulks dat de bouwer geenszins moet vergoed worden? Het luiks arrest kwam tot dezelfde oplossing als een arrest van het hof van beroep te Parijs, dat de eis tot vergoeding afwees (Paris, 24 mei 1933, *Gaz. Pal.*, 1933, II, 345; — in dezelfde zin : Aubry, Rau et Esmein, II, nr. 217, noot 21; — *Jurisclasseur civil*, art. 553-555, nr. 63). Met andere auteurs ben ik evenwel de mening toegedaan dat in de gegeven omstandigheden wegens zaakwaarneming moet vergoed worden op grond van artikel 1375 B.W. (Beudant, IV, nr. 351; — Planiol, Ripert et Picard, III, nr. 281; — Solus, H., *Rev. trim. dr. civ.*, 1933, 1232, nr. 3). De bedenking dat concubinaat een ongeoorloofde situatie is doet m.i. niets ter zake. Het verdient aanbeveling de echtgenote te beschermen, maar er is geen reden om in geval van conflict tussen man en bijzit laatstgenoemde een onrechtmatige verrijking te laten genieten.

41 – Recht van opstal. — In 1957 had A door een klein appartement te bouwen voor eigen rekening, onder de ogen en zelfs met de hulp van B op stilzwijgende wijze een recht van opstal verworven op diens grond, die in 1965 met alles wat erop stond aan C werd verkocht. Het hof van beroep te Brussel besliste dat artikel 555 B.W. niet in aanmerking kwam, omdat degenen die een recht om te bouwen bezitten geen derden zijn in de zin van voormeld artikel (Brussel, 22 juni 1966, *R.W.*, 1966-67, 1430). Dat wordt algemeen aanvaard (De Page et Dekkers, VI, nr. 70 en 75; — Glansdorff, *J.T.*, 1968, 2, nr. 9 en 23; — Vieujean, *R.C.J.B.*, 1966, 317, nr. 62; — Marty et Raynaud, II, vol. 2, nr. 135*bis*). Terecht werd door datzelfde arrest geoordeeld dat artikel 555 B.W. evenmin geldt tegen de koper, aangezien hij rechtsopvolger van de verkoper is.

HOOFDSTUK V

MEDEËIGENDOM

42 – Daden tot behoud en daden van voorlopig beheer. — Overeenkomstig artikel 577*bis*, § 5 kan *elke* medeëigenaar ten opzichte van de gemeenschappelijke zaak daden tot behoud en daden van voorlopig beheer stellen (Brussel, 15 januari 1965, *Ann. not. enreg.*, 1965, 81; *J.T.*, 1965, 523; *Rev. prat. not.*, 1966, 38; — Rb. Luik, 16 februari 1967, *Jur. Liège*, 1967-68, 20; *R.J.I.*, 1967, nr. 4399; — Rb. Ieper, 8 februari 1967, *R.W.*, 1966-67, 1730; — Rb. Luik, kort geding, 23 februari 1968, *J.T.*, 1968, 275; *Jur. Liège*, 1968-69, 68). Daarover bestaat geen discussie (De Page et Dekkers, V, nr. 1160; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 94, A, b; — Aeby, *La propriété*

des appartements, tweede uitg., 1967, nr. 324; — Renard, *R.C.J.B.*, 1957, 146, nr. 51, c; — Dekkers, *Handboek*, I, nr. 998). Er rijzen evenwel interpretatieproblemen : wat zijn daden tot behoud ? wat daden van voorlopig beheer ? op welke omstandigheden is dit van toepassing ?

Eerst enkele voorbeelden. Het doen vaststellen van de schade aan een in huur gegeven weide werd als een daad tot behoud aangezien (Rb. Ieper, 8 februari 1967). Het vorderen van schadevergoeding wegens gebrekkige bouw op grond van artikel 1792 B.W. werd beschouwd als een daad van voorlopig beheer (Brussel, 15 januari 1965 ; — Rb. Luik, 16 februari 1967 ; — Aeby, *o.c.*, nr. 325). In de zaak voor de rechtbank te Luik speelde een feitelijke omstandigheid een grote rol, nl. dat de medeëigenaar *persoonlijke* schade leed doordat zijn appartement juist onder het slechtgebouwde dak was gelegen. Ook de vordering tot schadeloosstelling wegens schade aan een in huur gegeven weide werd geacht een daad van voorlopig beheer te zijn (Rb. Ieper, 8 februari 1967 ; — *anders* : Glansdorff, *J.T.*, 1968, 3, nr. 18, die daarin ofwel een daad tot behoud, ofwel een daad van eigenlijk beheer ziet). Wordt beschouwd als een daad tot behoud of van voorlopig beheer : het doen aanstellen van een deskundige (Rb. Luik, kort geding, 23 februari 1968, met een enigszins misleidende titel in *Jur. Liège*, 1968-69, 68, waarin alleen sprake is van daden tot behoud). Het laatste voorbeeld vindt steun bij Aeby (*o.c.*, nr. 324, met noot 13).

Over de vraag wat daden tot behoud en vooral wat daden van voorlopig beheer zijn lopen de meningen uiteen (zie o.m. : Aeby, nr. 323 ; — De Page et Dekkers, V, nr. 1160 ; — Dekkers, *Handboek*, I, nr. 998 ; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 94, A, b ; — Vieujean, *Rev. trim. dr. civ.*, 1966, 414 ; — Glansdorff, *J.T.*, 1968, 3, nr. 18). Wat het begrip daad tot behoud betreft kan men raadplegen : Aeby, nr. 323 ; — Vieujean, *Rev. trim. dr. civ.*, 1966, 414 ; — Glansdorff, *J.T.*, 1968, 3, nr. 18 ; — noot 1 bij Cass., 17 mei 1951, *Pas.*, 1951, I, 627. Met betrekking tot het begrip daad van voorlopig beheer is de onzekerheid echter het grootst. Volgens De Page en Dekkers zijn daden van voorlopig beheer : alle rechtshandelingen die de andere medeëigenaars geenszins schaden door hen te verbinden of te verarmen (De Page et Dekkers, V, nr. 1160 ; — Aeby, nr. 323). Die opvatting vindt men terug in de recente rechtspraak (Brussel, 15 januari 1965 ; — Rb. Luik, kort geding, 23 februari 1968). In het vonnis van de rechtbank te Ieper van 8 februari 1967 worden ze evenwel, met verwijzing naar Kluyskens, omschreven als daden die tot doel hebben een dringend verlies te voorkomen (Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 94, A, b). Ik zou denken dat deze definitie beter past bij daden tot behoud (vgl. : Vieujean, *Rev. trim. dr. civ.*, 1966, 414). In zijn kritiek op het brusselse arrest van 15 januari 1965 heeft Vieujean nog een andere bepaling voorgesteld : daden die de toekomst niet of slechts in geringe mate vastleggen (Vieujean, *l.c.*). Dat stemt overeen met de zienswijze van Dekkers : rechtshandelingen van weinig belang die de toekomst niet vastleggen (Dekkers, *Handboek*, I, nr. 998). Door Glansdorff werd de omschrijving van Vieujean evenwel afgekeurd (Glansdorff, *J.T.*, 1968, 3, nr. 18). Tenslotte moet worden aangestipt dat Vieujean

de zaak, die door het hof van beroep te Brussel werd beslecht, heel anders aanpakt met het argument dat de bepalingen van artikel 577*bis* aangaande de bevoegdheid van de medeëigenaars vreemd zijn aan hun betrekkingen met derden (vgl. : Brussel, 26 november 1965, *Pas.*, 1966, II, 291; — zie verder, nr. 44).

43 – DADEN VAN GEWOON BEHEER. — Algemeen wordt aangenomen dat pachtverlening of pachtopzeg moet worden beschouwd als een daad van gewoon beheer en dat zij overeenkomstig artikel 577*bis*, § 6 door *alle* medeëigenaars samen moet geschieden (Cass., 6 juli 1933, *Pas.*, 1933, I, 285, niet juni, zoals staat in *R.W.*, 1966-67, 1731; — Cass., 17 mei 1951, *Pas.*, 1951, I, 627; — De Page et Dekkers, IV, nr. 510; — Dekkers, *Handboek*, II, nr. 951; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 94, A, b; — Aeby, nr. 327 tot 330; — Renard, *R.C.J.B.*, 1957, 146, nr. 51, b; — Renard et Vieujean, *R.C.J.B.*, 1962, 251, nr. 110, c; — Glansdorff, *J.T.*, 1968, 3, nr. 18). Een vonnis van de rechtbank te Ieper brengt daarvan nogmaals de bevestiging (Rb. Ieper, 8 februari 1967, *R.W.*, 1966-67, 1730).

44 – BETREKKINGEN TUSSEN MEDEËIGENAARS EN DERDEN. — Volgens artikel 577*bis*, § 6 is het akkoord van *alle* medeëigenaars vereist, maar die bepaling geldt alleen voor de betrekkingen tussen medeëigenaars en is dus niet van toepassing op de betrekkingen tussen medeëigenaars en derden. In die zin werd beslist dat drie van de vier medeëigenaars hoger beroep konden instellen tegen een niet-medeëigenaar (Brussel, 29 juni 1962, *R.W.*, 1964-65, 925). De kopers van de appartementen op de zesde en zevende verdieping konden een vordering instellen tegen de architect (een derde!) omdat er voor hen op de spitsuren gebrek aan water was (Brussel, 26 november 1965, *Pas.*, 1966, II, 291). De bouwheer-verkoper en de architect zijn derden, wanneer 55 op de 64 medeëigenaars tegen hen een vordering instellen wegens gebrekkig bouwen (Rb. Luik, kort geding, 23 februari 1968, *J.T.*, 1968, 275; *Jur. Liège*, 1968-69, 68, dat in hoofdzaak een beroep doet op artikel 577*bis*, § 5 en de daden tot behoud of van voorlopig beheer; — zie boven, nr. 42). Dat is trouwens de gangbare mening (Cass., 4 december 1941, *Pas.*, 1941, I, 443; — Cass., 12 september 1958, *Pas.*, 1959, I, 45; — De Page et Dekkers, IV, nr. 510; — Dekkers, *Handboek*, I, nr. 1000; — Aeby, nr. 330, met noot 43; — Renard, *R.C.J.B.*, 1950, 262, nr. 75; — Renard, *R.C.J.B.*, 1953, 236, nr. 49; — Renard et Vieujean, *R.C.J.B.*, 1962, 251, nr. 110, d, e en f; — Vieujean, *R.C.J.B.*, 1966, 330, nr. 65; — Vieujean, *Rev. trim. dr. civ.*, 1966, 414).

45 – VESTIGING VAN ERFDIENSTBAARHEID. — Terecht werd beslist dat in overeenstemming met artikel 577*bis*, § 6 een medeëigenaar geen erfdienstbaarheid kan vestigen op de gemeenschappelijke zaak zonder medewerking van de andere medeëigenaars (Cass., 20 november 1964, *R.W.*, 1964-65, 1979; *Pas.*, 1965, I, 284; *Rec. gén.*, 1966, nr. 20.982; *R.J.I.*, 1965, nr. 4136 en 1968, nr. 4499). In dit geval ging het om een vader die met zijn kinderen

onverdeelde eigenaar was en op het erf een conventionele erfdienstbaarheid van doorgang had toegestaan.

46 – VERANDERINGEN AAN HET ONVERDEELD GOED. — Een medeëigenaar van een residentie had op het voetpad voor zijn winkel een terras aangebracht. In het reglement van medeëigendom stond dat niets wat de harmonie van het gebouw betreft mocht gewijzigd worden tenzij op advies van al de medeëigenaars en met toestemming van drie vierden van de aandeelhouders. Het hof van cassatie oordeelde dat elke medeëigenaar die persoonlijk schade lijdt door veranderingen welke de bestemming van het onverdeeld goed wijzigen en van aard zijn om het recht van een deelgenoot te krenken, *alleen* vermag op te treden om de afbraak te vorderen (Cass., 7 januari 1966, *R.W.*, 1965-66, 1849; *Pas.*, 1966, I, 593). Het verzet tegen dat terras steunt in feite op het reglement van medeëigendom, dat verbood de harmonie van het gebouw aan te tasten (voor de betekenis van het reglement, zie : Aeby, nr. 279). Zelfs zonder reglement zou — overeenkomstig de aanvullende bepalingen van artikel 577*bis*, § 10 — het aanbrengen van een terras een ongeoorloofde verandering zijn geweest (Aeby, nr.278, met noot 169; — De Page et Dekkers, V, nr. 1174, noot 2; — Glansdorff, *J.T.*, 1968, 3, nr. 17). Dat de medeëigenaar in de gegeven omstandigheden *alleen* mag optreden, omdat hij persoonlijk nadeel heeft, wordt zowel in Frankrijk als in België aangenomen (Aeby, nr. 430).

47 – GEOORLOOFD GEBRUIK (ART. 577*bis*, § 5 en 10). — Wanneer personen medeëigenaars zijn van een gemeenschappelijke koer die bestemd is als doorgang, wordt het aanbrengen van een venster en van een riolering als een normaal gebruik beschouwd, dat de bestemming van het goed niet wijzigt en de rechten van de deelgenoten niet aantast (Rb. Aarlen, 27 januari 1967, *Jur. Liège*, 1966-67, 269; — vgl. : Aeby, nr. 244, 257 en 277; — De Page et Dekkers, V, nr. 1170, 3°).

HOOFDSTUK VI

VRUCHTGEBRUIK

48 – GEEN VRUCHTGEBRUIK. — Voor een huis was een verkoopakte opgemaakt waardoor de volle eigendom werd overgedragen met voorbehoud van een levenslang genotsrecht. Een van de verkoopsters had zich namelijk het kosteloos genot voorbehouden van een deel van de woning, recht dat in geval van overlijden op haar zuster zou overgaan. De rechtbank van eerste aanleg te Brussel besliste dat het beding geen vruchtgebruik vestigde maar een persoonlijk genotsrecht *sui generis* dat niet mag worden verward met huur of bruikleen (Rb. Brussel, 16 juni 1964, *J.T.*, 1965, 9; *Rev. prat. not.*, 1965, 57). Het vonnis is met De Page van oordeel dat als *accessorium* bij een verkoop gebruiksrecht kan worden gevestigd, zonder dat het een

huurcontract is (De Page, IV, nr. 484*bis*). De mogelijkheid van een persoonlijke verplichting in plaats van een zakelijk recht wordt ook aangenomen inzake het recht van bewoning; er kan een persoonlijke verplichting tot huisvesting bestaan (Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 231; — *Jurisclasseur civil*, art. 625-636, nr. 34 tot 36).

49 – VRUCHTGEBRUIK OP AANDELEN. — Het belangrijke arrest van het hof van cassatie van 16 januari 1964 (*R.W.*, 1964-65, 473) werd reeds breedvoerig besproken in het voorgaande overzicht (zie nr. 48 tot 51, *T.P.R.*, 1965, 84-88). Sindsdien verschenen nog verscheidene instemmende commentaren (Ronse, J., *Overzicht van rechtspraak* (1964-1967), *Vennootschappen*, *T.P.R.*, 1967, 716; — Vieujean, *Rev. trim. dr. civ.*, 1965, 478, nr. 23; — Vieujean, *R.C.J.B.*, 1966, 343-346, nr. 78; — Janssens, R., *Enkele belangrijke arresten van het belgisch hof van cassatie*, *R. M. Themis*, 1967, 174).

50 – ONEIGENLIJK VRUCHTGEBRUIK. — Het creditsaldo van een postrekening en van een bankdepositoboekje werd beschouwd als een voorwerp van oneigenlijk vruchtgebruik, zodat slechts het equivalent moest worden teruggegeven (Rb. Brussel, 9 februari 1965, *Pas.*, 1965, III, 124). Voor het vraagstuk van het oneigenlijk vruchtgebruik (art. 587 B.W.) kan men met nut raadplegen : De Page et Dekkers, VI, nr. 208, 265 en 266; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 150*bis*; — Planiol, Ripert et Picard, III, nr. 758 en 759; — Colin et Capitant, herwerkt door Julliot de la Morandière, II, nr. 258 en 259; — Marty et Raynaud, II, vol. 2, nr. 84.

51 – ARTIKEL 595 B.W. — Op de juridische betrekkingen tussen de naakte eigenaar en de pachter van de vruchtgebruiker zijn niet de wetsbepalingen aangaande de duur van de pacht toepasselijk, maar wel artikel 595 B.W. (Brussel, 29 september 1965, *T. not.*, 1967, 171; *Pas.*, 1966, II, 225).

52 – GEBREK AAN INVENTARIS (ART. 600 B.W.). — Wanneer de overlevende echtgenoot een vruchtgebruik bezit krachtens huwelijkscontract wordt niet artikel 1442 B.W. (verlies van het genot van de inkomsten) toegepast, maar artikel 600 B.W. In dat geval wordt het recht van vruchtgebruik door het ontbreken van de inventaris niet aangetast; alleen de uitoefening van dat recht wordt verlamd in die zin dat de aflevering kan worden geweigerd (Brussel, 22 mei 1967, *Pas.*, 1967, II, 290). *In casu* was de sanctie van de niet-aflevering zonder praktische betekenis omdat het actief van de nalatenschap reeds in handen was van de overlevende echtgenote sedert het overlijden van haar man. De idee dat het gebrek aan inventaris het recht op de vruchten niet aantast wordt bijna algemeen aanvaard (Brussel, 3 oktober 1961, *Pas.*, 1963, II, 165; — De Page et Dekkers, VI, nr. 248 en 249, 1°; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 194, 1°; — Galopin et Wille, *Les biens, la propriété et les servitudes*, nr. 171; — *R.P.D.B.*, Tw. *Usufruit*, nr. 489; — Renard et Vieujean, *R.C.J.B.*, 1962, 264-267, nr. 118

en 119; — Vieujean, *R.C.J.B.*, 1966, 341, nr. 76; — *Jurisclasseur civil*, art. 600-604, nr. 47 en 50; — Planiol, Ripert et Picard, III, nr. 823; — Aubry, Rau et Esmein, II, nr. 408, tekst met noot 4; — Marty et Raynaud, II, vol. 2, nr. 68; — Colin et Capitant, herwerkt door Julliot de la Morandière, II, nr. 290; — Mazeaud, *Leçons*, II, nr. 1663; — *anders* : Laurent, VI, nr. 501). De verwijzing in de gepubliceerde tekst van het besproken arrest naar De Page, VI, nr. 674 moet op een vergissing berusten.

53 – Bewarende maatregelen door eigenaar. — De vraag is of tijdens het vruchtgebruik de naakte eigenaar zelf de nodige werken tot behoud en onderhoud van de zaak kan uitvoeren. De mogelijkheid van bewarende maatregelen door de eigenaar werd aanvaard (Vred. Andenne, 18 juni 1965, *T. vred.*, 1966, 353; *Jur. Liège*, 1965-66, 238). Op grond van artikel 599 B.W. (de eigenaar mag geen afbreuk doen aan de rechten van de vruchtgebruiker) heeft Glansdorff die opvatting bestreden (*J.T.*, 1968, 4, nr. 24). Eminente rechtsgeleerden hebben zich eveneens tegen die vorm van inmenging in het vruchtgebruik gekant (Laurent, VII, nr. 39; — De Page et Dekkers, VI, nr. 335, D en 393; — Colin et Capitant, herwerkt door Julliot de la Morandière, II, nr. 300). Nochtans voel ik meer voor het standpunt van hen die de materiële handelingen tot behoud van de zaak vanwege de eigenaar aannemen, zelfs indien daaruit voor de vruchtgebruiker enig ongemak zou ontstaan (Aubry, Rau et Esmein, II, nr. 441; — Planiol, Ripert et Picard, III, nr. 856). Zelfs een vordering tot terugbetaling van de gemaakte kosten wordt aan de eigenaar toegekend (*Jurisclasseur civil*, art. 605-616, nr. 44). Het vonnis van Andenne is in overeenstemming met de zienswijze van laatstgenoemde auteurs.

54 – Naakte eigenaar en grove herstellingen. — Voor de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen rees nogmaals de vraag of de vruchtgebruiker de naakte eigenaar kan dwingen de grove herstellingen (art. 605-606 B.W.) te verrichten. Het antwoord was negatief (Rb. Antwerpen, 2 april 1968, *R.W.*, 1968-69, 227). Daardoor wordt de traditionele opvatting volgehouden die ook tot uiting kwam in het arrest van het hof van beroep te Brussel van 29 september 1959 (besproken in het vorig overzicht, nr. 55, *T.P.R.*, 1965, 89). In het voorgaande overzicht werd meteen betreurd dat de nieuwe stroming die bleek uit het arrest van het hof van beroep te Brussel van 6 juli 1957 (*Ann. not. enreg.*, 1958, 80) niet voortging. De uitleg schijnt wel te vinden in het feit dat de beslissing van 6 juli 1957 werd ingegeven door bijzondere omstandigheden (vgl. : Renard, Graulich et David, *Rev. trim. dr. civ.*, 1962, 228, nr. 14; — Vieujean, *R.C.J.B.*, 1966, 346, nr. 80).

In de rechtsleer treft men in feite drie standpunten aan. Een kleine minderheid verdedigde de mening dat de vruchtgebruiker een vordering bezit om de naakte eigenaar te dwingen tot het verrichten van de grove herstellingen (Laurent, VI, nr. 548; — Josserand, I, nr. 1890). De gangbare opinie daarentegen ontkent dit (o.m. : Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 202; —

Galopin et Wille, *Les biens, la propriété et les servitudes*, nr. 194; — Aubry, Rau et Esmein, II, nr. 440 en 443; — Beudant, IV, nr. 469; — Colin et Capitant, herwerkt door Julliot de la Morandière, II, nr. 301; — Planiol, Ripert et Picard, III, nr. 857; — Mazeaud, *Leçons*, II, nr. 1668 en 1681; — *Jurisclasseur civil*, art. 605-616, nr. 85, 91 en 96 (geel complement); — Marty et Raynaud, II, vol. 2, nr. 79). Tussenin staan De Page en Dekkers die van oordeel zijn dat de argumenten voor en tegen, elkaar compenseren, maar dat om economische redenen een oplossing ten gunste van de vruchtgebruiker moet worden gevonden, in die zin dat zoals voor de buitengewone lasten (art. 609 B.W.) de naakte eigenaar het kapitaal moet leveren en de vruchtgebruiker de interesten betalen (De Page et Dekkers, VI, nr. 348). In het vonnis van de rechtbank te Antwerpen wordt de zienswijze van De Page en Dekkers niet afgewezen (dat valt te onthouden!). Zij wordt integendeel vermeld, maar het vonnis voegt er onmiddellijk aan toe dat dergelijke oplossing *in casu* niet denkbaar was omdat ze onpraktisch was zowel voor de totaal onvermogende vruchtgebruikster als voor het groot aantal in onverdeeldheid zijnde naakte eigenaars.

55 – Verval wegens misbruik (Art. 618 B.W.) — Naar aanleiding van het arrest van het hof van beroep te Brussel van 30 mei 1961 (*J.T.*, 1962, 116; *Rec. gén.*, 1964, nr. 20.777) werd in het vorig overzicht reeds aangestipt dat de rechter een vrije beoordelingsmacht bezit om al dan niet het verval van het vruchtgebruik uit te spreken, rekening houdend met het belang van de naakte eigenaar als van de vruchtgebruiker voor wie het vruchtgebruik soms de enige bron van inkomsten is (zie nr. 56, *T.P.R.*, 1965, 90). Die opvatting werd nogmaals bekrachtigd door een arrest van hetzelfde hof van beroep (Brussel, 6 mei 1967, *Ann. not. enreg.*, 1967, 314; *J.T.*, 1967, 610; *Rev. prat. not.*, 1968, 107). *In casu* was de schade aan de gebouwen niet te wijten aan ouderdom, maar aan gemis van onderhoud. In tegenstelling met de lagere rechter was het hof van oordeel dat er geen fout was van aard om verval van het vruchtgebruik uit te spreken, aangezien het ging om een zeer oude en behoeftige vrouw, die niet bij machte was de nodige herstellingen te verrichten en die de naakte eigenaars zelfs door deurwaarder op de hoogte had gebracht van de slechte toestand van degebouwen. Die beslissing ligt in de lijn van de heersende rechtsleer (o.m.: De Page et Dekkers, VI, nr. 434 *in fine*; — Aubry, Rau et Esmein, II, nr. 448; — Colin et Capitant, herwerkt door Julliot de la Morandière, II, nr. 309; — Marty et Raynaud, II, vol. 2, nr. 81, 7°). Volgens de concrete omstandigheden zal de vruchtgebruiker dus al dan niet de sanctie van het verval oplopen (vgl.: Renard et Vieujean, *R.C.J.B.*, 1962, 268, nr. 121, met een voorbeeld van verval; — Vieujean, *R.C.J.B.*, 1966, 349, nr. 82 met het brusselse arrest van 30 mei 1961 dat geen verval toestond).

HOOFDSTUK VII

ERFDIENSTBAARHEDEN (1)

56 – AFLOOP VAN HET REGENWATER (ART. 640 B.W.). — Volgens artikel 640, derde lid mag de hogergelegen eigenaar de erfdienstbaarheid niet verzwaren. De vraag is dan : wanneer is er verzwaring van erfdienstbaarheid? In een vonnis van de vrederechter te Grivegnée wordt geen verzwaring erkend, wanneer de hogergelegen eigenaar zijn bedrijf of het tracé en de diepte van de voren wijzigt voor een landbouwexploitatie die gebeurt met mate en zoals het hoort (Vred. Grivegnée, 20 januari 1965, *Jur. Liège*, 1964-65, 175). Die beslissing beantwoordt aan de traditionele opvatting in rechtspraak en rechtsleer (Luik, 15 januari 1891, *Pas.*, 1892, II, 373 (2); — Luik, 22 december 1894, *Pas.*, 1895, II 129; — Rb. Verviers, 28 juni 1911, *Pas.*, 1912, III, 175; — Rb. Aarlen, 16 juli 1912, *Pas.*, 1913, III, 99; — De Page et Dekkers, VI, nr. 534, B; — Laurent, VII, nr. 370; — Galopin et Wille, *Les biens, la propriété et les servitudes*, nr. 302; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 268; — Planiol, Ripert et Picard, III, nr. 504).

Daarentegen werd wel verzwaring aangenomen, wanneer de hogergelegen eigenaar belangrijke grondaanvullingen op zijn erf had verricht en het afvloeiende water zand, olie en andere afvalstoffen meevoerde (Hrb. Brussel, 17 december 1965, *Jur. comm. Brux.*, 1966, 198). In het vonnis werd verwezen naar Rb. Brussel, 29 juni 1954 (*Rev. prat. not.*, 1955, 25). Evenwel valt aan te stippen dat in de noot bij het vonnis van 29 juni 1954 de genomen beslissing als te streng werd bekritiseerd (*l.c.*). *In casu* ging het om een grondverzakking door het in- en uitrijden van zware camions, zodat een waterpoel ontstond die bij hevige regen overvloeide.

De verzwaring is onvermijdelijk een feitenkwestie. Toch geloof ik dat de strekking om een zekere soepelheid te betonen ten opzichte van de hogergelegen eigenaar overheersend is (vgl. : De Page et Dekkers, VI, nr. 534).

Hoe men ook denkt over de oplossing die door de rechtbank van koophandel te Brussel in 1965 aan het hier besproken geval werd gegeven, zeker is dat de vordering van de lagergelegen eigenaar alleen betrekking kan hebben op het *bijkomende* water en niet op de natuurlijke afvloeiing. Dat wordt in het vonnis duidelijk gesteld, met verwijzing naar Cass., 19 december 1963 (reeds besproken in het vorig overzicht, nr. 60, *T.P.R.*, 1965, 92).

57 – AFPALING DOOR WIE? — Artikel 646 B.W. bepaalt dat de *eigenaar*

(1) Bij de bespreking van de erfdienstbaarheden wordt niet de logische indeling gevolgd, maar eenvoudig de volgorde van het B.W. Men denke aan de afpaling die veeleer als een attribuut van de onroerende eigendom wordt beschouwd en aan sommige wettelijke erfdienstbaarheden die tot het recht van medeëigendom behoren.

(2) In de *Pasicrisie* staat boven het arrest het jaartal 1892, maar aan het einde van de tekst wordt 1891 als datum aangegeven.

zijn nabuur kan verplichten tot afpaling. Algemeen wordt aangenomen dat ook personen die een ander zakelijk recht bezitten zich op dat artikel kunnen beroepen. De meningen lopen echter uiteen bij de vraag of dit geldt voor *alle* zakelijke gerechtigden, o.m. voor de hypothecaire schuldeisers en de titularissen van een erfdienstbaarheid. De vrederechter van Andenne heeft het recht van afpaling toegekend aan de hypothecaire schuldeiser (Vred. Andenne, 15 januari 1965, *Jur. Liège*, 1964-65, 272). Over de gebruiker, vruchtgebruiker, erfpachter en opstalhouder schijnt geen discussie te bestaan, maar niet zoveel auteurs hebben zich uitgesproken over de hypothecaire schuldeiser. Verscheidenen beperken zich ertoe naar de andere zakelijke rechten te verwijzen, zonder het vraagstuk van de hypotheek speciaal aan te raken (Laurent, VII, nr. 424; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 283; — R.P.D.B., *Complément* II, Tw. *Bornage*, nr. 18-31 en 45-49; — Josserand, I, nr. 1437*bis*, 2°). Enkelen vermelden uitdrukkelijk de hypothecaire schuldeiser (De Page et Dekkers, V, nr. 958; — Dekkers, *Handboek*, I, nr. 860), maar anderen schakelen hem even expliciet uit (A.P.R., Tw. *Afpaling*, nr. 23 en 27; — R.P.D.B., Tw. *Bornage*, nr. 18, tekst die niet meer voorkomt in R.P.D.B., *Complément* II, Tw. *Bornage*). Wellicht is het nuttig ook aan te stippen dat Demolombe het recht van afpaling aanvaardde voor wie een gebruikspand (*anti-chresis*) heeft, maar dat Aubry, Rau en Esmein er anders over dachten (Demolombe, XI, nr. 257; — Aubry, Rau et Esmein, II, nr. 183). Terloops mag worden vermeld dat voor de titularis van een erfdienstbaarheid het recht om de buurman tot afpaling te verplichten vaak is afgewezen (A.P.R., Tw. *Afpaling*, nr. 26; — Cass. fr., 27 oktober 1948, *Sir.*, 1949, I, 14; — Marty et Raynaud, II, vol. 2, nr. 257, noot 1; — Aubry, Rau et Esmein, II, nr. 183, met noot 15; — *Jurisclasseur civil*, art. 646, nr. 55).

58 – Afpaling en oude tekens. — Door de vrederechter van Jumet werd gevonnist dat bij gebrek aan tegensprekelijke akte van afpaling oude tekens niet als palen kunnen beschouwd worden; deze tekens gelden alleen als elementen van beoordeling die evenwel niet opwegen tegen de besluiten van een deskundige (Vred. Jumet, 17 februari 1965, *T. vred.*, 1966, 147 *R.J.I.*, 1968, nr. 4535). Deze beslissing sluit aan bij de heersende mening (De Page et Dekkers, V, nr. 960 *in fine*; — A.P.R., Tw. *Afpaling*, nr. 15; — R.P.D.B., *Complément* II, Tw. *Bornage*, nr. 38, 39 en 73).

59 – Afpaling en revindicatie. — Het is nodig onderscheid te maken tussen de vordering tot afpaling en de revindicatie. Algemeen wordt aangenomen dat de vordering tot afpaling alleen betrekking heeft op de duidelijke vaststelling van de grenzen tussen twee erven, terwijl de revindicatie een aanspraak inhoudt op het eigendomsrecht van een welbepaalde en duidelijk afgelijnde strook grond (A.P.R., Tw. *Afpaling*, nr. 47, 48 en 52; — De Page et Dekkers, V, nr. 965; — Dekkers, *Bornage et revendication*, noot bij Cass., 29 mei 1959, *R.C.J.B.*, 1960, 34-40; — Laurent, VII, nr. 433 en 434; — R.P.D.B., Tw. *Bornage*, nr. 4, 24 en 28, 1°; — R.P.D.B.,

Complément II, Tw. *Bornage*, nr. 13-15 en 85-87; — P.B., Tw. *Bornage*, nr. 144; — Planiol, Ripert et Picard, III, nr. 432; — Aubry, Rau et Esmein, II, nr. 181; — Mazeaud, *Leçons* II, nr. 1355; — Renard, *R.C.J.B.*, 1957, 147, nr. 52; — Renard et Vieujean, *R.C.J.B.*, 1962, 239, nr. 103; — Vieujean, *R.C.J.B.*, 1966, 314, nr. 59). In die zin werd beslist dat het om een revindicatie ging (Vred. Fexhe-Slins, 8 december 1965, *Jur. Liège*, 1965, 66, 199). Om dezelfde reden werd gevonnist dat er geen sprake was van revindicatie, maar van grensafbakening (Vred. Sint-Joost-ten-Noode, 12 juni 1964, *T. vred.*, 1964, 335).

Wellicht is het nuttig te wijzen op twee materiële vergissingen. Glansdorff keurt het vonnis van de vrederechter van Fexhe-Slins goed en verwijst daarbij naar De Page en Dekkers, VI, nr. 132 (Glansdorff, *J.T.*, 1968, 1, nr. 8). Op de plaats van die referentie wordt het hier besproken vraagstuk echter niet behandeld. In het vonnis van de vrederechter van Sint-Joost-ten-Noode — zoals het staat afgedrukt in *T. vred.*, 1964, 339 — wordt verwezen naar De Page, V, nr. 842. In feite gaat het om nr. 965, blz. 842.

60 – Afpaling en gemene haag. — Wanneer er tussen twee erven een haag staat, rijst de vraag of de vordering tot afpaling nog kan worden ingesteld. Het antwoord luidt ontkennend, indien het gaat om een gemene haag; maar voor die gemeenheid moet vooraf worden bewezen dat de haag op de scheidingslijn werd aangebracht krachtens een vonnis of krachtens een overeenkomst tussen de aanpalende eigenaars (Vred. Sint-Joost-ten-Noode, 12 juni 1964, *T. vred.*, 1964, 335). Dat is de heersende mening (Cass., 8 juni 1911, *Pas.*, 1911, I, 330; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 341; — De Page et Dekkers, V, nr. 960 en 1214; — Laurent, VII, nr. 419; — A.P.R., Tw. *Afpaling*, nr. 15 en 17; — R.P.D.B., Tw. *Bornage*, nr. 15 en 41; — R.P.D.B., *Complément* II, Tw. *Bornage*, nr. 38 en 39; — Vieujean, *R.C.J.B.*, 1966, 339, nr. 71; — Planiol, Ripert et Picard, III, nr. 433; — *Jurisclasseur civil*, art. 646, nr. 39 en 48).

61 – Gemene muur : geen erfdienstbaarheid. — Door het hof van beroep te Brussel werd beslist dat de muurgemeenheid geen echte erfdienstbaarheid is, maar een zaak van medeëigendom (Brussel, 24 oktober 1964, *Pas.*, 1965, II, 221; *Rec. gén.*, 1968, nr. 21.170; *Rev. prat. not.*, 1967, 252; *R.J.I.*, 1967, nr. 4359). Die opvatting wordt algemeen aangenomen (De Page et Dekkers, V, nr. 1182; — Dekkers, *Handboek*, I, nr. 1022; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 316 en 317; — De Beus, *Overzicht van het burgerlijk recht*, nr. 502; — *Jurisclasseur civil*, art. 637-639, nr. 44; — Marty et Raynaud, II, vol. 2, nr. 261).

62 – Niet-gebruik van gemene muur. — Hetzelfde arrest besliste eveneens dat de muurgemeenheid, aangezien ze geen erfdienstbaarheid is, niet verloren gaat door niet-gebruik. Ook dat schijnt de gangbare mening te zijn (Galopin et Wille, *Les biens, la propriété et les servitudes*, nr. 248; — Planiol, Ripert et Picard, III, nr. 894; — Colin et Capitant, herwerkt door

Julliot de la Morandière, II, nr. 194; — impliciet De Page et Dekkers, V, nr. 1249). Aan te stippen valt dat in de *Pasicrisie* een zetfout is geslopen. Er staat namelijk : *mitoyennité — ne se perd* que *par le non-usage*. Het is evident : *ne se perd* pas *par le non-usage*.

63 – GEMEENMAKING : ONVOORWAARDELIJK RECHT. — Voor het hof van beroep te Brussel riepen de appellanten in dat de tegenpartij de gemeenmaking had gevorderd met het boos opzet hun het venster te ontnemen dat onontbeerlijk was voor de verlichting van hun schrijnwerkerij. Het hof antwoordde dat het recht van de eigenaar om de gemeenmaking te vragen onvoorwaardelijk is en dat hij nooit verantwoording verschuldigd is (Brussel, 30 oktober 1964, *Ann. not. enreg.*, 1965, 77; *J.T.*, 1964, 705; *Pas.*, 1965, II, 232; *Rev. prat. not.*, 1965, 54). Zoals reeds werd opgemerkt in het voorgaande overzicht (zie nr. 62, *T.P.R.* 1965, 92), is dat de gangbare mening. Het recht om de gemeenmaking te vorderen overeenkomstig artikel 661 B.W. wordt als een absoluut recht, *un droit non causé* beschouwd (Cass. fr., 11 mei 1925, *Sir.*, 1926, I, 22; — Cass. fr., 3 juni 1950, *D.P.*, 1950, *Jur.*, 195; — Gent, 17 juli 1895, *Pas.*, 1896, II, 39; — Vred. Luik, 16 september 1961, *Jur. Liège*, 1961-62, 24; — De Page, I, nr. 113; — De Page et Dekkers, V, nr. 1194, 2°; — Laurent, VII, nr. 505; — R.P.D.B., Tw. *Servitudes*, nr. 287; — Josserand, *De l'esprit des droits*, nr. 19 en 306; — Josserand, *Cours de droit civil*, I, nr. 165; — *Jurisclasseur civil*, art. 653-662, nr. 70; — Aubry, Rau et Esmein, II, nr. 362, met noten 74 en 75; — Marty et Raynaud, II, vol. 2, nr. 265; — Planiol, Ripert et Picard, III, nr. 312). De minderheidsopvatting neemt dat niet aan (Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 321 en 322; — Gent, 22 juni 1907, *Pas.*, 1907, II, 313). Tegen de gangbare mening in zou ik in elk geval het *malitiis non est indulgendum*-beginsel, de theorie van het rechtsmisbruik toepassen (vgl. : Galopin et Wille, nr. 326).

64 – VERMOEDEN VAN MUURGEMEENHEID. — Door rechtspraak en rechtsleer wordt artikel 653 B.W. zo geïnterpreteerd dat een muur die aan *beide* eigenaars baat brengt wordt vermoed gemeen te zijn in de mate dat hij voor hen nuttig is (Vred. Messancy, 23 februari 1966, *Jur. Liège*, 1967-68, 314). Dat is inderdaad de *opinio communis* (zie o.m. : De Page et Dekkers, V, nr. 1212, B, blz. 1073 en nr. 1213, a), blz. 1073-1074; — Dekkers, *Handboek*, I, nr. 1044 en 1045; — Renard, *R.C.J.B.*, 1957, 151, nr. 57; — *Jurisclasseur civil*, art. 653-662, nr. 21; — Aubry, Rau et Esmein, II, nr. 357).

65 – RECHT VAN MEDEËIGENDOM LATEN VAREN (ART. 656 B.W.). — Na het afbreken van een krotwoning, die niet meer beantwoordde aan de stedelijke voorschriften, liet de eigenaar ervan zijn recht van medeëigendom op de gemene muur varen krachtens artikel 656 B.W. Door die afbraak werd de gemene muur, die van leem was, een buitenmuur die sedertdien aan slechte weersomstandigheden werd blootgesteld. De andere eigenaars

van de gemene muur riepen in dat de stevigheid van de muur in gevaar werd gebracht. Daarom vorderden zij werken, op kosten van hem die de krotwoning had afgebroken, ten einde de lemen scheidingsmuur aan te passen en te beveiligen. De eerste rechter willigde die eis in. Door de burgerlijke rechtbank te Brussel werd het vonnis evenwel op dat punt vernietigd (Rb. Brussel, 29 mei 1967, *R.W.*, 1967-68, 2063). Volgens de rechtbank had de afbrekende medeëigenaar eenvoudig zijn recht van eigendom uitgeoefend en was het nadeel niet te wijten aan een fout, maar aan de aard zelf van de muur.

Het geval is bijzonder interessant. Het wil mij voorkomen dat de eerste rechter gelijk had.

Algemeen wordt aangenomen dat de medeëigenaar het recht om van de gemene muur afstand te doen verbeurt indien hij een *fout* begaat die herstellingen noodzakelijk maakt (De Page et Dekkers, V, nr. 1247, 2°; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 329, 1°; — Laurent, VII, nr. 549; — R.P.D.B., Tw. *Servitudes*, nr. 381 en 398; — Nov., *Droit civil*, III, nr. 1094, 2°; — Galopin et Wille, nr. 344, 2°; — Aubry, Rau et Esmein, II, nr. 358; — Colin et Capitant, herwerkt door Julliot de la Morandière, II, nr. 201, 2°; — Marty et Raynaud, II, vol. 2, nr. 274 *in fine*; — Vieujean, *R.C.J.B.*, 1966, 339, nr. 72; — Rb. Gent, 13 juni 1963, *R.W.*, 1963-64, 1173).

De vraag is dan in welke omstandigheden het schuldelement voorhanden is. In dat opzicht zijn enkele franse arresten belangwekkend (Cass. fr., 16 december 1863, *D.*, 1864, I, 109; — Paris, 27 november 1877, *D.*, 1879, II, 21; — Rouen, 18 februari 1958, *Gaz. Pal.*, 1958, II, 52). Het arrest van Rouen is bijzonder leerrijk, aangezien de feitelijke omstandigheden treffend gelijken op de gegevens van het hier besproken vonnis. Op bevel van de gemeentelijke overheid werd een huis dat tegen de gemene muur aanleunde afgebroken. De afbrekende eigenaar werd aansprakelijk geacht, omdat hij niet vooraf op tegensprekelijke wijze had nagegaan of het gebouw van de buurman nog op die muur zou kunnen blijven steunen, zelfs waneeer de muur door gebreken was aangetast. Het arrest van Rouen vond bij sommige auteurs bijval (Aubry, Rau et Esmein, II, nr. 358, tekst met noot 33; — Solus, H., *Rev. trim. dr. civ.*, 1958, 637, nr. 4; — de noot bij Rouen, 18 februari 1958, *Gaz. Pal.*, 1958, II, 52).

Wat meer is, in de drie voormelde franse arresten wordt gesteld dat het recht van afstand, dat door artikel 656 B.W. werd toegekend, slechts bestaat wanneer eerst de door de afbraak veroorzaakte schade wordt hersteld ofwel wanneer de afbrekende eigenaar vooraf de verplichting op zich neemt de nodige werken te zullen uitvoeren.

Men zou kunnen aanvoeren dat in de zaak van Rouen de stevigheid van de muur in het gedrang werd gebracht, terwijl volgens het brusselse vonnis het niet blijkt dat de stevigheid van het aangrenzende huis of zelfs van de scheidingsmuur in gevaar kwam. Nochtans geloof ik dat de rechtbank te Brussel de aansprakelijkheid van de afbrekende medeëigenaar wat te eng heeft gezien. Haar redenering lijkt me de volgende te zijn. De eiser acht de buurman schuldig omdat laatstgenoemde door zijn afbraak de

lemen muur heeft blootgesteld aan weersomstandigheden, die de stevigheid van de muur in gevaar brengen. Welnu, dat nadeel is eenvoudig te wijten aan de aard zelf van de muur. Bijgevolg is er geen foutieve gedraging en dus ook geen verplichting om enig werk of herstellingen uit te voeren. Ik zou echter menen dat in de gegeven omstandigheden de stevigheid van de gemene muur wel degelijk in gevaar werd gebracht. Maar de rechtbank ziet het blijkbaar anders. Volgens haar wordt de stevigheid alleen maar aangetast, als de afbraak op foutieve wijze geschiedt, bv. door beschadiging van de muur. M.i. brengt men hem reeds in gevaar door van de lemen binnenmuur een buitenmuur te maken die aan het slechte weder blootstaat. Het hof van beroep te Rouen zou, me dunkt, de zaak hebben beslecht in de zin van de eerste rechter.

66 – VERPLICHTE KOOP VAN DE GEMEENHEID BUITEN ARTIKEL 663 B.W. ? — In het vorig overzicht werd ruime aandacht besteed aan de vraag of de onrechtmatige ingebruikneming van een niet-gemene muur aan de volle eigenaar van die muur het recht verleent om de *usurpator* te dwingen tot verplichte koop, m.a.w. tot betaling van de gemeenheid (zie vorig overzicht, nr. 63-65, *T.P.R.*, 1965, 93-95). De meningen zijn erg verdeeld. De leidende belgische rechtspraak aanvaardt een *verplichting* tot gemeenmaking, indien de wil om de muur gemeen te maken is gebleken uit het gebruik van de niet-gemene muur (zo o.m. : Cass., 26 april 1957, *Pas.*, 1957, I, 1015). Dit betekent dat men de voorkeur geeft aan betaling voor de muurgemeenheid boven afbraak, wat de normale sanctie zou zijn in geval van usurpatie (in dezelfde zin : Mazeaud, *Leçons*, II, nr. 1321 ; — Aubry, Rau et Esmein, II, nr. 364, noot 86 ; — Marty et Raynaud, II, vol. 2, nr. 266, a). Vele anderen zijn van mening dat in principe de koop van de muurgemeenheid niet verplicht is, maar door een *omweg* komen ze meestal tot hetzelfde resultaat (o.m. : De Page et Dekkers, V, nr. 1202 ; — Renard et Vieujean, *R.C.J.B.*, 1962, 256, nr. 111 ; — Colin et Capitant, herwerkt door Julliot de la Morandière, II, nr. 204 ; — Planiol, Ripert et Picard, III, nr. 318 ; — zie ook : vorig overzicht, nr. 64, *T.P.R.*, 1965, 94). Wanneer de volle eigenaar de *usurpator* voor de keuze stelt : de ingebruikneming doen ophouden ofwel ze in stand houden tegen betaling van de muurgemeenheid, heeft men *onrechtstreeks* dezelfde uitkomst.

Hoe het ook zij, steeds blijft de vraag of *elk* gebruik van de muur tot gemeenmaking kan leiden, m.a.w. of een *bepaalde* handeling geldt als een daad van ingebruikneming die de wil tot gemeenmaking laat vermoeden. Ook daaromtrent bestaat heel wat controverse (vgl. : vorig overzicht, nr. 65, *T.P.R.*, 1965, 94 ; — Renard et Vieujean, *R.C.J.B.*, 1962, 256-257, nr. 111 ; — Vieujean, *R.C.J.B.*, 1966, 333-335, nr. 67). Renard en Vieujean leggen alle nadruk op de *wil* tot gemeenmaking ; volgens hen is het onderscheid tussen lichte en zware ingebruikneming (*emprise grave ou légère*) niet dienend. Nochtans wordt in rechtspraak en rechtsleer in ruime mate rekening gehouden met het feitelijk element, met de ernst van het gebruik. Dan nog lopen de meningen uiteen. Is voor de vermoede wil

tot gemeenmaking nodig dat men de muur tot *steun* heeft gebruikt? Sommigen menen van wel (o.m. : Marty et Raynaud, II, vol. 2, nr. 266, a), maar die zienswijze lijkt toch wat te beperkend (zie o.m. : Cass. fr., 21 december 1964, *D.*, 1965, *Somm.*, 58; *J.C.P.*, 1965, II, 14.137; — Toulouse, 15 december 1965, *Gaz. Pal.*, 1966, I, 273; — *Jurisclasseur civil*, art. 653-662, nr. 74, roos complement). Met de nieuwe bouwtechniek moet inderdaad rekening worden gehouden.

In de gepubliceerde belgische rechtspraak van de jongste periode werd tweemaal het probleem gesteld of er inbezitneming was. De rechtbank te Brussel besliste dat er in de gegeven omstandigheden wel degelijk gebruik van de muur was (Rb. Brussel, 19 maart 1963, *R.J.I.*, 1966, nr. 4219). *In casu* had de buurman een dunne muur opgericht naast de bestaande zonder enige vrije ruimte te laten. De rechtbank beschouwde dat als ingebruikneming om twee redenen : 1) het was eigenlijk een verbreding van de eerste muur; 2) de buurman gebruikte die muur om meer warmte en een betere geluiddemping te verkrijgen. Het vonnis is zonder twijfel een uiting van de strekking om vrij gemakkelijk aan te nemen dat er gebruik van de niet-gemene muur is geweest. Voor het vredegerecht te Beringen lagen de omstandigheden anders, zodat geen inbezitneming werd aangenomen (Vred. Beringen, 12 januari 1968, *R.W.*, 1967-68, 1934). De aanpalende eigenaar had in dit geval een afzonderlijke zijgevel opgericht. Volgens de vrederechter had die buurman daardoor duidelijk zijn wil te kennen gegeven dat hij de gemeenheid niet wilde verwerven. Dat schijnt me een juist standpunt te zijn. Nochtans waren er in het vonnis enkele overwegingen die een stap verder gaan. Het vonnis luidde aldus : „Overwegende dat zelfs de omstandigheid dat de muren elkaar zouden raken of dat er zekere werken aan het dak zijn uitgevoerd geworden om te beletten dat water tussen de twee muren zou doordringen, alsmede de omstandigheid dat het bestaan van de ene muur onrechtstreeks voordeel kan opleveren voor de eigenaar van de andere, omdat de muur daardoor minder aan regen, vochtigheid of wind is blootgesteld, niet tot gevolg heeft dat de verweerster bezit heeft genomen van de betwiste muur of er gebruik van maakt". Alles wel beschouwd, geloof ik dat de beslissing van de vrederechter kan worden goedgekeurd, maar het blijkt toch meteen hoe subtiel de feitelijke gegevens moeten worden afgewogen, want in het brussels vonnis werd, zij het in de tweede plaats, belang gehecht aan het voordeel van grotere warmte en betere geluiddemping.

67 – Gedeeltelijke verwerving van muurgemeenheid. — Wanneer de eigenaar van een aan een muur palend erf de gemeenmaking van die scheidsmuur verlangt, moet hij die nemen en betalen, zoals die is; van die billijke regel kan alleen maar worden afgeweken, indien de muur was gebouwd op een wijze die de gebruikelijke stevigheidsnormen merkelijk overtreft wegens de gril van een excentrieke eigenaar (Vred. Kontich, 19 december 1967, *T. vred.*, 1968, 214, met interessante noot van R.J., de vrederechter zelf).

Wat de hoogte en de lengte van de muur betreft, wordt de gedeeltelijke verwerving van de gemeenheid doorgaans aangenomen, maar inzake de dikte en de diepte bestaat er geen eensgezindheid. Af en toe werd voor het laatste probleem de gedeeltelijke gemeenmaking volledig afgewezen (o.m. : Demolombe, XI, nr. 362 ; — Pardessus, *Traité des servitudes*, nr. 155 ; — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des biens*, nr. 956 ; — zie ook Renard, *R.C.J.B.*, 1957, 148, nr. 54, b ; — Renard et Vieujean, *R.C.J.B.*, 1962, 258, nr. 113). Nochtans wordt meestal aanvaard dat de buurman de *buitengewoon* dikke muren slechts gedeeltelijk zou overnemen (Cass., 27 maart 1884, *Pas.*, 1884, I, 87 ; — Cass. fr., 27 februari 1939 ; *D.H.*, 1939, 226 ; *Gaz. Pal.*, 1939, I, 814 ; — De Page et Dekkers, V, nr. 1197, blz. 1061, noot 1 ; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 320, d ; — R.P.D.B., Tw. *Servitudes*, nr. 323 ; — Laurent, VII, nr. 511 ; — *Jurisclasseur civil*, art. 653-662, nr. 85). Het vonnis van het vredegerecht te Kontich is een exponent van deze strekking.

Zou men nog verder kunnen gaan en ook in *gewone* omstandigheden de gedeeltelijke gemeenmaking aanvaarden ? Ja, zegt een vonnis van de burgerlijke rechtbank te Antwerpen ; men moet slechts het nuttig deel van de dikte van de muur overnemen (Rb. Antwerpen, 6 december 1965, *R.W.*, 1965-66, 1447 ; — Glansdorff vermeldde ten onrechte de rechtbank *van koophandel*, *J.T.*, 1968, 4, nr. 22). In feite was een vroeger bestaande muur in betonplaten vervangen door een gemetste muur. De buurman kon medeëigenaar worden voor een dikte die overeenkomt met de prijs van een betonnen afsluiting. Het vonnis beriep zich voor die oplossing op De Page, V, nr. 1197 en noot en op R.P.D.B., Tw. *Servitudes*, nr. 223 (zetfout voor 323). Dat is zeker niet juist, want in beide werken wordt de nadruk gelegd op de *buitengewone* omstandigheden (De Page et Dekkers, althans in de *noot* bij nr. 1197). Weliswaar hebben enkele auteurs een algemene formulering gebruikt (De Page et Dekkers, V, nr. 1197, *tekst* ; — Dekkers, *Handboek*, I, nr. 1038 ; — Aubry, Rau et Esmein, II, nr. 362, met noot 66). De vraag is echter of zij werkelijk de bedoeling hadden zover te gaan, want zij verwijzen naar rechtspraak die deze oplossing beperkt tot de gevallen van buitengewone dikte. In elk geval beantwoordt het vonnis niet aan de gangbare mening.

Dit vonnis doet nog een andere bedenking rijzen. De kosten worden beperkt tot de prijs van een *betonnen* afsluiting. Komt een afsluiting in betonplaten echter in aanmerking voor de gemeenmaking ? Dat is omstreden (vgl. : Renard, *R.C.J.B.*, 1957, 149, nr. 54, c en 156, nr. 69). Als het inderdaad een *muur* zou moeten zijn, kan men dan beperken tot de prijs van betonplaten ?

68 – Prijs voor de gemeenmaking (Art. 661 B.W.). — Door de vrederechter te Anderlecht werd terecht beslist dat de prijs moet worden bepaald volgens de dag waarop de procedure werd ingesteld en niet op het ogenblik van de expertise die vier jaar later plaats had (Vred. Anderlecht, 22 april 1968, *R.J.I.*, 1968, nr. 4496). Het is inderdaad zo dat de prijsbepaling dient

te geschieden naar het ogenblik van de dagvaarding en niet naar het ogenblik van het bouwen of van de ingebruikneming van de muur (De Page et Dekkers, V, nr. 1197, 1198 en 1205). In hetzelfde vonnis werd ook gezegd dat, ondanks de inbezitneming, men minder moet betalen wegens de slechte staat van de muur, aangezien de inbezitneming geen verzaking van recht inhoudt ten aanzien van de gebreken van die muur. Dat schijnt me een logische oplossing. Indien de *usurpator* eerst tot gemeenmaking wordt verplicht door de weigering te verzaken, is het normaal op dat ogenblik de waarde te bepalen (vgl. boven, nr. 66 en ook : vorig overzicht, nr. 64, *T.P.R.*, 1965, 94).

69 – AFSTAND VOLGENS ARTIKEL 656 B.W. IN STEDEN EN VOORSTEDEN ? — In het voorgaande overzicht werd aangetoond dat de meningen hieromtrent erg verdeeld zijn, ook in de belgische rechtspraak (zie vorig overzicht, nr. 66, *T.P.R.*, 1965, 95). Franse cassatiearresten en enkele auteurs zagen in artikel 656 B.W. een bepaling met algemene draagkracht, zodat men zich door afstand te doen van de helft van de grond zou kunnen bevrijden van de door artikel 663 B.W. voorgeschreven verplichting om bij te dragen tot het bouwen van de gedwongen afsluiting in steden en voorsteden (Cass. fr., 3 december 1862, *Sir.*, 1863, I, 33 ; — Cass. fr., 7 november 1864, *Sir.*, 1864, I, 506 ; — Cass. fr., 7 januari 1874, *D.P.*, 1874, I, 480 ; — Cass. fr., 26 juli 1882, *D.P.*, 1883, I, 342 ; — De Page et Dekkers, V, nr. 1248 ; — Aubry, Rau et Esmein, II, nr. 188, met noot 10 en 358, met noot 29 ; — Josserand, I, nr. 1444 ; — Fréjaville, M., *La clôture forcée, D.H.*, 1934, *chroniques*, 77-80). Daartegenover staat de grote meerderheid van de belgische en franse rechtsgeleerden die de voorkeur geven aan artikel 663 B.W. boven 656 (Dekkers, *Handboek*, I, nr. 1058, c ; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 329, 2° (1) ; — R.P.D.B., Tw. *Servitudes*, nr. 472 ; — Nov., *Droit Civil*, III, nr. 971 ; — Laurent, VII, nr. 502 ; — Galopin et Wille, nr. 319 ; — Renard et Vieujean, *R.C.J.B.*, 1962, 277, nr. 128 ; — Vieujean, *R.C.J.B.*, 1966, 358, nr. 91 ; — Jacobs, R., *Over de mogelijkheid tot neutralisering via artikel* 656 *B.W. van het door artikel* 663 *B.W. bedoelde vermogen, R.W.*, 1966-67, 1209 ; — Demolombe, VI, nr. 379 ; — Planiol, Ripert et Picard, III, nr. 311 ; — Colin et Capitant, herwerkt door Julliot de la Morandière, II, nr. 201, 3° ; — Marty et Raynaud, II, vol. 2, nr. 274). Zelf heb ik me trouwens bij de laatste zienswijze aangesloten (vorig overzicht, nr. 66, *T.P.R.*, 1965, 95).

Op dit ogenblik schijnt de belgische rechtspraak evenwel te opteren voor de mogelijkheid van afstand volgens artikel 656 B.W. (Cass., 8 februari 1968, *T. vred.*, 1968, 228 ; *Jur. Liège*, 1967-68, 225 ; *R.J.I.*, 1968, nr. 4452 ; — Rb. Luik, 29 september 1966, *J.T.*, 1967, 62 ; *Jur. Liège*, 1966-67, 35 ; *Rev. prat. not.*, 1967, 98).

(1) In de uitgave van 1946 verdedigde Kluyskens nog de tegenovergestelde mening in nr. 296, 2°, maar in de uitgave van 1953 noemde hij die stelling *tegenwoordig verlaten* (nr. 296, 2°).

In feite werd dezelfde zaak driemaal voor het gerecht gebracht. De omstandigheden waren de volgende. De V.Z.W. *Evêché de Liège* had een vroegere bakkerij gekocht om op dat terrein een schoolgebouw uit te breiden. Tussen dit eigendom en dat van de aanpalende buurman was er alleen een haag in slechte staat. De V.Z.W. eiste krachtens artikel 663 B.W. dat de buurman 87.500 frank zou betalen als bijdrage tot de verplichte afsluiting. De buurman beriep zich op artikel 656 B.W. en bood de afstand aan van een strook van 15 cm. over de volle lengte van de scheidingslijn. De vrederechter te Luik willigde de eis van de V.Z.W. in, m.a.w. verkoos artikel 663 boven 656 (Vred. Luik, 9 september 1965, *T. vred.*, 1966, 109; *Ann. not. enreg.*, 1966, 132; *R.J.I.*, 1966, nr. 4241). In beroep werd dit vonnis vernietigd door de burgerlijke rechtbank te Luik. Het hof van cassatie bekrachtigde de zienswijze van de burgerlijke rechtbank.

De burgerlijke rechtbank en daarna het hof van cassatie hebben hun opvattingen aan Fréjaville ontleend. Men gaat uit van de gedachte dat het voorschrift van artikel 663 B.W. niet tot de openbare orde behoort. Men beschouwt de verplichting van artikel 663 B.W. als „*une obligation de voisinage, fondée sur une présomption d'utilité commune du mur à construire*" Cass., 8 februari 1968) ofwel als „*fondée sur l'épanouissement harmonieux des intérêts privés entre voisins*" (Rb. Luik, 29 september 1966). Aangezien in dit geval de muur niet wordt gebouwd in beider belang, maar „*principalement pour des motifs qui lui sont personnels et qui le laisseront seul bénéficiaire de l'opération*", kan de eiser zijn buurman niet verplichten op grond van artikel 663 B.W.

Het feit dat de buurman zou verplicht zijn 87.500 frank te betalen als bijdrage in de kosten van de muur heeft voorzeker een rol gespeeld. Men kan zich inderdaad afvragen of het wel billijk is dat in steden en voorsteden de ene eigenaar de andere plots tot hoge uitgaven kan dwingen. Maar praten we zo niet veeleer *de lege ferenda* dan over de toepassing van de bestaande teksten, de artikelen 656 en 663 B.W. (vgl. : Jacobs, R., *o.c.*, *R.W.*, 1966-67, 1212)? Er valt m.i. toch heel wat te zeggen voor de leer die aan artikel 663 B.W. de voorrang verleent.

Het is juist dat artikel 663 B.W. niet tot de openbare orde behoort (Cass., 8 januari 1914, *Pas.*, 1914, I, 52; — De Page et Dekkers, V, nr. 1248; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 292). Daaruit kunnen we echter alleen afleiden dat de buren van dat voorschrift kunnen afwijken en bv. geen muur oprichten. Dat sluit niet in dat het recht om de buurman te verplichten tot een bijdrage in de kosten op losse schroeven komt. Het enige waardoor dat recht van artikel 663 B.W. zou kunnen aangetast worden, is het recht van de andere om afstand te doen van een strook grond (artikel 656 B.W.). Maar het wil me voorkomen dat de artikelen 656 en 663 op verschillende toestanden betrekking hebben. Artikel 663 geldt voor de gedwongen afsluiting; artikel 656 voor de vrije afsluiting. Artikel 656 geldt voor het herstellen en wederopbouwen van een bestaande muur; artikel 663 heeft betrekking op het bouwen en herstellen van een toekomstige muur. Daarenboven rijst de vraag : heeft de *verplichting* van

artikel 663 nog veel betekenis, indien men eraan ontsnappen kan door afstand te doen van wat terrein?

Ten slotte vraag ik me af of in het concrete geval slechts één buurman, nl. de V.Z.W. baat vond bij het bouwen van de muur. In het vonnis van de vrederechter lezen we: „*Attendu que la demanderesse a acquis la propriété joignant celle des défendeurs pour étendre des locaux scolaires. Or on voit mal les cours des deux propriétés restant séparées comme elles le sont actuellement, uniquement par une haie en ligustrums caduque par endroits, constituer un obstacle suffisant pour une jeunesse turbulente qui aurait tôt fait d'incommoder les défendeurs...*" Dus was de muur blijkbaar ook een voordeel voor de eigenaar naast de school. Het is me niet duidelijk waarop men zich in feite gesteund heeft om zo sterk te affirmeren dat de muur werd opgericht „*pour des motifs qui lui sont personnels et qui le laisseront seul bénéficiaire de l'opération*". Het enige wat men kan zeggen is dat het voor de buurman van de school een zware last betekent. Vandaar de vraag *de lege ferenda*...

70 – VOORBEHOUD VAN MUURGEMEENHEID. — In het vorige overzicht werd erop gewezen dat in rechtspraak en rechtsleer de meningen uiteenlopen omtrent de vraag of het voorbehoud van muurgemeenheid een zakelijk recht ofwel een persoonlijk vorderingsrecht is (vorig overzicht, nr. 47, *T.P.R.*, 1965, 83). De burgerlijke rechtbank te Brugge opteerde voor de opvatting van het persoonlijk vorderingsrecht (Rb. Brugge, 10 oktober 1964, *R.W.*, 1964-65, 880; *Rec. gén.*, 1965, nr. 20.838; *R.J.I.*, 1965, nr. 4135; — zie ook Vieujean, *R.C.J.B.*, 1966, 334, nr. 68).

In de bestudeerde periode treft men eveneens twee vonnissen aan die uitdrukkelijk verklaren dat er in de gegeven omstandigheden geen voorbehoud van muurgemeenheid was (Rb. Brussel, 22 juni 1964, *Pas.*, 1966, III, 39; *Rec. gén.*, 1967, nr. 21.006; — Vred. Brussel, 27 juli 1967, *R.J.I.*, 1967, nr. 4360).

71 – SCHOORSTEEN IN GEMENE MUUR. — Door de vrederechter te Nijvel werd beslist dat de schoorsteen in een gemene muur niet noodzakelijk gemeen is en dat de medeëigenaar die daarvan het uitsluitend gebruik heeft voor het onderhoud en het herstel moet zorgen (Vred. Nijvel, 22 november 1967, *R.J.I.*, 1968, nr. 4503; *Rec. jur. Niv.*, 1968, 100). Renard heeft destijds geschreven dat de muur in zijn geheel, met inbegrip van de schoorsteen, gemeen is (Renard, *R.C.J.B.*, 1953, 239, nr. 53). Sedert het cassatiearrest van 15 maart 1962 (*R.W.*, 1962-63, 1575) is die stelling moeilijk houdbaar (vgl. : Vieujean, *R.C.J.B.*, 1966, 335, nr. 70). In die zin is het vonnis van het vredegerecht te Nijvel een logische beslissing.

72 – HOOG- EN LAAGSTAMMIGE BOMEN. — Overeenkomstig artikel 35 van het Veldwetboek moet voor hoogstammige bomen een afstand van 2 m. en voor laagstammige een afstand van 0,50 m. worden bewaard. Men is het erover eens dat de hoog- of laagstammige aard van de bomen een feitenkwestie is die door de rechtbanken dient beslecht te worden. De

meningen lopen echter uiteen wanneer het erop aankomt te weten wat hoogstammig en wat laagstammig is.

Volgens een eerste mening die heel wat aanhangers heeft moet men zich laten leiden door de aard of soort van de boom; een jonge eik of wilg die een hoogte van 3 à 4 m. zal bereiken is hoogstammig (Vred. Beaumont, 15 november 1873, *Pas.*, 1874, III, 66, met noot; — Vred. Frasnes-lez-Buissenal, 20 november 1933, *J.J.P.*, 1934, 257; *R.J.I.*, 1936, nr. 727; — Laurent, VIII, nr. 7; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 348; — R.P.D.B., Tw. *Droit rural*, nr. 266; — R.P.D.B., *Compl.* II, Tw. *Droit rural*, nr. 342, dat ten onrechte steunt op Nov., *Droit civil*, III, nr. 1242 en dat ook verwijst naar een vonnis van Vred. Ath, 20 november 1933, met als bronvermelding *J.J.P.*, 1934, 257, waarmee klaarblijkelijk Vred. Frasnes-lez-Buissenal wordt bedoeld). Daartegenover staat de opinie van hen die de voorkeur geven aan de feitelijke toestand van de bomen en de vereiste afstand afhankelijk maken van het uitzicht op *dit* ogenblik (Galopin et Wille, nr. 351; — De Page et Dekkers, VI, nr. 554; — Nov., *Droit civil*, III, nr. 1242).

De vrederechter te Beveren-Waas heeft eigenlijk een tussenoplossing verkozen (Vred. Beveren-Waas, 14 december 1965, *R.W.*, 1965-66, 1705). Uitdrukkelijk wordt gezegd dat het principe als zou de boomsoort determinerend zijn niet meer houdbaar is wegens de enorme ontwikkeling van de plantculturen. Dit betekent evenwel niet dat de vrederechter de thesis van Galopin (niet Calorin zoals in het *R.W.* staat) of van De Page en Dekkers onderschrijft. In het vonnis wordt eveneens gesteld : „dat inderdaad niet de plantontwikkeling op het ogenblik der vordering determinerend is, maar de normaal te verwachten ontwikkeling bij volle wasdom... uitgezonderd nochtans wanneer de aard der beplanting het verkrijgen van volle wasdom uitsluit wat bv. het geval is met bomen in boomkwekerijen of aanplantingen van coniferen voor de kerstboomverkoop". *In casu* ging het om een rij coniferen (*Thuja Occidentalis*) die reeds de hoogte van 2 m. overschreden. Zij werden als hoogstammig beschouwd wegens de te verwachten ontwikkeling.

De zienswijze van de vrederechter te Beveren-Waas verdient navolging. Men houdt rekening met de feitelijke toestand, doch niet alleen op het ogenblik van de vordering. Het is nodig ook de toekomstige wasdom in aanmerking te nemen, want de preventieve regeling van artikel 35 Veldwb. beoogt juist huidige of toekomstige hinder voor de buren te vermijden.

Nochtans blijft ook de mening voortleven dat de aard van de bomen beslissend is (Vred. Andenne, 16 juni 1967, *Jur. Liège*, 1968-69, 15).

Een andere vraag is : *quid* indien het gaat om een haag die bestaat uit hoogstammige bomen? Ook dat is omstreden. De vrederechter te Beveren-Waas was van oordeel dat de haag niets verandert aan het feit dat bomen hoog- of laagstammig zijn : „Overwegende dat zodra wordt vastgesteld dat een boom of bomen hoogstammig zijn het van elk belang ontbloot is, met betrek op de toegelaten plantafstand, of deze hoogstammen

afzonderlijk staan, zich in een haag bevinden of zelf haag vormen. De wettelijk voorgeschreven afstand voor hoogstammen zal in elk geval dienen geëerbiedigd". Die zienswijze vindt steun in R.P.D.B., Tw. *Droit rural*, nr. 266 *in fine* (niet 267 zoals in de gepubliceerde tekst van het vonnis staat). Op dit stuk verdient het soepeler standpunt van de vrederechter te Andenne echter de voorkeur (in dezelfde zin : R.P.D.B., *Compl.* II, Tw. *Droit rural*, nr. 282). De eigenaar van een erf had op een afstand van 0,90 m. *à* 1 m. een tuyahaag (*Thuja occidentalis pyramidalis compacta*) aangebracht. De buurman eiste de verwijdering van die hoogstammige bomen, aangezien daarvoor een afstand van 2 m. vereist is. Met Renier was de vrederechter van mening dat het gezond verstand de bovenhand moest houden, aangezien een haag niet mag worden gelijkgesteld met bomen die apart worden geplant. Vermits een tuyahaag gemakkelijk kan worden geknipt om ze beneden de hoogte van 1,40 m. en een dikte van 0,30 m. te houden, werd aangenomen dat een afstand van 0,50 m. voldoende was.

Voor het vredegerecht te Brussel werd beslist dat laagstammige bomen die toch hoger dan 2 m. opschieten vanaf die hoogte moeten gesnoeid worden (Vred. Brussel, 7 april 1966, *R.J.I.*, 1967, nr. 4319). Die oplossing vindt steun in R.P.D.B., *Compl.* II, Tw. *Droit rural*, nr. 342. Het is logisch dat de feitelijke toestand primeert. Maar zijn het *in casu* wel laagstammige bomen? De vrederechter ging uit van de gedachte dat deze soort laagstammig is. Die zienswijze werd hiervoor bekritiseerd.

73 – Muur in plaats van gemene haag. — Een eigenaar had de gemene haag tussen twee erven vervangen door een muur die werd gebouwd langs beide zijden van de scheidingslijn. De buurvrouw deed in 1927 deze eigenaar veroordelen om de muur af te breken en de haag te herstellen. De eigenaar brak inderdaad die muur af en bouwde er later een andere die op eigen terrein stond. De buurvrouw wenste ook de afbraak van de nieuwe muur. Terecht besliste het hof van cassatie dat het vonnis van 1927 slechts gericht was tegen de muur *over* de scheidingslijn en dat volgens artikel 34, derde lid van het Veldwetboek de eigenaar het recht had om tot aan de grens van de twee eigendommen een nieuwe muur te bouwen, onder voorbehoud van het herstel op eigen kosten van het deel van de haag dat zich op het naburige erf bevindt (Cass., 22 oktober 1964, *R.W.*, 1964-65, 1917; *Pas.*, 1965, I, 189; *R.J.I.*, 1966, nr. 4218).

74 – Argusblokken. — In het vorige overzicht werd aangetoond dat volgens de recente rechtspraak en rechtsleer glazen Argusblokken die doorschijnend, maar ondoorzichtig zijn, niet vallen onder de toepassing van de artikelen 676 en 677 B.W. aangaande de lichtopeningen in een niet-gemene scheidingsmuur (vorig overzicht, nr. 68, *T.P.R.*, 1965, 96). Anders dan het vonnis *a quo* van de vrederechter en ook anders dan het vonnis van de vrederechter te Messancy van 19 mei 1964 (zie : noot in *Jur. Liège*, 1964-65, 118) besliste de burgerlijke rechtbank te Tongeren

nogmaals dat rekening moet worden gehouden met de evolutie in de bouwtechniek en dat deze blokken die noch de kleuren, noch de schaduwbeelden, noch het geluid, noch de lucht doorlaten, geen last opleggen aan het aanpalend erf (Rb. Tongeren, 26 november 1964, *Jur. Liège*, 1964-65, 117). Naast de rechtspraak en rechtsleer die reeds in het voorgaande overzicht werd vermeld, kan in dezelfde zin worden aangestipt : Cass. fr., 22 juli 1964, D., 1964, *Jur.*, 710; — Orléans, 4 november 1963, D., 1964, *Jur.*, 133; — Vieujean, *R.C.J.B.*, 1966, 358, nr. 92; — Mazeaud, *Leçons*, II, nr. 1387; — *Jurisclasseur civil*, art. 675-680, nr. 22, 22 (geel complement), en 23; — Marty et Raynaud, II, vol. 2, nr. 280.

75 – Kijkgat in deur. — De vraag is gerezen of een gesloten kijkgat in een deur, dat af en toe wordt geopend, op de door de artikelen 678 tot 680 B.W. voorgeschreven afstand moet blijven. De vrederechter van Sint-Joost-ten-Noode heeft die vraag ontkennend beantwoord (Vred. Sint-Joost-ten-Noode, 2 maart 1966, *T. vred.*, 1966, 328). In feite wees hij de eis af om vier redenen.

1. De artikelen 678 tot 680 B.W. gelden niet voor deuren. Dat is inderdaad de gangbare mening (De Page et Dekkers, VI, nr. 571; — R.P.D.B., Tw. *Servitudes*, nr. 208; — Nov., *Droit civil*, III, nr. 1159; — Planiol, Ripert et Picard, III, nr. 921; — Renard, *R.C.J.B.*, 1957, 160, nr. 72, b).
2. Het kijkgat is wel geen deur, maar het is ook geen venster dat bestendig uitzicht geeft, vermits het slechts bij tussenpozen opengaat.
3. Het kijkgat geeft geen uitzicht op het naburig erf, maar op een gemeenschappelijke steeg. Aangenomen wordt dat hierop de voormelde artikelen niet van toepassing zijn (De Page et Dekkers, VI, nr. 569; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 363, 5°; — Laurent, VII, nr. 484; — Galopin et Wille, nr. 361).
4. Wordt niet als uitzicht beschouwd de opening die op de muur van de buurman uitgeeft. Ook dat wordt over het algemeen aanvaard (Renard, *R.C.J.B.*, 1957, 160, nr. 72, b; — Galopin et Wille, nr. 366; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 363, 3°; — De Page et Dekkers, VI, nr. 571, hoewel ze *in theorie* er anders over dachten; — *Jurisclasseur civil*, art. 678-680, nr. 62 en 62 (geel complement); — Aubry, Rau et Esmein, II, nr. 176, blz. 297, met noot 24; — Marty et Raynaud, II, vol. 2, nr. 280, blz. 294, noot 3; — Planiol, Ripert et Picard, III, nr. 921).

76 – Begrip erfdienstbaarheid. — Met betrekking tot de artikelen 637 en 686 B.W. rijst vaak de vraag of een bepaald beding een erfdienstbaarheid is ofwel een persoonlijke last.

In artikel 637 B.W. wordt de erfdienstbaarheid zo omschreven : een last op een erf gelegd tot gebruik en tot nut van een erf dat aan een ander eigenaar toebehoort. Zoals artikel 686 B.W. met nadruk zegt : de dienstbaarheid mag niet aan de persoon of ten voordele van de persoon worden opgelegd. Maar zodra de last voor het erf werd opgelegd, moet het woord

nut in artikel 637 B.W. zeer ruim worden geïnterpreteerd, zodat de loutere veraangenaming, het verhogen van het genoegen voldoende is om van erfdienstbaarheid te spreken (Brussel, 29 mei 1964, *J.T.*, 1965, 87; — *Rev. prat. not.*, 1965, 230). *In casu* ging het om het aanleggen van tuintjes met afsluiting. Deze opvatting vindt ruime steun in de rechtsleer (Galopin et Wille, nr. 236, blz. 162; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 251, 3°; — De Page et Dekkers, VI, nr. 496; — Renard, *R.C.J.B.*, 1953, 248, nr. 64; — Vieujean, *Rev. trim. dr. civ.*, 1966, 415, nr. 20; — Planiol, Ripert et Picard, III, nr. 944; — Marty et Raynaud, II, vol. 2, nr. 139, 2°; — Colin et Capitant, herwerkt door Julliot de la Morandière, II, nr. 335; — Mazeaud, *Leçons*, II, nr. 1711).

De burgerlijke rechtbank te Luik oordeelde eveneens dat in de verkoopakte een erfdienstbaarheid was bedongen, wanneer de dienst in rechtstreeks en onmiddellijk verband stond met het gebruik en de exploitatie van een terrein, ook wanneer het enig resultaat erin bestond het gemak te verhogen (Rb. Luik, 15 oktober 1965, *Jur. Liège*, 1965-66, 130). Dat is de gangbare mening die reeds in het vorig overzicht werd aangehaald (zie : nr. 58, *T.P.R.*, 1965, 91, met vermelding van recente rechtspraak). In de rechtsleer wordt die mening doorgaans onderschreven (Renard, *R.C.J.B.*, 1957, 155, nr. 67; — Vieujean, *R.C.J.B.*, 1966, 350, nr. 83; — A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 172 en 174; — Beudant, IV, nr. 583; — Planiol, Ripert et Picard, III, nr. 944; — *anders* : Glansdorff, *J.T.*, 1968, 4, nr. 28).

Schept het beding van de verkoopakte waarin wordt verboden gevaarlijke, ongezonde of hinderlijke bedrijven op te richten ofwel een bepaald beroep uit te oefenen een erfdienstbaarheid ofwel een persoonlijke verplichting? Over die vraag is heel wat controverse geweest (zie : A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 156 en 200; — Renard, *R.C.J.B.*, 1953, 248, nr. 64; — Renard et Vieujean, *R.C.J.B.*, 1962, 270, nr. 122, b; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 251, *in fine*; — De Page et Dekkers, VI, nr. 499 en 502, f; — De Beus, *Overzicht van het burgerlijk recht*, nr. 475, 2°). Het hof van beroep te Brussel heeft beslist dat het verbod om bepaalde bedrijven op te richten of bepaalde beroepen uit te oefenen in de gegeven omstandigheden een persoonlijke last was (Brussel, 2 maart 1965, *Pas.*, 1966, II, 62; *Rec. gén.*, 1967, nr. 21.050). In dezelfde verkoopakte was ook bedongen dat de koper zijn bouwplannen moest voorleggen aan de verkoper (zie daarover de interessante bedenkingen van De Page et Dekkers, VI, nr. 499). Het hof van cassatie oordeelde dat de feitenrechter soeverein mocht beslissen of het verbod om een herberg te exploiteren ten gunste van een persoon of van een erf was opgelegd (Cass., 6 januari 1967, *Pas.*, 1967, I, 536). In het concrete geval had men gevonnist dat het géén erfdienstbaarheid was. Door de feitenrechter soeverein te laten beslissen bevestigde het hof van cassatie zijn vroegere rechtspraak (Cass., 12 juni 1947, *Pas.*, 1947, I, 266; — Cass., 16 mei 1952, *Pas.*, 1952, I, 597).

77 – Bewijs erfdienstbaarheid. — In het zoëven besproken arrest van Brussel van 2 maart 1965 wordt nogmaals bevestigd dat wie een recht van

erfdienstbaarheid wil uitoefenen zowel het bestaan als de omvang ervan moet bewijzen. Dat is de gangbare mening (zie o.m. : Cass., 20 december 1951, *Pas.*, 1952, I, 210; — Renard, *R.C.J.B.*, 1953, 247, nr. 63; — Renard, *R.C.J.B.*, 1957, 153, nr. 62).

78 – Begrip insluiting (Art. 682 B.W.)

a) Hoewel in artikel 682 B.W. sprake is van *geen toegang tot de openbare weg*, wordt algemeen aangenomen dat door een *onvoldoende* uitweg het erf eveneens ingesloten is (Cass., 21 oktober 1965, *J.T.*, 1965, 688; *Pas.*, 1966, I, 236; *Rev. prat. not.*, 1965, 426; — Rb. Luik, 16 februari 1967, *Jur. Liège*, 1967-68, 27). Dat ligt in de lijn van vroegere cassatiearresten (Cass., 23 oktober 1952, *Pas.*, 1953, I, 89; — Cass., 19 december 1958, *Pas.*, 1959, I, 409).

b) Indien de eigenaar van het ingesloten erf om toegang tot de openbare weg te hebben kosten moet maken die niet in verhouding zijn met de exploitatie, moet artikel 682 B.W. worden toegepast (Rb. Marche-en-Famenne, 23 december 1967, *Jur. Liège*, 1967-68, 263; *R.J.I.*, 1968, nr. 4502). Ook dat wordt algemeen aanvaard (Cass., 15 november 1928, *Pas.*, 1929, I, 22; — A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 973; — De Page et Dekkers, VI, nr. 592, A, a; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 368; — Galopin et Wille, nr. 373; — Renard et Vieujean, *R.C.J.B.*, 1962, 289, nr. 133, a); *Jurisclasseur civil*, art. 682-685, nr. 11-13 en 19 (geel complement); — Mazeaud, *Leçons*, II, nr. 1385, noot 1).

c) Het recht van noodweg voor de exploitatie van het erf geldt niet alleen voor de landbouw, maar ook voor nijverheid, handel en zelfs eenvoudig bewoning. Dat ook de uitweg ten bate van een woning of garage in aanmerking komt, werd in de bestudeerde periode verscheidene malen beslist (Cass., 21 oktober 1965, vermeld in a) van dit nummer; — Rb. Luik, 16 februari 1967, eveneens vermeld in a); — Vred. Sint-Maria-Horebeke, 7 maart 1967, *R.W.*, 1967-68, 1095; — Vred. Andenne, 16 december 1966, *Jur. Liège*, 1968-69, 23). Deze beslissingen bekrachtigen de zienswijze die in de recente rechtspraak en rechtsleer de bovenhand heeft gekregen (Cass. fr., 11 mei 1960, *D.*, 1960, *Jur.*, 572; *S.*, 1961, I, 9; — De Page et Dekkers, VI, nr. 597; — A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 959; — *Jurisclasseur civil*, art. 682-685, nr. 19 (geel complement); — Mazeaud, *Leçons*, II, *Lectures*, *blz.* 1139; — Colin et Capitant, herwerkt door Julliot de la Morandière, II, nr. 97; — Marty et Raynaud, II, vol. 2, nr. 289, noten 9 en 10).

d) Het recht van uitweg wordt niet toegestaan, indien die uitweg niet dient voor een normale exploitatie, maar alleen uit wil en gril wordt gevraagd (Vred. Andenne, 16 december 1966, *Jur. Liège*, 1968-69, 23). De eiser wenste een pad om te vormen tot een uitweg voor zijn auto. De natuurlijke ligging was echter zo dat die weg geen nut kon hebben wegens de steile helling en de scherpe bochten. Daarom besliste de vrederechter : „*Qu'il importe de s'en tenir à la configuration naturelle des lieux et qu'il*

échet d'écarter tout ce qui apparaît n'être qu'un bon plaisir du demandeur". De opvatting dat grillen en fantasie moeten worden uitgesloten werd reeds vroeger door enkele rechtsgeleerden verdedigd (advocaat-generaal Mahaux, besluiten bij Cass., 21 oktober 1965, *Pas.*, 1966, I, 237 : *l'arbitraire étant seul exclu*; — De Page et Dekkers, VI, nr. 597, blz. 489; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 370 *in fine*; — A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 969).

e) Door de vrederechter te Beveren-Waas werd beslist dat de *actuele* ingeslotenheid voldoende is om artikel 682 B.W. toe te passen (Vred. Beveren-Waas, 5 maart 1963, *T. vred.*, 1966, 61). Degene die de uitweg vordert moet niet bewijzen dat hij nooit een erfdienstbaarheid van overgang of een toegang tot de openbare weg bezat. Dat zou een bewijsvoering van onbeperkte negatieve feiten zijn. De andere partij wilde op deze wijze ontsnappen aan het recht van noodweg, aangezien de ingeslotenheid die aan de betrokkene zelf te wijten is de toepassing van artikel 682 B.W. uitsluit (zie o.m. : De Page et Dekkers, VI, nr. 593; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 369). De vrederechter oordeelde echter : „dat het tenietgaan van een recht van erfdienstbaarheid door de fout van verweersters of van hun rechtsvoorgangers geen eeuwigdurende gevolgen mag hebben welke de uitbating van hun percelen onmogelijk zouden maken; dat immers artikel 682 van het B.W. terug zijn toepassing vindt wanneer de erfdienstbaarheid van overweg welke uitdrukkelijk of impliciet bij titel werd gevestigd definitief is teniet gegaan door verjaring". Wat dit laatste betreft, kan men met nut raadplegen : De Page et Dekkers, VI, nr. 595.

f) Indien een conventionele erfdienstbaarheid van overgang onvoldoende is voor de noodwendigheden van de exploitatie, wat *in casu* niet het geval was, kan de eigenaar van het ingesloten erf op het recht van noodweg een beroep doen (Vred. Kontich, 19 september 1967, *R.W.*, 1967-68, 458). Dit juist standpunt vindt men o.m. terug in : Cass., 5 oktober 1916, *Pas.*, 1917, I, 236; — De Page et Dekkers, VI, nr. 597, blz. 489; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 368.

g) Indien de eigenaar van het ingesloten erf beschikt over een tolerantie-uitweg (een ander buurman zou gedogen dat de ingeslotene over zijn terrein een uitweg vindt), kan artikel 682 B.W. niettemin worden toegepast wegens insluiting (Rb. Marche-en-Famenne, 23 december 1967, *Jur. Liège*, 1967-68, 263; *R.J.I.*, 1968, nr. 4502). Die oplossing schijnt me in tegenspraak te zijn met de gangbare mening (zie : De Page et Dekkers, VI, nr. 592, B, c); — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 368; — A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 961; — Galopin et Wille, nr. 373; — Renard, *R.C.J.B.*, 1957, 160, nr. 73, a); — Renard et Vieujean, *R.C.J.B.*, 1962, 288, nr. 133, a); — Vieujean, *R.C.J.B.*, 1966, 361, nr. 94; — *Jurisclasseur civil*, art. 682-685, nr. 34; — Marty et Raynaud, II, vol. 2, nr. 288). Het vonnis lijkt me onjuist, aangezien niet eens wordt ingeroepen dat de tolerantie-uitweg veel langer en lastiger is (vgl. : vorig overzicht, nr. 69, a), *T.P.R.*, 1965, 97; — De Page et Dekkers, VI, nr. 592, A, c).

h) De vrederechter van Sint-Maria-Horebeke besliste dat de insluiting geenszins ongedaan wordt gemaakt door het feit dat de eerste verweerder langs een gepacht perceeltje tuin, toebehorende aan de tweede verweerder, de openbare weg kan bereiken, daar die toestand uiteraard een tijdelijk karakter vertoont (Vred. Sint-Maria-Horebeke, 7 maart 1967, *R.W.*, 1967-68, 1095). Die oplossing kan ik niet bijtreden. M.i. ontstaat het recht van noodweg slechts wanneer de uitweg ophoudt te bestaan (vgl. : A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 964).

i) Het ligt voor de hand dat wie eigenaar is van verscheidene percelen die zowel het ingesloten terrein als de openbare weg raken, geen beroep kan doen op artikel 682 B.W. (Vred. Andenne, 20 mei 1966, *Jur. Liège*, 1966-67, 72).

j) In twee vonnissen werd eraan herinnerd dat de ingeslotenheid die tot stand kwam door de schuld, de nalatigheid of de wil van degene die zich op artikel 682 B.W. beroept, geen toestand van insluiting is (Rb. Luik, 16 februari 1967, *Jur. Liège*, 1967-68, 27; — Vred. Beveren-Waas, 5 maart 1963, *T. vred.*, 1966, 61; — vgl. : De Page et Dekkers, VI, nr. 593).

79 – Buurtweg. — Zelfs indien een weg is ingeschreven in de atlas der buurtwegen, blijft hij private weg (Vred. Oudenaarde, 29 juli 1965, *T. vred.*, 1965, 339; — vgl. : Genot, V., *De la voirie publique par terre*, derde uitg., 1964, nr. 110, blz. 175; — Vieujean, *R.C.J.B.*, 1966, 367, nr. 97; — A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 524).

80 – Exploitatieweg (Losweg). — De burgerlijke rechtbank van Marche-en-Famenne heeft het begrip exploitatieweg nauwkeurig ontleed (Rb. Marche-en-Famenne, 21 september 1968, *Jur. Liège*, 1968-69, 28). De eisers in het geding hadden de verwijdering van een slagboom over de weg gevorderd, omdat ze meenden een erfdienstbaarheid van overgang te bezitten. De eerste rechter beschouwde de omstreden weg als een exploitatieweg. De rechtbank van Marche-en-Famenne was het daarmee niet eens. Uitgaande van een cassatiearrest van 25 februari 1841 (*Pas.*, 1841, I, 127) bevestigde de rechtbank de heersende mening dat wegens de gemeenschappelijke behoefte aan een uitweg de aanpalende eigenaars worden ondersteld ieder een deel van hun terrein in gemeenschap te hebben gebracht (vgl. : A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 261). Het vonnis van Marche-en-Famenne onderstreepte verder de kenmerken die rechtspraak en rechtsleer uit dat begrip hadden afgeleid. Aangezien die kenmerken *in casu* niet voorhanden waren, was er ook geen sprake van exploitatieweg.

81 — Verjaring erfdienstbaarheid van overgang. — De algemeen aanvaarde mening dat de erfdienstbaarheid zelf niet door verjaring kan worden verkregen werd in de bestudeerde periode verscheidene malen bevestigd (Cass., 1 maart 1962, *R.C.J.B.*, 1965, 308; — Vred. Dalhem, 16 april 1962, *T. vred.*, 1965, 224; — Vred. Lokeren, 4 november 1966,

T. vred., 1968, 288; — Rb. Marche-en-Famenne, 23 december 1967, *Jur. Liège*, 1967-68, 263; *R.J.I.*, 1968, nr. 4502).

82 – VERJARING VAN BEDDING OF VAN WIJZE VAN UITOEFENING VOOR NOODWEG EN OVERGANG. — In het vorig overzicht werd reeds gewezen op de betekenis van het zojuist vermelde cassatiearrest van 1 maart 1962 (vorig overzicht, nr. 73, *T.P.R.*, 1965, 102). Daardoor werd de verjaring inzake de modaliteiten (bedding of wijze van uitoefening) niet alleen erkend voor het wettelijk recht van noodweg, maar ook voor de conventionele erfdienstbaarheid van overgang. Die zienswijze lokte intussen kritiek uit (Heurterre, P., noot in *R.C.J.B.*, 1965, 313-330, vooral nr. 11-20; — Vieujean, *R.C.J.B.*, 1966, 368, nr. 99). Zij vond echter steun in de rechtspraak van de lagere rechtbanken (Vred. Dalhem, 16 april 1962, *T. vred.*, 1965, 224; — bevestigd door Rb. Luik, 4 december 1964, *T. vred.*, 1965, 235; — Vred. Kontich, 19 september 1967, *R.W.*, 1967-68, 458).

Aan te stippen valt dat eveneens de opvatting van Lindemans (A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 993-995) in de rechtspraak nog werd bijgetreden (Vred. Sint-Maria-Horebeke, 7 maart 1967, *R.W.*, 1967-68, 1095). Dit betekent dat verjaring helemaal niet werd aangenomen, ook niet voor de modaliteiten van het recht van noodweg.

83 – EINDE INGESLOTENHEID. — Wanneer de toestand van ingeslotenheid ophoudt, neemt het wettelijk recht van noodweg een einde, maar de conventionele erfdienstbaarheid van overgang blijft voortbestaan (Vred. Virton, 13 februari 1966, *T. vred.*, 1966, 261). Dit stemt overeen met de gangbare rechtspraak en rechtsleer in België (zie : vorig overzicht, nr. 79, *T.P.R.*, 1965, 104; — *adde* : Vieujean, *R.C.J.B.*, 1966, 366, nr. 96).

84 – DOOR TITEL GEVESTIGDE ERFDIENSTBAARHEID (ART. 690-691 B.W.). — Het woord titel wijst niet op een *instrumentum*, maar op een *negotium* (Brussel, 30 oktober 1964, *Ann. not. enreg.*, 1965, 77; *J.T.*, 1964, 705; *Rev. prat. not.*, 1965, 54; *R.J.I.*, 1967, nr. 4393; — zie ook : De Page et Dekkers, VI, nr. 612; — R.P.D.B., Tw. *Servitudes*, nr. 443). Deze titel is niet onderworpen aan enige vormvereiste. Hij kan tot stand komen door een mondeling akkoord, dat zelfs kan bewezen worden door een bekentenis die voortspruit uit de niet-dubbelzinnige uitvoering van het akkoord (voormeld arrest van 30 oktober 1964; — Vred. Virton, 13 februari 1966, *T. vred.*, 1966, 261). Dit is de gangbare mening in rechtspraak en rechtsleer (Cass., 4 april 1941, *Pas.*, 1941, I, 128; — Cass., 19 oktober 1944, *Pas.*, 1945, I, 14; — Luik, 13 januari 1954, *Jur. Liège*, 1953-54, 305; — Rb. Namen, 6 juli 1943, *J.J.P.*, 1945, 59; — A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 475; — De Page, III et *Compl.*, nr. 1032; — Laurent, XIX, nr. 16 en 100; — Dabin, *R.C.J.B.*, 1947, 224, noot 4; — zie nochtans de kritische bespreking door Vieujean, *R.C.J.B.*, 1966, 352, nr. 86).

85 – BEWIJS VAN NIET-VOORTDURENDE ERFDIENSTBAARHEID : ALLEEN DOOR

TITEL OF ERKENNING (ART. 691 EN 695 B.W.) — De rechtbank te Kortrijk had een recht van overgang met paard en kar aangenomen over een breedte van 4 meter. Er bestond echter op die weg een poortje dat slechts 1,10 meter breed was. In feite was er dus enkel een *beperkte* erkenning, nl. voor 1,10 meter. Aangezien er daarbuiten geen titel bestond voor een overgang van 4 meter, vernietigde het hof van cassatie het kortrijkse vonnis (Cass., 25 november 1966, *Pas.*, 1967, I, 392).

86 – ERFDIENSTBAARHEID DOOR BESTEMMING VAN DE HUISVADER. — Wanneer een eigenaar tussen twee delen van zijn eigendom een waterafvoerleiding heeft aangebracht, waarvan de buizen in één deel uitmonden, en daarna dat deel verkoopt, ontstaat een erfdienstbaarheid door bestemming van de huisvader (Rb. Tongeren, 13 juni 1963, *T. not.*, 1965, 46). Artikel 692 B.W. is in dat geval van toepassing, aangezien waterafvoer een voortdurende en zichtbare erfdienstbaarheid is. Dit is de gangbare mening (zie o.m. : Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 386; — De Page et Dekkers, VI, nr. 628, 631 en 632; — A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 564; — Vieujean, *R.C.J.B.*, 1966, 356, nr. 88).

Het recht van uitzicht op minder dan de wettelijke afstand kan eveneens door bestemming van de huisvader worden verkregen, aangezien het ook een zichtbare en voortdurende erfdienstbaarheid is (Vred. Beringen, 23 juli 1965, *R.W.*, 1966-67, 909; — vgl. : Cass., 17 december 1908, *Pas.*, 1909, I, 52; — De Page et Dekkers, VI, nr. 631, 2, b); — A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 586; — Glansdorff, *J.T.*, 1968, 5, nr. 31).

In dit laatste geval was er wel een bewijsmoeilijkheid. De verweerder riep in dat de eiser niet bewees dat Martinus Daems, de eigenaar die de twee erven in zijn bezit had gehad, de toestand had geschapen waaruit de erfdienstbaarheid voortvloeide. Aangezien de verdeling bij testament van 1838 dateerde, eiste de verweerder eigenlijk het bewijs van een negatief feit, nl. dat het venster op minder dan de wettelijke afstand niet na het overlijden van de toenmalige eigenaar was aangebracht. De vrederechter te Beringen was van mening dat het bewijs van de omstandigheden waaruit de bestemming van de huisvader wordt afgeleid door alle rechtsmiddelen, ook door vermoedens mag worden geleverd. Hij oordeelde verder dat ernstige en eensluidende vermoedens voorhanden waren om aan te nemen dat het venster steeds had bestaan. Ik geloof dat die opvatting in de lijn ligt van de gangbare opinie (zie o.m. : A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 644; — De Page et Dekkers, VI, nr. 655, 4°; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 387, 2°; — Glansdorff, *J.T.*, 1968, 5, nr. 31).

In beroep heeft de rechtbank van eerste aanleg te Hasselt het over een andere boeg gegooid (Rb. Hasselt, 17 januari 1966, *R.W.*, 1966-67, 860). De rechtbank nam niet aan dat het vereiste bewijs was geleverd en vergrootte de onzekerheid nog tot vóór 1838 : „Overwegende echter dat diegene, die een erfdienstbaarheid door bestemming van de huisvader inroept, moet bewijzen dat het de eigenaar van de twee erven is, die de erfdienstbaarheid heeft gevestigd; overwegende dat niet bewezen is dat

het Martinus Daems was die de twee erven gebouwd heeft, zoals ze nu bestaan; dat het niet uitgesloten is dat hij die twee erven, zoals ze toen bestonden, van twee verschillende eigenaars verwierf". Wegens die onzekerheid deed de rechtbank een beroep op artikel 694 B.W. : „Overwegende echter indien reeds toen de erfdienstbaarheid gevestigd was, Martinus Daems deze in elk geval bevestigd heeft door zijn beschikking van 2.8.1838 wanneer hij hierin bepaalde dat de bedoelde huizen altijd moesten gebruikt worden *op de voet als dezelfde altoos zijn gebezigd geweest door mij en wijlen mijn zuster en zwager* en zodoende overeenkomstig art. 694 B.W. het voortbestaan van de erfdienstbaarheid werd vastgelegd". Die redenering van de rechtbank te Hasselt kan bezwaarlijk worden bijgetreden. Welk bewijs hebben we dat de erfdienstbaarheid reeds bestond vóór Daems? Het is een zuivere veronderstelling. Ik meen dat het gestelde vraagstuk anders had kunnen opgelost worden. De artikelen 692 en 693 B.W. blijven van toepassing, ook wanneer de gemeenschappelijke eigenaar (dit zou *in casu* Daems zijn) de toestand van dienstbaarheid niet heeft geschapen, doch deze alleen voor zijn rekening heeft overgenomen (A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 590; — De Page et Dekkers, VI, nr. 631, 3 *in fine*; — De Beus, *Overzicht van het burgerlijk recht*, nr. 520, blz. 568). Het beroep op artikel 694 B.W. lijkt me overbodig en foutief.

87 – Recht van uitzicht en recht van vergezicht. — Door de rechtbank te Brugge werd beslist dat het recht van uitzicht *via* twee vensters in een scheidsmuur door bestemming van de huisvader kan worden gevestigd, maar niet het recht van vergezicht dat een erfdienstbaarheid *non aedificandi* of *non altius tollendi* insluit, omdat het geen voortdurende en zichtbare erfdienstbaarheid is (Rb. Brugge, 4 december 1965, *R.J.I.*, 1966, nr. 4224). Vooreerst valt te noteren dat de samenvatting van het vonnis in *Res et jura immobilia* weinig nauwkeurig is. In de eerste zin is er tweemaal sprake van verjaring, terwijl het hele geval betrekking heeft op een erfdienstbaarheid door bestemming van de huisvader. Verder wordt in die tekst gezegd dat het recht van vergezicht niet-voortdurend is. Zo staat het eigenlijk niet in het vonnis.

Wat de grond van de zaak betreft, kan men voor het verschil tussen het recht van uitzicht en het recht van vergezicht met nut raadplegen : A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 326-329, 339 en 343; — De Page et Dekkers, VI, nr. 577, B en C. De vraag of het recht van vergezicht al dan niet voortdurend is, blijft omstreden (zie o.m. : A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 343; — De Page et Dekkers, VI, nr. 516). Hoe het ook zij, de beslissing van de rechtbank te Brugge blijft juist, want zelfs wanneer deze erfdienstbaarheid voortdurend zou zijn, zij is in elk geval niet-zichtbaar (A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 370) en bijgevolg kan ze niet door bestemming van de huisvader worden gevestigd.

Het brugse vonnis moest ook antwoord geven op de vraag op welke afstand van de twee vensters mocht worden gebouwd. De rechtbank noemde het een feitenkwestie, maar nam de afstand van 1,90 m. aan,

naar analogie met artikel 678 B.W. (vgl. : A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 385; — De Page et Dekkers, VI, nr. 577, B).

88 – Herstel van vroegere erfdienstbaarheid (Art. 694). — Twee vonnissen hebben artikel 694 B.W. geïnterpreteerd als de regeling voor het *herstel* van een erfdienstbaarheid die reeds bestond vóór de vereniging van beide erven en die door deze vereniging in één hand tijdelijk was tenietgegaan (Vred. Andenne, 20 mei 1966, *Jur. Liège*, 1966-67, 72; — Vred. Lokeren, 4 november 1966, *T. vred.*, 1968, 288). Deze beslissingen stemmen overeen met de gangbare mening in de belgische rechtspraak en rechtsleer (Cass., 31 januari 1824, *Pas.*, 1824, I, 33; — Cass., 29 juni 1905, *Pas.*, 1905, I, 276; — Cass., 9 november 1905, *Pas.*, 1906, I, 44; — Cass., 25 mei 1939, *Pas.*, 1939, I, 264; — Cass., 6 januari 1944, *Pas.*, 1944, I, 134; — Laurent, *Principes*, VIII, nr. 184 e.v.; — De Page et Dekkers, VI, nr. 633, B; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 388; — A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 611 e.v.; — Renard, *R.C.J.B.*, 1950, 268, nr. 87). In de franse rechtspraak en rechtsleer denkt men daarover doorgaans anders (vgl. : De Page et Dekkers, VI, nr. 633, A; — A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 619-624; — Nov., *Droit Civil*, III, nr. 710-712).

Voor de herleving van de erfdienstbaarheid is het nodig dat tussen de erven een zichtbaar teken heeft bestaan en is blijven bestaan tot op het ogenblik van hun scheiding. Bij ontstentenis van dat zichtbaar teken kan artikel 694 B.W. niet worden toegepast (Vred. Beringen, 21 januari 1966, *R.W.*, 1966-67, 1000; — vgl. : De Page et Dekkers, VI, nr. 634, 1°; — A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 639).

89 – Interpretatie van de erfdienstbaarheden. — De vrederechter van Marchienne-au-Pont moest een erfdienstbaarheid van overgang interpreteren, omdat de eisers zich erover beklaagden dat de verweerder hun belette met een auto toegang tot hun garage te hebben (Vred. Marchienne-au-Pont, 21 december 1967, *J.T.*, 1968, 45; *Rev. prat. not.*, 1968, 315). Hij was van oordeel dat de erfdienstbaarheidstitel steeds moet worden geïnterpreteerd volgens de algemene beginselen die door de artikelen 967 en 1156 e.v. van het B.W. werden gesteld, meer bepaald in dit geval volgens artikel 1157 B.W. (men moet de bedingen opvatten in de zin waarin ze enig gevolg kunnen hebben). Het was dus niet nodig artikel 696 B.W. toe te passen (wanneer men een erfdienstbaarheid vestigt, wordt men geacht alles toe te staan wat voor het gebruik daarvan nodig is). Dit vonnis werd geïnspireerd door de leer van De Page en Dekkers (*o.c.*, VI, nr. 619, A en B en vooral 641).

90 – Werken nodig voor het gebruik en het behoud van een erfdienstbaarheid (Art. 697 B.W.). — Zo mag hij aan wie een erfdienstbaarheid verschuldigd is, de noodweg met steenslag verharden, bv. om de doortocht van vrachtwagens mogelijk te maken (Vred. Oudenaarde, 29 juli 1965, *T. vred.*, 1965, 339; — Vred. Ronse, 24 mei 1966, *T. vred.*,

1967, 140; — Rb. Hasselt, 26 juni 1967, *Jur. Liège*, 1967-68, 6; — zie ook : De Page et Dekkers, VI, nr. 642, b; — Renard, *R.C.J.B.*, 1957, 154, nr. 65; — A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 736 en 737). Hij mag echter de noodweg niet verbreden door de voet van het talud af te steken (Vred. Ronse, 24 mei 1966, voormeld).

Een recht van overgang werd gehinderd door bomen die spontaan waren gegroeid. Tenzij het tegendeel werd bepaald, behoort het aan de eigenaar van het heersend erf die bomen te snoeien overeenkomstig de regeling van artikel 697 B.W. (Vred. Virton, 13 februari 1966, *T. vred.* 1966, 261). Dat vonnis volgt m.i. terecht de leer van De Page en Dekkers (*o.c.*, VI, nr. 642) en van Galopin en Wille (*Les biens, la propriété et les servitudes*, nr. 269). *Anders:* Brussel, 23 juni 1894, *Pas.*, 1895, II, 78; — Glansdorff, *J.T.*, 1968, 4, nr. 29.

91 – ARTIKEL 701, EERSTE LID B.W. — Door de vrederechter te Beringen werd gevonnist dat het plaatsen van een schuifladder en van een hek over de strook grond die als servitudeweg mag gebruikt worden, van aard is om het gebruik van de erfdienstbaarheid ongemakkelijker te maken en bijgevolg in strijd is met artikel 701, eerste lid (Vred. Beringen, 22 oktober 1965, *Jur. Liège*, 1965-66, 175; *T. vred.*, 1966, 270). Glansdorff heeft dit vonnis bekritiseerd omdat het geen rekening hield met de humanitaire overwegingen van de verweerder, nl. de veiligheid van diens driejarig kind (Glansdorff, *J.T.*, 1968, 4, nr. 29). Nochtans geloof ik dat de concrete omstandigheden de doorslag hebben gegeven, m.i. terecht. Waarom wilde de verweerder de plaatsruimte waar de erfdienstbaarheid moest geleverd worden, *per se* als speelterrein voor zijn kind gebruiken, terwijl hij toch over een andere grond beschikte waarvan hij een gedeelte kon omheinen ten behoeve van het kind en waar het geen gevaar zou lopen?

Wel staat er in het vonnis van Beringen een overweging die voor kritiek vatbaar is. De verweerder had ook ingeroepen dat de eigenaar wiens terrein met een recht van overgang is bezwaard zijn eigendom mag afsluiten. Blijkbaar was het voorbeeld aangehaald van een deur of hekken zonder slot of grendel, want de vrederechter oordeelde : „dat de rechtspraak volgens dewelke in bepaalde omstandigheden het plaatsen van beweegbare, op-hengels-draaiende afsluitstukken zonder slot of grendel is toegelaten, meestal betrekking heeft op gevallen van overgang wegens ingeslotenheid".

Dat onderscheid tussen het recht van noodweg en de erfdienstbaarheid van overgang zou ik veeleer betwijfelen (vgl. : De Page et Dekkers, VI, nr. 650, 2°, c); — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 289 en 394).

Door de rechtbank te Hasselt werd eveneens beslist dat de eigenaar van het lijdende erf (in de tekst staat *heersende* erf) in principe het recht heeft om zijn eigendom af te sluiten, maar dat deze afsluiting de uitoefening van de erfdienstbaarheid niet praktisch onmogelijk mag maken (Rb. Hasselt, 26 juni 1967, *Jur. Liège*, 1967-68, 6). De rechtbank preciseerde : de overgang moet mogelijk zijn, niet alleen voor de eigenaars van het heersend erf, maar voor allen die zich naar hun goed begeven; het is niet

denkbaar dat die *allen* een sleutel bezitten of dat aan de afsluiting een bel wordt aangebracht, zodat de eigenaars van het heersend erf telkens 100 meter zouden moeten afleggen om de afsluiting te openen.

92 – ARTIKEL 701, DERDE LID B.W. — Indien de eigenaar van het lijdend erf daarbij voldoende belang heeft, kan hij voor de uitoefening van de erfdienstbaarheid een andere plaats aanbieden, op voorwaarde dat deze plaats even gemakkelijk is (Vred. Nandrin, 28 juni 1966, *Jur. Liège*, 1966-67, 47). Dat is de gangbare mening (zie o.m. : De Page et Dekkers, VI, nr. 651 ; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 394; — Glansdorff, *J.T.*, 1968, 4, nr. 29). Die mogelijkheid van verplaatsing van de erfdienstbaarheid komt eveneens in een cassatiearrest tot uiting (Cass., 18 februari 1966, *Pas.*, 1966, I, 799).

93 – AANGEPAST GEBRUIK. — De eigenaar van het heersend erf mag door de uitoefening van de erfdienstbaarheid de toestand van de eigenaar van het dienstbaar erf niet verzwaren (artikel 702 B.W.). De vrederechter te Nijvel stond voor de vraag of de eigenaar die krachtens authentieke akte een recht van noodweg bezit om over een breedte van 3 meter het terrein van de buurman te betreden met paard en kar, dat ook met modern materieel mag doen. De vrederechter besliste dat in dit geval niet artikel 702 B.W. van toepassing was, maar wel artikel 682 B.W., zodat modern materieel mocht worden gebruikt in plaats van paard en kar, aangezien het wettelijk recht van noodweg steeds moet worden aangepast aan de noodwendigheden van de exploitatie (Vred. Nijvel, 26 november 1964, *T. vred.*, 1965, 265).

Die aanpassing van het recht van noodweg aan de wisselende behoeften van de exploitatie vindt ruime steun in de belgische rechtsleer (o.m.: De Page et Dekkers, VI, nr. 597; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 370, 3° en 392; — A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 1004). Nochtans geloof ik dat ook in het geval van een conventionele erfdienstbaarheid van overgang modern materieel van landbouwexploitatie in de plaats van paard en kar mag worden gebruikt (vgl. : vorig overzicht, nr. 71, *T.P.R.*, 1965, 99).

Die zienswijze werd trouwens in de bestudeerde periode door de belgische rechtspraak bekrachtigd (Cass., 7 december 1967, *R.J.I.*, 1968, nr. 4505; — Rb. Hasselt, 26 juni 1967, *Jur. Liège*, 1967-68, 6; *R.J.I.*, 1968, nr. 4504). In de zaak die voor het hof van cassatie kwam, ging het om een conventionele erfdienstbaarheid van overgang te voet en met kruiwagen. Het hof oordeelde dat de overgang niet alleen met een kruiwagen mag geschieden, maar ook met een werkinstrument of vervoermiddel dat niet groter is dan een kruiwagen en dat geen geluid voortbrengt. De rechtbank te Hasselt zag geen verzwaring van erfdienstbaarheid in het feit dat de eigenaar van het heersend erf zijn exploitatie moderniseerde en zijn bedrijvigheid uitbreidde, zolang er geen wijziging in de bestemming is. *In casu* had de eigenaar aan zijn klein landbouwbedrijf een veehandel toegevoegd. Dat werd niet als een verandering van bestemming beschouwd, in tegenstelling tot een vroeger geval in de rechtspraak dat betrekking had op het

veranderen van een boomgaard in speelplaats, vakantieoord en kampeerplaats (Vred. Temse, 18 februari 1958, *R.W.*, 1959-60, 1418). Het verharden van de weg om deze aan te passen aan de moderne vervoermiddelen werd evenmin als een verzwaring van erfdienstbaarheid aangezien. In verband met de hier behandelde problemen is het nuttig te raadplegen : A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 655, 662, 663 en 773-780.

94 – ONBRUIK GEDURENDE DERTIG JAREN. — De niet-uitoefening van een erfdienstbaarheid gedurende dertig jaren leidt tot extinctieve verjaring overeenkomstig artikel 706 B.W. (Brussel, 29 mei 1964, *J.T.*, 1965, 87; *Rev. prat. not.*, 1965, 230; — Vred. Dalhem, 16 april 1962, bevestigd door Rb. Luik, 4 december 1964, *T. vred.*, 1965, 224; — Vred. Wolvertem, 28 januari 1965, *T. vred.*, 1965, 293; — Vred. Nieuwpoort, 30 maart 1966, *R.W.*, 1967-68, 2070; — vgl. : vorig overzicht, nr. 75, *T.P.R.*, 1965, 103; — De Page et Dekkers, VI, nr. 660; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 402; — A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 844).

Vanaf welk ogenblik begint de termijn van dertig jaren te lopen? De vrederechter van Dalhem vonniste dat voor de niet-voortdurende erfdienstbaarheden de verjaring begint te lopen van de dag waarop de laatste daad van genot werd verricht. Deze formulering die men ook bij Kluyskens (*Zakenrecht*, nr. 403) vindt, is vatbaar voor kritiek. Artikel 707 B.W. zegt in feite : van de dag waarop men heeft opgehouden de erfdienstbaarheid te genieten. Die dag valt niet noodzakelijk samen met die van het laatste gebruik (zie : A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 860; — De Page et Dekkers, VI, nr. 662, 1°). Wanneer de erfdienstbaarheid nooit werd uitgeoefend, is het aanvangspunt van de verjaringstermijn : de dag waarop de titel die de erfdienstbaarheid heeft geschapen van kracht is geworden (Brussel, 29 mei 1964, voormeld; — vgl. : De Page et Dekkers, VI, nr. 662, 3°; — A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 864). Door de vrederechter te Nieuwpoort werd beslist dat de verjaring slechts begint te lopen vanaf het ogenblik dat de titel zijn volle uitwerking krijgt, d.w.z. vanaf het ogenblik dat de erfdienstbaarheid daadwerkelijk en nuttig kan uitgeoefend worden. In de gegeven omstandigheden werd aangenomen dat bij verkaveling van bouwgronden de titels van uitweg slechts hun uitwerking krijgen bij de constructie van de bouwwerken (Vred. Nieuwpoort, 30 maart 1966, voormeld). Volgens de vrederechter ligt de reden van die oplossing in de *ratio legis* van de extinctieve verjaring, nl. de nutteloosheid van de erfdienstbaarheid die tot onbruik leidt. Welnu de nutteloosheid kan enkel blijken bij het in gebruik nemen van het heersend erf.

95 – ONBRUIK IN DE OMGEVING. — In het voorgaande overzicht (nr. 76, *T.P.R.*, 1965, 103) werd reeds kritiek uitgebracht op een vonnis van de rechtbank te Veurne, dat voor het bewijs van het onbruik gedurende dertig jaar strijdige handelingen *in de omgeving* in aanmerking nam (Rb. Veurne, 18 juni 1964, *J.T.*, 1964, 564; *Rec. gén.*, 1965, nr. 20.821; *R.J.I.*, 1965, 299). Aan te stippen valt dat andere commentatoren die beslissing eveneens op

de korrel hebben genomen (Vieujean, *R.C.J.B.*, 1966, 356, nr. 89; — noot in *Rec. gén.*, 1965, bij nr. 20.821).

96 – GEDEELTELIJK GEBRUIK. — Aanvankelijk was een recht van overgang met een breedte van 2,50 m. gevestigd. De verweerder riep in dat gedurende dertig jaren slechts een breedte van 0,90 m. was gebruikt, zodat door verjaring het recht van overgang tot deze breedte moest worden beperkt. De vrederechter te Ekeren nam dit niet aan om twee redenen : 1) de eiser had nog de volle breedte opgeëist zestien jaar geleden; 2) de bezitter van een zakelijk recht is niet verplicht de algeheelheid van dit recht uit te oefenen (Vred. Ekeren, 15 juni 1967, *R.W.*, 1967-68, 506). Het principiële argument dat gedeeltelijk gebruik geen verjaring met zich brengt, behalve wanneer er een materiële hindernis bestaat, wordt algemeen aangenomen (A.P.R., Tw. *Erfdienstbaarheden*, nr. 874; — De Page et Dekkers, VI, nr. 670, 4b; — Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 405; — Vieujean, *R.C.J.B.*, 1966, 367, nr. 96 *in fine*; — R.P.D.B., Tw. *Servitudes*, nr. 588; — zie ook : vorig overzicht, nr. 75, *T.P.R.*, 1965, 103).

97 – BEWIJSLAST INZAKE TENIETGAAN. — Overeenkomstig de leer van De Page en Dekkers (VI, nr. 658) werd gevonnist dat, wanneer een eigenaar de *actio negatoria* instelt de verweerder moet bewijzen dat hij een erfdienstbaarheid bezit, aangezien men van de eigenaar niet het negatief bewijs kan vergen dat op zijn terrein geen erfdienstbaarheid weegt (Vred. Dalhem, 16 april 1962, *T. vred.*, 1965, 224; — in dezelfde zin : Kluyskens, *Zakenrecht*, nr. 397; — Renard, *R.C.J.B.*, 1957, 153, nr. 62; — Josserand, *Cours de droit civil positif français*, I, nr. 2012). In datzelfde vonnis en volgens dezelfde leermeesters werd eveneens beslist dat de eiser het tenietgaan van de erfdienstbaarheid niet moet bewijzen, tenzij de verweerder het bestaan van een oude erfdienstbaarheid inroept (De Page et Dekkers, VI, nr. 658 *in fine*).

98 – DE ETRIMOZAAK. — De bouwmaatschappij *Etrimo* had twee hoge buildings opgericht. Villabewoners uit de omgeving eisten de afbraak plus schadevergoeding, omdat de appartementsgebouwen in strijd waren met een wettelijke erfdienstbaarheid van openbaar nut, alsook met een conventionele erfdienstbaarheid terzake. De eisers riepen in dat op die plaats alleen villa's met decoratief uitzicht mochten worden gebouwd overeenkomstig de wet van 23 maart 1907, die een overeenkomst van 8 maart 1907 tussen de staat en de stad Brussel bekrachtigde, en ook volgens de wederkerige erfdienstbaarheid in de verkoopakten waardoor de wettelijke erfdienstbaarheid werd bevestigd. *Etrimo* stelde daartegenover verscheidene argumenten, o.m. dat een wettelijke erfdienstbaarheid van openbaar nut en een conventionele erfdienstbaarheid niet samen konden bestaan en ook dat de stad Brussel hun een bouwvergunning had verleend.

Het hof van beroep te Brussel nam de thesis van Etrimo inzake het gelijktijdig bestaan van een wettelijke en een conventionele erfdienstbaar-

heid niet aan (Brussel, 10 juni 1965, *J.T.*, 1965, 421; *Pas.*, 1966, II, 159; *Rec. gén.*, 1965, nr. 20.984; *Rev. prat. not.*, 1965, 381; *R.J.I.*, 1965, nr. 4161). Volgens dit arrest is een door overeenkomst gevestigde erfdienstbaarheid sterker dan een wettelijke, omdat de door de wet gevestigde erfdienstbaarheid steeds kan worden afgeschaft : „*Attendu, au contraire, qu'il est légitime que l'acheteur d'un terrain n'accepte de consentir le sacrifice financier, résultant des restrictions frappant le bâtiment à ériger sur celui-ci, que sous le couvert de servitudes réciproques imposant les mêmes charges esthétiques aux autres fonds; que ce but, insuffisamment assuré par une servitude d'utilité publique établie par une loi, toujours abrogeable, trouve au contraire une assise stable dans l'établissement de la servitude conventionnelle résultant de l'acte de vente*". Ook het argument van de bouwvergunning werd niet aanvaard, aangezien de stad Brussel *Etrimo* attent had gemaakt op de bestaande bouwbeperkingen. Om al die redenen werd *Etrimo* veroordeeld tot afbraak en tot het betalen van schadevergoeding.

De beslissing van het hof van beroep werd bekrachtigd door het hof van cassatie (Cass., 6 oktober 1966, *R.W.*, 1966-67, 1993; *Ann. not. enreg.*, 1966, 261 en 289; *J.T.*, 1967, 185; *Pas.*, 1967, I, 147, met de besluiten van advocaat-generaal Colard; *Rec. gén.*, 1968, nr. 21.120; *R.J.I.*, 1967, nr. 4320). Nochtans geloof ik dat er in de argumentatie van het cassatiearrest een belangrijke verschuiving was ten opzichte van het beroepsarrest. Op de opwerping van *Etrimo* dat de conventionele erfdienstbaarheid de overheid zou beletten de wettelijke erfdienstbaarheid te wijzigen werd door het hof van cassatie als volgt geantwoord : „Overwegende dat het gelijktijdig bestaan van een wettelijke erfdienstbaarheid van algemeen nut en een zakelijke erfdienstbaarheid van burgerlijke aard, die de eerste slechts bevestigt, zonder ervan af te wijken, niet strijdig is met de openbare orde; dat een dergelijke toestand geen afbreuk kan doen aan het recht van de bevoegde overheid om de door haar gevestigde erfdienstbaarheid van algemeen nut te wijzigen" (*R.W.*, 1966-67, 1999; *Pas.*, 1967, I, 175). Deze overweging stemt trouwens overeen met de zienswijze van advocaat-generaal Colard : „*Et ceci n'est nullement de nature à paralyser d'une manière quelconque la liberté des pouvoirs publics, s'ils estiment pour une raison quelconque, devoir étendre ou restreindre l'étendue d'une servitude d'utilité publique. Ces modifications pourront, le cas échéant, affecter également les servitudes civiles...*" (*Pas.*, 1967, I, 158) en „*Il est permis d'affirmer à la lumière de ces considérations, que si les dispositions d'un plan particulier modifient une zone de recul ou les règles relatives à l'implantation, à l'esthétique ou à la hauteur des bâtiments d'une manière quelconque, soit par extension, soit par réduction, les servitudes civiles relatives à ces objets subiront nécessairement les mêmes modifications et seront donc soit étendues, soit diminuées dans les mêmes limites. Cela ne paraît pas susceptible de discussion*" (*Pas.*, 1967, I, 160). De stelling dat een bijzonder plan van aanleg primeert boven een conventionele erfdienstbaarheid luidt heel anders dan de hiervoor geciteerde overweging van het brusselse arrest waarin wordt gewezen op het belang van de conventionele erfdienstbaarheid naast de wettelijke, die steeds kan

worden afgeschaft. De betekenis van het cassatiearrest werd juist ingezien door sommige commentatoren (Vanden Borre, Ph., *Weerslag van stedebouwkundige voorschriften op privaatrechtelijke erfdienstbaarheden*, *R.W.*, 1966-67, 1987 e.v., vooral 1989 en 1990; — Hoeffler, J., *A propos de l'arrêt de la cour de cassation du 6 octobre* 1966, *Ann. not. enreg.*, 1967, 41; — de Suray, J., *Urbanisme et droit de propriété*, *J.T.*, 1968, 743), maar niet door alle (noot in *Ann. not. enreg.*, 1966, 275; — Glansdorff, die gewag maakte van verworven rechten van derden, in *J.T.*, 1968, 5, nr. 30). Dit verschil in opvatting is belangrijk, want volgens de motivering van het hof van cassatie lag de weg open om de twee flatgebouwen te redden door een bijzonder plan van aanleg. Dat is inderdaad gebeurd : op 29 november 1968 keurde de regering een nieuw plan voor ruimtelijke ordening goed.

Of er in de gegeven omstandigheden moest worden afgebroken zal wel een omstreden kwestie blijven. Het bevel tot afbraak, zowel door het hof van beroep te Brussel als door het hof van cassatie, is zonder twijfel een logische oplossing (vgl. : Cass. fr., 17 december 1963, *Gaz. Pal.*, 1964, I, 158; — Cass. fr., 30 november 1965, *J.C.P.*, 1966, II, 14.481; — Cass. fr., 6 februari 1967, *Gaz. Pal.*, 1967, II, 31, maar ze werd vaak aangevochten in naam van het gezond verstand, de billijkheid, de menselijkheid en de redelijkheid (o.m. : Vieujean, *Rev. trim. dr. civ.*, 1966, 418; — Glansdorff, *J.T.*, 1968, 5, nr. 30 *in fine*; — Hilbert, *R.J.I.*, 1967, 78; — Bredin, *Rev. trim. dr. civ.*, 1966, 323; — de Suray, J., *J.T.*, 1968, 745). Het is weliswaar een feit dat de afbraak van twee hoge flatgebouwen met het oog op het mooi uitzicht voor de omliggende villa's een zware sanctie is, vooral voor de nieuwe eigenaars die te goeder trouw hebben gekocht van een bouwmaatschappij die de overtreding heeft begaan. In die zin zou schadevergoeding ten gunste van de benadeelde villabewoners een betere sanctie zijn. Tegen deze oplossing pleit nochtans dat men riskeert de wetsovertreders aan te moedigen. Voor wie bij vergissing de stedebouwkundige voorschriften niet naleeft is toegeeflijkheid verantwoord, maar het wordt bedenkelijk wanneer — zoals in het *Etrimo*geval — welbewust wordt gebouwd in strijd met de bestaande reglementering. Als de sanctie de overtreders niet voldoende afschrikt, valt de wettelijke bescherming voor de buren weg. De regering heeft de zaak kunnen oplossen met een nieuw plan van aanleg. Op die wijze is willekeur niet uitgesloten. Is het gevaar denkbeeldig dat een kleine eigenaar die de bouwvoorschriften heeft overtreden wordt verplicht af te breken, maar dat een grote maatschappij die voldoende relaties bezit van de slopershamer wordt gered?

De vraag of de theorie van het misbruik van recht in dit geval kon worden toegepast werd reeds vroeger besproken (zie boven, nr. 13).

HOOFDSTUK VIII

ERFPACHT EN OPSTAL

99 – EINDE ERFPACHT. — Overeenkomstig artikel 14 van de wet van 10 januari 1824 bestaat er voor de erfpacht geen stilzwijgende vernieuwing (*tacita reconductio*), zodat de bezetting na het verstrijken van de termijn louter als gedogen moet worden beschouwd (Rb. Brussel, 30 december 1965, *R.W.*, 1965-66, 1594). Dit wordt algemeen aanvaard (De Page et Dekkers, VI, nr. 716, 1°; — Laurent, VIII, nr. 405; — R.P.D.B., Tw. *Emphytéose*, nr. 77; — Nov., *Droit civil*, III, nr. 1319).

100 – OPSTALRECHT. — De discussie ging over de vraag of voor de bouwwerken die een P.V.B.A. op het terrein van de buren had kunnen oprichten, artikel 555 B.W. ofwel de opstalwet van 10 januari 1824 van toepassing was. Het hof van beroep te Brussel had beslist dat een vergoeding moest worden betaald krachtens artikel 555 en dat er geen sprake was van opstalrecht. De eisers in cassatie riepen daartegen in dat het wel om opstal ging en dat volgens artikel 7 van de wet van 1824 geen vergoeding diende betaald te worden. Het hof van cassatie oordeelde dat, ook wanneer het een geval van opstalrecht was, niet artikel 7 maar artikel 6 moest worden toegepast, aangezien artikel 7 betrekking heeft op wat reeds was gebouwd vóór de vestiging van het opstalrecht (Cass., 24 juni 1965, *Pas.*, 1965, I, 1165; — zie ook : De Page et Dekkers, VI, nr. 696). Het hof voegde eraan toe dat het geen belang heeft dat de motivering van een arrest of vonnis verkeerd is, indien het beschikkend gedeelte wel juist is.