

## **Zakenrecht**

### **Zakenrechtelijke nieuwigheden. Iets over mede-eigendom, erfdienstbaarheden, vruchtgebruik, erfpacht en opstal**

Mathieu MUYLLE  
Assistent Instituut voor Goederen- en Aansprakelijkheidsrecht K.U.Leuven,  
meester in het notariaat



## Inleiding

1. Het zakenrecht als strikt gereguleerd systeem bestaat ongeveer 200 jaar in vrijwel ongewijzigde vorm. Vanuit de praktijk, de rechtspraak en de doctrine worden de peilers en wezenskenmerken echter nog elke dag bevraagd. Interpretatiekwesties worden getrancheerd, nieuwe visies geëxploreerd. Hoewel de titel “zakenrechtelijke nieuwigheden” met een kwinkslag een “*contradictio in terminis*” kan worden genoemd, moge het duidelijk zijn dat het zakenrecht geen dode materie is, al was het maar door evoluties in de aanleunende rechtstakken.

In voorliggende bijdrage zullen recente evoluties onder de loep worden genomen. Er zal een beperkte dwarsdoorsnede van het zakenrecht worden gemaakt. Enkele topics inzake mede-eigendom, erfdienstbaarheden, vruchtgebruik, erfpacht en opstal zullen van naderbij worden bekeken.

Wat mede-eigendom betreft zal dieper worden ingegaan op appartementsmede-eigendom. De bevoegdheden van de vereniging van mede-eigenaars zullen worden bestudeerd. Praktisch zal dit gebeuren aan de hand van een *case study*. De interdisciplinariteit zal niet worden geschuwd. Ook de woningbouwwet komt aan bod.

Wat de erfdienstbaarheden betreft, zal de erfdienstbaarheid van waterafvloeiing worden behandeld. Het gaat om een wettelijke erfdienstbaarheid. Het Hof van Cassatie heeft over deze materie een verhelderend arrest gevelde.

Inzake vruchtgebruik, zal het effect van stedenbouwkundige misdrijven worden nagegaan op de rechten en plichten van respectievelijk de vestiger van het vruchtgebruik, de blote eigenaar en de vruchtgebruiker. Ook hier zal een recent arrest van het Hof van Cassatie aan bod komen.

*Last but not least* zal ook de tijdsdimensie van enkele oude zakenrechtelijke figuren worden geanalyseerd. Erfpacht en opstal zijn aan een ware *revival* begonnen en maken vooral door hun gunstig fiscaal statuut opnieuw furore. Een maximumtermijn bij opstal en erfpacht en een minimumtermijn bij erfpacht, beperken een al te flexibele aanwending van deze figuren. *Rebus sic stantibus* zal worden onderzocht of deze termijnen van openbare orde zijn, dan wel openstaan voor onderhandeling.

## I. Iets over mede-eigendom

2. Het bevoegdheidsvraagstuk in geval van appartementsmede-eigendom is geen sinecure. Dit kan treffend met een voorbeeld worden geïllustreerd.

3. Komen aannemers of bouwpromotoren die een appartementsgebouw moeten bouwen hun contractuele verplichtingen niet na, dan staat de kopers op plan, bij niet-voltooiing van de werken, een arsenaal aan wettelijke sancties ter be-

schikking. De aannemer of bouwpromotor kan onder meer contractueel aansprakelijk worden gesteld, de ontbinding of de nietigheid wegens gebrek aan voorwerp kan worden nagestreefd<sup>1</sup>. Deze en andere oplossingen kunnen de kopers niet noodzakelijk beschermen. Zijn de aannemer of bouwpromotor ondertussen insolvent geworden en hebben de kopers zich conventioneel niet tegen mogelijke solvabiliteitsproblemen ingedekt, dan blijft de koper een louter chirografaire schuldeiser met alle gevolgen van dien<sup>2</sup>. De wetgever heeft geprobeerd om de onbillijkheid van deze situatie te remediëren. Supplementaire garanties werden ingevoerd. Te denken valt aan de voltooiingswaarborg.

Een onderscheid moet worden gemaakt naargelang de verkoper of aannemer al dan niet voldoet aan de vereisten van de wet van 20 maart 1991 houdende erkenning van aannemers<sup>3</sup>. In het eerste geval moet de verkoper conform artikel 12 lid 1 Woningbouwwet *juncto* artikel 3 van het uitvoeringsbesluit bij deze wet (K.B. woningbouwwet) een zekerheid of borgtocht stellen bij de Deposito- en consignatiekas ten belope van 5 % van de prijs van het gebouw. In het tweede geval is de verkoper gehouden op grond van artikel 12 lid 2 woningbouwwet *juncto* artikel 4 K.B. woningbouwwet de voltooiing (van het huis of van het appartement, of in het desbetreffende geval, van de verbouwing of de uitbreiding) te waarborgen<sup>4</sup>. Vooral deze tweede waarborg (ook wel de 100%-waarborg genoemd) doet in het appartementsrecht vragen rijzen. Vaak wordt immers getracht de draagwijdte van de figuur te minimaliseren. Ook een ander vraagstuk is van belang: wie mag, of moet, in het appartementsrecht de 100%-waarborg afdwingen? Deze bevoegdheidskwestie staat mogelijk in correlatie met de uitgestrektheid van de waarborg.

## §1. Probleemstelling

4. Algemeen wordt aanvaard dat de vereniging van mede-eigenaars geen zakelijke vorderingen, noch bezitsvorderingen kan instellen met betrekking tot het onroerend goed. De vereniging is geen eigenaar, noch bezitter van de private

<sup>1</sup> J.-M. CHANDELLE, "La Loi Breyne", in *Rép. not.* t. VII, Brussel, Larcier, 1996.

<sup>2</sup> J.-M. CHANDELLE, *o.c.*, p. 136, nr. 105 en p. 147, nr. 119; L. ROUSSEAU, *La Loi Breyne*, Kluwer, 2005, p. 132.

<sup>3</sup> Wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken, *B.S.* 6 april 1991; Over de erkenningsmodaliteiten zie M. DEVROEY, *De erkenning als aannemer voor de uitvoering van overheidsopdrachten*, Lokeren, Konstruktieve Publikaties, 2003, 67-85, zie ook B. CHAMPION, "Consultatiecentrum: Uit de notariële praktijk: De Wet Breyne", *Notarius* 94, afl. 2, p. 35; E. DEVROEY, *o.c.*, 134; D. MEULEMANS, *o.c.*, p. 1099, nr. 47.

<sup>4</sup> Zie hierover J.-M. CHANDELLE, *o.c.*, 138 en 144 en 149; R. TIMMERMANS, "Notarissen en vastgoedmakelaars in de houdgreep van de woningbouwwet", in *T. App.* 2001, 2, p. 6 en 7; K. UYTTERHOEVEN, "Bouwen en contactenrecht", in K. DEKELAERE, M. SCHOEPS en A. VERBEKE (eds.), *Handboek Bouwrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 518; J. EMBRECHTS, "Woningbouwwet", in *Comm. Bijz. Ov.*, art. 12, p. 4; A. VERBEKE en K. VANHOVE, *De wet Breyne sans gêne*, Gent, Larcier, 2003, 63; M. DEVROEY, *De Wet Breyne*, Lokeren, Konstruktieve Publikaties, 2000, 115.

delen of van de gemene delen van een appartement<sup>5</sup>. Vertrekkend vanuit die premisse is het een kleine stap aan te nemen dat de vereniging geen bevoegdheden heeft om een voltooingswaarborg af te dwingen. De voltooingswaarborg wordt afgeleverd ten gunste van een welbepaalde koper. De vereniging kan nu eenmaal geen koper noch eigenaar zijn van privatieve of gemene delen<sup>6</sup>. Om die reden zou het afdwingen van de voltooingswaarborg slechts aan de koper zelf toekomen, aangezien er geen enkele contractuele verbintenis bestaat met de vereniging.

De vraag rijst in eerste instantie hoe de voltooingswaarborg moet worden geïnterpreteerd. In een concrete zaak werd geargumenteed dat een waarborg zowel de afwerking van de privatieve als de gemene delen dekte. Door de vereniging van mede-eigenaars werd dit in deze zaak dan ook aangewend om een vordering in te stellen die de afwerking van de gemene delen voor ogen had<sup>7</sup>. Wettelijk is immers vastgelegd dat haar oprichting doelmatig moet worden geïnterpreteerd, en kadert in het beheer en behoud van het gebouw of de groep van gebouwen (art. 577-5 § 3 B.W.). De vereniging betwistte niet dat de bevoegdheid ontbrak om de voltooiing van werken aan de privatieve kavels na te streven<sup>8</sup>. De vereniging claimde wel dat ze kon steunen op de waarborg om de afwerking van de gemene delen na te streven.

## §2. Draagwijdte van de waarborg

5. Twee strekkingen bestaan in verband met de 100%-waarborg. Een minimalistische en een maximalistische. In de *minimalistische strekking*<sup>9</sup> wordt enkel de afwerking van een privaat deel gewaarborgd. In deze visie wordt de bouw van de privatieve kavel losgekoppeld van de bouw van het appartementsgebouw. Bij onmogelijkheid het appartement te voltooien, blijft er onzekerheid

<sup>5</sup> H. VANDENBERGHE, S. SNAET en P. VITS, "Appartementsmede-eigendom", in *Appartement en recht*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 52; R. TIMMERMANS, "De algemene vergadering van de Vereniging van Mede-eigenaars", in *Onroerend Goed in de Praktijk*, Kluwer, 2004, 19-20; Rb. Brugge 3 mei 1999, *T. App.* 1999, afl. 4, p. 21; Rb. Brussel 5 juni 2002, *J.T.* 2002, 587-588. Dit betekent weliswaar niet dat de vereniging een privaat deel kan verwerven om het te bestemmen tot gemeen deel. De mede-eigenaars worden hiervan eigenaar naar verhouding tot hun aandeel in de mede-eigendom. Zie hierover R. TIMMERMANS en S. SNAET, "Kroniek Appartementsmede-eigendom (2000-2005)", *R.W.* 2005-06, 1606.

<sup>6</sup> H. VANDENBERGHE, S. SNAET en P. VITS, *o.c.*, 161-162.

<sup>7</sup> S. SNAET, "Actuele knelpunten inzake appartementsmede-eigendom", in H. VANDENBERGHE (ed.), *Themis Zakenrecht*, Brugge, 2003, 29.

<sup>8</sup> Deze strikte en doelgebonden bevoegdheidsscheiding werd overigens kort vóór dit vonnis nog eens verduidelijkt door het Hof van Cassatie: Cass. 1 april 2004, *TBO* 2005, 24, noot B. THOEN. Zie ook R. TIMMERMANS, "Grenzen aan de bevoegdheid van de algemene vergadering van mede-eigenaars", *T. App.* 2004, afl. 4, 3-4. In dezelfde zin Rb. Leuven 17 november 1999, *T. App.* 2000, afl. 1, 37-39. Over dezelfde problematiek en eveneens in dezelfde zin Vred. Nieuwpoort 18 januari 2000, *T. App.* 2000, afl. 2, 38-39. In de andere zin Vred. Nieuwpoort 18 april 1995, *T. App.* 1997, afl. 2, 32.

<sup>9</sup> Die voorsnag niet door rechtspraak werd bevestigd.

of het gebouw er komt. Wordt een appartement afgewerkt op de gelijkvloerse verdieping van een koper die ook een voltooiingswaarborg heeft gesloten, en wordt daarna een aanvang genomen met de bouw van appartementen op de eerste en tweede verdieping, maar wordt de tweede verdieping niet afgewerkt, dan kan deze waarborg niet worden gebruikt voor de voltooiing van werken aan de dakconstructie. Immers, de hoofdverbintenis werd door de bouw van de privatieve kavel op de gelijkvloerse verdieping nageleefd, zodat de betaalverbintenis van de borg ten aanzien van de waarborghouder is uitgedoofd. Zelfs al blijft het gebouw zonder dakconstructie, werden slechts de eerste etages opgericht in plaats van alle etages, is het gebouw ten dele winddicht en dus blootgesteld aan allerlei natuurkrachten, juridisch gezien kan de borg niet worden aangesproken omdat de borgstelling vanaf de voltooiing van de privatieve kavel zonder voorwerp is geworden.

De *maximalistische strekking*<sup>10</sup> gaat ervan uit dat ook het gebouw waarin het appartement zich bevindt, moet worden afgewerkt. Naast de afwerking van de individuele kavel, wordt ook de voltooiing van alle gemene delen beoogd. In tegenstelling tot de vorige situatie blijft de waarborgverbintenis wel bestaan wanneer een specifieke kavel in een appartement werd voltooid maar er nog werken overblijven aan de rest van het gebouw. De betaalverbintenis van de borg dooft hier dus niet uit, zodat de borg kan worden aangesproken indien er delen van het gebouw niet zijn afgewerkt ingevolge het faillissement van de bouwpromotor.

6. Recent werd deze maximalistische strekking door een vonnis van de rechtbank van koophandel te Veurne bijgetreden<sup>11</sup>. “De waarborg, die de kredietinstelling ten aanzien van de koper geeft en dit in opdracht en voor rekening van de promotor heeft zowel betrekking op de privatieve kavel (het appartement op zich) als op de afwerking van het gebouw, zonder dewelke de privatieve kavel niet kan bestaan”<sup>12</sup>

Wij sluiten ons volledig bij deze interpretatie aan.

7. Nu duidelijk blijkt dat de 100%-waarborg ook de afwerking van de gemene delen beoogt, rijst de vraag wie dit moet afdwingen om de kosten van werken aan de gemene delen te recuperen. De waarborg is tussen een koper op plan en de bank aangegaan. Kan de vereniging als beheersorgaan, zich op deze waarborg beroepen of de afwerking van alle gemene delen na te streven. Beschikt

<sup>10</sup> L. BARNICH, *l.c.*; J.-M. CHANDELLE, *o.c.*, p. 145, nr. 115: «*un appartement n'a aucune matérialité sans le gros oeuvre et autres constructions formant l'ensemble dans lequel il est intégré*»; L. ROUSSEAU, *o.c.*, 144; B. CHAMPION, *o.c.*, 38 en 40; C. DUMORTIER, *o.c.*, 226; J. EMBRECHTS, *o.c.*, art. 12, p. 4; E. DEVROEY, *o.c.*, 137; M. DEVROEY, *o.c.*, p. 138, nr. 36. Deze laatste auteur merkt bovendien op dat de inroeping van de waarborg voor de gemene delen volgens hem niet impliceert dat alle gemeenschappelijke delen worden afgewerkt. Hierbij wordt het voorbeeld gegeven van het appartement op de gelijkvloers en een lift die niet dienstig zou zijn voor het gelijkvloerse appartement. Deze stelling verdient geen bijval.

<sup>11</sup> Brussel 18 maart 1986, *Pas.* 1986, II, 96; Kh. Veurne 16 februari 2005, *NjW* 2006, 809. dit vonnis werd geen hoger beroep aangetekend.

<sup>12</sup> Kh. Veurne 16 februari 2005, *NjW* 2006, 809.

de vereniging hier wel over de nodige bevoegdheid? Of moet de vordering onontvankelijk worden verklaard indien ze door de vereniging wordt ingesteld.

### §3. Bevoegdheid

8. Volgens de algemene principes, neergelegd in de artikelen 17 en 18 van het Gerechtelijk Wetboek<sup>13</sup>, kan een vordering bij een gewone rechter alleen worden toegelaten in de mate eiser claimt titularis te zijn van een *subjectief recht*, en voorhoudt over *hoedanigheid* en *belang* te beschikken<sup>14</sup>.

De eerste ontvankelijkheidsvoorwaarde betreft het inroepen van een *subjectief recht*. Hieraan wordt voldaan wanneer de vereniging van mede-eigenaars of een individuele mede-eigenaar *inroept* dat een borg betaling is verschuldigd wegens niet-uitvoering van werken aan gemene delen. Het waarheidsgehalte van de aanspraak is in principe irrelevant, dat betreft immers de grond van de zaak<sup>15</sup>.

Ten tweede moet de eiser over de nodige *hoedanigheid* beschikken. Dit is van belang wanneer een persoon optreedt voor andermans rekening, met andere woorden wanneer de vordering wordt ingesteld door een vertegenwoordiger van de titularis van het ingeroepen recht. Is de sundicus opgetreden als formele procespartij voor rekening van de materiële procespartij, zijnde de vereniging van mede-eigenaars, dan is hieraan voldaan<sup>16</sup>. Wenst de individuele mede-eigenaar zelf op te treden, dan is deze voorwaarde niet van tel.

<sup>13</sup> P. VANLERSBERGHE, “Commentaar bij artikel 17 Ger. W.”, in P. DEPUYDT e.a. (ed.) *Gerechtelijk recht – Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2002, 3-6.

<sup>14</sup> Cass. 26 februari 2004, *RAGB* 2004, afl. 10, 612-615 met noot P. VANLERSBERGHE. Vaak wordt ook nog verwezen naar de bekwaamheid. Zie M. CASTERMANS, *Gerechtelijk Privaatrecht. Algemene beginselen, bevoegdheid en burgerlijke rechtspleging*, Gent, Academia Press, 2004, 20-33. Dit is echter geen onbetwiste voorwaarde. Zie ook S. BEERNAERT, “Het belang als ontvankelijkheidsvereiste bij de gewone rechter, de Raad van State en het Arbitragehof”, *P & B* 2000, 156. Zie ook J. LAENENS, K. BROEKX en D. SCHEERS, *Handboek Gerechtelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 82-83. Zie ook ter inspiratie Vred. Nieuwpoort 23 december 2003, *T. App.* 2005, afl. 3, 18 e.v.

<sup>15</sup> Zie ook E. DE KEZEL, “Juridische bescherming van niet-vermogensrechtelijke belangen. Onderzoek naar de rol van het aansprakelijkheidsrecht als instrument voor de bescherming van niet-vermogensrechtelijke belangen naar aanleiding van het ‘Jeffrey-arrest’ van de Nederlandse Hoge Raad”, *T.P.R.* 2003, 507-508.

<sup>16</sup> S. BEERNAERT, *o.c.*, 157; P. VANLERSBERGHE, “Commentaar bij artikel 17 Ger. W.”, *o.c.*, 20-39; M. CASTERMANS, *o.c.*, 27-30; J. LAENENS, K. BROEKX en D. SCHEERS, *o.c.*, 88-92. Zie ook I. SAMOY, *Middellijke vertegenwoordiging, Vertegenwoordiging herbekeken vanuit het optreden in eigen naam voor andermans rekening*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 54-62.

Ten slotte moet de eisende partij ook over het nodige *belang* beschikken. De invulling van deze voorwaarde is complexer<sup>17</sup>. Het belang van artikel 17 Ger. W. verwijst naar het procesrechtelijke belang en niet het materieelrechtelijke belang. Niet het belang dat een partij heeft bij het voorwerp of de uitvoering van de veroordeling, maar het nut van de procedure en de rechterlijke beslissing op zich. Het ene is een inhoudelijk discours, het andere een formeel. De eisende partij moet dus een voordeel kunnen putten uit een mogelijk gegrondheidsoordeel of een potentieel nadeel kunnen voorkomen. Het mag duidelijk zijn dat de ontvankelijkheidsvoorwaarde meestal zal staan of vallen met dit laatste criterium.

## A. Belang

9. Zowel de vereniging van mede-eigenaars als de individuele mede-eigenaar hebben een *belang* hebben bij de voltooiing van de gemene delen. Wordt de vordering immers gegrond verklaard, dan wordt het gerecupereerde geld in principe toegevoegd aan het vermogen van de vereniging. Indirect zal ook elke individuele mede-eigenaar apart hiervan profiteren. Zij zullen immers minder snel met nieuwe provisies over de brug moeten komen. De vraag rijst echter of het feit dat beide rechtssubjecten een *belang* in de zin van de artikelen 17 en 18 Ger. W. hebben, noodzakelijk impliceert dat een samengaan van procesbevoegdheid wenselijk is, zo neen of een bepaald rechtssubject het zwaartepunt van de bevoegdheden moet torsen. In een andere bijdrage werd een kost- en baatanalyse van dit probleem gemaakt<sup>18</sup>. Het besluit was dat er heel wat voordelen ontstonden door de bevoegdheid ‘exclusief’ toe te kennen aan de vereniging. Het betrof hoofdzakelijk voordelen van proceseconomische aard.

Voor wat de privatieve kavel betreft, ontbreekt het de vereniging sowieso aan belang. Wat het afdwingen van de kosten aan de gemene delen betreft, lijkt hen het zwaartepunt van de belangen te moeten toekomen. Veel meer nog dan de individuele mede-eigenaar is de ‘vereniging’ als belangenorgaan van alle mede-eigenaars bij uitstek begaan met de goede afwerking van (alle) gemene delen. De exclusieve bevoegdheid van de vereniging voor de gemene delen moet dus worden bepleit. De vraag rijst dan of hier een voldoende wetgevende basis voor bestaat.

## B. Exclusieve bevoegdheid van de vereniging van mede-eigenaars

10. Deze basis vinden we terug in de artikelen 577-9 § 1 B.W. en 577-5 § 3 B.W. Volgens dit eerste artikel is de vereniging van mede-eigenaars bevoegd in rechte op te treden als eiser en als verweerder. Deze bevoegdheid wordt in de wet zelf niet verder toegelicht. In die zin mag worden aangenomen dat de bevoegdheid *in se* algemeen is en slechts wordt beperkt door het doel waarvoor

17 P. VANLERSBERGHE, “Commentaar bij artikel 17 Ger. W.”, *o.c.*, 9-13; M. CASTERMANS, *o.c.*, 20-27; J. LAENENS, K. BROEKX en D. SCHEERS, *o.c.*, 84-88.

18 Zie M. MUYLLE, “100%-waarborg van Wet Breyne”, *NjW* 2006, 778-780, nrs. 15-26.

de vereniging van mede-eigenaars rechtspersoonlijkheid heeft verkregen<sup>19</sup>. Dit doel wordt omschreven in het artikel 577-5 § 3 B.W., namelijk het behoud en het beheer van een gebouw of de groep van gebouwen<sup>20</sup>.

De term 'beheer' moet bovendien in de ruime zin van het woord worden opgevat en gaat veel verder dan het stellen van 'daden van beheer' in de strikte juridische zin van de woorden. Conform de geest van de wet is het dan ook gepast hieronder 'het bestuur'<sup>21</sup> te verstaan van een gebouw of een groep van gebouwen en voor ogen te houden dat de oprichting van de vereniging van mede-eigenaars juist tot doel heeft betrekkingen met derden te vergemakkelijken, waaronder ook de rechtsgang. Dit betekent dat deze behartiging van de gemeenschappelijke belangen van de appartementsmede-eigenaars, tot de wettelijke specialiteit van de vereniging behoort, en haar bovendien exclusief toekomt<sup>22</sup>.

**11.** Een mede-eigenaar is bijgevolg niet gerechtigd om zelfstandig op te treden met betrekking tot de gemene delen, zelfs niet wanneer het daden van behoud of voorlopig beheer zou betreffen, behalve in het uitzonderlijke geval vermeld in artikel 577-9 § 1, alinea 2 B.W. waarbij elke mede-eigenaar alle rechtsvorderingen kan instellen betreffende zijn kavel of eigendom<sup>23</sup>. Onder 'kavel' of 'eigendom' wordt ruimer dan het privatieve gedeelte ook het onverdeelde en dus ongespecificeerde corresponderende aandeel in de gemene delen verstaan die bij de kavel hoort. Uit dit onverdeelde karakter volgt echter dat de individuele mede-eigenaar onmogelijk de waarborg kan afdwingen voor specifieke gebreken aan de gemene delen. Er is immers slechts bevoegdheid voor een gemeen deel, zo dit betrekking heeft en in het verlengde ligt van de individuele kavel. Wanneer een vordering er nu op gericht is de niet-afwerking van werken aan de gemene delen aan te kaarten, dan kan de waarborghouder nooit waarmaken dat juist een onvoltooid en welbepaald gemeen deel een accessorium zou vormen van zijn kavel, waarop de waarborg slaat. De mede-eigendom is immers onverdeeld. Indien dit wel mogelijk zou zijn, dan zou dit betekenen dat de mede-eigendom niet langer onverdeeld is. Aldus zou een basisprincipe van het appartementsrecht met de voeten worden getreden. Dit kan niet de bedoeling zijn. Een vordering, ingesteld door een mede-eigenaar die een garantie beoogt af te dwingen voor gemene delen van het gebouw omdat het gemeen deel zagezegd een accessorium zou vormen van zijn privatieve kavel, is uit den boze omdat zij juist de essentie van het appartementsrecht zou aanvallen.

**12.** De bevoegdheid van een individuele mede-eigenaar moet dan ook beperkend worden geïnterpreteerd. Dit kan ook worden afgeleid uit de parlementaire

<sup>19</sup> H. VANDENBERGHE, S. SNAET en P. VITS, *o.c.*, 161; Zie ook Rb. Brugge 3 mei 1999, *T. App.* 1999, afl. 4, p. 21.

<sup>20</sup> R. TIMMERMANS, "De algemene vergadering van de Vereniging van Mede-eigenaars", in *Onroerend Goed in de Praktijk*, Kluwer, 2004, 19-20.

<sup>21</sup> H. VANDENBERGHE, S. SNAET en P. VITS, *o.c.*, 52. Het instellen van een *actio negatoria* valt dan weer niet onder 'bestuur'. Zie Rb. Brugge 3 mei 1999, *T. App.* 1999, afl. 4, p. 21.

<sup>22</sup> J. KOLENBERG, T. VAN SINAY en H. VUYE, "Overzicht van rechtspraak: Zakerecht 1994-2000" in *T.P.R.* 2001, p. 998; H. VANDENBERGHE, S. SNAET en P. VITS, *o.c.*, 53.

<sup>23</sup> Zie o.a. Verslag Vandenberghe, *Parl. St.* 1992-93, 712-2, 130-131.

werken en het woord ‘echter’ uit artikel 577-9 § 1 lid 2 B.W. In principe is de vereniging van mede-eigenaars bevoegd. Een mede-eigenaar kan echter ‘alleen’ optreden indien hij de syndicus en de overige mede-eigenaars heeft ingelicht en deze laatsten van oordeel zijn dat ze er geen belang bij hebben om het geding samen aan te spannen<sup>24</sup>.

Belangrijk zijn de woorden ‘echter’ en ‘alleen’<sup>25</sup>. In de eerste plaats wijst het woord ‘echter’ op een tegenstelling. In tegenstelling tot wat normaal het geval is, mag iedere mede-eigenaar alle rechtsvorderingen instellen, betreffende zijn kavel na de syndicus te hebben ingelicht<sup>26</sup> die daarover de andere mede-eigenaars zal informeren.

Het tweede woord ‘alleen’ wijst op een unieke positie van de partij die deze rechtsvordering wil instellen. Hij mag dit alleen doen. Hij hoeft dit niet te doen via een beslissing van de algemene vergadering.

Deze bevoegdheid wordt dan weer dadelijk verbonden met een andere voorwaarde. De mede-eigenaar die een vordering wil instellen kan dit maar op voorwaarde dat de rechtvordering uitsluitend betrekking heeft op zijn kavel. Gezien de waarborg specifieke werken beoogt aan de gemene delen, kan nooit worden hard gemaakt dat dergelijke werken worden uitgevoerd aan dat deel van de gemeenschap dat accessoir eigendom is van de waarborghouder. De vordering die de voltooiing van de werken aan de gemene delen nastreeft is dan ook geen vordering betreffende een kavel van een bepaalde mede-eigenaar. Daarom komt de vereniging van mede-eigenaars de exclusieve bevoegdheid toe over voltooiingswerken aan de gemene delen, ook al kan zij zelf de voltooiingswaarborg niet afsluiten.

De rechtbank van koophandel te Veurne heeft dan ook meer dan terecht de vordering van de vereniging van mede-eigenaars ontvankelijk verklaard.

Niet alleen valt dit standpunt proceseconomisch toe te juichen, het is bovendien rechtspraak die treffend de *corporate-governance*mentaliteit illustreert die actueel in het rechtspersonenrecht sluimert<sup>27</sup>.

Wat de draagwijdte zelf van de waarborg betreft verwijzen we naar een eerder geschreven bijdrage<sup>28</sup>. Binnen het bestek van dit artikel gaan we hierop niet dieper in.

24 *Ibid.* Zie ook: Vred. Veurne 21 januari 1999, *T. App.* 1999, afl. 4, 16-18; Vred. Charleroi 8 september 1997, *T. App.* 1998, afl. 3, 28-29. Zie ook de uitermate pertinente kritiek hierop in J. KOKELENBERG, T. VAN SINAY en H. VUYE, *o.c.*, 998.

25 Verslag Vandenbergh, *Parl. St.* Senaat 92-93, nr. 712-2, 130-132.

26 Vred. Veurne 21 januari 1999, *T. App.* 1999, afl. 4, p. 17; Vred. Sint-Jans-Molenbeek 4 april 2000, *T. App.* 2001, afl. 3, p. 39.

27 R. TIMMERMANS, “De zoektocht naar *corporate governance* bij de vereniging van mede-eigenaars en de rol van de raad van beheer als verdediger van het belangenpluralisme”, *T. App.* 2005, afl. 3, 1-8.

28 M. MUYLLE, *o.c.*, p. 782, nr. 31-31

## C. Besluit

Het besluit kan kort zijn. Zowel over de voltooiingswaarborg als over de bevoegdheden van de vereniging van mede-eigenaars is al heel wat inkt gevloeid. Uit deze bijdrage blijkt dat de 100 %-waarborg nuttig kan worden aangewend. De opsplitsing van appartementen in privatieve kavels en gemene delen belet dit niet. Het volstaat zelfs dat één koper een voltooiingswaarborg heeft gesloten, opdat de integrale afwerking van alle gemene delen wordt gegarandeerd. De bevoegdheden van de vereniging van mede-eigenaars moeten hierbij maximalistisch worden geïnterpreteerd. De *case-study* laat dit uitschijnen. Enkel zo kan recht wordt gedaan aan de “vereniging van mede-eigenaars” als beheersorgaan en kan dit orgaan effectief het doel waarvoor het rechtspersoonlijkheid heeft verkregen, nastreven<sup>29</sup>.

## II. Iets over erfdienstbaarheden

**13.** Naast de mede-eigendom, moet ook een licht worden geworpen op de thematiek van de erfdienstbaarheden. Als uitgangspunt werd gekozen voor een minder gekende erfdienstbaarheid: het recht van afvloeiing.

Een voorbeeld kan het probleem toelicht. Veronderstel U bent eigenaar van een rustiek gelegen hoeve in de Vlaamse Ardennen aan de voet van de Oude Kwaremont. Een paar keer per jaar wordt het rustieke kader er ingeruild voor een drukte van jewelste. Een menigte wielierliefhebbers probeert er dan hun honger naar wielierhistoriek te stillen. Met de doortocht van de Ronde van Vlaanderen worden door deze “volkstoeeloop” enkele hoger gelegen weiden herschapen in modderweiden. Het meeste gras werd platgetrappeld. Een week later regent het pijpenstelen. Het platgetrappelde gras fungeert niet langer als een spons, en heel wat water en modder vindt een weg naar de lager gelegen percelen. Uw prachtige onderhouden tuin wordt hierbij grondig herschapen.

U bent niet van plan het hierbij te laten en stelt een vordering op grond van burenhinder in tegen de eigenaar van de boven gelegen weiden. De eigenaar van de hoger gelegen weiden beroept zich in zijn verweer op artikel 640 B.W.. Dit artikel bepaalt dat lager gelegen erven jegens de hoger liggende gehouden zijn het water te ontvangen dat daarvan buiten 's mensen toedoen natuurlijk afloopt.

**14.** De wetgever erkende hiermee aldus dat ‘aflopend natuurlijk water’, een last inhoudt voor het lager gelegen erf. Tegelijk werd erkend dat dit fenomeen een recht is verbonden aan het hoger gelegen erf, nl. een recht van afvloeiing. De titularis van het heersende erf heeft niet de plicht om het water te doen afvloeien, enkel het recht<sup>30</sup>. Dit recht wordt beschouwd als een erfdienstbaarheid, voortspruitend uit de natuurlijke ligging. Op die manier wordt een feitelijke aantasting van het eigendomsrecht juridisch aanvaardbaar gemaakt. Zon-

<sup>29</sup> Voor meer achtergrond bij deze uiteenzetting M. MUYLLE, *o.c.*, 774-782.

<sup>30</sup> L. CHRISTIAENS, “Ancienneté et servitudes d’écoulement des eaux”, *Ann. dr. Liège* 1986, p. 103.

der de erfdiensbaarheid impliceert het absolute karakter van het eigendomsrecht immers dat de eigenaar geen feitelijke aantasting van zijn recht moet dulden. Er was dus een wettelijke basis nodig voor dit fenomeen, zoniet kon elke eigenaar van een lager gelegen erf compensatie vragen voor welke natuurlijke afvloeiing ook<sup>31</sup>. De vraag rijst echter naar de toepassingsvoorwaarden van deze erfdiensbaarheid. Ook deze erfdiensbaarheid mag immers niet op absolute wijze worden geïnterpreteerd.

## §1. Toepassingsvoorwaarden

### A. Natuurlijk water

15. De erfdiensbaarheid viseert enkel het water dat op natuurlijke wijze afvloeit van de hoger gelegen erven. Dit is het water dat rechtstreeks (regen, sneeuw, hagel) of onrechtstreeks (natuurlijk gevormde beekjes en rivieren) uit neerslag voortvloeit, maar ook het water dat door de werking van de natuur in ons leefmilieu aanwezig is en neerwaarts kan vloeien zoals dauwwater, bronwater, etc.<sup>32</sup> Bovendien wordt niet enkel oppervlaktewater geïnterpreteerd, maar ook water dat ondergronds binnensijpelt<sup>33</sup>. Ook de vaste stoffen die door het water worden meegevoerd, horen er bij<sup>34</sup>.

Water, dat door toedoen van mensen afloopt, valt daarentegen niet binnen het toepassingsgebied van de erfdiensbaarheid en vormt dus een niet-toegelaten inbreuk op het eigendomsrecht van het lager gelegen erf. Deze uitzondering kan in twee subcategorieën worden onderverdeeld. *Kunstmatige wateren* en *wateren die door menselijk toedoen afvloeien sensu stricto*. Hoewel deze

31 F. LAURENT, *Principes de Droit Civil*, t. VII, Brussel, Bruylant, 1878, p. 423-424; H. DE PAGE, *Traité*, t. VI, 1953, p. 425, nr. 530; R. DEKKERS, *Handboek van Burgerlijk Recht*, Brussel, Bruylant, 1956, p. 724, nr. 1349-1350.

32 F. LAURENT, *o.c.*, p. 425, nr. 358; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, t. VI, Bordeaux, 1907, p. 538-539; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 425, nr. 531; R. DEKKERS, *o.c.*, p. 725, nr. 1351; R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *o.c.*, p. 579; M. COCHART, "Sur la servitude d'écoulement naturel des eaux", *T. Vred.* 1988, p. 227; J. BERGEL, M. BRUSCHI en S. CIMAMONTI in J. GHESTIN, *Traité de Droit Civil, Les biens*, Paris, Jouve, p. 386; R. DEKKERS en E. DIRIX, *o.c.*, p. 256; M. BURTON, "Les servitudes" in *Rép. Not.*, t. II, Les Biens, Brussel, Larcier, 1990, p. 32.

33 Rb. Brussel 17 mei 1887, *J.T.* 1887, p. 878; R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *l.c.*; M. COCHART, *l.c.*; M. BURTON, *l.c.*

34 F. LAURENT, *o.c.*, p. 425, nr. 358; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *o.c.*, p. 539; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 425, nr. 531; R. DEKKERS, *o.c.*, p. 725, nr. 1351; R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *o.c.*, p. 584; R. DEKKERS en E. DIRIX, *o.c.*, p. 256; M. BURTON, *o.c.*, p. 32; zie Brussel 30 januari 1899, *Belg. Judic.* 1900, 511; Rb. Luik 4 juli 1951, *Pas.* 1953, II, 82; bevestigd in Luik 4 april 1952, *Pas.* 1953, II, 86, ook weergegeven in R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *o.c.*, p. 593-594; Luik 19 maart 1993, *R.R.D.* 1993, 393; Cass. 18 november 1999, *Arr. Cass.* 1999, 1454, *Pas.* 1999, I, 1519; Luik 23 juni 2003, *J.L.M.B.* 2004, afl. 25, 1093, *J.T.* 2003, afl. 6112, 733, *R.G.A.R.* 2004, afl. 6, nr. 13878, *R.R.D.* 2003, afl. 109, 417.

tweedeling in de doctrine en de rechtspraak vaag aan bod komt, wordt nergens een poging gedaan om de begrippen te duiden. Een duidelijke toelichting hierbij zal echter toelaten de groep te ontsluiten die wel onder de erfdienstbaarheid valt.

## B. Water, dat door toedoen van mensen afloopt

### a) Kunstmatig water

16. Kunstmatig water is water dat in essentie haar natuurlijk karakter verliest doordat het wordt opgevangen in een door de mens gefabriceerd systeem (bijv. regenput, citernes, emmers, watertank), gezuiverd wordt om hygiënische redenen, of een vorm van transport ondergaat in speciaal daartoe aangelegde kanaaltjes, leidingen of buizen (bijv. waterleidingen)<sup>35</sup>. Bovendien moet het voor gebruik door mensen bestemd zijn. Het betreft o.a. water dat in het huishouden wordt gebruikt<sup>36</sup>, rioolwater<sup>37</sup>, industrieel water<sup>38</sup>.

17. Passen we deze criteria toe, dan kunnen we besluiten dat een lek in een zwembad, waardoor dit leegloopt, niet kan worden beschouwd als een vorm van waterlast die een aanpalende buur dient te tolereren op grond van artikel 640 B.W. Dit water is, door de zuivering die het ondergaat en het transport dat ermee gepaard gaat, kunstmatig water. Bovendien heeft het een gebruiksfinaliteit.

Hetzelfde geldt voor een kunstmatig aangelegde vijver<sup>39</sup>. In de rechtsleer bestaat hierover betwisting<sup>40</sup>. Wat indien een vijver overloopt door overvloedige regenval? Sommige rechtsgeleerden menen dat de afvloeiing die hieruit voortvloeit, natuurlijk is, omdat ze door een natuurlijk fenomeen wordt veroorzaakt. Hoewel de redenering verleidelijk is, moet ze toch worden verworpen. Vijverwater is 'kunstmatig water' wanneer de vijver kunstmatig is ontstaan. De vermenging met regenwater verandert hier niets aan. De vermenging maakt deel uit van het opvangproces. De achterliggende reden is eenvoudig. Een 'bonus pater familias' moet zich bewust zijn, van de risico's die de aanleg van een vijver op de hellingrand met zich meebrengt. Het is zijn taak ervoor te zorgen dat het water in de vijver niet te hoog staat en op tijd wordt weggepompt. Anders oordelen leidt tot een minimalisering van de zorgvuldigheidsplicht.

<sup>35</sup> H. DE PAGE, *l.c.*; R. DEKKERS, *l.c.*

<sup>36</sup> Luik 1 december 1869, *Pas.* 1870, II, 283; Rb. Veurne 24 december 1881, *Belg. Judic.*, 1882, 1080; Rb. Brussel 29 juli 1896, *Pas.* 1898, III, 92; Rb. Marche 8 januari 1937, *Pas.* 1938, III, 26; Vred. Herentals 26 oktober 1936, *T. Vred.* 1937, 439; Brussel 2 juni 1989, *Res Jur. Imm.* 1990, 61; Luik 2 november 1998, *T.B.B.R.* 1999, 660.

<sup>37</sup> Vred. Roeselare 23 mei 1969, *T. Vred.* 1970, 249; Brussel 2 juni 1989, *Res Jur. Imm.* 1990, 61; Vred. Lens 18 mei 1990, *T. Agr. R.* 1992, 254 in beroep bevestigd door Rb. Bergen 23 oktober 1991, *T. Agr. R.* 1992, 261.

<sup>38</sup> Cass. 28 februari 1889, *Pas.* 1889, I, 139; Brussel 2 juni 1989, *Res Jur. Imm.* 1990, 57.

<sup>39</sup> Brussel 2 juni 1989, *Res Jur. Imm.* 1990, 57.

<sup>40</sup> R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *o.c.*, p. 581-582, nr. 302.

Kunstmatig water heeft bijgevolg steeds een dubbel menselijk ingrijpen ondergaan. Vooreerst bij de opvang, zuivering of het transport ervan, vervolgens bij het gebruik door de mens. Het onderscheid met de tweede subcategorie wordt op die manier duidelijk. Deze categorie heeft in essentie haar natuurlijk karakter niet verloren, maar heeft door de menselijke tussenkomst, een wijziging ondergaan in de manier waarop het afloopt. In tegenstelling tot de eerste categorie heeft dit water geen gebruiksfinaliteit. Water dat afloopt van een dak, door een regenpijp, en net boven de grond wordt uitgespuwd, blijft bijgevolg natuurlijk water. Ook water afkomstig van dakdrop verliest haar natuurlijke karakter niet<sup>41</sup>. Anders is het met regenwater dat door afvoerbuizen in een regenput of een vijver zou terechtkomen.

## **b) Water dat door menselijk toedoen afvloeit *sensu stricto*.**

**18.** Ook omtrent de inhoud van de tweede subcategorie bestaat er onduidelijkheid. Zo kan de vraag rijzen of elke menselijke interventie, hoe minimaal ook, die het water een andere afloopwijze bezorgt, gelijk te stellen valt met een menselijke interventie in de zin van artikel 640 B.W.? Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Op een stuk helling wordt een huis gebouwd. Vormt het water dat na de bouw van dit huis, rond het huis van de helling vloeit, en door ‘menselijk toedoen in de afloopwijze wordt beïnvloed’ water dat afvloeit door menselijk toedoen? Is het lager liggend erf verplicht dit water te ontvangen? Een letterlijke, doch weinig pragmatische lezing van artikel 640 B.W. doet besluiten dat de titularis van het lager gelegen erf dit water niet moet tolereren. Deze stelling is onhoudbaar<sup>42</sup>. Elke afloop op een erf met menselijke bewoning of een economische activiteit, wordt op één of andere manier door de mens beïnvloed. Deze interpretatie zou neerkomen op het *de facto* herinvoeren van het absolute karakter van het eigendomsrecht, terwijl de wetgever met het artikel 640 B.W. net beoogde een ‘overlast’ aan zulke schadeclaims te vermijden.

**19.** Zelfs de aanplanting van bomen en struiken op een helling die de bodemerosie tegengaan, de infiltratie van het water bevorderen en de afvloeiing kwantitatief verminderen, vormt een menselijke interventie die de afvloeiing beïnvloedt. Het zou nochtans onlogisch zijn in deze situatie een aantasting van het eigendomsrecht van het lager gelegen erf te zien. De eisen van billijkheid nopen tot een evenwichtig criterium. Ons inziens moet worden onderzocht of het water reeds voor de menselijke interventie, afstroomde. Is de menselijke interventie niet *de directe reden* van het afvloeien, dan moet worden bestudeerd of de menselijke interventie de verzwarende van de erfdienstbaarheid

<sup>41</sup> Anders F. LAURENT, *o.c.*, p. 429, nr. 361. Toch lijkt LAURENT in zijn overweging het verschil tussen *kunstmatig water* en *water dat door menselijk toedoen afvloeit* aan te geven; zie eveneens anders H. DE PAGE, *l.c.*; R. DEKKERS, *l.c.*; M. CO-CHART, *o.c.*, 288; H. VANDENBERGHE, *l.c.*; J. BERGEL, M. BRUSCHI en S. CIMA-MONTI in J. GHESTIN, *l.c.*; R. DEKKERS en E. DIRIX, *l.c.*

<sup>42</sup> Zie impliciet H. DE PAGE, *o.c.*, p. 431; G. BAUDRY-LACANTINERIE, *o.c.*, p. 541-542, nr. 826.

heeft met zich meegebracht<sup>43</sup>. Wanneer iemand beslist een deel van zijn tuin op te hogen, zodat er een helling ontstaat, waar dit vroeger niet het geval was, dan wordt de afloop door een menselijke interventie gecreëerd. Die interventie is de oorzaak van de afvloeiing. Indien er een causaal verband bestaat tussen de menselijke handeling en de afvloeiing wordt hierin automatisch een aantasting van het eigendomsrecht van het lager liggend erf gezien. Wanneer iemand daarentegen beslist een tuinhuis te bouwen op bestaande helling, dan verandert dit tuinhuis weliswaar de richting van de afvloeiing, maar doet het in geen geval de afvloeiing ontstaan. In dit geval moet worden bestudeerd of de erfdienstbaarheid niet werd verzwaaard.

**20.** Naar gelang de hypothese die voorligt, verandert de bewijslast. Waar de menselijke interventie de oorzaak van de afvloeiing is, dient enkel het bewijs te worden geleverd dat er een menselijke interventie is geweest die in causaal verband met de last staat. Dat volstaat om een inbreuk op het eigendomsrecht vast te stellen. In het andere geval, waar de menselijke tussenkomst de afvloeiing heeft beïnvloed, moet worden aangetoond dat de menselijke tussenkomst een verzwaring van de erfdienstbaarheid heeft teweeggebracht opdat er van enige ongeoorloofde afvloeiing sprake is.

**21.** Enkele voorbeelden kunnen dit illustreren. Wanneer regenwater afvloeit van een dak en via een regenpijp net boven de grond wordt uitgespuwd, betreft het de afvloeiing van natuurlijk water. Wanneer dit huis op een helling is gebouwd en er voordien reeds afvloeiing was, dient te worden bewezen dat de menselijke interventie tot een verzwaring van de erfdienstbaarheid heeft geleid. Die verzwaring zou kunnen bestaan dat door de regenpijp het water wordt gekanaliseerd<sup>44</sup>.

Staat het huis daarentegen niet op een helling, maar betreft het de afvloeiing van een dak, waarbij er geen dakgoot is en het regenwater op andermans eigendom valt, dan betreft het eveneens de afvloeiing van natuurlijk water, maar dient slechts te worden bewezen dat er voordien geen afvloeiing was en na de interventie wel. Heel wat rechtsgeleerden beschouwen het water van dakdrop als kunstmatig water<sup>45</sup>. Het komt ons voor dat deze kwalificatie zelf kunstmatig is. Het is natuurlijk water. Nochtans is het onderscheid minder relevant. In beide gevallen betreft het een schending van het eigendomsrecht.

<sup>43</sup> Cass. 4 mei 1936, *Pas.* 1936, I, 242; ook weergegeven in R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *o.c.*, p. 592. Ons inziens oordeelt het Hof hier verkeerd dat kanalisatiewerken een menselijke interventie vormen die de afvloeiing aan artikel 640 B.W. onttrekken, zie ook de doctrine F. LAURENT, *o.c.*, p. 428-428, nr. 360. Het Hof zal zich verbeteren in Cass. 19 december 1963, *R.W.* 1964-65, 97; *Pas.* 1964, I, 418.

<sup>44</sup> Cass. 19 december 1963, *R.W.* 1964-65, 97; *Pas.* 1964, I, 418; ook weergegeven in R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *o.c.*, 593; zie tevens R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *o.c.*, p. 587.

<sup>45</sup> H. DE PAGE, *l.c.*; R. DEKKERS, *l.c.*; M. COCHART, *o.c.*, p. 288; H. VANDENBERGHE, *l.c.*; J. BERGEL, M. BRUSCHI en S. CIMAMONTI in J. GHESTIN, *l.c.*; R. DEKKERS en E. DIRIX, *l.c.*

Ook het ondergronds kanaliseren van water waarbij het water tot een aanpalend lager gelegen erf wordt gevoerd, vormt geen menselijke interventie die de afvloeiing veroorzaakt. De afvloeiing bestond al. Er zal enkel moeten worden bewezen dat de menselijke interventie een verzwarende van de last tot gevolg had. Het feit dat een aanpalend erf hierdoor moerassig wordt, houdt een ongeoorloofde verzwarende in<sup>46</sup>.

Wat moet er gebeuren met graafwerken die een bron blootleggen? In de rechtsleer bestaat er discussie. Is dit water dat afstroomt door een menselijke interventie<sup>47</sup>? Uiteraard niet. De menselijke interventie is niet de oorzaak van het afvloeien. Bij regenval zal de regen ook afvloeien van de bestaande helling. Wel is het zo dat de menselijke tussenkomst de directe oorzaak van de verzwarende van de erfdienstbaarheid inhoudt. Ingevolge het aanboren van de bron werd de temporele afvloeiing een permanente afvloeiing.

### c) Verzwarende van de erfdienstbaarheid

**22.** De vraag rijst dan wat een verzwarende van de erfdienstbaarheid van afvloeiing is? Logischerwijze veronderstelt dit een menselijk handelen<sup>48</sup>. Maatregelen die de bodemerrosie en afvloeiing tegengaan, kunnen in geen geval als een verzwarende worden beschouwd, aangezien zij net proberen de last te reduceren. Om uit te maken of er een verzwarende is, moet worden nagegaan of de afvloeiing in gelijke mate zou plaatsvinden in gelijkaardige omstandigheden bij afwezigheid van menselijke interventie. Deze proef is niet sluitend. De billijkheid maakt het noodzakelijk om een bijkomend criterium in te voeren. Een voorbeeld kan dit weerom verduidelijken. Wanneer een persoon zijn het gras afrijdt op een helling, dan houdt dit een menselijke interventie in die de erfdienstbaarheid kan verzwaken. Indien hij niets doet, dan blijft het gras groeien. Bij grote regenval zal dit lange gras echter als een spons werken en zal de afvloeiing veel kleiner zijn. Wanneer diezelfde persoon zijn gras om esthetische redenen kort afrijdt, dan zal de afvloeiing veel groter zijn. Het lijkt dus wenselijk een bijkomend criterium te hanteren om uit te maken of er een verzwarende is of niet.

**23.** In het arrest van het Hof van Cassatie van 4 november 2005 heeft het Hof zich over deze problematiek gebogen. Tegelijk geeft het Hof de contouren aan van het 'recht van afvloeiing'. Vooreerst wordt de leer van de directe oorzaak impliciet bevestigd, vervolgens spreekt het Hof zich uit over verzwarende. Het gebruik door een landbouwer van de grond conform de bestemming ervan, houdt geen verzwarende van de erfdienstbaarheid in. Tevens bevestigt het Hof dat onder het recht van afvloeiing niet alleen het water begrepen is, maar ook

<sup>46</sup> Cass. 19 december 1963, *R.W.* 1964-65, 97, *Pas.* 1964, I, 418; ook weergegeven in R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *o.c.*, p. 593; Vred. Wezet 3 november 1999, *T. Vred.* 2000, 306, noot.

<sup>47</sup> Zie over dit vraagstuk F. LAURENT, *o.c.*, p. 430, nr. 363; H. DE PAGE, *o.c.*, p. 427, nr. 531; R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *o.c.*, p. 580-581, nr. 301.

<sup>48</sup> Een natuurlijke verzwarende komt dicht bij overmacht te liggen. Zie ter bevestiging Luik 19 maart 1993, *R.R.D.* 1993, 395, laatste overweging.

modder. Bij uitbreiding impliceert dit ook de andere vaste stoffen zoals zand, slib, gruis, stenen, rotsblokken, etc. die door het water worden meegevoerd.

Ons inziens gaat het hier om de ventilering van een algemeen principe, dat niet tot landbouwzaken wordt beperkt<sup>49</sup>. Bij analogie<sup>50</sup> kunnen we stellen dat ook het gebruik van een stuk bouwgrond conform zijn bestemming in beginsel geen aanleiding zal geven tot compensatie.

## §2. Conclusie

24. Over het recht van afvloeiing is het laatste woord nog niet gezegd. De rechter zal telkens dienen te appreciëren of de feitelijke afvloeiing juridisch moet worden getolereerd. Het Hof geeft met het arrest van 4 november 2005 een aanzet tot een beginselenleer. Ons inziens kan die als volgt worden weergegeven: het lagerliggend erf is gehouden het water te ontvangen dat van het hoger gelegen erf natuurlijk afvloeit. Hierin worden begrepen de vaste stoffen die deze afvloeiing met zich meebrengt.

Een menselijke interventie houdt enkel een aantasting in van het eigendomsrecht van het lager liggend erf, wanneer de interventie zelf de afvloeiing doet ontstaan of het karakter van het water heeft veranderd. Is dit niet het geval, dan moet onderzocht of de menselijke interventie geen verzwaring van de erfdienstbaarheid met zich meebrengt. Een dergelijke verzwaring moet evenmin worden geduld.

Deze verzwaring kent twee verschijningsvormen<sup>51</sup>, de afvloeiing van kwantitatief meer water enerzijds en de afvloeiing van kwantitatief meer vaste stoffen anderzijds. Het kwantitatieve aspect is weliswaar een noodzakelijk maar onvoldoend criterium om van een verzwaring te kunnen spreken. Is er een feitelijke verzwaring, maar wordt het hoger gelegen erf conform de logische bestemming gebruikt, dan kan niet worden geconcludeerd dat het 'recht van afvloeiing' juridisch werd verzaamd. Wat ons Ronde van Vlaanderenverhaal betreft, zouden we kunnen argumenteren dat de normale bestemming van weiden niet ligt in het verhuren ervan en het ontvangen van toeschouwers bij wieler-

<sup>49</sup> Anders, Rb. Marche 8 januari 1937, *Pas.* 1938, III, 26.

<sup>50</sup> In R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *o.c.*, p. 587-589 wordt nog vastgesteld dat vooral in landbouwzaken enige soepelheid wordt betoond jegens de hoger liggende eigenaar. Latere rechtspraak lijkt dit uit te breiden. Zie bijvoorbeeld Cass. 18 november 1999, *Arr. Cass.* 1999, 1454, *Pas.* 1999, I, 1519, *R.W.* 2000-01, 15. Ook LAURENT trad deze stelling reeds bij: F. LAURENT, *l.c.*

<sup>51</sup> BAUDRY-LACANTINERIE erkent drie vormen van verzwaring. Het veranderen van de loop van de afvloeiing moet ons inziens echter als een kwantitatieve verzwaring worden beschouwd. Zie G. BAUDRY-LACANTINERIE, *o.c.*, p. 545, nr. 827.

wedstrijden. Dit abnormaal gebruikt heeft aldus een verzwaring van de erf-dienstbaarheid met zich meegebracht die niet moet worden geduld<sup>52</sup>.

### III. Iets over vruchtgebruik

25. Ook inzake vruchtgebruik staat het recht niet stil. Evoluties in de aanleu-nende rechtstakken zorgen hier voor interpretatiekwetsies. *In concreto* kunnen we denken aan de rechten en plichten van vruchtgebruikers, blote eigenaars en de personen die het vruchtgebruik hebben gevestigd en het probleem van de instandhoudingsmisdrijven.

Voor Vlaanderen is de instandhouding van bouwwerken in ruimtelijk kwets-baar gebied<sup>53</sup> strafbaar (art. 146, 7° Decreet Ruimtelijke Ordening). Ook in Wallonië is de instandhouding van bepaalde bouwwerken strafbaar. In een ar-rest van 21 februari 2006, heeft het Hof van Cassatie een belangwekkend arrest ge-veld in verband met de instandhoudingsverplichting van de vruchtgebruiker. Immers, op grond van artikel 578 B.W. heeft de vruchtgebruiker het genot van de zaak onder de verplichting om ze in stand te houden.

De feiten kunnen als volgt worden samengevat. Verweerster wordt vervolgd voor het instandhouden van een onvergund bouwwerk, een wooncaravan met bijgebouw, terras en schuilplaats in de provincie Luxemburg. De correctionele rechtbank van Tongeren veroordeelt verweerster tot het slopen van de bouw-werken. Verweerster is in overtreding met de artikelen 84, 154 en 155 van het Waalse Stedenbouwdecreet<sup>54</sup> (CWATUP) en dient het onroerend goed in de oorspronkelijke toestand te herstellen. Verweerster gaat tegen dit vonnis in be-roep. Het hof van beroep te Antwerpen hervormt deze uitspraak. Het hof stelt vast dat verweerster nooit eigenaar van het gebouw is geweest. Als erfgename van haar vooroverleden echtgenoot beschikt zij enkel over het vruchtgebruik van de zaak. Zij heeft dit genot slechts onder de verplichting de zaak zelf ten voordele van de blote eigenaar in stand te houden. Het hof beslist daarom om verweerster strafrechtelijk niet verantwoordelijk te stellen. De “stedenbouw-

52 Zie over deze erfdienstbaarheid ook M. MUYLLE en L. MATTHYS, "Moet er nog water zijn? Het recht van afvloeiing onder de loep", *T.B.O.* 2006, afl. 1, 16-22.

53 Onder de ruimtelijk kwetsbare gebieden moet worden verstaan de groengebieden, natuurgebieden, natuurgebieden met wetenschappelijke waarde, natuurreservaten, natuurontwikkelingsgebieden, parkgebieden, bosgebieden, valleigebieden, bron-gebieden, agrarische gebieden met ecologische waarde of belang, agrarische ge-bieden met bijzondere waarde, grote eenheden natuur, grote eenheden natuur in ontwikkeling en de ermee vergelijkbare gebieden, aangewezen in ruimtelijke uit-voeringsplannen of plannen van aanleg, alsook de beschermde duingebieden en voor het duingebied belangrijke landbouwgebieden, aangewezen krachtens het decreet van 14 juli 1993 houdende maatregelen tot bescherming van de kustdui-nen.

54 Decreet van 27 november 1997 betreffende het Waalse Wetboek van Ruimtelijke Ordening, Stedenbouw en Patrimonium. Zie hierover J. VAN YPERSELE en B. LOUVEAUX, *Le droit de l'urbanisme en Belgique et dans ses trois régions*, Larcier, 2006, p. 902-903, nr. 872

kundige ambtenaar” van de provincie Luxemburg stelt hiertegen cassatieberoep in.

De centrale vraag die het Hof moet beslechten, is of de burgerrechtelijke verplichting om als vruchtgebruiker de zaak in stand te houden, de strafrechtelijke onverantwoordelijkheid impliceert? Een positief antwoord hierop zou bepaalde “instandhoudingsmisdrijven” tijdelijk onvervolgbaar maken<sup>55</sup>.

### **§1. De uitspraak van het Hof van Cassatie**

26. Het Hof van Cassatie heeft voorgaande vraag negatief beantwoord. Het Hof verwijst naar de artikelen 544 en 578 B.W. Uit de samenlezing van deze artikelen leidt het Hof af dat de vruchtgebruiker – net als een eigenaar – zijn recht niet in strijd met wetten en verordeningen mag uitoefenen. Tegelijk verwijst het Hof naar het algemeen rechtsbeginsel dat verbiedt bedrog of oneerlijkheid aan te wenden om schade te berokkenen of winst te behalen.

Het Hof bevestigt hiermee haar eigen rechtspraak<sup>56</sup> dat al wie over een dergelijk onroerend goed zeggenschap heeft, voor dit misdrijf kan worden aangesproken. Het misdrijf van instandhouding bestaat immers in een schuldig verzuim om aan het bestaan van wederrechtelijk uitgevoerde werken een einde te maken.

Partijen kunnen zich bijgevolg niet beroepen op hun plicht om de zaak in stand te houden. Deze rechtspraak sluit aan bij de normatieve kracht van de in het geding zijnde bepalingen. Strafwettelijke bepalingen zijn van openbare orde<sup>57</sup>. De plicht tot instandhouding van de vruchtgebruiker is dit niet<sup>58</sup>. De prioriteit van de strafwet vloeit voort uit de maatschappelijke noodzaak om met die strafbepalingen een maatschappelijk beleid te voeren<sup>59</sup>. Anders oordelen zou deze doelstelling kunnen doorkruisen.

---

<sup>55</sup> Wanneer bouwwerken in stand worden gehouden die op het tijdstip van vervolging aan iemand in vruchtgebruik toebehoren.

<sup>56</sup> Cass. 13 mei 1986, *R.W.* 1987-88, 674, noot A VANDEPLAS; Cass. 14 november 1990, *Pas.* 1991, 277; Cass. 4 februari 2003, *T.M.R.* 2003, 389, *T.B.O.* 2004, 35, noot P. VAN SANT, zie ook J. VAN YPERSELE en B. LOUVEAUX, *o.c.*, p. 909-910, nr. 879; G. VAN HOORICK, *Handboek Notarieel Bestuursrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 160, nr. 220.

<sup>57</sup> F. VERBRUGGEN en R. VERSTRAETEN, *Strafrecht & strafprocesrecht*, Antwerpen, Maklu, 2006, 9; J. VAN YPERSELE en B. LOUVEAUX, *Le droit de l'urbanisme en Belgique et dans ses trois régions*, Larcier, 2006, p. 865, nr. 837.

<sup>58</sup> Brussel 10 juli 1957, *Ann. Not. Enreg.* 1958, 80, ook weergegeven in R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, II, A, Antwerpen, Story-Scientia, 1984, p. 509 e.v.; H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 334.

<sup>59</sup> A. DE NAUW, *Inleiding tot het algemeen strafrecht*, Brugge, Die keure, 2006, 1 e.v.; L. DUPONT, *Beginselen van strafrecht*, Leuven, Acco, 2000, 1-2; L. HUYBRECHTS, “Straffen” in X., *Strafrecht als roeping. Liber amicorum Lieven Dupont*, Leuven, UPL, 2005, 419-431.

Nu het arrest terecht voorrang verleent aan de strafwet, rijst de vraag welke impact dit heeft op de burgerrechtelijke verplichtingen van respectievelijk de vruchtgebruiker en de blote eigenaar. Het Hof bewaart hier vanzelfsprekend het stilzwijgen over.

## §2. Beoordeling van dit arrest

27. Een eerste vraag rijst naar de eventuele analoge toepassing op conventioneel vruchtgebruik. In casu betrof het wettelijk (erfrechtelijk) vruchtgebruik. Kan deze uitspraak bij uitbreiding toepasselijk worden verklaard op conventioneel vruchtgebruik, dit is een vruchtgebruik gevestigd bij wederkerige (verkoop, schenking of verdeling) of op vruchtgebruik toegekend bij eenzijdige rechtshandeling (testament)<sup>60</sup>? Zou men met andere woorden de strafrechtelijke vervolging (en herstelmaatregel<sup>61</sup>) kunnen vermijden door het onroerend goed conventioneel of testamentair in vruchtgebruik te geven? We mogen aannemen van niet. Er zou niet alleen afbreuk worden gedaan aan de artikelen 544 en 578 B.W. en het algemeen rechtsbeginsel dat verbiedt bedrog of oneerlijkheid aan te wenden om schade te berokkenen of winst te behalen. Tegelijk zou een inbreuk worden gepleegd op artikel 6 van het B.W. dat een algemeen verbod instelt om door bijzondere overeenkomsten afbreuk te doen aan wetten die de openbare orde en de goede zeden betreffen. De notaris moet partijen hierover inlichten. Hij moet de vruchtgebruiker ten stelligste afraden misdrijven in stand te houden. Zo niet riskeert hij persoonlijk strafrechtelijk of burgerrechtelijk aansprakelijk te worden gesteld<sup>62</sup>. Zowel de testamentaire, erfrechtelijke als de conventionele vruchtgebruiker zullen de herstelmaatregelen dus moeten uitvoeren.

De vraag rijst vervolgens wie de kosten van deze herstelmaatregelen dient te dragen. Moeten deze kosten worden gedragen door de persoon die strafrechtelijk werd vervolgd, of moet dit civielrechtelijk worden geregeld? Het Hof van Cassatie heeft in een arrest van 13 mei 2003 beslist dat de herstelmaatregel een maatregel van burgerlijke aard is<sup>63</sup>. Dit betekent dat de tenlastelegging van kosten of het verhalen van gemaakte kosten burgerrechtelijk moet worden afgehandeld<sup>64</sup>. Twee hypothesen kunnen voorliggen: in de eerste hypothese heeft

60 J. HANSENNE, *Les biens*, II, p. 1023, nr. 1002.

61 Zie G. DEBERSAQUES, "Handhaving", in B. HUBEAU en W. VANDEVYVERE (eds.), *Handboek Ruimtelijke Ordening en Stedebouw*, Brugge, Die Keure, 2004, p. 854 e.v., nr. 123 e.v.

62 Zie hierover G. DEBERSAQUES, o.c., in B. HUBEAU en W. VANDEVYVERE (eds.), *Handboek Ruimtelijke Ordening en Stedebouw*, Brugge, Die Keure, 2004, p. 836, nr. 83; M. BOES, "Recente ontwikkelingen binnen het notarieel bestuursrecht in L. WEYTS en C. CASTELEIN (eds.), *Notariële Nieuwigheden 2004-2005*, Leuven, UPL, 2005, 171; M. BOES, *Stedebouw en Ruimtelijke Ordening in het Vlaamse Gewest*, Gent, Larcier, 2006, p. 128, nr. 252.; G. VAN HOORICK, *Handboek Notarieel Bestuursrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 185 e.v., nr. 257 e.v.

63 Cass. 13 mei 2003, *R.W.* 2003-04, noot G. DEBERSAQUES, *T.M.R.* 2003, 616, noot P. VANSANT.

64 G. DEBERSAQUES, o.c., in B. HUBEAU en W. VANDEVYVERE (eds.), *Handboek Ruimtelijke Ordening en Stedebouw*, Brugge, Die Keure, 2004, p. 876 e.v..

de vruchtgebruiker zelf de werken opgericht. In de tweede hypothese heeft de vruchtgebruiker de werken niet opgericht, maar heeft hij bestaande werken in vruchtgebruik gekregen. We gaan ervan uit dat in alle hypothesen een strafprocedure aanhangig is. Tegelijk gaan we er van uit dat de vruchtgebruiker niet kan worden aangesproken voor een andere stedenbouwkundig misdrijf. Heeft de vruchtgebruiker gebouwd zonder vergunning, dan is *per hypothese* dit ‘aflopend’ misdrijf reeds verjaard<sup>65</sup>.

## A. Er is een strafprocedure

**28.** In de eerste hypothese heeft de vruchtgebruiker zelf de werken uitgevoerd. Zijn deze werken conform de bestemming van het goed (bijvoorbeeld omdat een bouwgrond in vruchtgebruik werd gegeven<sup>66</sup>), dan is de vruchtgebruiker eigenaar van dit bouwwerk op grond van een accessoir opstalrecht<sup>67,68</sup>. Wordt de vruchtgebruiker veroordeeld tot het wegruimen van zijn opstallen, dan moet hij als eigenaar hiervan de kosten dragen.

Anders is het wanneer hij dit recht om te bouwen niet had, (omdat er bijvoorbeeld in de titel een expliciet bouwverbod werd ingeschreven) maar toch bouwwerken heeft opgericht. De vruchtgebruiker dient zich in beginsel hiervan te onthouden<sup>69</sup>. Het betreft hier geen accessoir opstalrecht, omdat de vruchtgebruiker het recht om te bouwen niet heeft verkregen. De blote eigenaar kan dan niet alleen de vervallenverklaring van het vruchtgebruik vorderen wegens beschadiging van het erf<sup>70</sup>, hij kan zich ook beroepen op artikel 613 B.W.<sup>71</sup>. Volgens deze bepaling is *de vruchtgebruiker alleen gehouden tot de kosten van rechtsgedingen die het genot betreffen, en tot het voldoen aan de overige veroordelingen waartoe die gedingen aanleiding kunnen geven*. Wordt de vruchtgebruiker bijgevolg veroordeeld tot herstel in de oorspronkelijke toe-

---

<sup>65</sup> Dit misdrijf verjaart 5 jaar na het plegen van de feiten. De verjaringstermijn bij het misdrijf van instandhouding begint in beginsel pas te lopen na het ophouden van de werken van instandhouding. Zie over deze andere stedenbouwkundige misdrijven G. VAN HOORICK, *Handboek Notarieel Bestuursrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 156 e.v.; G. VAN HOORICK, “Bouwmisdrijven in de notariële praktijk” in X., *Rechtskroniek voor het notariaat*. Deel 6, Brugge, Die Keure, 2005, 98-105; zie ook J. VAN YPERSELE en B. LOUVEAUX, *o.c.*, p. 882 e.v.

<sup>66</sup> DEKKERS - DIRIX, *Handboek Burgerlijk Recht*, II, Antwerpen, Intersentia, 2005, p. 198, nr. 499

<sup>67</sup> K. VANHOVE en F. BAUDONCQ, “Combinatie van beperkt zakelijke rechten. Over de interne grenzen van vruchtgebruik, erfpacht, opstal en erfdienstbaarheden”, *Not. Fisc. M.* 2004, p. 143, nr. 22; V. SAGAERT, “Oude zakenrechtelijke figuren met nut voor een moderne familiale vermogensplanning; knelpunten van tontine, vruchtgebruik, erfpacht en opstal” in X., *Familiale Vermogensplanning*, XXXe Postuniversitaire cuclus, Willy Delva, 2003-2004, Antwerpen, Kluwer, p. 260, nr. 66.

<sup>68</sup> Cass. 27 september 1957, *Arr. Cass.* 1958, 38.

<sup>69</sup> Vred. Roeselare 22 juni 2000, *R.W.* 2001-02, 464.

<sup>70</sup> Art. 618 B.W..

<sup>71</sup> H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 381 e.v.; R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, II, A, Antwerpen, Story-Scientia, 1984, 473, nr. 885; DEKKERS - DIRIX, *o.c.*, p. 230 e.v., nr. 578 e.v. .

stand omdat hij een onvergund bouwwerk instandhoudt, dan moet hij de kosten (afbraak- en herstellkosten) die voortvloeien uit deze veroordeling betalen.

In de tweede hypothese bestonden de bouwwerken voorafgaand aan het vruchtgebruik. Dit sluit in beginsel niet uit dat de kosten in overeenstemming met artikel 613 B.W. ten laste van de vruchtgebruiker kunnen worden gelegd. De doctrine nuanceert dit echter in belangrijke mate<sup>72</sup>. Zijn er werken door de blote eigenaar of voorgaande eigenaars opgericht, dan moet diegene die het vruchtgebruik heeft gevestigd, de vruchtgebruiker vrijwaren. Deze vrijwaring impliceert dat de vruchtgebruiker de kosten verbonden aan de veroordeling mag terugvorderen. Is de eigenaar overleden, waardoor de langstlevende echtgenoot het vruchtgebruik heeft, dan gaat deze vrijwaringsverplichting over op de rechtsopvolgers. Bij erfrechtelijk vruchtgebruik is dit de persoon die de blote eigendom heeft verkregen<sup>73</sup>.

## B. Er is geen strafprocedure

29. In elk van de bovenstaande hypothesen was er een strafrechtelijke veroordeling geweest. De vraag rijst vervolgens wie bij gebrek aan strafrechtelijke vervolging de kosten van (een preventieve) afbraak van de bestaande bouwwerken zal moeten dragen. Opnieuw zullen drie hypothesen worden bestudeerd. In de eerste hypothese werden de werken door een ander dan de vruchtgebruiker opgericht. In de tweede hypothese heeft de vruchtgebruiker op grond van een accessoir opstalrecht deze werken opgericht. In de derde hypothese heeft de vruchtgebruiker deze werken opgericht terwijl hij dit niet mocht.

Veronderstel dat de vruchtgebruiker de werken zelf niet heeft opgericht. Het zal voor de vruchtgebruiker moeilijk zijn om de vestiger van het vruchtgebruik in vrijwaring te dagvaarden wanneer er nog geen strafprocedure aanhangig is<sup>74</sup>. Juridisch-technisch is dit wellicht mogelijk. De kans bestaat echter dat de burgerlijke rechter de procureur hierover inlicht en dat de vruchtgebruiker eventueel door eigen toedoen een strafprocedure zal aanblazen. Het Hof van Cassatie bevestigde immers in bovenstaand arrest dat ook de niet-eigenaar strafrechtelijk kan worden veroordeeld wegens de zeggenschap die hij over de zaak heeft<sup>75</sup>. De vruchtgebruiker neemt dus een risico door zelf een geschil aanhangig te maken.

<sup>72</sup> H. DE PAGE, *Traité*, VI, p. 316, nr. 383; DEKKERS – DIRIX, *o.c.*, p. 231, nr. 580.

<sup>73</sup> Zie V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot een nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten”, *T.P.R.* 2005, p. 1027 e.v., nr. 44-45.

<sup>74</sup> Over deze vrijwaringsverplichting: zie B. TILLEMANS en A. VERBEKE, *Bijzondere overeenkomsten in kort bestek*, Antwerpen, Intersentia, 2006, p. 79 e.v..

<sup>75</sup> Cass. 13 mei 1986, *R.W.* 1987-88, 674, noot A VANDEPLAS; Cass. 14 november 1990, *Pas.* 1991, 277; Cass. 4 februari 2003, *T.M.R.* 2003, 389, *T.B.O.* 2004, 35, noot P. VAN SANT, zie ook J. VAN YPERSELE en B. LOUVEAUX, *o.c.*, p. 909-910, nr. 879; G. VAN HOORICK, *Handboek Notarieel Bestuursrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 160, nr. 220.

Werd niets geregeld in een akte of betreft het een geval van erfrechtelijk vruchtgebruik, dan rijst de vraag hoe het probleem kan worden opgelost? Mogelijks ligt de oplossing besloten in de artikelen 605 en 606 B.W.. Indien kan worden bepaald of de afbraakwerken grove herstellingen of onderhoudsherstellingen zijn, dan kan ook worden vastgesteld wie deze kosten ten laste moet nemen. Artikel 606 B.W. bepaalt in beginsel op limitatieve wijze<sup>76</sup> wat grove herstellingswerken zijn. Afbraakwerken vallen daar niet onder. Afleiden dat afbraakwerken bijgevolg onderhoudsherstellingen zijn, lijkt verkeerd. We kunnen beter aannemen dat de wetgever in 1804 dergelijke herstellingswerken niet voor ogen had. Het misdrijf van instandhouding werd toen nog niet strafrechtelijk gesanctioneerd<sup>77</sup>. De wetgever kon bijgevolg een herstel in de oorspronkelijke toestand van een onvergund bouwwerk niet als een grove herstelling kwalificeren. Deze leemte moet worden opgevuld. Dezelfde techniek werd reeds door het Hof van Cassatie toegepast voor werken aan gebouwen of bouwtechnieken die in 1804 nog niet bestonden. Het Hof van Cassatie heeft voor dergelijke situaties een aparte definitie ontwikkeld<sup>78</sup>. Grove herstellingen zijn dan *de grove vernieuwings- en verbouwingswerken met het oog op de algemene stevigheid en de instandhouding van het gehele gebouwen die werkelijk een uitzondering zijn in het bestaan zelf van de eigendom en waarvan de kosten normaal van het kapitaal worden aangenomen*<sup>79</sup>. Deze definitie kan mits een kleine aanpassing ook worden gebruikt voor instandhoudingsmisdrijven. Grove herstellingen zijn dan ook de *afbraakwerken met het oog op de afbraak in functie van een herstel in de oorspronkelijke toestand lopende het vruchtgebruik*. Zodoende komen ook deze werken ten laste van de blote eigenaar.

Heeft de vruchtgebruiker de werken zelf laten oprichten op grond van een accessoir opstalrecht<sup>80</sup> en is er geen strafprocedure aanhangig dan hebben we deze definitie niet nodig. Het probleem stelt zich immers niet. Als eigenaar van de opstallen is de vruchtgebruiker in ieder geval verplicht alle kosten zelf ten laste te nemen.

Heeft de vruchtgebruiker zelf deze werken opgericht, doch geen recht om te bouwen verkregen, dan kan de blote eigenaar makkelijk de kosten ten laste van de vruchtgebruiker te leggen. Hij kan immers de vruchtgebruiker in gebreke te stellen en ermee te dreigen het verval van het vruchtgebruik te vorderen<sup>81</sup>. Een

<sup>76</sup> Cass. 22 januari 1970, Arr. Cass. 1970, 460, *R.W.* 1969-70, 1535; H. DE PAGE, *Traité*, VI, p. 277, nr. 343; R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, II, A, Antwerpen, Story-Scientia, 1984, 473, nr. 885.

<sup>77</sup> Zie B. ROELANDTS en H. VAN LANDEGHEM, "Het Arbitragehof als scherprechter in de handhaving en een frisse blik op de verjaring van stedenbouwmisdrijven" in S. LUST (ed.), *Het Arbitragehof en het ruimtelijke ordeningsrecht*, Brugge, Die Keure, 2006, 192. Dit werd voor het eerst strafbaar gesteld in de wet van 29 maart 1962.

<sup>78</sup> R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *o.c.*, p. 474, nr. 885

<sup>79</sup> Cass. 20 januari 1970, Arr. Cass 1970, 460; Vred. Brussel 24 maart 1983, *T. Vred.* 1983, 290, Vred. Sint-Niklaas 28 februari 1994, *T. Vred.* 1994, 365, *R.W.* 1994-95, 994

<sup>80</sup> A. VERBEKE en K. VANHOVE, *o.c.*, p. 185, nr. 25

<sup>81</sup> R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *o.c.*, p. 496, nr. 895

beroep op de theorie van de “grove herstellingen” zal hier wellicht nooit plaatsgrijpen.

### C. Preventieve rol van de notaris

30. In bepaalde gevallen van vruchtgebruik kan het notariaat het probleem van de herstellkosten echter anticipatief van de baan helpen<sup>82</sup> ongeacht of er een strafrechterlijke procedure volgt of niet. Volgende clausule kan in de vestigingsakte worden opgenomen:

*“Persoon X, eigenaar van het voormelde goed of vestiger van vruchtgebruik, verklaart dat door zijn toedoen geen stedenbouwkundig misdrijf werd gepleegd of wordt instandgehouden, en dat alle kosten die uit een mogelijke veroordeling van de vruchtgebruiker of een herstel in de oorspronkelijke toestand van het goed voortvloeien door hem ten laste zullen worden genomen.”*

### §3. Draagwijdte van de herstelverplichting

31. De vraag rijst vervolgens hoe ver de herstelverplichting draagt. Het Hof van Cassatie heeft dit in enkele arresten toegelicht<sup>83</sup>. In een arrest 4 april 2000<sup>84</sup> werd de volledige afbraak van een stenen villa gevorderd. De villa was totstandgekomen door het illegaal verbouwen van een houten chalet. Tijdens deze verbouwingswerken werd de chalet eerst grotendeels afgebroken. Het herstel hield *in casu* niet in dat de oorspronkelijke houten chalet opnieuw moest worden opgebouwd. Het door de vordering beoogde herstel wordt immers verwezenlijkt, zodra de gevolgen voortspruitend uit het ten laste gelegde misdrijf verdwenen zijn. Met andere woorden, wordt de villa afgebroken zonder dat enig ander bouwwerk opnieuw wordt opgericht, dan is aan de herstelverplichting voldaan.

In ons geval moet dit worden genuanceerd. Betreft het werken die niet door de vruchtgebruiker werden opgericht, dan blijft het cassatiearrest van toepassing. Stond daar vroeger een chalet die door de oorspronkelijke eigenaar werd verbouwd, dan moet de vruchtgebruiker enkel de stenen villa afbreken en niet de oorspronkelijke chalet terug opbouwen.

Anders is het indien de vruchtgebruiker zelf de bouw misdrijven heeft gepleegd. Heeft de vruchtgebruiker de chalet omgebouwd tot villa, dan is het niet

<sup>82</sup> Zie ook de nuttige literatuur over de verplichtingen van de notaris inzake bouw misdrijven G. VAN HOORICK, “Bouw misdrijven in de notariële praktijk” in X., *Rechtskroniek voor het notariaat*. Deel 6, Brugge, Die Keure, 2005, 114-118; G. VAN HOORICK, *Handboek Notarieel Bestuursrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 185 e.v., nr. 257 e.v..

<sup>83</sup> Cass. 4 april 2000, *Arr. Cass.* 2000, 221; dit werd bevestigd in Cass. 5 juni 2001, *T.R.O.S.* 2001, 245 (verkort), zie ook Antwerpen 20 december 2000, *T.M.R.* 2001, 407

<sup>84</sup> Cass. 4 april 2000, *Arr. Cass.* 2000, 221.

voldoende dat de villa wordt afgebroken. De vruchtgebruiker heeft immers de aanvullende plicht om de oorspronkelijke zaak (de chalet) opnieuw op te bouwen. Indien op grond van artikel 600 B.W. een staat werd opgemaakt<sup>85</sup>, dan zal makkelijk kunnen worden bewezen dat het niet reconstrueren van de chalet, een schending van de instandhoudingsplicht uitmaakt, waarvoor de vruchtgebruiker vergoeding is verschuldigd. Ook hiervoor kan de vervallenverklaring van het vruchtgebruik worden geëist<sup>86</sup>.

#### §4. Conclusie

32. De misdrijven van instandhouding (zolang ze nog bestaan) vormen een moeilijke problematiek in het recht. Bijkomende toevalligheden zoals vruchtgebruik doen de practicus soms twijfelen welke kant hij op moet. Een beroep op de algemene beginselen van ons recht (prioriteit van de strafwet) blijkt dan noodzakelijk. Hiermee is elk probleem niet van de baan. In geval van stedenbouwkundige misdrijven rijst het probleem wie de kosten van herstelmaatregelen moet dragen. In voorliggende bijdrage werd getracht dit toe te lichten.

### IV. Iets over erfpacht en opstal

33. Een overzicht van de nieuwigheden in het zakenrecht zou geen overzicht zijn, mochten ook niet enkele belangwekkende evoluties inzake erfpacht en opstal aan bod komen. De opstal en erfpachtwetgeving laat heel wat conventionele vrijheid toe. De bepalingen zijn slechts van toepassing voor zover er geen afbreuk werd gedaan door conventionele bepalingen. Het betreft dus hoofdzakelijk suppletieve bepalingen (*gapfilling rules*)<sup>87</sup>. Wegens de fiscale begunstiging van deze figuren, probeert men ze soepelaan te wenden. Meestal rijzen er problemen omtrent de tijdsbepalingen van deze figuren.

Volgens de rechtsleer zijn deze tijdsbepalingen immers minstens van dwingend recht en mogelijks van openbare orde<sup>88</sup>. In de wet op de erfpacht vinden we de tijdsbepaling terug in artikel 2: "*Erpachtsregt mag, noch voor eenen langeren tijd dan negen en negentig jaren, noch voor eenen korteren tijd dan zeven en twintig jaren worden gevestigd.*" Inzake opstal vinden we dit terug in artikel 4: "*Het regt van opstal kan voor geen en langeren tijd dan van vijftig jaren worden bepaald, behoudens de bevoegdheid om hetzelfde te vernieuwen.*"

<sup>85</sup> Zie R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *o.c.*, p. 388-396, nr. 855-858.

<sup>86</sup> Zie J. KOKELENBERG, T. VAN SINAY en H. VUYE, "Overzicht van rechtspraak Zakenrecht (1994-2000)" in *T.P.R.* 2001, p. 1078, nr. 128

<sup>87</sup> Zie H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 683 en nr. 699

<sup>88</sup> H. DE PAGE, *o.c.*, nr. 683 en 685, 2°, DEKKERS-DIRIX, *Handboek Burgerlijk recht. II*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 294, nr. 742; zie ook R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, II, B, p. 851 nr. 999. Anders H. VANDENBERGHE en T. VIAENE, "Actuele ontwikkelingen inzake erfpacht en opstal", *T.B.O.* 2006, p. 35, nr. 4; wellicht wordt de term dwingend recht hier veralgemenend gebruikt, men verwijst immers naar H. DE PAGE, *o.c.*, nr. 683 en 685

## ***§1. Cassatie 30 maart 2006***

**34.** Voor het zakelijk recht van erfpacht bestaat er dus een minimum en een maximumtermijn van 27 respectievelijk 99 jaar. Voor het zakelijk recht van opstal bestaat er een maximumtermijn van 50 jaar. In twee recente arresten heeft het Hof van Cassatie zich over deze tijdsbepalingen moeten uitspreken. In een arrest van 30 maart 2006 betrof het de mogelijke schending van de minimumtermijn bij erfpacht. In een arrest van 15 december 2006 betrof het de mogelijke schending van de maximumtermijn bij opstal.

De feiten die aan het eerste arrest ten grondslag liggen zijn de volgende. Partijen sluiten een erfpachtovereenkomst. Op grond hiervan staat de erfpachter een onroerende leasing toe aan een derde. De erfpachtovereenkomst bevatte echter een beding dat de erfpachtgever het recht verleende de erfpacht op te zeggen zonder opzeg in geval de erfpachter in een insolventieprocedure of een ontbinding van de rechtspersoon zou verzeild geraken.

Uiteindelijk wordt de erfpacht voor het verstrijken van de minimumperiode van 27 jaar om één van de beschreven redenen opgezegd. De erfpachter, eiser in cassatie stelt dat een dergelijk beding strijdig is met de verplichte minimumduur, en dat het recht van erfpacht moet worden geherkwalificeerd in een huurovereenkomst. Dit is immers de normale sanctie voor een schending van de minimumduur.

Het Hof van Cassatie verwierpt deze stelling. Het Hof bepaalt dat een dergelijke bepaling niet verhindert dat partijen in een erfpachtovereenkomst een beding opnemen waardoor de overeenkomst kan worden beëindigd, ook al is de minimumduur van 27 jaar niet verstreken.

De vraag rijst dan hoe we deze uitspraak moeten interpreteren. In een uitstekende analyse spreekt K. VANHOVE zich in een recente annotatie uit over de gevolgen van dit arrest<sup>89</sup>. Kort kunnen we zijn standpunt -dat we volledig bijtreden- als volgt schetsen. Een voortijdige beëindiging kan verschillende juridische grondslagen hebben. Het kan gaan om een ontbindende voorwaarde of een ontbindend beding. Een ontbindende voorwaarde is een modaliteit van de verbintenis. Doet de toekomstige en onzekere gebeurtenis zich voor, dan gaat de verbintenis van rechtswege en retroactief teniet. Een ontbindend beding is een beëindigingswijze van verbintenissen. Slechts één gebeurtenis kan de ontbinding met zich meebrengen, de contractuele wanprestatie. Deze ontbinding moet worden gevorderd. Een uitdrukkelijk ontbindend beding onderscheidt zich van een stilzwijgend ontbindend beding omdat hier geen voorafgaande rechterlijke controle plaatsvindt. Een posterieure controle blijft niettemin mogelijk.

K. VANHOVE analyseert het betwiste beding als een ontbindende voorwaarde. Partijen hebben louter en alleen willen vooruitlopen op de gevolgen van enkele toekomstige en onzekere gebeurtenissen. Zij hadden echter nooit de bedoeling

<sup>89</sup> K. VANHOVE, "Erfpacht: meer contractsvrijheid dan gedacht!", *R.W.* 2006-07, 679 e.v., noot onder Cass. 30 maart 2006.

om de erfpacht vroegtijdig op te zeggen. Bijgevolg schendt de vervulling van een dergelijke voorwaarde voor het verstrijken van de minimumtermijn, de wettelijke termijn niet.

In een tweede beweging vraagt deze auteur zich af of een uitdrukkelijk ontbindend deze minimumtermijn wel zou schenden. Hij stelt vast dat ook hier de meeste bedingen initieel niet bedoeld zijn om de minimumduur te omzeilen. Er zijn dan ook geen redenen voor handen om deze bedingen als een schending te beschouwen. Hij vindt hiervoor impliciete bevestiging in de ruime bewoordingen van het Hof “bedingen waardoor de overeenkomst wordt beëindigd”.

In een laatste beweging buigt de auteur zich ook over de vraag of bij afwezigheid van enig beding, het stilzwijgend ontbindende beding uitwerking mag krijgen. Ook hier antwoordt de auteur positief op.

**35.** Zijn besluit is dan ook dat ontbindende voorwaarden, uitdrukkelijke en stilzwijgende ontbindende bedingen wanneer zij uitwerking krijgen voor het verstrijken van de minimumduur geen schending inhouden van deze minimumduur, tenminste zolang partijen niet bij het vestigen van de erfpacht de bedoeling hadden om deze minimumduur te omzeilen. De rechter moet hier streng op toezien om misbruiken tegen te gaan.

## **§2. Cassatie 15 december 2006**

**36.** In het arrest van 15 december 2006 ligt een ander probleem voor. Het voorwerp van de betwisting betreft een bij overeenkomst gevestigd opstalrecht. Partijen betwisten niet dat de wet van 10 januari 1824 van toepassing is. In de overeenkomst werd echter geen termijn bedongen, waardoor eisers in cassatie menen dat de overeenkomst van onbepaalde duur is en bijgevolg eenzijdig kan worden opgezegd. De appelrechter oordeelde hier echter anders over en argumenteerde dat een dergelijk recht van opstal moet worden herleid tot de maximumduur van 50 jaar. Eisers in cassatie bestrijden dit.

In de middelen komen twee argumenten terug. Ten eerste heeft de appelrechter volgens eisers door automatisch de wettelijke maximumduur op de overeenkomst toepasselijk te verklaren de bindende kracht en de bewijskracht van overeenkomsten miskend. *Pacta sunt servanda*. Ten tweede heeft de appelrechter huns inziens ook het algemeen rechtsbeginsel miskend dat een overeenkomst van onbepaalde duur in beginsel eenzijdig opzegbaar is.

**37.** Het Hof van Cassatie volgt eisers niet. Het Hof oordeelt dat wanneer partijen een recht van opstal voor onbepaalde duur bedingen, er in werkelijkheid een zakelijk recht wordt gevestigd voor meer dan vijftig jaar. Dergelijk recht is volgens het Hof niet nietig, maar moet worden herleid tot de wettelijk bepaalde

maximumtermijn van vijftig jaar. Dit recht gaat teniet door het verstrijken van de termijn<sup>90</sup>.

Het Hof van Cassatie geeft dus in duidelijke bewoordingen aan dat een opstalovereenkomst van onbepaalde duur niet mogelijk is. Een dergelijke overeenkomst moet worden herleid tot de wettelijk bepaalde maximumduur van vijftig jaar. Dit arrest is een principiësarrest. Het Hof lijkt in die zin het openbare orde-karakter van de termijnbepaling te bevestigen. Het betreft hier geen bepaling van dwingend recht. Mochten partijen zich in die hypothese nooit op de nietigheid van de overeenkomst van onbepaalde duur beroepen dan zou deze overeenkomst gewoon doorlopen (lees: de natrekking niet plaatsvinden). Het Hof heeft duidelijk stelling ingenomen dat dit niet kan. Een opstalovereenkomst kan dus maximaal ten belope van 50 jaar een horizontale splitsing tussen grondeigendom en opstal teweegbrengen. Na 50 jaar moet er onvermijdelijk natrekking plaatsvinden en komt aan die splitsing een einde. Deze termijn van vijftig jaar werkt bijgevolg als een plafond.

Het Hof bevestigt hiermee de bestaande rechtsleer. Een tijdsbeperking inzake opstal is volgens DE PAGE nodig omdat het opstalrecht schadelijk is voor het rendement van volle eigendom. Om die reden moet het in tijd worden beperkt<sup>91</sup>. De grondslag van dit principe is te situeren in de horizontale splitsing die deze overeenkomst met zich meebrengt. Ten uiterste na vijftig jaar moet er natrekking optreden.

**38.** Dit arrest heeft belangrijke gevolgen naar de praktijk toe. Heel wat opstalovereenkomsten of afstanden van het recht van natrekking zijn immers zonder termijnbepaling opgemaakt. Indien deze situatie reeds meer dan vijftig jaar duurt, dan is het mogelijk dat heel wat vermeende opstalhouders, bezetter zijn zonder titel. Immers onvermijdelijk is door natrekking de grondeigenaar eigenaar van de opstallen geworden. De vroegere opstalhouder zijn dan loutere bezetters, tenzij een hernieuwde horizontale splitsing (bijvoorbeeld een erfpachtovereenkomst omdat een dergelijke overeenkomst *prima facie* een genotsrecht is) werd bedongen.

## V. Besluit

**39.** In voorliggende bijdrage werd een arbitrair overzicht gegeven van enkele evoluties binnen het zakenrecht. Het betreft slechts een beknopt overzicht. De hoeveelheid vonnissen, arresten en cassatiearresten die jaarlijks in deze materie worden geveld, maken ons echter duidelijk dat het zakenrechtelijke hart tikt als nooit tevoren. Een gevaar voor bloedarmoede is vooralsnog niet aan de orde.

<sup>90</sup> R. DEKKERS en E. DIRIX, *o.c.*, p. 288-289, nrs. 727 en 731.

<sup>91</sup> H. DE PAGE, *l.c.*