

Goederenrecht

Erfdienstbaarheden: enkele hete hangijzers

Vincent SAGAERT
hoofddocent K.U.Leuven, KULAK en U. Antwerpen
Advocaat te Brussel

Koen SWINNEN
aspirant FWO – Vlaanderen K.U.Leuven

I. Inleiding

1. De bepalingen van het Burgerlijk Wetboek inzake erfdiensbaaaheden behoren tot de oudste, volgens sommigen zelfs oubolligste, leerstukken van het burgerlijk recht. In deze bijdrage zal worden aangetoond dat het leerstuk van de zakelijke grondlasten, en daarbinnen van de erfdiensbaaaheden, meer dan ooit aanleiding geeft tot discussies.¹ Daarnaast blijkt dat de (notariële) praktijk, om uiteenlopende redenen, steeds meer de grenzen van erfdiensbaaaheden opzoekt. Erfdiensbaaaheden worden steeds vaker gebruikt als alternatief voor de andere, algemene zakelijke grondlasten (erfpacht, opstal, vruchtgebruik, mede-eigendom).

In deze bijdrage worden een aantal recente evoluties van erfdiensbaaaheden geanalyseerd en geapprecieerd.

II. De grenzen van erfdiensbaaaheden afgetast

2. De omschrijving die het Burgerlijk Wetboek aan een erfdiensbaaahheid geeft, is – om begrijpelijke historische redenen² – restrictief opgevat. Een erfdiensbaaahheid is een last op een erf gelegd tot gebruik en tot nut van een erf dat aan een andere eigenaar toebehoort (art. 637 B.W.). Deze definitie omvat drie wezensbestanddelen, nl. (1) dat de erfdiensbaaahheid zowel aan de actiefzijde (heersend erf) als aan (2) de passiefzijde (lijdend erf) een objectief karakter moet vertonen en (3) dat het heersend erf en het lijdend erf aan twee verschillende eigenaars moeten toebehoren. Hieronder worden deze voorwaarden nader geanalyseerd.

(1) Aan de passiefzijde is een erfdiensbaaahheid een last gelegd op een erf, niet op de persoon van de eigenaar van het lijdende erf. Dat heeft tot gevolg dat erfdiensbaaahheden enkel een negatieve verplichting aan deze laatste kunnen opleggen, wat betekent dat hij zich moet onthouden van bepaalde handelingen of moeten toestaan dat de eigenaar van het heersend erf bepaalde handelingen met betrekking tot het lijdend erf kan stellen. Uit de erfdiensbaaahheid mag voor de eigenaar van het lijdend erf daarentegen geen positieve hoofdverplichting (d.i. een verplichting tot ‘facere’) voortvloeien. Indien de eigenaar van het lijdende erf toch een positieve hoofdverplichting aangaat, gaat het om een louter persoonlijke verbintenis. Een dergelijke louter persoonlijke verbintenis is niet uitgerust met een volgrecht aan de passiefzijde.³ Met andere woorden: een

¹ Voor een overzicht van de actuele ontwikkelingen inzake erfdiensbaaahheden: zie V. SAGAERT, “Actuele ontwikkelingen inzake erfdiensbaaahheden”, in H. VANDENBERGHE (ed.), *Themis. Zakenrecht*, Brugge, Die Keure, 2006, 57-87.

² Zie daarvoor V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Posing tot een nieuwe kwalificatie van verbintenissen”, *T.P.R.* 2005, (983) 1064-1065.

³ L. LINDEMANS, *Erfdiensbaaahheden*, in *Algemene Praktische Rechtsverzameling*, Gent, Larcier, 1958, p. 58-59, nr. 143; R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, IIB, in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1984, p. 590, nr. 919B..

derde-verkrijger van het lijdende erf zal er niet door gebonden zijn. Een bijkomend probleem hier is dat niemand zich in het verbintnissenrecht onverbreekbaar eeuwigdurend kan verbinden.⁴ Zo'n persoonlijke verplichting is immers te allen tijde opzegbaar.

Het negatieve karakter van erfdiensbaarheden aan de passiefzijde dient wel genuanceerd te worden. Zo kan de eigenaar van het lijdende erf wel positieve verplichtingen aangaan, in de mate dat deze accessoir zijn aan de erfdiensbaarheid. Een dergelijke accessoire verplichting heeft dan ook zakelijke werking; het is een zgn. kwalitatieve verbintenis.⁵ Zo gaat de eigenaar van het lijdende erf bijvoorbeeld een kwalitatieve verbintenis aan, wanneer de vestigingstitel bepaalt dat de werken die nodig zijn voor het gebruik en behoud van de erfdiensbaarheid ten zijne laste komen.⁶ Deze ontwikkeling is elders uitvoerig geanalyseerd.⁷

(2) Hierboven werd aangegeven dat het objectief karakter van de erfdiensbaarheid vereist dat aan de passiefzijde de last op een onroerend goed en niet op een persoon wordt gelegd. Aan de actiefzijde vereist dit objectief karakter het spiegelbeeld daarvan: de last moet zijn gelegd tot nut van een onroerend goed en niet tot nut van een persoon ('het nutsvereiste') Evident is dat echter niet. Dat aan de actiefzijde de eigenaar van het heersend niet volledig weggedacht kan worden uit de figuur van de erfdiensbaarheid, blijkt ook duidelijk uit het criterium dat het Hof van Cassatie gebruikt om uit te maken of er sprake is van een erfdiensbaarheid. Daarvan is sprake wanneer "de dienst in rechtstreeks en onmiddellijk verband is met het gebruik en het exploiteren van een erf, ook al had hij geen andere uitwerking dan het gemak bij dit gebruik of die exploitatie te vermeerderen".⁸ Aldus moet de dienstbaarheid volgens het Hof van Cassatie niet in rechtstreeks en onmiddellijk verband staand met het erf, maar wel met het gebruik en de exploitatie ervan. Onvermijdelijk liggen deze laatste in mensenhanden en hebben zij het menselijk gebruik en genot als finaliteit.⁹

Zoals vermeld is er sprake van een erfdiensbaarheid van zodra de dienst in direct en onmiddellijk verband staat met het gebruik en de exploitatie van een erf, zelfs als die dienst geen ander gevolg heeft dan de toename van het gemak van dat gebruik en van die exploitatie. Het feit dat de erfdiensbaarheid een gemakkelijker, of zelfs veiligere toegang tot het lijdende erf mogelijk maakt,

⁴ A.P.R., tw. *Erfdiensbaarheden*, p. 59, nr. 143; Rb. Kortrijk 3 maart 1888, *B.J.* 1888, 712 en *Pand. pér.* 1888, 1228; Gent 3 november 1888, *Pas.* 1889, II, 131.

⁵ Voor die kwalitatieve verbintnissen: zie V. SAGAERT, "Kwalitatieve verbintnissen in het Belgische en Nederlandse recht", in S. STIJNS en J.M. SMITS (ed.), *De inhoud en de werking van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 341-363.

⁶ Luik 9 december 1852, *Pas.* 1853, II, 194; J. HANSENNE, *Les biens*, Luik, 1996, I, p. 35, nr. 29.

⁷ V. SAGAERT, "*Het goederenrecht als open systeem van verbintnissen? Poging tot een nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten*", T.P.R. 2005, (983) nr. 84 e.v.

⁸ Cass. 16 mei 1952, *Arr. Cass.* 1952, 518. Recent heeft het Hof van Cassatie deze rechtspraak nog bevestigd: Cass. 30 november 2007, *R.W.* 2008-09, 1047, noot K. SWINNEN.

⁹ K. SWINNEN, "Het nutsvereiste bij erfdiensbaarheden", *R.W.* 2008-09, 1048

volstaat.¹⁰ Toch is ook dit nutsvereiste niet onbeperkt rekbaar. Zo had het Franse Hof van Cassatie te oordelen over een zaak waarin A een goed verkocht aan B onder het beding dat B er geen banketbakkerij mocht opstarten, “als eerbetoon aan de overleden heer X”. De Franse *Cour de cassation* oordeelde dat “*l’interdiction faite à l’acquéreur d’un fonds immobilier de l’affecter à un usage déterminé peut revêtir le caractère d’une obligation personnelle*”.¹¹

Ook omtrent de kwalificatie van *concurrentiebedingen* m.b.t. onroerende goederen bestaat discussie. Concurrentiebedingen kunnen opgenomen worden in een koopakte, waarbij wordt overeengekomen dat in het onroerend goed dat het voorwerp uitmaakt van de verkoopovereenkomst (en soms in een straal erom), een bepaalde (commerciële) activiteit niet mag worden uitgeoefend zonder toestemming van de verkoper. Volgens een deel van de rechtspraak en rechtsleer gaat het om een zuiver persoonlijke verplichting, aangezien ze niet geldt ten voordele van een onroerend goed, maar wel van de roerende handelszaak van de verkoper.¹² De oorspronkelijke verkoper is volgens deze opvatting t.a.v. latere overnemers enkel gehouden d.m.v. een kettingbeding.¹³ Andere auteurs, waaronder DE PAGE, betogen daarentegen dat wanneer het concurrentieverbod een waardevermeerdering tot gevolg heeft voor een eigen onroerend goed van de bedinger (bv. omdat dat uitgerust is voor de uitbating die het voorwerp uitmaakt van het verbod), het wel kan gaan om een erfdienstbaarheid die zich opdringt aan alle achtereenvolgende verkrijgers van het bezwaarde goed.¹⁴ Deze benadering spoort bovendien met de opstelling van het Franse Hof van Cassatie.¹⁵

Voorzichtigheidshalve zal de notaris dergelijk beding toch met een kettingbeding uitrusten, zodat er geen discussie kan over bestaan dat er aan de passiefzijde een volgrecht aan verbonden is, m.a.w. dat een verkrijger van het lij-

10 Cass. 28 januari 2000, *Arr. Cass.* 2000, 243, *Rev. not. b.* 2000, 226, noot J. SACE. In dezelfde zin, met betrekking tot een tweede toegang die de waarde en exploitatiemogelijkheden van het heersend erf verhoogt: Rb. Leuven 14 juni 2000, *T.B.B.R.* 2001, 109. Zie ook: Rb. Brugge 3 oktober 1997, *R.W.* 1998-99, 410.

11 Cass. fr. 4 juli 2001, *Bull. civ.*, III, nr. 94, *D.* 2002, 433, noot R. LIBCHABER, *Rev. trim. dr. civ.* 2002, 125, noot T. REVET en *J.C.P.* 2002, I, nr. 126, nr. 17, noot H. PERINET-MARQUET. Zie ook over dit arrest: T. REVET, “Servitude de non-concurrence”, *Rev. trim. dr. civ.* 2002, 125; K. SWINNEN, “Het nutsvereiste bij erfdienstbaarheden”, *R.W.* 2008-09, (1048) 1050.

12 Brussel 2 maart 1965, *Pas.* 1966, II, 62; Brussel 25 juli 1906, *B.J.* 1906, 1169; Brussel 8 juli 1903, *Pas.* 1904, III, 72; Rb. Antwerpen 16 juni 1922, *Pas.* 1923, III, 143; Rb. Luik 22 juni 1910, *Pas.* 1910, III, 288; Rb. Gent 3 april 1860, *B.J.* 1860, 792; J.H. HERBOTS, *l.c.*, p. 533, nr. 28; F. LAURENT, *Principes de droit civil belge*, Brussel, 1898, Brussel, Bruylant, VII, nr. 146.

13 J.M. PARDESSUS, *Traité des servitudes ou services fonciers*, Brussel, Société typographique Belge, 1841, 13; vgl. Gent 11 juni 1937, *Pas.* 1937, II, 159; Brussel 29 maart 1933, *Pas.* 1933, II, 189.

14 H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 502. In dezelfde zin: R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, IIB, p. 608-609, nr. 922; A. KLUYSKENS, *Beginselen van burgerlijk recht*, Antwerpen, Standaard, 1952, V, p. 248, nr. 251; F. ZENATI, noot onder Cass. fr. 15 juli 1987, *Rev. trim. dr. civ.* 1989, 353.

15 Cass. fr. 24 maart 1993, *Bull. civ.*, III, nr. 45, *Rev. trim. dr. civ.* 1993, 853, noot F. ZENATI; Cass. fr. 15 juli 1987, *Bull. civ.*, IV, nr. 184, *D.* 1988, jur., 360, noot C. ATIAS en C. MOULY, *Rev. trim. dr. civ.* 1989, 351, noot F. ZENATI.

dende erf ook door het concurrentieverbod zal gehouden zijn. Voor een voorbeeld van zo'n beding: zie *infra*, nr. 3.

(3) Als derde voorwaarde voor erfdienstbaarheden geldt dat het lijdende en het heersende erf aan een verschillende eigenaar toebehoren. Zolang bv. in een appartementsgebouw geen splitsing heeft plaatsgevonden, kan van een erfdienstbaarheid geen sprake zijn.¹⁶ Hoewel daarover lange tijd discussie heeft bestaan, kan thans niet meer worden betwist dat in een gebouw in appartementsmede-eigendom, een erfdienstbaarheid kan worden gevestigd op één privaatieve kavel ten voordele van één of meerdere andere privaatieve kavels.¹⁷ Aldus kan, bij wijze van erfdienstbaarheid, een gebruiksbeperking aan een privaatieve kavel worden opgelegd (ook buiten de statuten) of kan een recht van doorgang doorheen één kavel naar een andere kavel bestaan. Een vaak voorkomende clausule is de bepaling in de basisakte dat “de terrassen die privaatief toebedeeld zijn, belast zijn met een recht van overgang ten voordele van de eigenaars van de andere privaatieve kavels, teneinde in geval van nood toegang te kunnen hebben tot de brandtrappen”. Het gaat om een erfdienstbaarheid van overgang (zie *infra*, nr. 18 e.v.).

Dit zou, volgens het Franse Hof van Cassatie, niet mogelijk zijn in het geval een last gevestigd wordt ten voordele van een privaatieve kavel van een mede-eigenaar, op een gemeenschappelijk gedeelte dat in exclusief gebruik werd toegekend aan een andere mede-eigenaar.¹⁸ In zo'n geval is volgens het Franse Hof nl. niet voldaan aan de voorwaarde van verschillende identiteit tussen de eigenaar van het heersende erf en de eigenaar van het lijdende erf, aangezien beide erven, zij het slechts gedeeltelijk, aan eenzelfde eigenaar toebehoren. Deze last zou dus niet als een erfdienstbaarheid kunnen worden gekwalificeerd. Desalniettemin werd deze opvatting recent bekritiseerd in de Franse rechtsleer.¹⁹ Om op de gemeenschappelijke delen een erfdienstbaarheid te kunnen vestigen is in elk geval, zowel in Frankrijk, als in België, de toestemming vereist van de algemene vergadering en dat met een vier vijfde meerderheid (art. 577-7, §1, 2° B.W.).²⁰

In het Belgische recht geldt eveneens de maatstaf van de volstreckte identiteit van (mede-)eigenaars tussen de heersende en lijdende erf. De erfdienstbaarheid kan geldig worden gevestigd van zodra één van de (mede-)gerechtigden van het lijdende en het heersende erf verschilt. Om die reden is het ook mogelijk om op een eigen goed een erfdienstbaarheid te vestigen ten voordele van een

¹⁶ Cass. 13 oktober 2006, *T.B.O.* 2007, 67

¹⁷ Zie R. TIMMERMANS en F. BAUDONCQ, “Het gebruik van erfdienstbaarheden als juridische vormgeving voor rechtsverhoudingen tussen naburige flatgebouwen”, *T. App.* 2003, afl. 4, 1-8. In het Franse recht: Cass. fr. 30 juni 2004, *D.* 2005, 1134, noot C. GIVERDON en P. CAPOULADE en *Rev. trim. dr. civ.* 2004, 753, noot T. REVET.

¹⁸ Cass. fr. 21 maart 2001, *J.C.P.* 2001, I, nr. 126, nr. 14, noot PERINET-MARQUET; Cass. fr. 22 maart 1995, *D.* 1996, somm. p. 92. In dezelfde lijn oordeelde de *Cour de Cassation* recent nog dat een recht van overgang niet op een onverdeeld erf kan worden gevestigd ten voordele van een erf dat toebehoort aan één van de onverdeelde eigenaars (Cass. fr. 27 mei 2009, *D.* 2009, p. 2300).

¹⁹ T. REVET, noot onder Cass. fr. 30 juni 2004, *Rev. trim. dr. civ.* 2004, 753.

²⁰ Rb. Veurne 28 oktober 1999, *T. App.* 2000, afl. 4, 22, *TWVR* 2000, 60, noot. Vgl. voor Frankrijk: Cass. fr. 8 december 2004, *D.* 2005, 916.

gemeenschap of omgekeerd.²¹ Uiteraard kan, in de context van appartementsmede-eigendom, geen erfdienstbaarheid worden gevestigd op een gemeenschappelijk deel ten voordele van de privatieve delen, zolang de splitsing niet heeft plaatsgevonden. Tot zolang behoren de privatieve kavels en de gemeenschappelijke delen immers aan één en dezelfde eigenaar, nl. de ontwikkelaar, en is aan de voorwaarde van verschillende eigenaars niet voldaan.²²

3. De bodemrechter beoordeelt soeverein op basis van alle omstandigheden van het geval of aan de hierboven besproken voorwaarden is voldaan.²³ Rechten die aan de eerste en/of tweede voorwaarde niet voldoen, zijn wel geldig (onder voorbehoud van dwingend recht en openbare orde), maar dan als zuiver persoonlijke rechten.

Indien aan de eerste voorwaarde niet is voldaan, verandert er aan de actiefzijde mogelijks weinig: indien het persoonlijke recht immers accessoir is aan het heersende erf (m.a.w. aan de tweede voorwaarde is wel voldaan), gaat de erfdienstbaarheid mee over op de nieuwe eigenaar, bij toepassing van art. 1615 B.W. Is dat niet het geval, dan kunnen partijen nog altijd contractueel bedingen dat het recht met het goed mee overgaat.

De herkwalficatie tot zuiver persoonlijk recht, eveneens indien de eerste voorwaarde niet is vervuld, laat zich echter het meest voelen aan de passiefzijde: bij een overgang van het lijdende erf op een rechtsopvolger onder bijzondere titel, zullen deze rechten in principe immers niet aan de rechtsopvolger kunnen worden tegengeworpen.

Aan dit gebrek aan tegenwerpelijheid kan contractueel worden verholpen door een ‘kettingbeding’ aan de persoonlijke grondlast te verbinden. Dat is een beding waardoor de verkrijger (B) van een onroerend goed zich er jegens de vervreemder (A) toe verbindt dat hij niet alleen zelf de bedongen grondlast zal naleven, maar bovendien bij een volgende overdracht van het goed diezelfde verplichting zal opleggen aan zijn rechtsopvolger onder bijzondere titel (C) – in de vorm van een derdenbeding ten gunste van A – en dat B daarbij tevens bedingt dat C het beding, met inbegrip van de verplichting tot het doorgeven ervan, bij een opvolgende verkoop zal opleggen aan diens rechtsopvolger (D).²⁴ Dergelijk beding zou bv. als volgt kunnen luiden:

“Alle overeenkomsten die een zakelijk of persoonlijk gebruiks- of genotsrecht vestigen, overdragen of vaststellen, dat het geheel of een deel van het hierboven beschreven onroerend goed tot voorwerp hebben, moeten deze verplichting bevatten, en bedingen dat de verkrijger deze bepalingen zal moeten naleven en op zijn beurt de bepalingen van onderhavige clause zal moeten opnemen indien hij een zakelijk of persoonlijk gebruiks- of genotsrecht vestigt, overdraagt of vaststelt dat het geheel of een deel van de Site tot voorwerp heeft.”

21 A.P.R., tw. *Erfdienstbaarheden*, p. 50, nr. 126; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique*, III, nr. 889.

22 Cass. 13 oktober 2006, *TBO* 2007, 67.

23 Cass. 21 september 2001, *Arr. Cass.* 2001, 1506, *J.L.M.B.* 2002, 1045.

24 Deze omschrijving is ontleend aan E. DIRIX, *Obligatoire verhoudingen tussen contractanten en derden*, Antwerpen, Maklu, 2004, p. 35, nr. 27.

III. Perspectief op erfdiensbaaerheden als alternatief voor algemene grondlasten

§ 1. Het voordeel van erfdiensbaaerheden t.o.v. andere zakelijke rechten

4. Zoals bekend, heeft een grondeigenaar die zijn grond wil belasten met een gebruiks- en genotsrecht ten voordele van een derde de keuze tussen een veelheid aan juridische instrumenten om hieraan vorm te geven: hij kan hiervoor zowel een beroep doen op persoonlijke rechten (huur, bruikleen, leasing) als op zakelijke rechten (erfpacht, opstal, vruchtgebruik, bewoning, erfdiensbaaerheden). Binnen deze opsomming vervullen de erfdiensbaaerheden een aparte plaats, en dit om een dubbele reden. In de eerste plaats verlenen ze aan hun titularis enkel een specifiek gebruiksrecht, en dat terwijl de andere genoemde rechten een algemeen gebruiksrecht verlenen. Ten tweede, en daarmee samenhangend, verlenen erfdiensbaaerheden geen exclusieve rechten, wat wel het geval is voor de andere opgesomde rechten. Het feit dat bv. A aan B een erfdiensbaaerheid van overgang verleent, verhindert A niet om zelf ook een overgang uit te oefenen over datzelfde deel van zijn perceel (op grond van zijn eigendomsrecht).²⁵

5. Toch zoekt de rechtspraktijk steeds vaker zijn toevlucht tot de juridische kwalificatie als erfdiensbaaerheid in plaats van die van bv. erfpacht of opstal. Bijvoorbeeld.: men wil een gebruiksrecht verlenen aan een derde op of onder zijn grond waarvoor die derde de vereiste/nodige infrastructuur zal aanleggen. De meest geëigende kwalificatie is dan een recht van erfpacht of opstal. Evenwel kan de toekenning van een erfdiensbaaerheid in het vizier komen als een evenwaardig alternatief. De motieven hiervoor kunnen uiteenlopend zijn.

In de eerste plaats bieden erfdiensbaaerheden uiteraard een belangrijk voordeel op het vlak van de bodemproblematiek. De vestiging van een erfdiensbaaerheid geeft namelijk geen aanleiding tot het naleven van de OVAM-verplichtingen, noch onder het decreet van 22 februari 1995, noch onder het decreet van 27 oktober 2006 betreffende de bodemsanering en de bodembescherming ('Bodembeheerdecreet').

Een ander motief voor het aanwenden van erfdiensbaaerheden kan gelegen zijn in de temporele dimensie van een erfdiensbaaerheid. Erfdiensbaaerheden zijn de enige grondlasten die eeuwigdurend kunnen zijn. De andere zakelijke rechten zijn noodgedwongen beperkt in de tijd, zodat partijen hier niet kunnen van afwijken. Ook een huurrecht, dat een persoonlijk recht is, verschaft geen garantie op een in de tijd onbeperkt genotsrecht. Bij gebreke aan een tijdsbeperking in de overeenkomst, kan de huur immers worden opgezegd worden door één van de partijen.

6. Deze voordelen hebben evenwel ook een keerzijde. Het is niet mogelijk om financiering (bv. voor de uitbating van de site) te doen waarborgen door de aldus ontstane zakelijke rechten, aangezien erfdiensbaaerheden accessoir zijn aan

²⁵ A.P.R., tw. *Erfdiensbaaerheden*, nr. 241.

het heersende erf en aldus niet autonoom het voorwerp van een zakelijke zekerheid (bv. hypotheek) kunnen uitmaken.

In het algemeen moet bovendien rekening worden gehouden met de criteria voor wetsontduiking, zoals door VAN GERVEN in zijn Algemeen Deel vooropgesteld. Er zou immers sprake kunnen zijn van het vestigen van een erfdienstbaarheid om een rechtstoestand te creëren die door een ander wetsvoorschrift verboden wordt²⁶, bv. de overdracht van een algemeen gebruiksrecht zonder bodemverplichtingen of een algemeen gebruiksrecht zonder tijdsbeperking. Naast het feit dat het ontdoken wetsvoorschrift van dwingend recht moet zijn, zal er slechts sprake kunnen zijn van wetsontduiking indien (1) partijen de dwingende regel proberen te ontgaan door gebruik te maken van het instrument ‘erfdienstbaarheden’ dat het verboden resultaat indirect bewerkstelligt en (2) ontduikingsopzet kan worden aangetoond of blijkt uit de omstandigheden.²⁷

Hieronder passen we deze voorwaarden toe op twee hypothesen waarin het gebruik van erfdienstbaarheden als alternatief voor andere zakelijke rechten in de praktijk vaak aan bod kan komen.

§ 2. Erfdienstbaarheden als alternatief voor de mede-eigendom van art. 577-3 e.v. B.W.

7. Zoals bekend, heeft het Hof van Cassatie de Appartementswet van 30 juni 1994 in verband met groepen van gebouwen zeer streng geïnterpreteerd. Volgens het Hof kunnen mede-eigenaars van een gebouw behorend tot een groep van gebouwen geen vereniging vormen die afgezonderd is van de vereniging van de mede-eigenaars van de gebouwen van die groep en die aldus ook een afzonderlijke rechtspersoonlijkheid zou kunnen verkrijgen om in rechte op te treden.²⁸ Enkel aan de overkoepelende vereniging van mede-eigenaars komt rechtspersoonlijkheid toe, niet aan eventuele sub-verenigingen.

Dit heeft er in de praktijk toe geleid dat men in bepaalde gevallen zoveel als mogelijk de toepassing van de regelgeving omtrent de appartementsmede-eigendom tracht te voorkomen, met name door ervoor te zorgen dat er geen gemeenschappelijke delen tussen de verschillende gebouwen van de groep bestaan. Dit kan men doen door de “gemeenschappelijke” delen aan een privaatieve kavel toe te bedelen en het vervolgens te bezwaren met een erfdienstbaarheid van overgang ten voordele van alle andere “mede-eigenaars” van de site. Bij gebrek aan gemeenschappelijke delen, is er logischerwijze geen nood aan deze ontwijkingsmogelijkheid.

Dezelfde rol zouden erfdienstbaarheden kunnen vervullen voor zgn. volume-percelen in bv. winkelcomplexen of weekendverblijfparken. Ook hier zou de privatisering van de gemeenschappelijke infrastructuur tot gevolg kunnen

²⁶ W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, p. 202, nr. 74.

²⁷ Voor de voorwaarden: zie W. VAN GERVEN, *Algemeen Deel*, nr. 75. Zie ook: Cass. 14 november 2005, *R.W.* 2007-08, 486, noot W. RAUWS.

²⁸ Cass. 3 juni 2004, *Arr. Cass.* 2004, 969, *R.W.* 2005-06, 143, noot V. SAGAERT.

hebben dat de Appartementswet vleugellam wordt gemaakt. De rechtspraak oordeelt dat het om een geoorloofd gebruik van erfdienstbaarheden gaat.²⁹

8. De bovenstaande voorbeelden tonen aan dat erfdienstbaarheden en het recht van mede-eigendom in sommige situaties onderling verwisselbaar zijn en dus gebruik kan worden gemaakt van erfdienstbaarheden ten einde de Appartementswet te omzeilen. Voorwaarde is wel dat de wezenskenmerken van erfdienstbaarheden worden geëerbiedigd.

Hoewel de klassieke auteurs zich inspannen om het onderscheid tussen beide in de verf te zetten³⁰, kunnen ze in de praktijk in sommige situaties op nuttige wijze als alternatief voor elkaar worden gebruikt. In de mate dat, op het ogenblik van de vestiging, reeds een lijdend en heersend erf voorhanden zijn, lijkt daar – onder voorbehoud van wetsontduiking – niets tegen te kunnen worden ingebracht.

§ 3. *Erfdienstbaarheden als alternatief voor een opstalrecht*

9. Indien een derde boven, op of onder andermans grond infrastructuur wil oprichten waarvan hij eigenaar wenst te blijven, bestaat er – zo wordt klassiek aangenomen – geen andere piste dan te verzaken aan de natrekking, die door het Hof van Cassatie met de vestiging van een opstalrecht wordt gelijkgesteld. Toch wordt ook in deze situatie niet zelden aan de vestiging van een erfdienstbaarheid gedacht.

Bijvoorbeeld: eigenaar X richt een gebouw op dat over het perceel van de naastliggende eigenaar een uitstulping heeft. In dat geval kan gedacht worden aan de vestiging van een erfdienstbaarheid van overbouw, eventueel gepaard gaande met een erfdienstbaarheid van steun. Het recht van overbouw (*‘droit de saillie’*) houdt in dat het gebouw op het heersende erf een uitsprong kan hebben boven het lijdende erf.³¹ Het recht van steun is het conventioneel recht om een gebouw van de titularis van de erfdienstbaarheid steun te laten vinden in (het gebouw op) de grond van een aanpalende eigenaar.³²

Dezelfde redenering kan worden gemaakt voor infrastructuur die *onder* andermans perceel wordt aangelegd en die tot nut strekt van een ander perceel, zoals nutsleidingen. Waarom zou men niet kunnen voorhouden dat nutsleidingen onder andermans perceel worden aangelegd tot gebruik en nut van ofwel de privatieve kavel die erdoor bediend wordt, ofwel de elektriciteitscentrale van waaruit ze vertrekt, die dan als heersend erf kunnen worden beschouwd, en dus onder de vorm van een erfdienstbaarheid kunnen worden gestructureerd?³³

²⁹ Zie bv. Vred. Leuven (2) 19 juli 2005, *R.W.* 2005-06, 1673.

³⁰ F. LAURENT, *Principes*, VII, nr. 162; M. PLANIOL en G. RIPERT, *Traité pratique*, III, nr. 294.

³¹ *A.P.R.*, tw. *Erfdienstbaarheden*, p. 135, nr. 324; *Pand. b.*, v° *Servitude en général*, nr. 575.

³² *A.P.R.*, tw. *Erfdienstbaarheden*, p. 134, nr. 320.

³³ Voor een uitvoerigere bespreking: zie V. SAGAERT, “Het zakenrechtelijk statuut van nutsleidingen in het Belgisch recht. Preadvies voor de Vereniging voor de

10. In beide gevallen blijft de eigenaar die de infrastructuur opricht, ook eigenaar van die infrastructuur zelf. Aan de erfdienstbaarheid is immers een accessoir opstalrecht verbonden. Het eigene van dit accessoire opstalrecht bestaat erin dat het, in tegenstelling tot een gewoon opstalrecht, wel eeuwigdurend kan zijn. Ook indien de titularis van het heersende erf het recht krijgt om binnen het kader van zijn erfdienstbaarheid te bouwen boven, op of onder het lijdende erf, blijft hij voor de duur van zijn erfdienstbaarheid eigenaar van het door hem opgerichte gebouw. Hieruit ontstaat potentieel een eeuwigdurende horizontale eigendomssplitsing. Het blijft immers bestaan zolang de erfdienstbaarheid bestaat, en die is – zoals gezegd – eeuwigdurend, behalve indien de partijen daaraan een tijdsbeperking opleggen.³⁴

11. Evenwel is de mogelijkheid om via een erfdienstbaarheid te werken, beperkt tot de gevallen waarbij de over- of ondergebouwde infrastructuur deel is van een ruimer geheel, dat het heersende erf is. Indien het erom gaat om een algemeen recht op gans het lijdende erf te hebben, dan kan enkel met een opstalcontract worden gewerkt, bij gebreke aan heersend erf op het ogenblik van de vestiging van een erfdienstbaarheid. Het is dus niet mogelijk om bovenop andere infrastructuur een gebouw op te richten via een erfdienstbaarheid, zonder dat dit gebouw aan een ander heersend erf een objectief nut vertoont. Aangezien het gebouw nog niet bestaat op het ogenblik van de vestiging, kan het zelf niet als heersend erf dienen. Het is immers onmogelijk om een erfdienstbaarheid te vestigen ten voordele van een op dat ogenblik nog ‘virtueel’ onroerend goed.

IV. Erfdienstbaarheden als hangijzer bij de overdracht van onroerende goederen

12. Erfdienstbaarheden stellen een bijzonder probleem in het kader van de notariële informatieplicht. De notaris moet, zoals bekend, alle nodige opzoekingen doen ten einde zijn cliënten zo goed mogelijk te kunnen inlichten over de precieze toestand waarin het onroerend goed zich bevindt.

De naleving hiervan m.b.t. erfdienstbaarheden is niet eenvoudig. Ten onrechte gaat men er soms van uit dat aan de koper van een onroerend goed zekerheid kan worden geboden over de erfdienstbaarheden die op het onroerend goed rusten, door het lichten van een hypothecaire staat. Niet alle erfdienstbaarheden blijken immers uit de hypothecaire registers. Abstractie makend van de wettelijke erfdienstbaarheden, kunnen erfdienstbaarheden op drie verschillende manieren ontstaan: door (1) een titel, (2) verkrijgende verjaring en (3)

Vergelijkende Studie van het Recht in België en Nederland”, *T.P.R.* 2004, 1351-1405.

34 H. DE PAGE, *Traité*, VI, nr. 685; R. DERINE, F. VAN NESTE en H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, IIB, p. 908, nr. 1021; vgl. Brussel 18 mei 1924, *Rev. prat. not.* 1921, 621, noot J. VAN DER VORST. Voor een uitgebreide bespreking van de problematiek van horizontale eigendomssplitsing, en de moeilijkheden die daarmee gepaard gaan: zie V. SAGAERT, “Volume-eigendom. Een verkenning van de verticale begrenzing van onroerende eigendom”, *T.P.R.* 2009, 21-103.

bestemming door de huisvader. Enkel de erfdienstbaarheden die door titel gevestigd zijn moeten in de hypothecaire registers worden overgeschreven met het oog op hun tegenwerpelijheid aan derden. In het navolgende wordt een summier overzicht gegeven van de wijzen waarop erfdienstbaarheden kunnen ontstaan, en worden daaruit de nodige gevolgen afgeleid op het vlak van de informatieplicht van de notaris.

§ 1. Enkel conventionele erfdienstbaarheden blijken uit de hypothecaire registers

13. In de eerste plaats kunnen erfdienstbaarheden ontstaan door een ‘titel’ (art. 691 B.W.). Dit verwijst naar de overeenkomst die tot het ontstaan van de erfdienstbaarheid aanleiding heeft gegeven. Een kadasterplan kan niet worden beschouwd als een titel.³⁵ Sommige rechtsleer kent aan een kadasterplan wel de waarde van een bewijsvermoeden toe³⁶, maar aangezien vermoedens boven de 375€ in het burgerlijk recht geen toepassing kunnen vinden, is dit in dergelijk geval niet dienstig.

De titel moet worden bewezen met toepassing van art. 1341 B.W. De titel van vestiging kan wel worden vervangen door een titel van erkenning van de erfdienstbaarheid (art. 695 B.W.). Dergelijke erkenning hoeft niet *per se* uit te gaan van de huidige eigenaar van het beweerde lijdende erf, maar kan ook uitgaan van de vroegere eigenaar, op voorwaarde dat hij op het ogenblik van de erkenning nog eigenaar was van het lijdende erf.³⁷ Een plan dat gehecht is aan een aanvraag tot bouwvergunning, vormt alvast geen titel van erkenning.³⁸ Hetzelfde geldt voor een schrijven dat gericht is aan de advocaat van de partij die zich op het bestaan van een recht van overgang beroept, waarin wordt verwezen naar een bouwvergunning, verleend aan de eigenaars van het beweerde lijdend erf, die de vermelding zou bevatten dat een recht van overgang van drie meter moet worden gevrijwaard.³⁹ De titel kan eventueel wel uit de samenlezing van twee verschillende akten blijken, zoals blijkt uit een vonnis van de Vrederechter van Westerlo. *In casu* had de eigenaar van het lijdende erf een eenzijdige verklaring afgelegd tot erkenning van de erfdienstbaarheid, en de eigenaar van het heersende erf had deze aanvaard in een afzonderlijke akte.⁴⁰ Hieruit blijkt de wilsovereenstemming van de partijen tot vestiging van de erfdienstbaarheid.

Om tegenwerpelijk te zijn aan derden te goeder trouw met een concurrent recht, moet de titel in beginsel zijn overgeschreven (art. 1 Hyp. W.). Om te voldoen aan de informatieplicht zal de notaris zich, voor deze erfdienstbaarheden, kunnen beperken tot het lichten van een hypotheekstaat (art. 127 Hyp. W.). Evenwel: indien partijen de modaliteiten van een conventionele erfdienstbaarheid wijzigen, zonder de draagwijdte van de oorspronkelijke erfdienst-

³⁵ Vred. Westerlo 3 februari 2003, *T. Vred.* 2004, 356.

³⁶ J. KOKELENBERG, T. VAN SINAY en H. VUYE, “Overzicht van rechtspraak. Zakelijk recht (1994-2000)”, *T.P.R.* 2001, p. 1102, nr. 144.

³⁷ Vred. Westerlo 3 februari 2003, *T. Vred.* 2004, 356.

³⁸ Vred. Westerlo 3 februari 2003, *T. Vred.* 2004, 356.

³⁹ Rb. Leuven 17 mei 2006, *Res Jur. Imm.* 2006, (143) 149-150.

⁴⁰ Vred. Westerlo 28 januari 2000, *R.W.* 2001-02, 173.

baarheid te verruimen, moet die overeenkomst niet worden overgeschreven. Het gaat immers niet om een overeenkomst tot overdracht of tot aanwijzing van een zakelijk recht in de zin van art. 1 Hyp. W., maar enkel om een bepaling van de inhoud van die modaliteiten. De Rechtbank van Eerste Aanleg van Brussel leidde vervolgens uit het zichtbare karakter van deze modaliteiten de kennis ervan bij de koper van het goed af.⁴¹ De uitwendige tekenen van een erfdiensbaarheid creëren dus niet enkel een vermoeden van kwade trouw voor het *bestaan* van de erfdiensbaarheid (zie *infra*, nr. 16), maar ook voor de *inhoud* en *modaliteiten* ervan. Bijgevolg zal de notaris door de hypotheekstaat niet noodzakelijk een volledig beeld van de erfdiensbaarheid krijgen.⁴²

14. Indien erfdiensbaarheden op niet-conventionele wijze ontstaan, zijn ze vanaf hun ontstaan aan derden tegenwerpelijk, zonder overschrijving in de hypothecaire registers. Dat is met name het geval indien een erfdiensbaarheid ontstaat door verkrijgende verjaring of door bestemming van de huisvader. In beide gevallen heeft de wetgever nochtans oog gehad voor de rechten van derden. Beide ontstaanswijzen zijn enkel mogelijk voor voortdurende en zichtbare erfdiensbaarheden, waardoor de derde in de feiten eenvoudig kennis kan krijgen van het bestaan van die erfdiensbaarheid (verkrijgende verjaring: art. 691 B.W.; bestemming van de huisvader: art. 692-693 B.W.). Een recht van overgang of uitweg kan dus in principe niet door verkrijgende verjaring of bestemming van de huisvader worden verkregen⁴³, behalve indien het ten algemene nutte is gevestigd (zie *infra*, nr. 19.).

15. Wettelijke erfdiensbaarheden, zoals het recht van uitweg (zie *infra*, nr. 21 e.v.) moeten in beginsel evenmin in de hypothecaire registers worden overgeschreven. Ze zijn aan derden tegenwerpelijk door het loutere feit van de toekenning. Aangezien het gaat om een wettelijk recht, is het vonnis dat de uitweg toekent van rechtswege tegenwerpelijk aan derden.⁴⁴ Dit wordt door sommige auteurs betwist, op grond van de overweging dat de rechterlijke uitspraak een zakelijk recht doet ontstaan en bijgevolg onder art. 1 Hyp. W. zou vallen⁴⁵. Deze opvatting komt *de lege lata* in strijd met het (bekritiseerbare) systeem van hypothecaire publiciteit. Uiteraard moet de vordering tot toekenning van een uitweg ook niet worden gerandmeld.⁴⁶ Indien de modaliteiten ervan bij overeenkomst zijn gepreciseerd, moet deze overeenkomst wel worden overgeschreven.⁴⁷

⁴¹ Rb. Brussel 6 april 1993, *T. Vred.* 1994, 231, noot C. MOSTIN.

⁴² Rb. Brussel 6 april 1993, *T. Vred.* 1994, 234.

⁴³ Zie bijvoorbeeld: Rb. Leuven 17 mei 2006, *Res Jur. Imm.* 143.

⁴⁴ Vred. Westerlo 25 mei 2001, *T. Vred.* 2003, 315, noot S. BOUFFLETTE; Zie F. BAUDONCQ, "De notaris en de erfdiensbaarheidswegen", *Not. Fisc. M.* 2002, p. 184.

⁴⁵ J. HANSENNE, *Les biens*, I, p. 508.

⁴⁶ Vred. Westerlo 25 mei 2001, *T. Vred.* 2003, 315, noot S. BOUFFLETTE. Zie evenwel Vred. Beveren 26 december 1989, *T. Vred.* 1991, 145.

⁴⁷ F. BAUDONCQ, "De notaris en de erfdiensbaarheidswegen", *Not. Fisc. M.* 2002, p. 169, nr. 22; S. SNAET, "Het recht van uitweg", *A.J.T.-dossier* 1996-97, p. 10, nr. 1.

§ 2. Moeten alle conventionele erfdiensbaaerheden verplicht worden overgeschreven in de hypothecaire registers?

16. Aan derden te goeder trouw met een concurrent recht op het lijdende erf, zijn conventionele erfdiensbaaerheden in principe slechts tegenwerpelijk na overschrijving in de hypothecaire registers (art. 1 Hyp. W.). Dat is met name het geval indien iemand/men een goed aankoopt zonder kennis te hebben van een op het goed rustende erfdiensbaaerheid. Had de derde wel kennis van de erfdiensbaaerheid, dan is hij te kwader trouw, en kan hij zich niet beroepen op het gebrek aan overschrijving. Het Hof van Cassatie oordeelde in een arrest van 13 december 2002 nog in dezelfde zin dat “*de koper, die ten tijde van de verkoopsovereenkomst, op de hoogte is van het bestaan van een zichtbare erfdiensbaaerheid, zich niet kan op een gebrek aan hypothecaire overschrijving van de erfdiensbaaerheid beroepen.*”⁴⁸

De vraag die rijst is dan of het zichtbare karakter van de erfdiensbaaerheid noodzakelijkerwijze tot kwade trouw van de koper leidt. Een zichtbare erfdiensbaaerheid is een erfdiensbaaerheid die zich veruitwendigt door voor derden waarneembare tekens (vgl. art. 689 B.W.). Het reeds genoemde arrest van 13 december 2002 geeft een hybride oplossing aan de problematiek, door te overwegen dat een koper die op de hoogte is van het bestaan van een zichtbare erfdiensbaaerheid zich niet op het gebrek aan overschrijving kan beroepen. *In casu* was de kwade trouw niet afgeleid uit het zichtbare karakter, maar wel uit een buitengerechterlijke erkenning. Er moet een onderscheid worden gemaakt op basis van een concrete beoordeling van de feitsituatie.

Indien de uitwendige tekens voor *geen* andere interpretatie vatbaar zijn dan het bestaan van een erfdiensbaaerheid, moet een (feitelijk) vermoeden gelden dat de derde kennis heeft van die erfdiensbaaerheid. Daarvoor kan inderdaad steun gezocht worden in art. 1638 B.W.: de *ratio legis* voor het feit dat de verkoper geen vrijwaringsplicht draagt voor zichtbare erfdiensbaaerheden is gelegen in een vermoeden dat de koper daarvan kennis heeft.⁴⁹ Zijn de uitwendige tekens daarentegen *wel* vatbaar voor meerdere interpretaties, zoals vaak het geval zal zijn bij erfdiensbaaerheden van overgang, dan komt het aan degene die zich beroept op de erfdiensbaaerheid toe om het bewijs te leveren dat de derde op de hoogte was van de erfdiensbaaerheid. Traditioneel werd aangenomen dat ook de verwijzing in een andere, wel overgeschreven akte naar het bestaan van de erfdiensbaaerheid niet volstaat voor de tegenwerpelijkheid ervan.⁵⁰

V. Recht van overgang, uitweg en buurtweg

17. De erfdiensbaaerheidswegen vormen wellicht de categorie der erfdiensbaaerheden die in de praktijk het vaakst voorkomen. Binnen de erfdiensbaaer-

⁴⁸ Cass. 13 december 2002, *Arr. Cass.* 2002, 2755, *R.W.* 2002-03, 1384, noot V. SAGAERT, *T.B.B.R.* 2004, 503, noot N. VANDEWEERD.

⁴⁹ F. LAURENT, *Principes*, XXIV, nr. 269.

⁵⁰ Rb. Kortrijk 13 maart 1987, *T. Not.* 1990, 230 en *T. Agr. R.* 1990, 38.

heidswegen moeten echter een aantal onderscheidingen worden gemaakt, die van groot belang zijn voor het juridische statuut en de gevolgen van de weg.⁵¹

§ 1. *Recht van overgang*

18. Een recht van overgang is een conventioneel recht om over andermans perceel te mogen gaan of rijden binnen de grenzen van de conventionele titel. Het recht van overgang is een niet-voortdurende erfdienstbaarheid. Aangezien enkel voortdurende erfdienstbaarheden door verkrijgende verjaring kunnen worden verkregen (art. 691 B.W.), kan de langdurige uitoefening van een recht van overgang dus niet tot verkrijging van de erfdienstbaarheid aanleiding geven.⁵² De rechtspraak heeft in het verleden gepoogd om aan de onverjaarbaarheid van het recht van overgang te ontsnappen door de verjaring van de bedding en de modaliteiten toe te staan. Sinds de wetgever uitdrukkelijk de onverjaarbaarheid van het recht van uitweg in art. 682 B.W. heeft ingeschreven, neemt de rechtspraak aan dat ook het recht van overgang, evenals zijn bedding en uitoefeningsmodaliteiten, niet voor verkrijgende verjaring in aanmerking komen.

Gevolg van de onverjaarbaarheid van het recht van overgang is dat de titularis van een recht van overgang geen bezitsvordering – noch een *complainte*, noch een *reïntegranda* – kan instellen indien de uitoefening van de erfdienstbaarheid in het gedrang wordt gebracht (art. 1370 Ger. W.).⁵³

19. In de praktijk is gepoogd om aan de niet-verjaarbaarheid van het recht van overgang te ontkomen. Een eerste mogelijkheid bestaat erin om het bestaan van een publieke overgang, bv. een buurtweg, te bewijzen. Die is immers wel vatbaar voor verkrijgende verjaring (zie *infra*, nr. 26 e.v.).

Een alternatief is de overgang als een losweg ('exploitatieweg') te kwalificeren. Er is sprake van een losweg indien eigenaars van een grondstuk die geen rechtstreekse uitweg hebben naar de openbare weg, wederzijds overeenkomen om een strook grond in gemeenschap te brengen tot gemeenschappelijk gebruik van hen allen. Het gaat om een vorm van gedwongen mede-eigendom, die bijgevolg vatbaar is voor verkrijgende verjaring. Indien een weg bij een verkaveling van de omliggende percelen niet wordt toegewezen, wordt hij geacht in onverdeeldheid te zijn tussen de verschillende kavels en is er sprake van een exploitatieweg.⁵⁴ Enkel de eigenaar van het perceel dat het verst van de openbare weg is verwijderd, zou geen mede-eigendomsaanspraken hebben omdat hij geen deel grond heeft afgestaan voor de bedding van de weg.⁵⁵ De weg stopt immers aan de grens van zijn perceel. Het is dus geen verbindingsweg, maar een doodlopende straat/steeg.

⁵¹ Voor een uitgebreide bespreking: zie ook F. BAUDONCQ, "De notaris en erfdienstbaarheidswegen", *Not. Fisc. M.* 2002, 165-187.

⁵² Vred. Westerlo 10 februari 2003, *T.B.B.R.* 2004, 286 en *T. Vred.* 2004, 361.

⁵³ Rb. Verviers 3 maart 2004, *T.B.B.R.* 2004, 294.

⁵⁴ Rb. Turnhout 31 december 2001, *R.W.* 2004-05, 350.

⁵⁵ Rb. Turnhout 31 december 2001, *R.W.* 2004-05, 350; Vred. Westerlo 10 februari 2003, *T.B.B.R.* 2004, 286 en *T. Vred.* 2004, 361.

20. Zoals het geval is bij iedere erfdiensbaaerheid, dient zowel aan de actiefzijde als aan de passiefzijde van de erfdiensbaaerheid van overgang rekening te worden gehouden met het ‘verzwarringsverbod’. Ingevolge dat verbod mag de eigenaar van het *heersende* erf enkel gebruik maken van zijn recht overeenkomstig zijn titel⁵⁶, zonder aan één der erven een wijziging aan te brengen die leidt tot een verzwaring van de toestand van het lijdende erf (art. 702, lid 1 B.W.)⁵⁷, terwijl de eigenaar van het *lijdende* erf niets mag doen dat de uitoefening van de erfdiensbaaerheid zou verminderen of minder makkelijk zou maken (art. 701 B.W.). Daaraan bezondigt hij zich bijvoorbeeld wanneer hij de bomen langs een dreef, waarop een recht van overgang rust, niet snoeit.⁵⁸ Daarentegen is het om beschermings- en veiligheidsredenen plaatsen en afsluiten van een hek, waarvan een sleutel aan de eigenaar van het heersend erf wordt overhandigd, wel geoorloofd.⁵⁹

§ 2. *Recht van uitweg* (‘noodweg’)

21. Hoewel het gaat om een wettelijke erfdiensbaaerheid, komt het recht van uitweg toch niet van rechtswege tot stand: de inhoud en de modaliteiten van het recht moeten immers vastgelegd worden door de (vrede)rechter. Bijgevolg komt de erfdiensbaaerheid slechts vanaf de rechterlijke uitspraak tot stand.⁶⁰

Ook een recht van uitweg is een niet-voortdurende erfdiensbaaerheid, en komt in beginsel niet voor verkrijgende verjaring in aanmerking (art. 684, tweede lid B.W.). Bijgevolg kan de titularis van een recht van uitweg evenmin een bezitsvordering instellen.⁶¹ Evenwel kan vaak een alternatief worden gevonden in het argument dat de eigenaar van het gedogende erf misbruik heeft gemaakt van zijn recht om het gedogende erf af te sluiten. In dat geval is de vordering gebaseerd op art. 1382 B.W. Een partij maakt zich niet schuldig aan een dergelijke fout of een dergelijk misbruik door een einde te maken aan een gedogen van uitweg op een erf waarvan zij het bezit aantoonde of door dat goed af te sluiten ten einde te beletten dat voornoemd bezit wordt aangetast. Dit betekent echter niet dat *de omstandigheden waaronder* de beëindiging geschiedt niet foutief kunnen zijn.⁶² Van het recht om zijn onroerend goed af te sluiten kan dus wel degelijk misbruik worden gemaakt. Niet het loutere feit dat men gebruik maakt van dat recht maakt dan rechtsmisbruik uit, maar wel de wijze waarop er gebruik van wordt gemaakt.

⁵⁶ De (meer of minder algemene) bewoordingen van de vestigingsakte zijn daarbij van belang. Zie hierover: Vred. Westerlo 20 april 2009, *T. Not.* 2009, 567.

⁵⁷ Bij de beoordeling of er een verzwaring voorligt, dient de gebruikswijziging te worden vergeleken “met een hypothetische vestiging door partijen van een vergelijkbare erfdiensbaaerheid, met een vergelijkbare functie maar in actuele omstandigheden” (Vred. Westerlo 20 april 2009, *T. Not.* 2009, 567).

⁵⁸ Vred. Doornik 19 februari 2008, *T. Agr. R.* 2009, 95.

⁵⁹ Rb. Luik 10 maart 2009, *J.L.M.B.* 2009, 1270; Vred. Geldenaken 5 november 2008, *J.L.M.B.* 2009, 1276. Zie daarentegen: Bergen 10 september 2003, *T.B.B.R.* 2004, 464.

⁶⁰ Zie F. BAUDONCQ, “De notaris en de erfdiensbaaerheidswegen”, *Not. Fisc. M.* 2002, 175.

⁶¹ Rb. Bergen 7 december 2007, *T. Agr. R.* 2008, 122.

⁶² Cass. 10 maart 2005, *J.T.* 2005, 416, *Rev. not. b.* 2005, afl. 2986, 298, noot.

22. Die ingeslotenheid moet altijd worden beoordeeld in functie van de normale bestemming van het heersende erf.⁶³ De vrederechter moet rekening houden met de kosten en ongemakken die een toegang tot het perceel anders zou vergen.⁶⁴ Evenwel mag dat er niet toe leiden dat ook een uitweg kan worden toegestaan wegens het loutere feit dat de eigenaar moeilijkheden ondervindt voor de toegang tot zijn perceel.⁶⁵ Indien die moeilijkheden met evenredige kosten kunnen worden overwonnen, dient de uitweg te worden afgewezen.⁶⁶

Ook het feit dat een deel van het perceel langs de openbare weg is gelegen, vormt geen doorslaggevende reden om de vordering tot een uitweg af te wijzen. Het feit dat bv. de voorgevel van een woning langs de openbare weg is gelegen, verhindert niet dat de garage van die woning ingesloten kan zijn en dat voor die garage een recht van uitweg kan worden toegestaan.⁶⁷

Is er sprake van ingeslotenheid indien de eigenaar van een perceel dankzij het gedogen van zijn buurman de openbare weg kan bereiken? De rechtspraak oordeelt van oudsher dat de eigenaar van het lijdend erf in dat geval geen aanspraak kan maken op een recht van uitweg, aangezien er dan een feitelijke toegang bestaat tot de openbare weg. Deze rechtspraak werd nog bevestigd door een cassatie-arrest van 6 april 2000⁶⁸, doch kwam in de rechtsleer terecht onder vuur te liggen.⁶⁹ Ze leidt er namelijk toe dat de eigenaar van een ingesloten erf op grond van een tolerantie van één der burens via eventueel een lange omweg de openbare weg kan bereiken. Hij wordt alsdan het slachtoffer van de welwillendheid van één der burens. Een recht van uitweg zou er immers toe geleid hebben dat hij (1) gebruik had kunnen maken van de minst schadelijke uitweg en (2) over een stabiele uitweg zou hebben kunnen beschikken, terwijl hij door het gedogen een preciaire uitweg heeft. Steeds volgens die zienswijze zou men aan de eigenaar die om die reden verzaakt aan het gedogen van zijn buurman, zelfs rechtsmisbruik kunnen verwijten.

Het belangrijkste argument *contra* de heersende rechtspraak van het Hof van Cassatie is dat zij voorbijgaat aan het fundamenteel objectief karakter van de erfdiensbaaerheid aan de actiefzijde (zie hoger). De vraag die onder de heersende rechtspraak wordt gesteld is immers eigenlijk de volgende: is de gevorderde erfdiensbaaerheid van nut voor de actuele eigenaar van het heersend erf? Zoals vermeld dient een erfdiensbaaerheid echter tot nut te strekken van een erf. Hoewel het onderscheid tussen persoon en erf niet altijd eenvoudig te ma-

63 Bv. recent: Rb. Luik 1 december 2006, *J.L.M.B.* 2007, 1466, noot S. BOUFFLETTE.

64 Cass. 1 december 2005, *Pas.* 2005, 2405, *RABG* 2006, 701, noot G. JOCQUE, *TBO* 2006, 23, noot M. MUYLLE, *T. Not.* 2006, 484, noot R. EEMAN.

65 Vred. Doornik 21 januari 2003, *T. Agr. R.* 2003, 31.

66 Zie bv.: Cass. fr. 8 juli 2009, (n° 08-11.745) <http://www.dalloz.fr>.

67 Cass. 1 december 2005, *Pas.* 2005, 2405, *RABG* 2006, 701, noot G. JOCQUE, *TBO* 2006, 23, noot M. MUYLLE, *T. Not.* 2006, 484, noot R. EEMAN.

68 Cass. 6 april 2000, *Arr. Cass.* 2000, 721, *T.B.B.R.* 2001, 105. In dezelfde zin: Rb. Charleroi 8 december 2006, *J.L.M.B.* 2007, 1490; Vred. Fontaine-l'Eveque 14 mei 2004, *J.L.M.B.* 2005, (1734) 1738, noot S. BOUFFLETTE. Dezelfde opvatting wordt aangenomen door de Franse *Cour de Cassation*. Zie voor een recent arrest in die zin: Cass. fr. 12 mei 2009, *D.* 2009, 2300.

69 E. RQUIER en P. VAN HOOLAND, "Enclave et tolérance de passage. Où le quiproquo devient source de droit", *T.B.B.R.* 2004, 475-481; K. SWINNEN, "Het recht van uitweg. Over een gedogende buurman en zelfveroorzaakte ingeslotenheid", (noot onder Cass. 6 februari 2009), *R.W.* 2009-10, 447.

ken is, kan men uit het loutere feit dat een erfdiensbaaerheid *thans* geen nut heeft voor de actuele eigenaar van het erf, niet afleiden dat het ook geen nut heeft voor het erf zelf. De vraag die namelijk beantwoord dient te worden, en die zuiver zakenrechtelijke van aard is, is of de bevoegdheden die voortvloeien uit het eigendomsrecht en uit de daaraan verbonden beperkte zakelijke rechten (bv. recht van overgang), samengevat: ‘de zakenrechtelijke positie van het erf’, op zichzelf een voldoende toegang tot de openbare weg toestaan voor een normaal gebruik van het heersend erf, zonder dat daaraan nog een recht van uitweg dient te worden toegevoegd. Het kunnen genieten van een gedogen verandert niets aan de zakenrechtelijke positie van het erf, daar het om een louter feitelijke toestand gaat waarin de eigenaar van het erf zich bevindt, en mag dus niet in aanmerking worden genomen.⁷⁰

Naast het bestaan van een gedogen vanwege een buurman, is volgens vaststaande rechtspraak van het Hof van Cassatie ook het zelf veroorzaakte karakter van de ingeslotenheid van een erf een uitsluitingsgrond voor de toekenning van een recht van uitweg. Bedoeld wordt dat de eigenaar of zijn rechtsvoorganger door zijn eigen handelen (of nalaten⁷¹) de ingeslotenheid heeft bewerkstelligd van het erf waarvoor *thans* een recht van uitweg wordt gevorderd. Daarvan zal volgens het Hof sprake zijn wanneer “blijkt dat de moeilijkheden die de eigenaar van het beweerd ingesloten erf ondervindt om een voldoende toegang te hebben tot de openbare weg in overeenstemming met het normale gebruik van zijn eigendom en de bestemming ervan, niet voortspruiten uit de ligging van zijn erf, maar uit de bouwwerken die op dit erf zijn uitgevoerd door de eigenaar of zijn rechtsvoorganger.”⁷² *In casu* werd het bestreden vonnis (gewezen in graad van beroep) verbroken, omdat de appelrechters een recht van uitweg hadden verleend, hoewel zij in hetzelfde vonnis hadden aangenomen dat de ingeslotenheid van de garage het gevolg is van de wijze waarop de rechtsvoorganger van verweerders in cassatie de gebouwen op zijn perceel heeft ingeplant.

23. In principe dient aan de eigenaar van het lijdende erf een vergoeding te worden bepaald in verhouding tot de schade die hij mocht ondervinden (art. 682, eerste lid B.W.). Indien door de erfdiensbaaerheid aan het lijdende erf geen enkele schade wordt veroorzaakt, kan volgens sommige rechtspraak een recht van uitweg worden toegekend zonder schadeloosstelling.⁷³

Het tracé van de uitweg wordt bepaald in functie van twee wettelijke criteria, nl. volgens het minst schadelijke voor de eigenaar van het lijdende erf (art. 682, §1 B.W.) en het normale gebruik van het heersende erf overeenkomstig zijn bestemming. De rechtspraak neemt terecht aan dat ook met andere criteria rekening kan worden gehouden, zoals de vroegere handelswijze van de betrokken percelen, de plaatselijke gebruiken, de billijkheid en de kortste weg, enz.⁷⁴

⁷⁰ Zie hierover uitgebreider: K. SWINNEN, “Het recht van uitweg. Over een gedogen-de buurman en zelfveroorzaakte ingeslotenheid”, (noot onder Cass. 6 februari 2009), *R.W.* 2009-10, (447) 448-449.

⁷¹ Vred. Beveren 27 juni 1989, *T. Vred.* 1991, 228.

⁷² Cass. 6 februari 2009, *R.W.* 2009-10, 446, noot K. SWINNEN.

⁷³ Vred. Doornik 10 mei 2005, *J.L.M.B.* 2005, 1750.

⁷⁴ Vred. Westerlo 25 mei 2001, *T. Vred.* 2003, 315, noot S. BOUFFLETTE.

24. Zoals bekend, heeft de Wet van 1 maart 1978 de procedurele aspecten van het recht van uitweg grondig gewijzigd. Art. 1345 en 1371*bis* Ger. W. zijn terzake bepalend.⁷⁵

In de eerste plaats moet, op straffe van ontoelaatbaarheid van de rechtsvordering, een verzoek tot minnelijke schikking worden ingediend (art. 1345 Ger. W.). Slechts wanneer die minnelijke schikking mislukt, kan een verzoekschrift bij de vrederechter worden neergelegd. Art. 1345 Ger. W. is niet van openbare orde⁷⁶, zodat dit middel van ontoelaatbaarheid *in limine litis* moet worden opgeworpen.⁷⁷

Een vordering tot het bekomen van de uitweg kan bij verzoekschrift worden ingeleid. Dit verzoekschrift moet de naam, voornamen, beroep en woonplaats vermelden van de eigenaar van elk van de betrokken percelen. De draagwijdte van art. 1371*bis*, eerste lid Ger. W. bestaat erin dat de eisende partij de eigenaar(s) van elk perceel waarover hij een uitweg vordert, van bij het begin in het geding moet betrekken en hun naam, voornamen, beroep en woonplaats in het verzoekschrift moet vermelden. Deze bepaling vereist niet dat alle eigenaars van percelen waarover een uitweg mogelijk zou zijn, in het geding moeten worden betrokken.⁷⁸ Ontstaan dan geen problemen indien tijdens de procedure blijkt dat de minst schadelijke uitweg over een ander perceel zou lopen, waarvan de eigenaar niet in de procedure (en de voorafgaande poging tot minnelijke schikking) werd betrokken? Art. 1371*bis*, derde lid Ger. W. bepaalt voor dat geval dat “de vrederechter de eiser dan zal bevelen de eigenaars van die erven ter griffie bekend te maken. Deze eigenaars worden bij gerechtsbrief in de zaak geroepen.” Het initiatiefrecht daarvoor berust uitsluitend bij de vrederechter zelf.⁷⁹

Recent werd ook de vraag aan de orde gesteld of ook andere vorderingen, die normaal bij dagvaarding zouden moeten worden ingesteld, mee in het verzoekschrift kunnen worden opgenomen. Het ging om een geval waarin in het verzoekschrift op grond van art. 1371*bis* Ger. W. ook een vordering tot erkenning van een publieke erfdienstbaarheid van overgang door verkrijgende verjaring was opgenomen. Het Hof van Cassatie heeft beslist dat “de eiser voor het geval de hoofdvordering niet zou worden ingewilligd, in [dit verzoekschrift] tevens een ondergeschikte vordering kan instellen, ook al diende zij als hoofdvordering bij dagvaarding te worden ingesteld.”⁸⁰

25. Sluit een recht van overgang een recht van uitweg uit? Het recht van overgang en het recht van uitweg hebben een verschillende ontstaanswijze: een recht van overgang ontstaat door overeenkomst, een recht van uitweg wordt door de rechter toegekend op grond van art. 682 B.W. wegens de ingesloten-

⁷⁵ Deze bepalingen zijn enkel van toepassing op het wettelijk recht van uitweg, niet op het conventioneel recht van doorgang (Luik 9 februari 2005, *J.L.M.B.* 2005, 1708, noot P. LECOCQ).

⁷⁶ Cass. 9 maart 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 878, *R.W.* 1984-85 (verkort), 1051, noot.

⁷⁷ Zie reeds J. KOKELENBERG, T. VAN SINAY en H. VUYE, “Overzicht van rechtspraak. Zakenrecht (1994-2000)”, *T.P.R.* 2001, p. 1120, nr. 153.

⁷⁸ Dit standpunt werd ook bevestigd in de rechtspraak: Vred. Westerlo 25 mei 2001, *T. Vred.* 2003, 315, noot S. BOUFFLETTE; zie reeds Vred. Westerlo 6 juni 1977, *T. Vred.* 1998, 498.

⁷⁹ Vred. Westerlo 25 mei 2001, *T. Vred.* 2003, 315, noot S. BOUFFLETTE

⁸⁰ Cass. 8 januari 2004, *T. Vred.* 2004, 338, noot S. MOSSELMANS.

heid van een perceel. Nochtans komen beide soorten erfdiensbaaerheden nogal eens in elkaars vaarwater.⁸¹

Indien buren een overeenkomst hebben gesloten waarin ze een recht van overgang bedingen om toegang te kunnen krijgen tot het ingesloten erf, kan de rechter oordelen dat deze overeenkomst een recht van overgang tot stand brengt.⁸² Het volstaat evenwel niet om van een overeenkomst melding te maken om aan deze erfdiensbaaerheid een conventionele aard te geven.⁸³ Dit kan van belang zijn, m.n. om de afschaffing van de erfdiensbaaerheid te beoordelen: waar een recht van uitweg afgeschaft wordt indien ze niet langer noodzakelijk is (omdat er geen ingeslotenheid meer is), kan een andere erfdiensbaaerheid slechts worden afgeschaft indien ze geen enkel nut meer vertoont.⁸⁴

Ook kan het recht van uitweg vaak een oplossing bieden als subsidiair middel t.a.v. het recht van overgang. De eiser roept best subsidiair de ingeslotenheid van het lijdende erf in voor het geval hij er niet in slaagt om een titel voor het recht van overgang aan te tonen. De ingeslotenheid kan immers vaak afhangen van de erkenning van het recht van overgang. Met name in gevallen waarin de rechter zou oordelen dat de actuele uitoefening van een overgang in strijd komt met het verzwaringsverbod van artikel 702 B.W., zou het recht van uitweg een redmiddel kunnen zijn in de mate dat die actuele uitoefening noodzakelijk is voor de normale bestemming van het heersend erf.

§ 3. Buurtwegen

26. Een buurtweg is een weg die, wat ook de verkeerssituatie weze, wettelijk erkend is tot nut en gebruik van alle aangelanden van één of meerdere (delen van) gemeenten en die als buurtweg erkend is.⁸⁵ Centraal staat dus de erkenning van de buurtweg, d.i. de bestuurlijke handeling waarmee vastgesteld wordt dat een buurtweg tot het buurtwegennet behoort. Buurtwegen worden wettelijk geregeld door de Wet van 10 april 1841.

De bedding van een buurtweg kan eigendom zijn van de gemeente, maar evenzeer van een particulier, waarbij er op het eigendomsrecht van deze laatste dan een publiekrechtelijke erfdiensbaaerheid rust. De particulier die beweert eigenaar te zijn van de bedding van een buurtweg, dient daarvan het bewijs te leveren.⁸⁶

Een buurtweg moet worden onderscheiden van een recht van overgang. Een openbare erfdiensbaaerheid van overgang wordt gevestigd ten voordele van de gemeente, tot algemeen gebruik door de aangelanden, terwijl een private erfdiensbaaerheid van doorgang is gevestigd met het oog op een particulier

81 Voor een uitvoerigere analyse van de verschillen tussen beide soorten erfdiensbaaerheden: zie S. VAN DER JEUGHT, "Erfdiensbaaerheid van overgang versus recht van uitweg", *T. Vred.* 2003, 346-359.

82 Cass. 21 september 2001, *Arr. Cass.* 2001, 1506.

83 Vred. Fontaine-l'Eveque 14 mei 2004, *J.L.M.B.* 2005, 1734, noot S. BOUFFLETTE.

84 Recent nog over de afschaffing van een recht van overgang: Vred. Halle 25 januari 2006, *T.B.B.R.* 2009, 295.

85 Vgl. H. VUYE, "Fundamentele regels omtrent buurtwegen. Het arrest van het Hof van Cassatie van 13 januari 1994", *R. Cass.* 1994, 93.

86 Vred. Zelzate 22 januari 2007, *R.W.* 2008-09, 34.

gebruik door de eigenaar (of een beperkt gerechtigde) van het heersend erf.⁸⁷ Het bestaan van een buurtweg kan niet lichtvaardig worden aangenomen. Het regime is verschillend naargelang de weg in de Atlas der Buurtwegen is opgenomen, of niet.

27. Indien een buurtweg *is* opgenomen in de Atlas der Buurtwegen, en aldus erkend is, is er een wettige titel. Het feitelijke en deugdelijke bezit van de buurtweg gedurende de verkorte verjaringstermijn van tien (max. twintig) jaar (art. 2265 B.W.) zal dan ook volstaan om het karakter van buurtweg te verkrijgen.⁸⁸ De inschrijving in de Atlas, vormt op zich echter nog geen onteigening van de bedding. Het feitelijke en deugdelijke gebruik moet zich daarop enten.

Het Hof van Cassatie besliste recent nog dat de definitieve vaststelling van de gemeentelijke plannen door de provinciale deputatie niet tot gevolg heeft dat de in die plannen van de Atlas der Buurtwegen opgenomen weg tot het openbaar domein behoort of tot het openbaar gebruik dient. Daaruit volgt dat een weg niet het kenmerk van buurtweg verkrijgt door het enkele feit dat hij is opgenomen in een door de provinciale deputatie vastgesteld plan van de Atlas der Buurtwegen, zonder dat is voldaan aan het voor de verkrijgende verjaring noodzakelijk bezit ervan door de gemeente volgens de voorwaarden gesteld in de artikelen 2229 en 2265 van het Burgerlijk Wetboek.⁸⁹

28. Indien de weg *niet* in de Atlas der Buurtwegen is opgenomen, moeten de regels van de (lange) verkrijgende verjaring worden toegepast om te beoordelen of de gemeente eigenaar van de bedding is geworden, dan wel een recht van overgang ten algemene nutte is ontstaan. Het ‘publieke’ recht van doorgang op een privé-eigendom, kan – in tegenstelling tot een private erfdienstbaarheid van doorgang of uitweg – verkregen worden door verkrijgende verjaring.⁹⁰ Het gebruik moet dus steunen op de bedoeling om een overgang te nemen, en niet enkel op een feitelijk gedogen. De concrete beoordeling behoort tot de soevereine appreciatie van de feitenrechter.

Het bezit gedurende dertig jaar kan worden aangetoond met alle bewijsmiddelen rechtens, bv. aan de hand van getuigenverklaringen, opgenomen in een buurtverslag van de politie en moet voldoen aan alle voorwaarden van art. 2229 B.W.

⁸⁷ Zie hierover J. KOKELENBERG, H. VUYE en T. VAN SINAY, “Overzicht van rechtspraak (1980-1988). Zakenrecht”, *T.P.R.* 1989, 1788-1790, nr. 139-141.

⁸⁸ Cass. 22 april 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 1032 en *R.W.* 1983-84, 862.

⁸⁹ Cass. 20 juni 2003, *Pas.* 2003, I, 1249. Zie reeds: Cass. 22 mei 1846, *Pas.* 1846, I, 316.

⁹⁰ Cass. 8 januari 2004, *T. Vred.* 2004, 338, noot S. MOSSELMANS; Cass. 29 november 1996, *R.W.* 1997-98, 225; Cass. 20 mei 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 1161.