

## Article 3.146. Egout des toits

[Ancien article C. civ.]

Article 681 C. Civ.: "Tout propriétaire doit établir des toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur la voie publique; il ne peut les faire verser sur le fonds de son voisin."

## Sources

Article 5:52 Nederlands Burgerlijk Wetboek: "1. Een eigenaar is verplicht de afdekking van zijn gebouwen en werken zodanig in te richten, dat daarvan het water niet op eens anders erf afloopt.

2. Afwatering op de openbare weg is geoorloofd, indien zij niet bij de wet of verordening verboden is."

Article 983 Code civil Québec: "Les toits doivent être établis de manière que les eaux, les neiges et les glaces tombent sur le fonds du propriétaire."

Article 650 Avant-Projet Capitant: "Tout propriétaire doit établir ses toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son fonds ou sur la voie publique. Il ne peut les faire verser sur le fonds de son voisin."

## Commentaire

Cet article est la reproduction de l'actuel article 681 du Code. Ici aussi, l'article vise les propriétaires, mais il convient de l'appliquer plus largement à tout titulaire d'un droit réel d'usage dans la mesure où il est concerné.

Cette disposition est en substance identique à l'article 681 du Code civil.

## Section 2. Distances

Article 3.147. Distances pour les fenêtres, ouvertures de murs et autres ouvrages semblables

[Ancien article C. civ.]

Article 675 C. civ.: "L'un des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre, pratiquer dans le mur mitoyen aucune fenêtre ou ouverture, en quelque manière que ce soit, même à verre dormant".

Article 676 C. civ.: "Le propriétaire d'un mur non mitoyen, joignant immédiatement l'héritage d'autrui, peut pratiquer dans ce mur des jours ou fenêtres à fer maille et verre dormant.

## Artikel 3.146. Dakdrop

[Oud artikel BW]

Artikel 681 BW: "Ieder eigenaar moet zijn daken zodanig aanleggen dat het regenwater op zijn grond of op de openbare weg afloopt; hij mag het niet doen neerkomen op het erf van zijn nabuur."

## Bronnen

Artikel 5:52 Nederlands Burgerlijk Wetboek: "1. Een eigenaar is verplicht de afdekking van zijn gebouwen en werken zodanig in te richten, dat daarvan het water niet op eens anders erf afloopt.

2. Afwatering op de openbare weg is geoorloofd, indien zij niet bij de wet of verordening verboden is."

Artikel 983 Code civil Québec: "Les toits doivent être établis de manière que les eaux, les neiges et les glaces tombent sur le fonds du propriétaire."

Artikel 650 Avant-Projet Capitant: "Tout propriétaire doit établir ses toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son fonds ou sur la voie publique. Il ne peut les faire verser sur le fonds de son voisin."

## Commentaar

Deze bepaling is de overname van het huidige artikel 681 van het Burgerlijk Wetboek. Ook hier is in de bepaling sprake van "eigenaar", maar de erin vervatte verplichtingen moeten algemener gelden voor alle titularissen van een zakelijk gebruiksrecht, voor zover zij betrokken zijn.

Deze bepaling is inhoudelijk identiek aan het huidige artikel 681 BW.

## Afdeling 2. Afstanden

Artikel 3.147. Afstanden voor vensters, muuropeningen en soortgelijke werken

[Oud artikel BW]

Artikel 675 BW: "Geen van de naburen mag, zonder toestemming van de andere, in een gemene muur een venster of opening maken, hoe dan ook, zelf niet met vaststaand glasraam."

Artikel 676 BW: "De eigenaar van een niet gemene muur die onmiddellijk paalt aan het erf van een ander, mag in die muur lichtopeningen of vensters maken met ijzeren traliewerk en vaststaand glasraam.

Ces fenêtres doivent être garnies d'un treillis de fer, dont les mailles auront un décimètre [...] d'ouverture au plus, et d'un châssis à verre dormant."

Article 677 C. civ.: "Ces fenêtres ou jours ne peuvent être établis qu'à vingt-six décimètres [...] au-dessus du plancher ou sol de la chambre qu'on veut éclairer, si c'est à rez-de-chaussée, et à dix-neuf décimètres [...] au-dessus du plancher pour les étages supérieurs."

Article 678 C. civ.: "On ne peut avoir des vues droites ou fenêtres d'aspect, ni balcons ou autres semblables saillies sur l'héritage clos ou non clos de son voisin, s'il n'y a dix-neuf décimètres [...] de distance entre le mur où on les pratique et le dit héritage."

Article 679 C. civ.: "On ne peut avoir des vues par côté ou obliques sur le même héritage, s'il n'y a six décimètres [...] de distance."

Article 680 C. civ.: "La distance dont il est parlé dans les deux articles précédents, se compte depuis le parement extérieur du mur où l'ouverture se fait, et, s'il y a balcons ou autres semblables saillies, depuis leur ligne extérieure jusqu'à la ligne de séparation des deux propriétés."

Article 680bis C. civ.: "Les limitations légales imposées aux voisins par la présente section ne sont pas applicables aux propriétés situées le long de voiries publiques et chemins de fer qui appartiennent au domaine public."

#### Sources

Article 5:50 Nederlands Burgerlijk Wetboek:

"1. Tenzij de eigenaar van het naburige erf daartoe toestemming heeft gegeven, is het niet geoorloofd binnen twee meter van de grenslijn van dit erf vensters of andere muuropeningen, dan wel balkons of soortgelijke werken te hebben, voor zover deze op dit erf uitzicht geven.

2. De buur kan zich niet verzetten tegen de aanwezigheid van zodanige openingen of werken, indien zijn erf een openbare weg of een openbaar water is, indien zich tussen de erven openbare wegen of openbare wateren bevinden of indien het uitzicht niet verder reikt dan tot een binnen twee meter van de opening of het werk zich bevindende muur. Uit dezen hoofde geoorloofde openingen of werken blijven geoorloofd, ook nadat de erven hun openbare bestemming hebben verloren of de muur is gesloopt.

Deze vensters moeten voorzien zijn van een ijzeren traliwerk waarvan de maliën ten hoogste een decimeter (...) groot zijn, en van een vaststaand glasraam."

Artikel 677 BW: "Deze vensters of lichtopeningen mogen niet lager gemaakt worden dan zesentwintig decimeter (...) boven de vloer of grond van de kamer die men wil verlichten, indien deze met de straat gelijkvloers is, en niet lager dan negentien decimeter (...) boven de vloer, voor de hogere verdiepingen."

Artikel 678 BW: "Men mag op het besloten of niet besloten erf van zijn nabuur geen rechtstreekse uitzichten of uitzicht gevende vensters, noch balkons of andere soortgelijke vooruitspringende erken hebben, tenzij er een afstand van negentien decimeter (...) is tussen de muur waar men die maakt, en het erf."

Artikel 679 BW: "Men mag op datzelfde erf geen zijdelingse of schuine uitzichten hebben, tenzij er een afstand is van zes decimeter (...)."

Artikel 680 BW: "De afstand waarvan sprake in de twee vorige artikelen, wordt gerekend van het buitenvlak van de muur waarin de opening gemaakt wordt, en, indien er balkons of andere soortgelijke vooruitspringende werken zijn, van hun buitenrand tot aan de scheidslijn van beide eigendommen."

Artikel 680bis BW: "De wettelijke beperkingen die de huidige afdeling aan naburen oplegt zijn niet van toepassing op aangelanden van openbare wegen en spoorwegen die tot het openbaar domein behoren."

#### Bronnen

Artikel 5:50 Nederlands Burgerlijk Wetboek:

"1. Tenzij de eigenaar van het naburige erf daartoe toestemming heeft gegeven, is het niet geoorloofd binnen twee meter van de grenslijn van dit erf vensters of andere muuropeningen, dan wel balkons of soortgelijke werken te hebben, voor zover deze op dit erf uitzicht geven.

2. De buur kan zich niet verzetten tegen de aanwezigheid van zodanige openingen of werken, indien zijn erf een openbare weg of een openbaar water is, indien zich tussen de erven openbare wegen of openbare wateren bevinden of indien het uitzicht niet verder reikt dan tot een binnen twee meter van de opening of het werk zich bevindende muur. Uit dezen hoofde geoorloofde openingen of werken blijven geoorloofd, ook nadat de erven hun openbare bestemming hebben verloren of de muur is gesloopt.

3. De in dit artikel bedoelde afstand wordt gemeten rechthoekig uit de buitenkant van de muur daar, waar de opening is gemaakt, of uit de buitenste naar het naburige erf gekeerde rand van het vooruitspringende werk tot aan de grenslijn der erven of de muur.

4. Wanneer de nabuur als gevolg van verjaring geen wegneming van een opening of werk meer kan vorderen, is hij verplicht binnen een afstand van twee meter daarvan geen gebouwen of werken aan te brengen die de eigenaar van het andere erf onredelijk zouden hinderen, behoudens voor zover zulk een gebouw of werk zich daar reeds op het tijdstip van de voltooiing van de verjaring bevond.

5. Ter zake van een volgens dit artikel ongeoorloofde toestand is slechts vergoeding verschuldigd van schade, ontstaan na het tijdstip waartegen opheffing van die toestand is aangemaand."

Article 993 Code civil Québec: "On ne peut avoir sur le fonds voisin de vues droites à moins d'un mètre cinquante de la ligne séparative.

Cette règle ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de vues sur la voie publique ou sur un parc public, ou lorsqu'il s'agit de portes pleines ou à verre translucide."

Article 994 Code civil Québec: "La distance d'un mètre cinquante se mesure depuis le parement extérieur du mur où l'ouverture est faite et perpendiculairement à celui-ci jusqu'à la ligne séparative. S'il y a une fenêtre en saillie, cette distance se mesure depuis la ligne extérieure."

Article 645 Avant-Projet Capitant: "Sont des vues les ouvertures ou aménagements qui permettent le regard vers un fonds voisin, comme les fenêtres, balcons, terrasses et plates-formes. Sont des jours les ouvertures qui laissent passer l'air ou la lumière sans permettre aucun regard sur le fonds voisin".

Article 646 Avant-Projet Capitant: "Jours et vues constituent des aménagements extérieurs au sens de l'article 615."

Article 647 Avant-Projet Capitant: "Il ne peut être pratiqué dans un mur mitoyen ni jour ni vue."

Article 648 Avant-Projet Capitant: "Aucune vue, droite ou oblique, ne peut être créée à moins de trois mètres d'un fonds voisin. Cette distance se compte depuis le parement extérieur du mur où l'ouverture se fait ou

3. De in dit artikel bedoelde afstand wordt gemeten rechthoekig uit de buitenkant van de muur daar, waar de opening is gemaakt, of uit de buitenste naar het naburige erf gekeerde rand van het vooruitspringende werk tot aan de grenslijn der erven of de muur.

4. Wanneer de nabuur als gevolg van verjaring geen wegneming van een opening of werk meer kan vorderen, is hij verplicht binnen een afstand van twee meter daarvan geen gebouwen of werken aan te brengen die de eigenaar van het andere erf onredelijk zouden hinderen, behoudens voor zover zulk een gebouw of werk zich daar reeds op het tijdstip van de voltooiing van de verjaring bevond.

5. Ter zake van een volgens dit artikel ongeoorloofde toestand is slechts vergoeding verschuldigd van schade, ontstaan na het tijdstip waartegen opheffing van die toestand is aangemaand."

Artikel 993 Code civil Québec: "On ne peut avoir sur le fonds voisin de vues droites à moins d'un mètre cinquante de la ligne séparative.

Cette règle ne s'applique pas lorsqu'il s'agit de vues sur la voie publique ou sur un parc public, ou lorsqu'il s'agit de portes pleines ou à verre translucide."

Artikel 994 Code civil Québec: "La distance d'un mètre cinquante se mesure depuis le parement extérieur du mur où l'ouverture est faite et perpendiculairement à celui-ci jusqu'à la ligne séparative. S'il y a une fenêtre en saillie, cette distance se mesure depuis la ligne extérieure."

Artikel 645 Avant-Projet Capitant: "Sont des vues les ouvertures ou aménagements qui permettent le regard vers un fonds voisin, comme les fenêtres, balcons, terrasses et plates-formes. Sont des jours les ouvertures qui laissent passer l'air ou la lumière sans permettre aucun regard sur le fonds voisin".

Artikel 646 Avant-Projet Capitant: "Jours et vues constituent des aménagements extérieurs au sens de l'article 615."

Artikel 647 Avant-Projet Capitant: "Il ne peut être pratiqué dans un mur mitoyen ni jour ni vue."

Artikel 648 Avant-Projet Capitant: "Aucune vue, droite ou oblique, ne peut être créée à moins de trois mètres d'un fonds voisin. Cette distance se compte depuis le parement extérieur du mur où l'ouverture se fait ou

depuis la ligne extérieure des balcons ou terrasses, jusqu'à la limite séparative des fonds."

Article 649 Avant-Projet Capitant: "L'article précédent ne s'applique pas aux vues donnant sur une voie publique, un jardin public aménagé ou une promenade publique.

Il ne s'applique pas aux vues donnant sur des fonds grevés d'une servitude de passage faisant obstacle aux constructions, établie au profit de celui qui veut ouvrir la vue, ou sur des fonds indivis entre voisins.

Toutefois, aucune vue ne peut être créée si un fonds est situé, par delà le fonds indivis ou celui grevé de servitudes, à une distance inférieure à celle mentionnée à l'article 648".

V. DEFRAITEUR, Les servitudes, op. cit., pp. 5 à 64. \$4.

J. HANSENNE, "De quelques précisions quant à la prescription en matière de servitudes légales" note sous J.P. Visé, 6 novembre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 198.

N. JEANMART, "Les effets de la possession trentenaire d'une vue non conforme à la loi", *Ann. dr.*, 1969, p. 19.

C. MOSTIN, "Les jours et les vues: quelques nouveautés", *J.T.*, 1993, p. 301.

V. SAGAERT, Goederenrecht, in *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht*, 2014, 514-520.

#### Commentaire

Dans le Code civil actuel, une distinction est établie entre les jours et les vues, entre les vues droites et les vues obliques, entre les vues au rez-de-chaussée et les vues à l'étage. Cela engendre une dispersion et une réglementation particulièrement complexe, parfois peu raisonnable. Dans la disposition proposée, il est opté pour une règle générale et uniforme. La distance uniforme de dix-neuf décimètres est reprise de l'actuel Code. Il ne faut opérer des changements que si cela se justifie et modifier de quelques dizaines de centimètres la distance actuelle ne ferait que perturber inutilement la pratique et compliquer le droit transitoire.

Pour le reste, sont reprises, d'une part, la précision selon laquelle aucune ouverture ne peut être pratiquée dans un mur mitoyen et, d'autre part, les réserves habituelles qu'il s'agisse des ouvertures diverses donnant

depuis la ligne extérieure des balcons ou terrasses, jusqu'à la limite séparative des fonds."

Artikel 649 Avant-Projet Capitant: "L'article précédent ne s'applique pas aux vues donnant sur une voie publique, un jardin public aménagé ou une promenade publique.

Il ne s'applique pas aux vues donnant sur des fonds grevés d'une servitude de passage faisant obstacle aux constructions, établie au profit de celui qui veut ouvrir la vue, ou sur des fonds indivis entre voisins.

Toutefois, aucune vue ne peut être créée si un fonds est situé, par delà le fonds indivis ou celui grevé de servitudes, à une distance inférieure à celle mentionnée à l'article 648."

V. DEFRAITEUR, Les servitudes, p. 53-64\$4.

J. HANSENNE, "De quelques précisions quant à la prescription en matière de servitudes légales", noot onder Vred. Wezet, 6 november 1995, *JLMB* 1996, p. 198.

N. JEANMART, "Les effets de la possession trentenaire d'une vue non conforme à la loi", *Ann. dr.* 1969, p. 19.

C. MOSTIN, "Les jours et les vues: quelques nouveautés", *JT* 1993, p. 301.

V. SAGAERT, Goederenrecht in *Beginnselen van Belgisch Privaatrecht*, 2014, 514-520.

#### Commentaar

In het huidige Burgerlijk Wetboek wordt een onderscheid gemaakt tussen lichten en uitzichten, tussen rechte en schuine uitzichten en tussen uitzichten op de gelijkvloerse verdieping en uitzichten op een hogere verdieping. Dit leidt tot fragmentering en een bijzonder complexe regeling, die soms wars is van rationaliteit. In de voorgestelde bepaling wordt voor een uniforme en algemene regel geopteerd. De uniforme afstand van negentien decimeter is overgenomen uit het huidige Burgerlijk Wetboek. Er moeten enkel wijzigingen worden doorgevoerd als dat verantwoord is en een wijziging van de huidige afstand met enkele tientallen centimeters zou enkel de rechtspraktijk onnodig verstoren en het overgangsrecht compliceren.

Voor het overige bevat de bepaling enerzijds de verduidelijking dat geen enkele opening mag worden aangebracht in een gemene muur en anderzijds de gebruikelijke voorbehouden op het vlak van de openingen

sur des biens publics ou des biens accessoires en copropriété, ou encore l'accord des voisins; sur ce dernier point, le caractère supplétif en général de ce Livre impose de réserver l'accord des voisins, mais il importe de rappeler cette possibilité d'accord qui peut aboutir, notamment, à créer une servitude du fait de l'homme de vue dont les pôles sont inversés par rapport à la servitude légale. Surtout, le fait que les ouvertures ne créent aucun préjudice (pas le moindre risque afin de préserver le caractère exceptionnel du maintien de cet ouvrage illégal) pour le respect de la vie privée et le bon voisinage est pris en compte, notamment dans les cas réservés parce qu'il n'y a aucune vue qui s'étende au-delà de 19 décimètres à compter de l'ouverture (par exemple car elle donne sur un mur aveugle ou un toit, ...). On refuse aussi de pouvoir exiger la suppression de l'ouverture si elle existe depuis 30 ans, sans s'embarrasser d'ailleurs de précision quant au type de prescription. Ceci dit, comme pour l'article 642 examiné ci-dessus, une servitude du fait de l'homme pourrait être créée par prescription par une possession depuis 30 ans mais si elle est apparente, c'est-à-dire si les ouvrages empiètent carrément sur le fonds servant (se référant ainsi à l'empiètement exigé sous l'empire du Code civil actuel pour créer une véritable servitude de vue dont les pôles sont inversés par rapport à la servitude légale; voy. Cass., 10 avril 1981, *J.T.*, 1982, p. 41; V. DEFRAITEUR, *Les servitudes*, op. cit., p. 61). Les règles en matière de prescription extinctive comme en matière de prescription acquisitive impliquent que l'acte soit effectivement contraire à la servitude et soit perçu comme tel ou que la possession soit effectivement publique et non clandestine, mais ces exigences ne correspondent pas nécessairement et systématiquement au moment où le voisin construit sur son propre fonds. On ne peut donc l'ériger en règle. La jurisprudence, dans la mesure où elle irait en sens contraire, a été sévèrement critiquée (J. HANSENNE, *Les biens*, II, nr. 1184; N. VERHEYDEN-JEANMART, "Examen de jurisprudence. Les biens (1989-1998)", *RCJB* 2000, nr. 207; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, nr. 646). D'ailleurs, on relèvera l'analogie avec le point de départ de la prescription extinctive en matière de distances et plantations.

En réponse aux observations du Conseil d'État, on précisera qu'il n'y a pas besoin d'une règle spécifique quant aux possibilités de construire du voisin car on appliquera le droit commun. Si l'on admet qu'il n'y a pas de création d'une servitude du fait de l'homme inverse de la servitude légale, à défaut d'empiètement sur le

die uitgeven op openbare goederen of accessoire goederen in mede-eigendom en het akkoord tussen de buren. Wat dit laatste punt betreft, legt het principieel aanvullende karakter van dit Boek het voorbehoud van het akkoord van de buren op. Van belang is dat verwezen wordt naar die mogelijkheid van akkoord, wat kan uitmonden in het ontstaan van een erfdienstbaarheid van uitzicht door menselijk handelen waarvan de polen zijn omgewisseld ten opzichte van de wettelijke erfdienstbaarheid. Bovendien wordt rekening gehouden met het feit dat in sommige gevallen openingen geen enkele aantasting (niet het minste risico teneinde het uitzonderlijke karakter van het behoud van die onwettige werken te vrijwaren) voor het privéleven en het goede nabuurschap opleveren omdat het uitzicht niet verder reikt dan 19 decimeter vanaf de opening (bijvoorbeeld omdat zij uitsteekt op een blinde muur of een dak, enz.). Het wordt ook onmogelijk gemaakt om de verwijdering van de opening te vorderen als zij sedert dertig jaar bestaat, zonder zich overigens precies te bekommeren om het soort verjaring. Dit gezegd zijnde, zou, net als voor het hierboven besproken artikel 642, een erfdienstbaarheid door menselijk handelen kunnen worden ingevoerd die gevestigd wordt door verjaring ingevolge een bezit sedert dertig jaar. Voorwaarde is dan wel dat zij zichtbaar is, dat wil zeggen dat de werken zich op het lijdend erf bevinden (zo wordt verwezen naar de onrechtmatige bezitsaanmatiging die op grond van het huidige Burgerlijk Wetboek vereist is om een echte erfdienstbaarheid van uitzicht te doen ontstaan waarvan de polen zijn omgewisseld ten opzicht van de wettelijke erfdienstbaarheid; zie Cass. 10 april 1981, *JT* 1982, p. 41; V. DEFRAITEUR, *Les servitudes*, op. cit., p. 61). De regels inzake bevrijdende verjaring en verkrijgende verjaring vergen dat de handeling daadwerkelijk strijdig is met de erfdienstbaarheid en als zodanig ervaren wordt of dat het bezit daadwerkelijk openbaar en niet heimelijk is. Dat moment valt echter niet noodzakelijk samen met het moment waarop de buurman op zijn grond bouwt, zodat men dit laatste moment niet als regel kan aannemen. In de mate dat de rechtspraak in de omgekeerde richting zou gaan, is ze ernstig bekritiseerd (J. HANSENNE, *Les biens*, II, nr. 1184; N. VERHEYDEN-JEANMART, "Examen de jurisprudence. Les biens (1989-1998)", *RCJB* 2000, nr. 207; V. SAGAERT, *Goederenrecht*, nr. 646). Men kan hier trouwens de analogie maken met het ogenblik waarop de bevrijdende verjaring begint te lopen voor de afstanden van beplantingen.

In antwoord op de opmerkingen van de Raad van State wordt verduidelijkt dat er geen nood is aan een specifieke regel inzake de vraag of de buurman zelf nog mag bouwen. Het gemeen recht vindt immers toepassing. Indien er geen erfdienstbaarheid door menselijk handelen is ontstaan die tegen de wettelijke

fonds voisin, il convient de raisonner, le cas échéant, à partir des troubles de voisinage et de l'abus de droit. S'il y a en revanche une véritable servitude du fait de l'homme, c'est le régime de l'interdiction de diminuer l'exercice de la servitude qui devra être appliqué.

L'article 674 du Code civil n'est pas repris. Les distances qui y sont prévues pour des ouvrages ou exploitations spécifiques sont devenues superflues au regard de la législation en matière d'urbanisme et de la réglementation en matière d'environnement.

L'article vise les propriétaires, mais il convient de l'appliquer plus largement à tout titulaire d'un droit réel d'usage dans la mesure où il est concerné.

#### Article 3.148. Distances de plantations

[Ancien article C. civ.]

Article 35 Code rural: "Il n'est permis de planter des arbres de haute tige qu'à la distance consacrée par les usages constants et reconnus; et, à défaut d'usages, qu'à la distance de deux mètres de la ligne séparative des deux héritages pour les arbres à haute tige, et à la distance d'un demi-mètre pour les autres arbres et haies vives.

Les arbres fruitiers de toute espèce peuvent être plantés en espaliers de chaque côté du mur séparatif de deux propriétés, sans que l'on soit tenu d'observer aucune distance.

Si ce mur n'est pas mitoyen, son propriétaire a seul le droit d'y appuyer ses espaliers."

Article 36 Code rural: "Le voisin peut exiger que les arbres, haies, arbrisseaux et arbustes plantés à une distance moindre que la distance légale soient arrachés."

#### Sources

Article 5:42 Nederlands Burgerlijk Wetboek: "1. Het is niet geoorloofd binnen de in lid 2 bepaalde afstand van de grenslijn van eens anders erf bomen, heesters of heggen te hebben, tenzij de eigenaar daartoe toestemming heeft gegeven of dat erf een openbare weg of een openbaar water is.

2. De in lid 1 bedoelde afstand bedraagt voor bomen twee meter te rekenen vanaf het midden van de voet van de boom en voor de heesters en heggen een halve meter, tenzij ingevolge een verordening of een plaatselijke gewoonte een kleinere afstand is toegelaten.

erfdienstbaarheid ingaat, omdat er geen inneming van het naastliggende perceel is gebeurd, moet enkel rekening worden gehouden met burenhinder en rechtsmisbruik. Indien er echter een erfdienstbaarheid door menselijk handelen is ontstaan, moet de regel toegepast worden dat de uitoefening van de erfdienstbaarheid niet mag worden verminderd.

Artikel 674 van het Burgerlijk Wetboek is niet overgenomen. De daarin voorziene afstanden voor specifieke bouwwerken en exploitaties zijn overbodig geworden in het licht van de stedenbouwkundige wetgeving en milieuregelgeving.

Deze bepaling viseert niet enkel de eigenaar, maar moet algemener toegepast worden op alle titularissen van zakelijke gebruiksrechten die betrokken zijn.

#### Artikel 3.148. Afstanden van beplantingen

[Oud artikel BW]

Artikel 35 Veldwetboek: "Hoogstammige bomen mogen slechts op een door vast en erkend gebruik bepaalde afstand geplant worden; bij ontstentenis van zodanig gebruik mogen hoogstammige bomen slechts op twee meter, andere bomen en levende hagen slechts op een halve meter van de scheidingslijn tussen twee erven worden geplant.

Fruitbomen van welke soort ook mogen als leibomen, aan elke kant van de muur tussen twee erven, geplant worden zonder dat een afstand in acht wordt genomen.

Is die muur niet gemeen, dan heeft alleen de eigenaar het recht hem als steun voor zijn leibomen te gebruiken."

Artikel 36 Veldwetboek: "De nabuur kan de rooijing eisen van bomen, hagen, heesters en struiken die op een kortere afstand geplant zijn dan de wet bepaalt."

#### Bronnen

Artikel 5:42 Nederlands Burgerlijk Wetboek: "1. Het is niet geoorloofd binnen de in lid 2 bepaalde afstand van de grenslijn van eens anders erf bomen, heesters of heggen te hebben, tenzij de eigenaar daartoe toestemming heeft gegeven of dat erf een openbare weg of een openbaar water is.

2. De in lid 1 bedoelde afstand bedraagt voor bomen twee meter te rekenen vanaf het midden van de voet van de boom en voor de heesters en heggen een halve meter, tenzij ingevolge een verordening of een plaatselijke gewoonte een kleinere afstand is toegelaten.

et d'éclaircissements vu le nombre d'interrogations en doctrine et en jurisprudence sur l'intervention du juge sur la base des troubles de voisinage pour un risque de trouble et non un trouble avéré. C'est toute la question de la pertinence du principe de précaution en droit civil et la mesure dans laquelle il faut l'admettre. L'avant projet en matière de responsabilité délictuelle adopte d'ailleurs la même attitude dans l'article 5.182 en projet.

## Sous-titre 2. Clôture mitoyenne

### Article 3.118. Définition

#### Sources

Article 5:60 *Nederlands Burgerlijk Wetboek*: "Mandelijkheid ontstaat, wanneer een onroerende zaak gemeenschappelijk eigendom is van de eigenaars van twee of meer erven en door hen tot gemeenschappelijk nut van die erven wordt bestemd bij een tussen hun opgemaakte notariële akte, gevolgd door inschrijving daarvan in de openbare registers".

Article 1002 *Code civil Québec*: "Tout propriétaire peut clore son terrain à ses frais, l'entourer de murs, de fossés, de haies ou de toute autre clôture".

Article 635 *Avant-Projet Capitant*: "La mitoyenneté est un droit de propriété indivis sur un mur, une clôture ou un fossé.". M. BURTON, *La mitoyenneté, in Répertoire notariale*, Bruxelles, Larcier, 1998.

J.-P. CLOQUET & F. VAN BEVER, *De gemene muur*, Malines, Kluwer, 2014, 196 p.

J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, Liège, 1996, t. II, nos 953 et 955, pp. 965 à 967.

J. KOKELENBERG, "De gemene muur: een (bak) steen op de maag?", *R.G.D.C.*, 2003, 549-554.

F. MINNE-DORSIMONT, *Traité des mitoyenneté, des murs, haies et fosses*, d'après l'ouvrage de Hilbert, Dinant, Res et Jura Immobilia, 1990.

V. SAGAERT, *Goederenrecht*, in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, Malines, Kluwer, 2014, pp. 359 à 374.

#### Commentaire

La clôture est tout à la fois un droit essentiel pour le propriétaire d'un fonds et repris à ce titre au Titre 3 dans les règles générales relatives à la propriété immobilière à l'article 3.76, une délimitation matérielle entre ces fonds, qu'elle soit privative ou mitoyenne, et un cas de

wenst klaarheid te brengen, gezien de vele vragen die in de rechtspraak en rechtsleer zijn gesteld over de tussenkomst van de rechter voor een dreigende hinder, die zich nog niet gerealiseerd heeft. Het is de vraag naar de pertinentie van het voorzorgsbeginsel in het burgerlijk recht in de mate dat men het moet toelaten. Het voorontwerp inzake buitencontractuele aansprakelijkheid neemt trouwens dezelfde houding aan in ontwerpartikel 5.182.

## Ondertitel 2. Gemene afsluiting

### Artikel 3.118. Definitie

#### Bronnen

Artikel 5:60 *Nederlands Burgerlijk Wetboek*: "Mandelijkheid ontstaat, wanneer een onroerende zaak gemeenschappelijk eigendom is van de eigenaars van twee of meer erven en door hen tot gemeenschappelijk nut van die erven wordt bestemd bij een tussen hun opgemaakte notariële akte, gevolgd door inschrijving daarvan in de openbare registers".

Artikel 1002 *Code civil Québec*: "Tout propriétaire peut clore son terrain à ses frais, l'entourer de murs, de fossés, de haies ou de toute autre clôture".

Artikel 635 *Avant-Projet Capitant*: "La mitoyenneté est un droit de propriété indivis sur un mur, une clôture ou un fossé.". M. BURTON, *La mitoyenneté in Répertoire notariale*, Brussel, Larcier, 1998.

J.-P. CLOQUET & F. VAN BEVER, *De gemene muur*, Mechelen, Kluwer, 2014, 196 p.

J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, Luik, II, nr. 953-955, 965-967.

J. KOKELENBERG, "De gemene muur: een (bak) steen op de maag?", *TBBR* 2003, 549-554.

F. MINNE-DORSIMONT, *Traité des mitoyenneté, des murs, haies et fosses*, herwerking van de editie van Hilbert, Dinant, Rest et Jura Immobilia, 1990.

V. SAGAERT, *Goederenrecht*, in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 359-375.

#### Commentaar

De afsluiting is in de eerste plaats een essentieel recht voor de eigenaar van een perceel, dat als zodanig in Titel 3 in de algemene regels betreffende de eigendom van onroerende goederen is opgenomen (artikel 3.76). Daarnaast vormt het ook een materiële begrenzing

copropriété forcée, en cas de clôture mitoyenne. C'est en tant que délimitation entre fonds que les auteurs de la proposition ont décidé de l'analyser plus en détail en l'intégrant par conséquent au titre consacré aux relations de voisinage.

Dans ce sous-titre, le terme de clôture est repris dans son sens générique, soit toute enceinte qui ferme le passage entre deux parcelles, qu'il s'agisse d'un mur, d'une haie, d'un fossé, d'un grillage, etc. Tous ces ouvrages séparatifs mitoyens feront désormais l'objet d'un régime unifié, sauf disposition spécifique à l'un ou l'autre type, notamment en ce qui concerne le mur mitoyen, spécialement lorsqu'il doit être apte à soutenir des ouvrages.

Pour répondre aux observations du Conseil d'État, on notera que la disposition en projet mentionne la "clôture séparative"; l'ajout des termes "faisant séparation entre les biens ou fonds concernés" paraît superflu, spécialement au regard des développements.

Il résulte de l'analyse de la mitoyenneté en une copropriété forcée à titre accessoire que la quote-part de droits dans la clôture mitoyenne ne peut être aliénée, grevée de droits réels ou saisie qu'avec le fonds dont elle est inséparable. En réponse au Conseil d'État, les rédacteurs précisent que l'article 93 couvre la copropriété forcée dans le Titre 4, alors que l'article 118 se trouve dans le Titre 5; il est donc utile de répéter cette accessoirité renforcée. Les clauses de réserve de mitoyenneté ne sont, partant, pas valables, car le droit de copropriété de la clôture est un accessoire indissociable (accessoirité dite renforcée) de la propriété du fonds. On se réfère ici à la même notion d'accessoirité renforcée définie largement à l'article 94 en matière de copropriété forcée en général. Ces clauses ne peuvent être interprétées que comme une cession de la créance future du prix de la mitoyenneté de la clôture en cas d'acquisition forcée par le voisin qui a pris possession de celle-ci (Cass., 7 septembre 1972, *Arr.Cass.*, 1973, 24, *Pas.*, 1973, I, 22, *R.C.J.B.*, 1974, 5, note J. HANSENNE, *Pas.*, 1973, I, p. 22; S. BOUFFLETTE, "Mitoyenneté", *Chron. not.*, Bruxelles, Larcier, 2017, vol. 66, n° 53, pp.128 et s.).

Cette définition de la clôture mitoyenne et de son caractère renforcé d'accessoire s'impose en tant qu'élément constitutif de cette forme de copropriété forcée au sein d'une liste fermée. En revanche, conformément au caractère supplétif de principe des dispositions du

tussen die percelen ongeacht of zij privaat of gemeen is, en een geval van gedwongen mede-eigendom in het geval van een gemene afsluiting. De auteurs van het voorstel hebben beslist de gemene afsluiting scherper te analyseren als afbakening tussen onroerende percelen en deze bijgevolg op te nemen in de titel die gewijd is aan burenerelaties.

In deze ondertitel wordt het begrip afsluiting gehanteerd in zijn generieke betekenis, dus als elke omheining die de doorgang tussen twee percelen afsluit, waarbij het kan gaan om een muur, haag, gracht, afrastering, enz. Al die gemene afsluitingen zullen voortaan vallen onder een uniform regime, behoudens de specifieke bepalingen die bestaan voor een bepaald type, met name wanneer een gemene muur moet dienen om bouwwerken te ondersteunen.

In antwoord op de opmerkingen van de Raad van State, is te vermelden dat de ontwerp-bepaling melding maakt van een "afscheidende afsluiting". Hierdoor is het niet nodig is om hieraan toe te voegen "die tot scheiding dienen tussen de betrokken goederen of gronden", in het bijzonder ook gezien de toelichting.

Uit de analyse van de mandeligheid als gedwongen mede-eigendom ten titel van bijzaak blijkt dat het aandeel in de gemene afsluiting enkel samen met het perceel waarmee zij onafscheidelijk is, kan worden vervreemd, bezwaard met zakelijke rechten of in beslag genomen. In antwoord op de Raad van State preciseren de opstellers dat artikel 93 de gedwongen mede-eigendom in Titel 4 dekt, terwijl artikel 118 zich in Titel 5 bevindt. Het is dus nuttig om deze versterkte accessoiriteit te herhalen. De bedingen inzake voorbehoud van mandeligheid zijn niet geldig, vermits het onverdeeld recht op de afsluiting een onlosmakelijk accessorium (zogenoemd doorgedreven accessoiriteit) van de eigendom van het perceel is. Hierbij wordt verwezen naar de versterkte accessoiriteit, die ruim omschreven is in artikel 94 met betrekking tot gedwongen mede-eigendom in het algemeen. Die bedingen kunnen enkel uitgelegd worden als een overdracht van de toekomstige schuldvordering van de prijs van de mandeligheid van de afsluiting in geval van gedwongen aankoop door de nabuur die ervan bezitgenomen heeft (Cass. 7 september 1972, *Arr.Cass.*, 1973, 24, *Pas.*, 1973, I, 22, *RCJB* 1974, 5, noot J. HANSENNE; S. BOUFFLETTE, "Mitoyenneté", in *Chron. not.*, Brussel, Larcier, 2017, vol. 66, nr. 53, p. 128 e.v.).

Deze definitie van de gemene afsluiting en het versterkte accessoire karakter ervan gelden als constitutief bestanddeel van deze vorm van gedwongen mede-eigendom binnen een gesloten systeem. Daarnaast en overeenkomstig het principiële aanvullende karakter



présent Livre, le régime de la copropriété est supplétif et peut être modulé par la volonté des parties.

Est enfin éclaircie en toute fin d'article la possibilité que la mitoyenneté puisse exister entre volumes en sursol ou en sous-sol, ou entre un volume surplombant l'autre, et non seulement entre fonds, même si c'est le mot "fonds" qui est utilisé le plus souvent dans la suite des articles. On se réfère ici à la notion de volume de l'article 3.61 au sens large, de contenant et possible-ment bâti et donc pouvant être clôturé.

#### Article 3.119. Ampleur des quotes-parts

[Ancien article C. civ.]

Article 577-2, § 2 C. civ.: "*Les parts indivises sont présumées égales*".

#### Sources

J. KOKELENBERG, "De gemene muur: een (bak) steen op de maag?", *R.G.D.C.*, 2003, pp. 548 et s., n° 1.

Th. MINNE-DORSIMONT, *Traité de la mitoyenneté des murs, haies et fossés*, d'après l'ouvrage de HILBERT, Dinant, Ed. Res iura immobilia et Dorsimont s.a., 1999.

P.-P. RENSON, "Le point sur l'accession immobilière et la mitoyenneté", in *Chronique de jurisprudence en droit des biens* (P. LECOCQ dir.), CUP, vol. 104, Liège, Anthémis, 2008, n°s 28 à 31.

F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, Paris, Dalloz, 2010, n°s 739 à 741.

#### Commentaire

La mitoyenneté présente une particularité en matière de quotes-parts de droits. En effet, *a priori* elle est une copropriété forcée et, en principe, les quotes-parts de droits sont fixées en fonction de la valeur de la partie privative. Cette règle énoncée dans le Code civil à l'article 577-4 pour la copropriété forcée des immeubles ou groupes d'immeubles bâtis a été reproduite dans le présent projet à l'article 3.95. Mais la mitoyenneté sépare deux fonds (ou deux volumes), même si une clôture peut être mitoyenne entre des fonds différents selon la portion de la clôture que l'on examine. C'est donc davantage la présomption d'égalité des parts applicables en copropriété fortuite ou volontaire qui s'applique ici. Les quotes-parts de chaque copropriétaire sont donc présumées égales, chacune d'une

van dit Boek, is het regime van de mede-eigendom van aanvullend recht en kan het volgens de wil van de partijen worden gemoduleerd.

Ten slotte wordt aan het einde van deze bepaling verduidelijkt dat ook mandeligheid kan bestaan tussen de bovengrondse of ondergrondse volumes, of met een volume dat uitsteekt boven de andere, en niet enkel tussen percelen, ook al wordt meestal het woord "perceel" gebruikt in het vervolg van de bepalingen. We verwijzen hier naar de notie "volume" in artikel 3.61 in de ruime zin van omhulsel dat mogelijk bebouwd is en dus kan worden afgesloten.

#### Artikel 3.119. Omvang van de aandelen

[Oud artikel BW]

Artikel 577-2, § 2 BW: "De onverdeelde aandelen worden vermoed gelijk te zijn".

#### Bronnen

J. KOKELENBERG, "De gemene muur: een (bak) steen op de maag?", *TBBR* 2003, 548 e.v., nr. 1.

Th. MINNE-DORSIMONT, *Traité de la mitoyenneté des murs, haies et fossés*, herwerking van de editie van Hilbert, Dinant, Ed. Res iura immobilia et Dorsimont s.a., 1999.

P.-P. RENSON, "Le point sur l'accession immobilière et la mitoyenneté", in *Chronique de jurisprudence en droit des biens* (P. Lecocq dir.), CUP, vol. 104, Luik, Anthémis, 2008, nrs. 28-31.

F. TERRE en Ph. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, Parijs, Dalloz, 2010, nrs. 739-741.

#### Commentaar

De mandeligheid omvat een bijzonderheid wat onverdeelde aandelen betreft. Zij is immers *a priori* een gedwongen mede-eigendom en in principe worden de aandelen bepaald volgens de waarde van de privatieve kavels. Deze regel, die thans in in artikel 577-4 BW voor de gedwongen mede-eigendom van gebouwen of groepen van gebouwen wordt vermeld, is overgenomen in artikel 3.95 van dit voorstel. Maar de gemene afsluiting scheidt twee percelen (of twee volumes), ook al kan een afsluiting gemeen zijn tussen verschillende percelen naargelang het gedeelte van de afsluiting waarover het gaat. Hier geldt dus het vermoeden van gelijkheid van de aandelen, zoals die ook toepassing vindt in het kader van de toevallige of vrijwillige mede-eigendom. Het aandeel van elke mede-eigenaar wordt dus vermoed

moitié sauf convention contraire (réserve qui n'a pas été répétée vu le caractère supplétif de principe de la présente disposition).

#### Article 3.120. Preuve de la mitoyenneté

[Ancien article C. civ.]

Article 653 C. civ.: "Dans les villes et les campagnes, tout mur servant de séparation entre bâtiments jusqu'à l'héberge, ou entre cours et jardins, et même entre enclos dans les champs, est présumé mitoyen, s'il n'y a titre ou marque du contraire."

Article 654 C. civ.: "Il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la sommité du mur est droite et à plomb de son parement d'un côté, et présente de l'autre un plan incliné;

Lors encore qu'il n'y a que d'un côté ou un chaperon ou des filets et corbeaux de pierre qui y auraient été mis en bâtissant le mur.

Dans ces cas, le mur est censé appartenir exclusivement au propriétaire du côté duquel sont l'égout ou les corbeaux et filets de pierre".

Article 666 C. civ.: "Tous fossés entre deux héritages sont présumés mitoyens s'il n'y a titre ou marque du contraire".

Article 667 C. civ.: "Il y a marque de non-mitoyenneté lorsque la levée ou le rejet de la terre se trouve d'un côté seulement du fossé".

Article 668 C. civ.: "Le fossé est censé appartenir exclusivement à celui du côté duquel le rejet se trouve".

#### Sources

Article 5:62 Nederlands Burgerlijk Wetboek:

"1. Een vrijstaande scheidsmuur, een hek of een heg is gemeenschappelijk eigendom en mandelig, indien de grens van twee erven die aan verschillende eigenaars toebehoren, er in de lengterichting onderdoor loopt.

2. De scheidsmuur die twee gebouwen of werken, welke aan verschillende eigenaars toebehoren, gemeen hebben, is eveneens gemeenschappelijk eigendom en mandelig".

gelijk te zijn, elk voor de helft, behoudens andersluidend contract (voorbehoud dat niet herhaald is, gelet op het aanvullende karakter van deze bepaling).

#### Artikel 3.120. Bewijs van de mandeligheid

[Oud artikel BW]

Artikel 653 BW: "In de steden en op het platteland wordt iedere muur vermoed gemeen te zijn, wanneer hij tot scheiding dient tussen gebouwen, en dan tot aan het minst verheven dak, of nog wanneer hij tot scheiding dient tussen binnenplaatsen en tuinen, en zelfs tussen omheinde erven in de velden; een en ander indien er titel noch teken is van het tegendeel."

Artikel 654 BW: "Een teken dat een scheidsmuur niet gemeen is, is aanwezig wanneer het bovenste van de muur aan de ene kant opstaande is en loodrecht op het voetstuk, en aan de andere kant schuin afloopt;

Eveneens, wanneer er zich slechts aan één zijde, hetzij een kap, hetzij stenen lijsten en karbelen bevinden, die daar bij het bouwen van de muur zijn geplaatst.

In die gevallen wordt de muur geacht uitsluitend toe te behoren aan de eigenaar aan wiens zijde de drop is of de stenen karbelen en lijsten zich bevinden."

Artikel 666 BW: "Alle grachten tussen twee erven worden vermoed gemeen te zijn, indien er titel noch teken is van het tegendeel."

Artikel 667 BW: "Een teken dat een gracht niet gemeen is, is aanwezig wanneer de dijk of de opgeworpen aarde zich slechts aan één zijde van de gracht bevindt."

Artikel 668 BW: "De gracht wordt geacht uitsluitend aan degene toe te behoren aan wiens kant zich de opgeworpen aarde bevindt."

#### Bronnen

Artikel 5:62 Nederlands Burgerlijk Wetboek:

"1. Een vrijstaande scheidsmuur, een hek of een heg is gemeenschappelijk eigendom en mandelig, indien de grens van twee erven die aan verschillende eigenaars toebehoren, er in de lengterichting onderdoor loopt.

2. De scheidsmuur die twee gebouwen of werken, welke aan verschillende eigenaars toebehoren, gemeen hebben, is eveneens gemeenschappelijk eigendom en mandelig".

Article 637 Avant-Projet Capitant: “Les murs, clôtures ou fossés existants, réalisés en limite séparative ou sur la ligne séparant les deux fonds, sont présumés mitoyens, sauf titre, prescription ou élément de fait contraire”.

Article 638 Avant-Projet Capitant: “Sauf titre contraire:

— un mur est censé appartenir au propriétaire du fonds vers lequel son sommet est incliné en totalité ou sur le côté duquel existent des éléments architecturaux attestant de la volonté initiale des constructeurs du mur;

— un fossé est censé appartenir au propriétaire du fonds du côté duquel le rejet de la terre se trouve;

— une clôture est censée appartenir au propriétaire du fonds clos si un seul des fonds est clôturé”.

I. DURANT, *Droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 700 à 702.

J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, Liège, 1996, T. II, pp. 1005 et s.

P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1 *Biens et propriété*, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 107, pp. 269 à 272.

V. SAGAERT, *Goederenrecht*, in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, Malines, Kluwer, 2014, 360-368.

#### Commentaire

Dans les litiges relatifs à la mitoyenneté, les titres de propriété des immeubles sont fréquemment muets quant au caractère privatif ou mitoyen des clôtures, raison pour laquelle le législateur a édicté, dans l'article 653 du Code civil, différentes présomptions de mitoyenneté reposant sur l'idée que ce type de clôture présente une utilité commune et égale pour les deux voisins. Une des plus grandes difficultés en pratique réside d'ailleurs dans la détermination de l'époque à laquelle il y a lieu de se placer pour apprécier les faits susceptibles d'entraîner le jeu des présomptions : est-ce au moment de la construction ou au moment où le litige oppose les propriétaires des deux fonds? Par un arrêt du 20 mai 1999, la Cour de cassation a confirmé une jurisprudence antérieure, en optant pour la seconde solution (voy. Cass., 20 mai 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 464 et note J. HANSENNE, *Arr.Cass.*, 1999, 700, *R.W.*, 2001-02, 163, *Pas.*, 1999, I, p. 297; Cass., 21 mars 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 113). Le législateur a aussi édicté des marques de non-mitoyenneté dont l'interaction avec les présomptions n'est pas toujours claire, pas plus que la détermination des moyens de preuve admis pour contrer ces présomptions ou marques de non mitoyenneté (voy.

Artikel 637 Avant-Projet Capitant: “Les murs, clôtures ou fossés existants, réalisés en limite séparative ou sur la ligne séparant les deux fonds, sont présumés mitoyens, sauf titre, prescription ou élément de fait contraire”.

Artikel 638 Avant-Projet Capitant: “Sauf titre contraire:

— un mur est censé appartenir au propriétaire du fonds vers lequel son sommet est incliné en totalité ou sur le côté duquel existent des éléments architecturaux attestant de la volonté initiale des constructeurs du mur;

— un fossé est censé appartenir au propriétaire du fonds du côté duquel le rejet de la terre se trouve;

— une clôture est censée appartenir au propriétaire du fonds clos si un seul des fonds est clôturé”.

I. DURANT, *Droit des biens*, Brussel, Larcier, 2017, p. 700 tot 702.

J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, , Luik, 1996, II, p. 1005 e.v.

P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, dl. 1 *Biens et propriété*, Brussel, Larcier, 2012, nr. 107, 269-272.

V. SAGAERT, *Goederenrecht*, in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 360-368.

#### Commentaar

In de geschillen betreffende muurgemeenschap laten eigendomstitels zich vaak niet uit over het privaatieve of gemene karakter van de afsluitingen. Dat is de reden waarom de wetgever in artikel 653 BW gewag heeft gemaakt van verschillende vermoedens van mandeligheid die berusten op de idee dat dit soort afsluiting een gemeenschappelijk en gelijk nut heeft voor beide naburen. Eén van de problemen in de praktijk bestaat overigens in het tijdstip waarop men de feiten die aanleiding kunnen geven tot vermoedens, moet beoordelen: gaat het om het tijdstip van de bouw of om het tijdstip dat de eigenaars van de twee percelen in een geschil tegenover elkaar komen te staan? Bij arrest van 20 mei 1999 heeft het Hof van Cassatie zijn eerdere rechtspraak bekrachtigd, door te opteren voor het tweede tijdstip (zie Cass. 20 mei 1999, *Arr.Cass.* 1999, 700, *R.W.* 2001-02, 163, *JLMB* 2000, 464, noot J. HANSENNE, *Pas.* 1999, I, 297; Cass. 21 maart 1946, *Pas.* 1946, I, 113). De wetgever heeft ook tekens van niet-mandeligheid vastgesteld, waarvan de interactie met de vermoedens niet altijd duidelijk is. Ook de vraag welke bewijsmiddelen zijn toegelaten om die vermoedens of tekens van niet-mandeligheid tegen te gaan, leidt tot onzekerheid

P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens, t. 1, Biens et propriété*, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 107).

Les rédacteurs ont souhaité généraliser – pour des raisons de transparence – la présomption de mitoyenneté à toutes clôtures existantes, au sens large, réalisées en limite de propriétés ou sur la ligne séparative elle-même, en se référant donc à l'emplacement de la clôture. Ils ont aussi déterminé les possibilités de preuve contraire et les cas dans lesquels on peut admettre une marque de non-mitoyenneté venant contrarier une présomption de mitoyenneté.

Ainsi, la présomption est réfragable de manière limitative: seuls la prescription acquisitive et le titre – au sens d'acte juridique à prouver selon les règles de preuve de droit commun – sont susceptibles de valoir comme preuves contraires, à l'exclusion donc des présomptions humaines.

Toutefois, lorsque la clôture est établie en limite (et non à cheval sur cette limite) des propriétés ou que ladite limite est incertaine, la présomption de mitoyenneté peut en outre être combattue au moyen des marques de non-mitoyenneté, énumérées limitativement.

Enfin, en phase avec la jurisprudence de la Cour de cassation dans un arrêt inédit du 19 avril 2007 (reproduit *in extenso* in P. LECOCQ, S. BOUFFLETTE et A. SALVÉ, "Droit des biens: propriété et copropriété", *Chron. not.*, vol. 54, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 114), et dans un souci de simplification et de prévention des conflits, la loi instaure une présomption, de "privativité" cette fois, pour le mur de soutènement, présumé privatif à celui dont il soutient les terres, à condition que le voisin n'exerce aucun droit quelconque sur celui-ci. La circonstance que le mur de soutènement dépasse le sol du jardin supérieur d'une certaine hauteur ne fonde plus de présomption de mitoyenneté, quand bien même ce mur serait établi sur la ligne séparative et qu'il servirait ainsi de séparation entre les propriétés. Le caractère mitoyen de ce type de mur peut cependant être établi par prescription acquisitive ou par titre contradictoire.

#### Article 3.121. Acquisition originaire forcée

[Ancien article C. civ.]

Article 663 C. civ.: "Chacun peut contraindre son voisin, dans les villes et faubourgs, à contribuer aux constructions et réparations de la clôture faisant séparation de leurs maisons, cours et jardins assis desdites villes et faubourgs; la hauteur de la clôture sera fixée suivant les règlements particuliers ou les usages constants et reconnus; et, à défaut d'usage et de règlement, tout

(zie P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens, dl.1, Biens et propriété*, Brussel, Larcier, 2012, nr. 107).

De opstellers hebben – omwille van transparantie – het vermoeden van mandeligheid veralgemeend tot alle afsluitingen, in ruime zin, die tot stand gebracht zijn tegen of op de scheidingslijn zelf, waarmee zij dus verwijzen naar de plaatsing van de afsluiting. Ze hebben ook de mogelijkheden om het tegenbewijs te leveren, bepaald. Hetzelfde geldt voor de gevallen van mogelijke erkenning van een teken van niet-mandeligheid dat een vermoeden van mandeligheid tegensprekt.

Aldus is het vermoeden op limitatieve wijze weerlegbaar: enkel de verkrijgende verjaring en de titel – in de zin van rechtshandeling die moet worden bewezen volgens de bewijsregels van gemeen recht – op tegenspraak kunnen gelden als tegenbewijs, met uitsluiting dus van de menselijke vermoedens.

Wanneer evenwel de afsluiting geplaatst is tegen de grens (en niet schrijlings op die grens) van de eigendommen of wanneer die grens niet vaststaat, kan het vermoeden van mandeligheid daarenboven bestreden worden door tekenen van niet-mandeligheid, die limitatief zijn opgesomd.

Tot slot stelt de wetgever een vermoeden van niet-mandeligheid in voor degene van wie die muur de aarde ondersteunt, mits de nabuur daarop geen enkel recht uitoefent. Dat spoort met de cassatierechtspraak in een niet-gepubliceerd arrest van 19 april 2007 (weergegeven *in extenso* in P. Lecocq, S. Boufflette en A. Salvé, "Droit des biens: propriété et copropriété", *Chron. not.*, vol. 54, Brussel, Larcier, 2011, blz. 114), en met een streven naar vereenvoudiging en conflictpreventie. Het feit dat de steunmuur de grond van de hogergelegen tuin met een zekere hoogte overschrijdt, is niet langer een grondslag voor een vermoeden van mandeligheid, ook al zou die muur opgericht zijn op de scheidingslijn en aldus dienen als afscheiding tussen de eigendommen. Het gemeen karakter van dat soort muur kan evenwel aangetoond worden door verkrijgende verjaring of door titel op tegenspraak.

#### Artikel 3.121. Gedwongen wijze van ontstaan

[Oud artikel BW]

Artikel 663 BW: "Eenieder kan, in de steden en voorsteden, zijn nabuur verplichten om bij te dragen tot het bouwen en herstellen van de afsluiting die dient tot scheiding van hun in die steden en voorsteden gelegen huizen, binnenplaatsen en tuinen; de hoogte van de afsluiting wordt vastgesteld volgens de bijzondere verordeningen of de vaste en erkende gebruiken; en,

mur de séparation entre voisins, qui sera construit ou rétabli à l'avenir, doit avoir au moins trente-deux décimètres [...] de hauteur, compris le chaperon, dans les villes de cinquante mille âmes et au-dessus, et vingt-six décimètres [...] dans les autres".

### Sources

Article 5:49 *Nederlands Burgerlijk Wetboek*: "Ieder der eigenaars van aangrenzende erven in een aaneengebouwd gedeelte van een gemeente kan te allen tijde vorderen dat de andere eigenaar ertoe meewerkt, dat op de grens van de erven een scheidsmuur van twee meter hoogte wordt opgericht, voor zover een verordening of een plaatselijke gewoonte de wijze of de hoogte der afscheiding niet anders regelt. De eigenaars dragen in de kosten van de afscheiding voor gelijke delen bij.

*Het vorige lid is niet toepasselijk, indien een der erven een openbare weg of een openbaar water is".*

Article 1002 *Code civil Québec*: "Tout propriétaire peut clore son terrain à ses frais, l'entourer de murs, de fossés, de haies ou de toute autre clôture.

Il peut également obliger son voisin à faire sur la ligne séparative, pour moitié ou à frais communs, un ouvrage de clôture servant à séparer leurs fonds et qui tienne compte de la situation et de l'usage des lieux".

Article 633 *Avant-Projet Capitant*: "Le droit de clore son fonds, qui appartient à tout propriétaire, s'exerce dans le respect des dispositions législatives et réglementaires ou, à défaut, des usages locaux. Le propriétaire peut, dans les parties urbanisées de la commune, contraindre son voisin à contribuer à l'édification et à l'entretien de la clôture les séparant".

I. DURANT, *Droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 689 et s.

P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1 *Biens et propriété*, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 101, pp. 252 à 255.

### Commentaire

Les rédacteurs de ce projet ont poursuivi ici un objectif double. D'une part, s'agissant de toute autre clôture qu'un mur destiné à soutenir des constructions, il faut favoriser l'établissement en commun, intéressant économiquement et pour la sécurité et l'entretien en commun aussi, à moins que n'existe déjà une clôture privative le long de la limite. Dans cette dernière hypothèse, l'article sur la cession forcée ayant été étendu

bij gebreke van gebruik of verordening, moet elke tussen naburen tot scheiding dienende muur die voortaan gebouwd of wederopgebouwd zal worden, een hoogte hebben van ten minste tweeëndertig decimeter (...), de kap daarin begrepen, in de steden van vijftigduizend en meer zielen, en van zesentwintig decimeter (...) in de andere steden".

### Bronnen

Artikel 5:49 *Nederlands Burgerlijk Wetboek*: "Ieder der eigenaars van aangrenzende erven in een aaneengebouwd gedeelte van een gemeente kan te allen tijde vorderen dat de andere eigenaar ertoe meewerkt, dat op de grens van de erven een scheidsmuur van twee meter hoogte wordt opgericht, voor zover een verordening of een plaatselijke gewoonte de wijze of de hoogte der afscheiding niet anders regelt. De eigenaars dragen in de kosten van de afscheiding voor gelijke delen bij.

Het vorige lid is niet toepasselijk, indien een der erven een openbare weg of een openbaar water is".

Artikel 1002 *Code civil Québec*: "Tout propriétaire peut clore son terrain à ses frais, l'entourer de murs, de fossés, de haies ou de toute autre clôture.

Il peut également obliger son voisin à faire sur la ligne séparative, pour moitié ou à frais communs, un ouvrage de clôture servant à séparer leurs fonds et qui tienne compte de la situation et de l'usage des lieux".

Artikel 633 *Avant-Projet Capitant*: "Le droit de clore son fonds, qui appartient à tout propriétaire, s'exerce dans le respect des dispositions législatives et réglementaires ou, à défaut, des usages locaux. Le propriétaire peut, dans les parties urbanisées de la commune, contraindre son voisin à contribuer à l'édification et à l'entretien de la clôture les séparant".

I. DURANT, *Droit des biens*, Brussel, Larcier, 2017, 689 e.v.

P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, dl. 1 *Biens et propriété*, Brussel, Larcier, 2012, nr. 101, 252-255.

### Commentaar

De opstellers van dit voorstel hebben hier een tweeledige doelstelling voor ogen. Ten eerste, aangezien het gaat om elke andere afsluiting dan een muur die bestemd is om bouwwerken te ondersteunen, moet de gezamenlijke oprichting van die afsluiting worden bevorderd. Zulks is vanuit economisch oogpunt het meest efficiënt, maar waarborgt ook het beste de gemeenschappelijke veiligheid en het gemeenschappelijk onderhoud, tenzij er

à tout type de clôture, la mitoyenneté sera également favorisée. En conséquence, est édictée la possibilité de contraindre son voisin à l'édification d'une clôture séparative commune – et non plus uniquement d'un mur – mais elle est, en principe, limitée aux cas où au moins une des parcelles est bâtie et où les fonds ne sont pas déjà séparés par une clôture privative à l'un des voisins. Comme pour l'exercice de tout droit, il ne peut s'agir d'abuser de celui-ci en exigeant une clôture déraisonnable et disproportionnée dans ces éléments matériels et dans son coût. Pour répondre aux observations du Conseil d'État, on insistera sur ce que, sous l'empire de l'actuel article 663 du Code civil, la jurisprudence est déjà amenée à apprécier la structure du mur à ériger en fonction des circonstances de la cause. Il n'est ici pas dérogé à ce pouvoir d'appréciation en cas de conflit entre les propriétaires voisins à à propos de tout type de clôture.

D'autre part, il faut permettre que des propriétaires moins fortunés ne soient pas contraints à faire des dépenses excessives dont ils n'ont aucune utilité et aucun besoin. S'agissant de mur, celui qui souhaite bâtir sur son fonds peut exiger de son voisin qu'il contribue à l'érection d'un mur, dont la structure, l'épaisseur et la hauteur permettront l'exercice du droit d'appui et qui seront déterminés en fonction de la destination des deux fonds. Ce droit d'exiger la construction à frais communs d'un mur de séparation est d'application nonobstant la préexistence d'une clôture de séparation privative, sauf s'il s'agit précisément d'un mur séparatif, qui présente les qualités énoncées ci-avant, dont la mitoyenneté pourra alors être acquise conformément à l'article 3.122. Toutefois, lorsque le propriétaire d'un des fonds sollicite l'érection d'un mur en vue de la construction d'un bâtiment, le voisin peut se dispenser de contribuer à l'édification de ce mur, s'il démontre qu'il n'a aucun besoin actuel de pareil mur et qu'il n'en fait et fera aucun usage. Dans ce cas, le mur restera privatif au constructeur mais, en compensation en quelque sorte puisque ce dernier va devoir l'établir à ses seuls frais, le mur pourra être établi sans indemnisation sur la ligne séparative des propriétés. Ainsi, si les choses se modifiaient, ce mur pourra ultérieurement faire l'objet d'une cession ou acquisition forcée avec une particularité quant à la détermination de la valeur du mur pour déjouer les éventuels calculs (voy. *infra*). Là aussi l'objectif de favoriser la mitoyenneté, immédiatement ou plus tard, est poursuivi.

reeds een privatieve afsluiting langs de grens bestaat. In dat laatste geval zal de mandeligheid evenzeer worden bevorderd, vermits de reikwijdte van de gedwongen verkoop uitgebreid is tot elk type afsluiting. Bijgevolg wordt ook de mogelijkheid ingeschreven om aan de nabuur de oprichting van een gemeenschappelijke afsluiting – en niet langer enkel van een muur – op te leggen, zij het dat zij in principe beperkt is tot de gevallen waarin minstens één van de percelen bebouwd is en de percelen niet reeds gescheiden zijn door een privatieve afsluiting van één der burens. Zoals voor de uitoefening van elk recht geldt, is het niet toegelaten om hiervan misbruik te maken door een afsluiting te eisen die onredelijk en buitenproportioneel is wat die materialen en de kostprijs ervan betreft. In antwoord op de opmerkingen van de Raad van State, is te benadrukken dat – onder het regime van artikel 663 BW – de rechtspraak er reeds toe gebracht wordt om de structuur van de op te richten muur te bepalen in functie van de omstandigheden van het geval. Hier wordt niet afgeweken van deze beoordeelingsvrijheid in geval van conflict tussen de naburen met betrekking tot het soort afsluiting.

Ten tweede moet de mogelijkheid bestaan dat minder gegoede eigenaars niet gedwongen worden tot excessieve kosten die voor hen geen enkel nut hebben en waaraan zij geen enkele behoefte hebben. Wat muren betreft, kan degene die zijn perceel wil bebouwen van zijn nabuur vorderen dat hij bijdraagt tot de oprichting van een muur, waarvan de structuur, dikte en hoogte de ondersteuning moeten mogelijk maken en bepaald zullen worden in functie van de bestemming van de twee percelen. Dat recht om de oprichting van een scheidsmuur voor gemeenschappelijke rekening te vorderen, geldt ook indien er reeds een privatieve scheidsafsluiting bestaat, tenzij het precies gaat om een scheidsmuur die de voormelde kwaliteiten bezit en waarvan de mandeligheid dan zal kunnen worden aangekocht overeenkomstig artikel 3.122. Wanneer de eigenaar van één van de percelen evenwel vraagt een muur op te richten met het oog op het oprichten van een gebouw, kan de nabuur zich bevrijden van de verplichting om bij te dragen tot de oprichting ervan indien hij aantoonst dat hij geen enkele actuele behoefte heeft aan dergelijke muur en daarvan geen enkel gebruik maakt noch zal maken. In dat geval blijft de muur privaat voor degene die ze opricht maar zal zij, enigszins ter compensatie van het feit dat laatstgenoemde die muur zal moeten oprichten op eigen kosten, zonder vergoeding mogen gebouwd worden op de scheidslijn van de percelen. Aldus zal die muur, bij een gewijzigde situatie, naderhand het voorwerp van een gedwongen aankoop of verkoop kunnen zijn, met een bijzonderheid voor de bepaling van de waarde van de muur, teneinde eventuele speculatie te verijdelen (zie *infra*). Ook daar is het doel de bevordering van de mandeligheid, onmiddellijk of op termijn.

Pour répondre aux observations du Conseil d'État, on soulignera que la présomption d'utilité commune que la Cour de cassation (Cass., 8 février 1968) a énoncée à propos de l'actuel article 663 du Code civil a été critiquée par la doctrine comme étant trop large et ruinant à l'excès l'obligation de contribuer à l'érection d'un mur, en appliquant en outre un concept d'abandon anticipatif que certains n'admettent pas (J. HANSENNE, *Les biens*, II, n° 963; C. RENARD et J. HANSENNE, *Chronique de jurisprudence. Les biens* (1966-1969)", *RCJB* 1971, p. 153). La présente proposition tente de ramener, précisément dans un objectif de proportionnalité et de fonctionnalité, cette possibilité d'échapper à l'obligation d'érection à plus d'équilibre. Il est imposé que l'on démontre que l'on n'en a aucun besoin actuel et que l'on n'en fera aucun usage et si l'on peut, dans ces conditions, ne pas participer à l'érection du mur, c'est contre, en compensation, une assise du mur, certes privatif, prise à cheval sur la limite séparative.

#### Article 3.122. Cession forcée de la mitoyenneté

[Ancien article C. civ.]

Article 661 C. civ.: "Tout propriétaire joignant un mur, a de même la faculté de le rendre mitoyen en tout ou en partie, en remboursant au maître du mur la moitié de sa valeur, ou moitié de la valeur de la portion qu'il veut rendre mitoyenne, et moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti".

#### Sources

Article 1004 Code civil Québec: "Tout propriétaire peut acquérir la mitoyenneté d'un mur privatif joignant directement la ligne séparative en remboursant au propriétaire du mur la moitié du coût de la portion rendue mitoyenne et, le cas échéant, la moitié de la valeur du sol utilisé. Le coût du mur est estimé à la date de l'acquisition de sa mitoyenneté compte tenu de l'état dans lequel il se trouve".

Article 642 Avant-Projet Capitant: "Le propriétaire du fonds joignant un mur a la faculté d'en acquérir la mitoyenneté en tout ou partie, en remboursant au propriétaire du mur la moitié de la valeur actuelle du mur et la moitié de la valeur du sol supportant le mur ou la partie du mur.

Cette faculté ne s'applique pas aux autres modes de clôture ni aux fossés".

In antwoord op de opmerkingen van de Raad van State, is te benadrukken dat het vermoeden van gemeenschappelijk nut dat het Hof van Cassatie heeft aangenomen in het kader van het huidige artikel 663 BW (Cass. 8 februari 1968) bekritiseerd is in de rechtsleer. Deze vindt dat te ruim en excessief in het vrijstellen van de verplichting om bij te dragen in de oprichting van de muur, waarbij toepassing wordt gemaakt van anticipatieve verzaking dat sommigen niet erkennen (J. HANSENNE, *Les biens*, II, nr. 963; C. RENARD et J. HANSENNE, *Chronique de jurisprudence. Les biens* (1966-1969)", *RCJB* 1971, p. 153). Het huidige voorstel poogt, vanuit een doelstelling van proportionaliteit en functionaliteit, deze mogelijkheid om te ontsnappen aan de verplichting tot oprichting, evenwichtiger te maken. Het is vereist dat men aantoonst dat men geen enkele actuele behoefte heeft en dat men er geen gebruik zal van maken. Indien men, onder voorwaarden, niet moet bijdragen tot de oprichting van de muur, is het als tegenprestatie tegen de inbreng van een privaat gedeelte onder de grond van de muur, die te paard staat op de scheidingslijn.

#### Artikel 3.122. Gedwongen verkoop van mandeligheid

[Oud artikel BW]

Artikel 661 BW: "Iedere eigenaar van een erf dat paalt aan een muur, heeft ook het recht om die muur geheel of gedeeltelijk gemeen te maken, mits hij aan de eigenaar van de muur de helft vergoedt van zijn waarde ofwel de helft van de waarde van het gedeelte dat hij gemeen wil maken, en de helft van de waarde van de grond waarop de muur gebouwd is".

#### Bronnen

Artikel 1004 Code civil Québec: "Tout propriétaire peut acquérir la mitoyenneté d'un mur privatif joignant directement la ligne séparative en remboursant au propriétaire du mur la moitié du coût de la portion rendue mitoyenne et, le cas échéant, la moitié de la valeur du sol utilisé. Le coût du mur est estimé à la date de l'acquisition de sa mitoyenneté compte tenu de l'état dans lequel il se trouve".

Artikel 642 Avant-Projet Capitant: "Le propriétaire du fonds joignant un mur a la faculté d'en acquérir la mitoyenneté en tout ou partie, en remboursant au propriétaire du mur la moitié de la valeur actuelle du mur et la moitié de la valeur du sol supportant le mur ou la partie du mur.

Cette faculté ne s'applique pas aux autres modes de clôture ni aux fossés".

I. DURANT, *Droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 693 et s.

J. HANSENNE, "L'acquisition forcée de la mitoyenneté", note sous Cass., 2 juin 1977, *R.C.J.B.*, 1978, pp. 443 et s.

P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1 *Biens et propriété*, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 102, pp. 256 et 257.

Th. MINNE-DORSIMONT, *Traité de la mitoyenneté des murs, haies et fossés*, Dinant, Res et Jura Immobilia, 1980, nos 199 à 215.

V. SAGAERT, *Goederenrecht*, in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, Malines, Kluwer, 2014, 361-364.

N. VANDEWEERD, "Acquisition forcée de la mitoyenneté: état de la question", *J.J.P.*, 2003, pp. 306 et s.

#### Commentaire

Le mécanisme de la cession forcée de mitoyenneté est applicable à toute clôture séparative quelconque et non plus uniquement aux murs. Il est applicable tant à la ville qu'à la campagne (J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, Liège, 1996, t. II, n° 965). Il s'applique sur l'ensemble de la clôture ou sur partie de celle-ci (en profondeur, en hauteur mais non point, traditionnellement, en épaisseur) en incluant toutefois toujours la portion du mur jusqu'au sol d'assise du mur (et moitié de la valeur du sol d'assise). Cette dernière précision ne s'applique toutefois que lorsque le sol est nécessairement concerné par l'acquisition ou la cession forcée, ce qui pourrait ne pas être le cas si on imagine des cessions forcées de mitoyenneté demandées par un superficiaire sur un volume en sursol par exemple (et ce conformément à la possible application de la mitoyenneté aux volumes visée à l'article 3.118, alinéa 3, ci-dessus).

La réserve énoncée par la Cour de cassation le 16 novembre 1961 (*Pas.*, 1962, I, p. 332 et *R.W.*, 1962-63, 1157) en cas d'abus de droit est toujours d'application: si un propriétaire a construit un mur à minime distance de la limite de sa propriété et qu'il ne justifie d'aucun intérêt à s'opposer à l'acquisition de la mitoyenneté de ce mur par le propriétaire voisin, il est tenu de céder à celui-ci cette mitoyenneté ainsi que la bande de terrain y adjoignant, et ce en application de la théorie de l'abus de droit.

I. DURANT, *Droit des biens*, Brussel, Larcier, 2017, 693 e.v.

J. HANSENNE, "L'acquisition forcée de la mitoyenneté", (noot onder Cass. 2 juni 1977), *RCJB* 1978, 443 e.v.

P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1 *Biens et propriété*, Brussel, Larcier, 2012, nr. 102, 256-257.

Th. MINNE-DORSIMONT, *Traité de la mitoyenneté des murs, haies et fossés*, Dinant, Res et Jura Immobilia, 1980, nrs. 199-215.

V. SAGAERT, *Goederenrecht*, in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 361-364.

N. VANDEWEERD, "Acquisition forcée de la mitoyenneté: état de la question", *T. Vred.* 2003, 306 e.v.

#### Commentaar

Het mechanisme van de gedwongen verkoop van mandeligheid is van toepassing op eender welke afsluiting en niet langer uitsluitend op muren. Het geldt zowel in steden als op het platteland (J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, Luik, 1996, II, nr. 965). Het is van toepassing op de afsluiting in haar geheel of een gedeelte ervan (in de diepte en in de hoogte maar traditioneel niet in de breedte), evenwel steeds met inbegrip van het muurgedeelte tot de onderliggende grond van de muur (en de helft van de waarde van de onderliggende grond). Die laatste verduidelijking is evenwel enkel van toepassing wanneer de grond noodzakelijkerwijze betrokken is bij de gedwongen aankoop of verkoop, hetgeen bijvoorbeeld niet het geval zou kunnen zijn bij gedwongen verkoop van mandeligheid op vordering van een opstalhouder van een bovengronds volume (en zulks overeenkomstig de mogelijke toepassing van de mandeligheid op de volumes zoals hierboven bedoeld in artikel 3.118, derde lid).

Het voorbehoud van het cassatie-arrest van 16 november 1961 (*Pas.* 1962, I, 332 en *RW* 1962-63, 1157), dat betrekking heeft op rechtsmisbruik blijft van toepassing: indien een eigenaar een muur gebouwd heeft op minieme afstand van de perceelsgrens en hij geen enkel belang kan invoeren om zich te verzetten tegen de aankoop van de mandeligheid door de naburige eigenaar, is hij ertoe gehouden hem die mandeligheid te verkopen alsook de aangrenzende strook grond, met toepassing van de theorie betreffende rechtsmisbruik.



## Article 3.123. Acquisition forcée de la mitoyenneté

## Sources

S. BOUFFLETTE, "Les biens, la propriété immobilière et la copropriété", in *Chroniques notariales*, sous la direction de Yves-Henri Leleu, Bruxelles, Larcier, 2017, vol. 66, spécialement nos 51 et 52.

I. DURANT, *Droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 695 et s.

P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1 *Biens et propriété*, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 103, pp. 257 à 260.

R. POPA, "Acquisition forcée de la mitoyenneté: prise de possession versus réalisation de travaux dans les règles de l'art", *J.L.M.B.*, 2016, pp. 55-60.

## Commentaire

Depuis un arrêt de principe déjà ancien de la Cour de cassation, il est admis que "(...) le droit, pour le propriétaire d'un mur séparatif de deux héritages, de contraindre son voisin à acquérir la mitoyenneté de ce mur suppose que le voisin commette une usurpation ou une voie de fait valant prise de possession dudit mur, et à laquelle le propriétaire de celui-ci puisse s'opposer; Qu'il faut que cette prise de possession revête un caractère tel qu'à défaut pour son auteur d'y mettre fin, la volonté de celui-ci d'acquérir la mitoyenneté du mur s'en déduise sans équivoque; (...)" (Cass., 2 juin 1977, *R.W.*, 1977-78, 1611, *J.T.*, 1978, p. 100). Ce mécanisme est désormais applicable à toute clôture séparative quelconque et non plus seulement aux murs de séparation. À partir du moment où le voisin se plaint de cette usurpation et en exige l'enlèvement, il convient d'y mettre fin dans un délai raisonnable; à défaut il y a acquisition forcée de la mitoyenneté.

En réponse au Conseil d'État, les rédacteurs précisent que le texte n'a pas été adapté parce que (1) cela vise toute clôture et pas seulement un mur et (2), s'agissant de la moitié, il ne faut pas viser que l'empiètement mais tout le sol d'assise de la partie usurpée.

Il est renvoyé à la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle le simple fait de retirer un avantage des fonctions essentielles (portante, protectrice, isolante) d'un mur ne constitue pas une prise de possession justifiant l'acquisition forcée de la mitoyenneté (Cass., 2 juin 1977, *R.W.*, 1977-78, 1611, *R.C.J.B.*, 1977, 1978, p. 440; Cass., 4 décembre 2003, *Arr.Cass.*, 2003, 2247, *J.J.P.*, 2004, p. 386; Cass., 4 mars 2005,

## Artikel 3.123. Gedwongen aankoop van mandeligheid

## Bronnen

S. BOUFFLETTE, "Les biens, la propriété immobilière et la copropriété", in Y.H. LELEU (ed.), *Chroniques notariales*, Brussel, Larcier, 2017, vol. 66, in het bijzonder nrs. 51 en 52.

I. DURANT, *Droit des biens*, Brussel, Larcier, 2017, p. 695 e.v.

P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, dl. 1 *Biens et propriété*, Brussel, Larcier, 2012, nr. 103, 257-260.

R. POPA, "Acquisition forcée de la mitoyenneté: prise de possession versus réalisation de travaux dans les règles de l'art", *JLMB* 2016, 55-60.

## Commentaar

Met een – oud – principiële arrest van het Hof van Cassatie, wordt erkend dat "het recht van de eigenaar van een scheidingsmuur tussen twee erven om zijn nabuur te dwingen de mandeligheid van die muur te kopen onderstelt dat de nabuur zich schuldig maakt aan een bezitsaanmatiging of een feitelijkheid die geldt als inbezitneming van die muur en waartegen de eigenaar van de muur zich kan verzetten; Dat deze inbezitneming van die aard moet zijn dat, als de inbezitnemer daaraan geen einde maakt, hieruit ondubbelzinnig kan worden afgeleid dat hij de mandeligheid van de muur wil verkrijgen (...)" (Cass. 2 juni 1977, *RW* 1977-78, 1611, *JT* 1978, 100). Dat mechanisme is voortaan van toepassing op eender welke afsluiting en niet langer alleen op scheidingsmuren. Zodra de nabuur klaagt over die bezitsaanmatiging en eist dat zij verdwijnt, moet daaraan een einde worden gesteld binnen een redelijke termijn. Gebeurt dat niet, dan geldt er een gedwongen aankoop van mandeligheid.

In antwoord op de Raad van State, preciseren de opstellers dat ze de tekst niet hebben aangepast omdat (1) deze elke afsluiting viseert, en niet enkel de muur en (2) het om de helft gaat, zodat men niet enkel het overschrijdende gedeelte moet viseren, maar het geheel van de ingenomen grond.

Er wordt verwezen naar de rechtspraak van het Hof van Cassatie, die stelt dat het loutere feit van het verkrijgen van een voordeel uit de essentiële functies (dragende, beschermende, isolerende functie) van een muur geen inbezitneming is die de gedwongen aankoop van mandeligheid rechtvaardigt (Cass. 2 juni 1977, *RW* 1977-78, 1611, *RCJB* 1977, 1978, 440; Cass. 4 december 2003, *Arr.Cass.* 2003, 2247, *T. Vred.* 2004,

Arr.Cass., 2005, 534, J.L.M.B., 2006, 564, note P. RENSON *Larcier Cass.*, 2005, p. 119). Un contact physique entre la clôture privative et l'ouvrage voisin est donc requis. Sur ce point, des difficultés d'appréciation sont apparues quant aux mesures d'isolation, fréquemment invoquées en vue de fonder le nécessaire contact physique. Les juridictions de fond semblent néanmoins, ces dernières années, majoritairement estimer que ces mesures résultent simplement d'une obligation d'exécuter les travaux dans les règles de l'art, sans emporter l'intention d'acquérir la mitoyenneté du mur voisin (voy. R. POPA, "Acquisition forcée de la mitoyenneté: prise de possession versus réalisation de travaux dans les règles de l'art", J.L.M.B., 2016, pp. 55-60).

Article 3.124. Indemnisation en cas d'acquisition ou cession

[Ancien article C. civ.]

Article 661 C. civ.: "Tout propriétaire joignant un mur, a de même la faculté de le rendre mitoyen en tout ou en partie, en remboursant au maître du mur la moitié de sa valeur, ou moitié de la valeur de la portion qu'il veut rendre mitoyenne, et moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti".

#### Sources

Article 1004 Code civil Québec: "Tout propriétaire peut acquérir la mitoyenneté d'un mur privatif joignant directement la ligne séparative en remboursant au propriétaire du mur la moitié du coût de la portion rendue mitoyenne et, le cas échéant, la moitié de la valeur du sol utilisé. Le coût du mur est estimé à la date de l'acquisition de sa mitoyenneté compte tenu de l'état dans lequel il se trouve".

#### Commentaire

Qu'il s'agisse de contraindre son voisin à la cession ou au rachat forcé de la mitoyenneté, la valeur de la clôture ou de la partie de clôture visée et la valeur du sol s'apprécient au moment de l'acquisition de la mitoyenneté, soit, à la date de l'accord en cas de cession amiable, à la date de la citation en cas de cession forcée ou au moment où, sommé de mettre un terme à son usurpation, le propriétaire voisin s'y refuse.

La règle instaurée à l'alinéa 2 de cette disposition vise à prévenir les éventuelles manœuvres attentistes

386; Cass. 4 maart 2005, Arr.Cass. 2005, 534, JLMB 2006, 564, noot P. RENSON, *Larcier Cass.* 2005, 119). Een materiële verbinding tussen de privatieve afsluiting en het naburige bouwwerk is dus vereist. Op dat punt hebben er zich toepassingsmoeilijkheden voorgedaan met betrekking tot de isolatiemaatregelen, die vaak aangehaald worden ter onderbouwing van die materiële verbinding. De meerderheid van de feitenrechtters lijkt de jongste jaren niettemin van oordeel dat die maatregelen eenvoudig voortvloeien uit een verplichting tot uitvoering van de werkzaamheden volgens de regels van de kunst, zonder de intentie om de mandeligheid van de naburige muur te aan te kopen (zie R. POPA, "Acquisition forcée de la mitoyenneté: prise de possession versus réalisation de travaux dans les règles de l'art", JLMB 2016, 55-60).

Artikel 3.124. Vergoeding in geval van aankoop of overdracht

[Oud artikel BW]

Artikel 661 BW: "Iedere eigenaar van een erf dat paalt aan een muur, heeft ook het recht om die muur geheel of gedeeltelijk gemeen te maken, mits hij aan de eigenaar van de muur de helft vergoedt van zijn waarde ofwel de helft van de waarde van het gedeelte dat hij gemeen wil maken, en de helft van de waarde van de grond waarop de muur gebouwd is".

#### Bronnen

Artikel 1004 Code civil Québec: "Tout propriétaire peut acquérir la mitoyenneté d'un mur privatif joignant directement la ligne séparative en remboursant au propriétaire du mur la moitié du coût de la portion rendue mitoyenne et, le cas échéant, la moitié de la valeur du sol utilisé. Le coût du mur est estimé à la date de l'acquisition de sa mitoyenneté compte tenu de l'état dans lequel il se trouve".

#### Commentaar

Ongeacht of het gaat om de gedwongen verkoop of wederkoop van de mandeligheid, worden de waarde van de afsluiting of van het beoogde gedeelte ervan en de waarde van de grond beoordeeld op het tijdstip van de aankoop van mandeligheid, dus op het tijdstip van het akkoord in geval van minnelijke verkoop, op het tijdstip van de dagvaarding in geval van gedwongen verkoop of op het tijdstip waarop de naburige eigenaar die aangemaand wordt om een eind te maken aan zijn bezitsmatiging zulks weigert te doen.

Het tweede lid van deze bepaling moet de eventuele chicanering van de nabuur voorkomen die, wanneer hij

du voisin qui, sollicité sur la base de l'article 3.121, invoquerait la non-utilité actuelle du mur afin de se dispenser de contribuer à sa construction pour ensuite en acquérir la mitoyenneté à moindre frais. S'il manifeste l'intention d'acquérir la mitoyenneté ultérieurement, le voisin devra nécessairement à tout le moins indemniser le propriétaire de la clôture de la moitié du coût de construction de la partie qu'il entend rendre mitoyenne; ayant déjà dû céder partie de son sol, pour la moitié d'assise du mur et ce gratuitement, il n'y a plus aucune somme évidemment qui soit due pour cette partie de terrain.

#### Article 3.125. Prerogatives ordinaires sur la clôture mitoyenne

[Ancien article C. civ.]

Article 577-2 C. civ.: "§ 5. Le copropriétaire peut user et jouir de la chose commune conformément à sa destination et dans la mesure compatible avec le droit de ses consorts.

Il fait valablement les actes purement conservatoires et les actes d'administration provisoire. § 6. Ne sont valables que moyennant le concours de tous les copropriétaires les autres actes d'administration et les actes de disposition. Néanmoins, l'un des copropriétaires peut contraindre les autres à participer aux actes d'administration reconnus nécessaires par le juge."

#### Sources

S. BOUFFLETTE, "Les biens, la propriété immobilière et la copropriété", in *Chroniques notariales*, sous la direction de Yves-Henri Leleu, Bruxelles, Larcier, 2017, vol. 66, n° 57.

J. KOKELENBERG, "De verhuring van een (mogelijk) gemene muur in publiciteit: een krijgen, twee betalen", *R.G.D.C.*, 2014, 363-376.

V. SAGAERT, Goederenrecht, in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, Malines, Kluwer, 2014, pp. 369 à 373.

#### Commentaire

Les prerogatives ordinaires du copropriétaire mitoyen méritent d'être énoncées, par principe, et de façon générale pour tout type de clôture. Est énoncée la possibilité d'accomplir certains actes juridiques quant à la clôture mitoyenne, le cas échéant avec l'autorisation du juge. Il est insisté sur le fait que pour les actes de

daartoe aangezocht wordt op grond van artikel 3.121, de actuele afwezigheid van nut van de muur zou aanvoeren om zich te bevrijden van de verplichting om bij te dragen tot de oprichting ervan, om dan vervolgens een aandeel in de afsluiting aan te kopen tegen een lagere prijs. Indien hij blijf geeft van de intentie om de mandeligheid naderhand aan te kopen, zal de nabuur noodzakelijkerwijze op zijn minst de eigenaar van de muur moeten vergoeden voor de helft van de kostprijs van de oprichting van het gedeelte dat hij gemeen wil maken; aangezien hij reeds een deel van zijn grond heeft moeten afstaan, voor de helft van de onderliggende grond van de muur, en zulks kosteloos, is er uiteraard geen enkel bedrag meer verschuldigd voor dat terreingedeelte.

#### Artikel 3.125. Algemene bevoegdheden op een gemene afsluiting

[Oud artikel BW]

Artikel 577-2 BW: "§ 5. De medeëigenaar heeft recht op het gebruik en het genot van de gemeenschappelijke zaak, overeenkomstig haar bestemming en in zover zulks met het recht van zijn deelgenoten verenigbaar is.

Daden tot behoud van het goed en daden van voorlopig beheer kan hij wettig verrichten. § 6. Andere daden van beheer alsmede daden van beschikking moeten, om geldig te zijn, met medewerking van alle medeëigenaars geschieden. Evenwel kan een der medeëigenaars de overige noodzaken deel te nemen aan daden van beheer waarvan de rechter de noodzakelijkheid erkent."

#### Bronnen

S. BOUFFLETTE, "Les biens, la propriété immobilière et la copropriété", in Y.H. LELEU (ed.), *Chroniques notariales*, Brussel, Larcier, 2017, vol. 66, nr. 57.

J. KOKELENBERG, "De verhuring van een (mogelijk) gemene muur in publiciteit: een krijgen, twee betalen", *TBBR* 2014, 363-376.

V. SAGAERT, Goederenrecht, in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 369-373.

#### Commentaar

De gewone bevoegdheden van de gemene medeëigenaar moeten worden vermeld, als algemeen uitgangspunt voor elke soort van afsluiting. De bepaling vermeldt de mogelijkheid om bepaalde rechtshandelingen te stellen met betrekking tot de gemene afsluiting, in voorkomend geval met machtiging van de rechter. Het is

plus d'importance, les interdictions édictées ne valent qu'entre copropriétaires. Est aussi énoncée dans la loi, la jurisprudence de la Cour de cassation en ce qui concerne les droits de chaque copropriétaire sur la face de la clôture qui regarde son fonds. Ainsi, chacun pourra agir comme s'il était propriétaire de cette face, qu'il s'agisse de la peindre, d'y faire des enfoncements superficiels, d'y placer des panneaux publicitaires ou encore de la louer à pareille fin (Cass., 3 février 1944, Pas., 1944, I, p. 180). Quant aux conventions conclues avec un tiers par un des copropriétaires concernant la face de la clôture qui ne regarde pas son fonds, elles seront certes valables mais inopposables à l'autre copropriétaire (Cass., 28 juin 2013, R.G.D.C., 2014, p. 405).

Article 3.126. Prerogatives spéciales sur le mur mitoyen

[Ancien article C. civ.]

Article 657 C. civ.: "Tout copropriétaire peut faire bâtir contre un mur mitoyen, et y faire placer des poutres ou solives dans toute l'épaisseur du mur, à cinquante quatre millimètres [...] près, sans préjudice du droit qu'a le voisin de faire réduire à l'ébauchoir la poutre jusqu'à la moitié du mur, dans le cas où il voudrait lui-même asseoir des poutres dans le même lieu, ou y adosser une cheminée".

Article 658 C. civ.: "Tout copropriétaire peut faire exhausser le mur mitoyen; mais il doit payer seul la dépense de l'exhaussement, les réparations d'entretien au-dessus de la hauteur de la clôture commune, et en outre l'indemnité de la charge en raison de l'exhaussement et suivant la valeur".

Article 659 C. civ.: "Si le mur mitoyen n'est pas en état de supporter l'exhaussement, celui qui veut l'exhausser doit le faire reconstruire en entier à ses frais, et l'excédent d'épaisseur doit se prendre de son côté".

Article 660 C. civ.: "Le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement, peut en acquérir la mitoyenneté en payant la moitié de la dépense qu'il a coûté, et la valeur de la moitié du sol fourni pour l'excédent d'épaisseur, s'il y en a".

Article 662 C. civ.: "L'un des voisins ne peut pratiquer dans le corps d'un mur mitoyen aucun enfoncement, ni y appliquer ou appuyer aucun ouvrage sans le consentement de l'autre, ou sans avoir, à son refus, fait régler

te benadrukken dat, voor de meer ingrijpende handelingen, de vermelde verbodsbepalingen enkel de interne verhouding tussen mede-eigenaars beheersen. De wet geeft ook uitdrukking aan de cassatierechtspraak met betrekking tot de rechten van elke mede-eigenaar op de zijde van de afsluiting die naar zijn perceel is gericht. Aldus zal elk kunnen handelen alsof hij eigenaar is van die zijde, voor het beschilderen, het maken van oppervlakkige holtes, het aanbrengen van publiciteitsborden of het verhuren van die kant voor een dergelijk doel (Cass. 3 februari 1944, Pas. 1944, I, 180). Overeenkomsten gesloten met een derde door één van de mede-eigenaars met betrekking tot de zijde van de afsluiting die niet naar zijn perceel is gericht, zijn weliswaar geldig maar kunnen niet tegengeworpen worden aan de andere mede-eigenaar (Cass. 28 juni 2013, TBBR 2014, 405).

Artikel 3.126. Bijzondere bevoegdheden op de gemene muur

[Oud artikel BW]

Artikel 657 BW: "Ieder medeëigenaar mag tegen een gemene muur aanbouwen en daarin balken of ribben doen plaatsen door de gehele dikte van de muur, op vierenvijftig millimeter (...) na, onverminderd het recht van de nabuur om de balk met een steekbeitel tot de helft van de muur te doen inkorten, ingeval hij zelf op die plaats balken zou willen steken of daar tegenaan een schoorsteen zou willen maken".

Artikel 658 BW: "Ieder medeëigenaar mag de gemene muur hoger doen optrekken; doch hij alleen moet de kosten van de verhoging betalen, alsook de herstellingen tot onderhoud van hetgeen zich boven de hoogte van de gemene afsluiting bevindt, en bovendien een vergoeding voor de last naar evenredigheid van de verhoging en volgens de waarde".

Artikel 659 BW: "Indien de gemene muur niet in staat is de verhoging te dragen, moet hij die de muur wil optrekken, hem op zijn kosten geheel opnieuw doen opbouwen en de meerdere dikte moet van de grond aan zijn kant afgenomen worden".

Artikel 660 BW: "De nabuur die tot de verhoging niet heeft bijgedragen, kan deze gemeen maken door de helft te betalen van de voor de verhoging gemaakte kosten, alsook de waarde van de helft van de grond waarvan voor de verbreding mocht zijn gebruik gemaakt".

Artikel 662 BW: "Geen nabuur mag in de gemene muur een holte maken of daartegen een werk aanbrengen of doen steunen, zonder toestemming van de andere nabuur of, indien deze weigert, zonder door

par experts les moyens nécessaires pour que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible aux droits de l'autre".

#### Sources

Article 5:67 Nederlands Burgerlijk Wetboek: "1 Iedere mede-eigenaar mag tegen de mandelige scheidsmuur aanbouwen en daarin tot op de helft der dikte balken, ribben, ankers en andere werken aanbrengen, mits hij aan de muur en aan de door de muur bevoegdelyk daarmee verbonden werken geen nadeel toebrengt.

2 Behalve in noodgevallen kan een mede-eigenaar vorderen dat, vóór de andere mede-eigenaar begint met aanbrengen van het werk, deskundigen zullen vaststellen op welke wijze dit kan geschieden zonder nadeel voor de muur of voor bevoegd aangebrachte werken van de eerst vermelde eigenaar".

Article 1005 Code civil Québec: "Chaque propriétaire peut bâtir contre un mur mitoyen et y placer des poutres et des solives. Il doit obtenir l'accord de l'autre propriétaire sur la façon de le faire.

En cas de désaccord, il peut demander au tribunal de déterminer les moyens nécessaires pour que le nouvel ouvrage nuise le moins possible aux droits de l'autre propriétaire".

Article 1007 Code civil Québec: "Le copropriétaire d'un mur mitoyen a le droit de le faire exhausser à ses frais, après s'être assuré, au moyen d'une expertise, que le mur est en état de supporter l'exhaussement; il doit payer à l'autre, à titre d'indemnité, un sixième du coût de l'exhaussement.

Si le mur n'est pas en état de supporter l'exhaussement, il doit le reconstruire en entier, à ses frais, et l'excédent d'épaisseur doit se prendre de son côté".

Article 1008 Code civil Québec: "La partie du mur exhaussé appartient à celui qui l'a faite et il en supporte les frais d'entretien, de réparation et de reconstruction.

Le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement peut cependant en acquérir la mitoyenneté en payant la moitié du coût d'exhaussement ou de reconstruction et, le cas échéant, la moitié de la valeur du sol fourni pour l'excédent d'épaisseur. Il doit, en outre, rembourser l'indemnité reçue".

Article 640 Avant-Projet Capitait: "Chaque propriétaire peut appuyer sa construction sur le mur mitoyen".

deskundigen de middelen te hebben doen bepalen die nodig zijn om te voorkomen dat door het nieuwe werk aan de rechten van de andere nabuur afbreuk wordt gedaan".

#### Bronnen

Artikel 5:67 Nederlands Burgerlijk Wetboek: "1 Iedere mede-eigenaar mag tegen de mandelige scheidsmuur aanbouwen en daarin tot op de helft der dikte balken, ribben, ankers en andere werken aanbrengen, mits hij aan de muur en aan de door de muur bevoegdelyk daarmee verbonden werken geen nadeel toebrengt.

2 Behalve in noodgevallen kan een mede-eigenaar vorderen dat, vóór de andere mede-eigenaar begint met aanbrengen van het werk, deskundigen zullen vaststellen op welke wijze dit kan geschieden zonder nadeel voor de muur of voor bevoegd aangebrachte werken van de eerst vermelde eigenaar".

Artikel 1005 Code civil Québec: "Chaque propriétaire peut bâtir contre un mur mitoyen et y placer des poutres et des solives. Il doit obtenir l'accord de l'autre propriétaire sur la façon de le faire.

En cas de désaccord, il peut demander au tribunal de déterminer les moyens nécessaires pour que le nouvel ouvrage nuise le moins possible aux droits de l'autre propriétaire".

Artikel 1007 Code civil Québec "Le copropriétaire d'un mur mitoyen a le droit de le faire exhausser à ses frais, après s'être assuré, au moyen d'une expertise, que le mur est en état de supporter l'exhaussement; il doit payer à l'autre, à titre d'indemnité, un sixième du coût de l'exhaussement.

Si le mur n'est pas en état de supporter l'exhaussement, il doit le reconstruire en entier, à ses frais, et l'excédent d'épaisseur doit se prendre de son côté".

Artikel 1008 Code civil Québec "La partie du mur exhaussé appartient à celui qui l'a faite et il en supporte les frais d'entretien, de réparation et de reconstruction.

Le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement peut cependant en acquérir la mitoyenneté en payant la moitié du coût d'exhaussement ou de reconstruction et, le cas échéant, la moitié de la valeur du sol fourni pour l'excédent d'épaisseur. Il doit, en outre, rembourser l'indemnité reçue".

Artikel 640 Avant-Projet Capitait: "Chaque propriétaire peut appuyer sa construction sur le mur mitoyen".

Article 641 Avant-Projet Capitant: "Chaque propriétaire peut faire exhausser le mur mitoyen, à charge pour lui de supporter l'ensemble des dépenses liées à l'exhaussement et à son entretien.

Si le mur n'est pas en état de supporter l'exhaussement, celui qui veut l'exhausser doit le faire reconstruire en entier à ses frais et l'excédent d'épaisseur éventuellement nécessaire doit se prendre de son côté.

L'exhaussement est la propriété exclusive de celui qui l'a réalisé. La mitoyenneté de l'exhaussement s'acquiert conformément aux dispositions de l'article 642".

Article 643 Avant-Projet Capitant: "Aucun propriétaire ne peut faire de travaux affectant la structure du mur mitoyen sans le consentement de l'autre ou, à défaut, l'autorisation du juge".

V. DE WOLF, "L'exhaussement du mur mitoyen. État de la question", R.G.D.C., 1995, pp. 467 et s.

I. DURANT, Droit des biens, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 698 et s. .

J. KOKELENBERG, "De gemene muur: een (bak) steen op de maag?", R.G.D.C., 2003, 555-557.

P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1 *Biens et propriété*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 265 et 266.

Th. MINNE-DORSIMONT, *Traité de la mitoyenneté des murs, haies et fossés*, *Res. jur. imm.*, 1980, nos 330 à 379.

#### Commentaire

Traditionnellement, les législations reconnaissent aux copropriétaires de murs mitoyens des droits spéciaux qui correspondent d'ailleurs en droit belge à l'idée plus générale énoncée dans l'actuel article 577-2, § 10 du Code civil: "*Dans les cas prévus au § 9, il est loisible à chacun des copropriétaires de modifier à ses frais la chose commune pourvu qu'il n'en change pas la destination et qu'il ne nuise pas aux droits de ses consorts*", disposition reprise aujourd'hui de façon générale pour la copropriété forcée à l'article 3.97.

Les droits d'appui et d'enfoncement sont subordonnés à l'accord préalable du copropriétaire voisin ou, à défaut, à l'autorisation du juge, qui déterminera les modalités d'exercice les moins dommageables pour ce dernier.

Artikel 641 Avant-Projet Capitant: "Chaque propriétaire peut faire exhausser le mur mitoyen, à charge pour lui de supporter l'ensemble des dépenses liées à l'exhaussement et à son entretien.

Si le mur n'est pas en état de supporter l'exhaussement, celui qui veut l'exhausser doit le faire reconstruire en entier à ses frais et l'excédent d'épaisseur éventuellement nécessaire doit se prendre de son côté.

L'exhaussement est la propriété exclusive de celui qui l'a réalisé. La mitoyenneté de l'exhaussement s'acquiert conformément aux dispositions de l'article 642".

Artikel 643 Avant-Projet Capitant: "Aucun propriétaire ne peut faire de travaux affectant la structure du mur mitoyen sans le consentement de l'autre ou, à défaut, l'autorisation du juge".

V. DE WOLF, "L'exhaussement du mur mitoyen. État de la question", TBBR 1995, 467 e.v.

I. DURANT, Droit des biens, Brussel, Larcier, 2017, p. 698 e.v.

J. KOKELENBERG, "De gemene muur: een (bak) steen op de maag?", TBBR 2003, 555-557.

P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, dl. 1 *Biens et propriété*, Brussel, Larcier, 2012, nr. 265, p. 256-266.

Th. MINNE-DORSIMONT, *Traité de la mitoyenneté des murs, haies et fossés*, *Res. jur. imm.*, 1980, nrs. 330-379.

#### Commentaar

Klassiek kent de wet aan de mede-eigenaars van gemene muren bijzondere rechten die overigens naar Belgisch recht overeenstemmen met de meer algemene idee die tot uitdrukking komt in huidig artikel 577-2, § 10, van het Burgerlijk Wetboek: "In het geval van § 9 staat het elke medeëigenaar vrij op zijn kosten aan de gemeenschappelijke zaak veranderingen aan te brengen, mits hij de bestemming daarvan niet wijzigt en aan de rechten van zijn deelgenoten geen afbreuk doet". Dit is een bepaling die thans in het algemeen wordt overgenomen voor de gedwongen mede-eigendom in artikel 3.97.

De rechten van steun en het maken van holtes zijn onderworpen aan het voorafgaand akkoord van de naburige mede-eigenaar of, bij gebreke daarvan, aan de machtiging van de rechter, die de uitoefeningsmodaliteiten zal bepalen op een wijze die het minst schadelijk is voor deze laatste.

Quant au droit d'exhaussement, la possibilité d'exhausser à ses frais est reproduite. Si le mur à exhausser est de solidité normale au sens de l'article 3.121 mais néanmoins incapable de supporter l'exhaussement, la solution existante est reproduite également: celui qui veut l'exhausser doit le faire reconstruire en entier, à ses frais, et l'excédent d'épaisseur éventuel doit se prendre de son côté. En revanche, si le mur n'est pas de solidité normale, au sens de l'article 3.121, le copropriétaire qui souhaitait initialement l'exhaussement pourra contraindre le voisin à la reconstruction d'un mur qui présente cette qualité en application précisément de l'article 3.121 et aux conditions de cet article: pour des fonds dont l'un au moins est bâti, pour soutenir des constructions, à cheval sur la limite et à frais communs, à condition que le voisin ne démontre pas qu'il n'en a aucun besoin, ni aucun usage actuel.

La partie de mur exhaussée est la propriété exclusive de celui qui l'a érigée. C'est une exception à la règle générale du principe d'unicité, énoncé dans l'article 3.8. Cette partie exhaussée est cependant susceptible tant de cession que d'acquisition forcées afin de donner à la partie exhaussée le même statut que le mur inférieur. Afin d'empêcher le calcul du voisin qui, bien qu'ayant intérêt à l'exhaussement du mur, laisserait néanmoins l'autre prendre l'initiative de réaliser celui-ci, pour ensuite aussitôt en réclamer l'acquisition, il paraît équitable que l'indemnisation du constructeur ne puisse jamais être inférieure à la moitié du coût de construction de la portion à acquérir (le coût de l'exhaussement étant généralement supérieur à la valeur finale du mur).

#### Article 3.127. Obligations des copropriétaires

*[Ancien article C. civ.]*

Article 655 C. civ.: "La réparation et la reconstruction du mur mitoyen sont à la charge de tous ceux qui y ont droit, et proportionnellement au droit de chacun".

Article 656 C. civ.: "Cependant tout copropriétaire d'un mur mitoyen peut se dispenser de contribuer aux réparations et reconstructions en abandonnant le droit de mitoyenneté, pourvu que le mur mitoyen ne soutienne pas un bâtiment qui lui appartienne".

Wat het recht op verhoging betreft, wordt de mogelijkheid tot verhoging voor eigen rekening overgenomen. Indien de te verhogen muur een normale stevigheid in de zin van artikel 3.121 heeft maar de verhoging niettemin niet kan dragen, wordt de bestaande oplossing eveneens hernomen: hij die de muur wil verhogen, moet deze op zijn kosten geheel opnieuw doen opbouwen en de eventuele bijkomende breedte moet van de grond aan zijn kant afgenomen worden. Indien de muur daarentegen niet de normale stevigheid in de zin van artikel 3.121 bezit, kan de mede-eigenaar die de verhoging aanvankelijk wenste de nabuur de wederopbouw van een muur met die kwaliteit opleggen met toepassing en onder de voorwaarden van artikel 3.121: voor percelen waarvan minstens één bebouwd is, voor het ondersteunen van de bouwwerken, schrijlings op de perceelsgrens en tegen gemeenschappelijke kosten, mits de nabuur niet aantoonde dat hij er geen enkele behoefte aan heeft of er geen actueel gebruik van maakt.

Het verhoogde gedeelte van de muur is de exclusieve eigendom van degene die dit heeft opgericht. Het vormt een uitzondering op de algemene regel van het eenheidsbeginsel, opgenomen in artikel 3.8. Dat verhoogde gedeelte komt evenwel in aanmerking voor zowel gedwongen verkoop als gedwongen aankoop zodat het hetzelfde statuut krijgt als het onderste gedeelte van de muur. Ter preventie van chicanering vanwege de nabuur die, hoewel hij belang heeft bij de verhoging van de muur, niettemin aan een ander het initiatief zou laten om die verhoging te bewerkstelligen, om meteen daarop de aankoop ervan te vorderen, lijkt het billijk dat de vergoeding van de bouwer nooit lager mag zijn dan de helft van de bouwprijs van het aan te kopen gedeelte (de kostprijs van de verhoging ligt doorgaans hoger dan de eindwaarde van de muur).

#### Artikel 3.127. Verplichtingen van de mede-eigenaars

*[Oud artikel BW]*

Artikel 655 BW: "Het herstellen en het wederopbouwen van de gemene muur komen ten laste van allen die op de muur recht hebben, en zulks naar evenredigheid van ieders recht".

Artikel 656 BW: "Echter kan ieder medeëigenaar van een gemene muur zich bevrijden van de verplichting om bij te dragen tot het herstellen en het wederopbouwen, door zijn recht van medeëigendom te laten varen, mits de gemene muur geen gebouw steunt dat hem toebehoort".

## Sources

Article 5:65 *Nederlands Burgerlijk Wetboek*: “Mandelige zaken moeten op kosten van alle mede-eigenaars worden onderhouden, gereinigd en, indien nodig, vernieuwd”.

Article 1006 *Code civil Québec*: “L’entretien, la réparation et la reconstruction du mur mitoyen sont à la charge des propriétaires, proportionnellement aux droits de chacun.

Le propriétaire qui n’utilise pas le mur mitoyen peut abandonner son droit et ainsi se libérer de son obligation de contribuer aux charges, en produisant un avis en ce sens au bureau de la publicité des droits et en transmettant sans délai une copie de cet avis aux autres propriétaires. Cet avis emporte renonciation à faire usage du mur”.

Article 639 *Avant-Projet Capitant*: “Les dépenses d’entretien, de réparation ou de reconstruction d’un mur, d’une clôture ou d’un fossé mitoyen sont répartis entre les propriétaires à proportion de leurs droits, sauf si les dépenses ont été rendues nécessaires par le fait de l’un d’entre eux.

Le propriétaire peut se soustraire aux dépenses en abandonnant la mitoyenneté du mur, de la clôture ou du fossé, sauf si le mur soutient un bâtiment qui lui appartient ou si le fossé sert à l’écoulement des eaux de son fonds”.

J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, Liège, 1996, t. II, pp. 998 à 1005.

## Commentaire

Les frais d’entretien, de réparation et de reconstruction sont à la charge unique de celui par le fait duquel ils ont été rendus nécessaires. Cette exception pourra être fondée tant sur la responsabilité extracontractuelle (Cass., 12 octobre 1978, *R.W.*, 1978-79, 2197, *Pas.*, 1978, I, p. 196) que sur les troubles de voisinage (Cass., 17 novembre 1995, *J.L.M.B.*, 1997, p. 274; voy. C MOSTIN, “Quand mitoyenneté et troubles de voisinage s’emmêlent”, *R.G.D.C.*, 2006, p. 428).

Un copropriétaire peut se dispenser de contribuer aux charges spéciales – et non aux charges ordinaires – en abandonnant son droit de mitoyenneté, soit sa part dans la clôture et dans le sol d’assise. On soulignera que la disposition vaut aujourd’hui expressément pour tout type de clôture. Cet abandon permet de se dispenser tant des charges futures que de celles existantes

## Bronnen

Artikel 5:65 *Nederlands Burgerlijk Wetboek*: “Mandelige zaken moeten op kosten van alle mede-eigenaars worden onderhouden, gereinigd en, indien nodig, vernieuwd”.

Artikel 1006 *Code civil Québec*: “L’entretien, la réparation et la reconstruction du mur mitoyen sont à la charge des propriétaires, proportionnellement aux droits de chacun.

Le propriétaire qui n’utilise pas le mur mitoyen peut abandonner son droit et ainsi se libérer de son obligation de contribuer aux charges, en produisant un avis en ce sens au bureau de la publicité des droits et en transmettant sans délai une copie de cet avis aux autres propriétaires. Cet avis emporte renonciation à faire usage du mur”.

Artikel 639 *Avant-Projet Capitant*: “Les dépenses d’entretien, de réparation ou de reconstruction d’un mur, d’une clôture ou d’un fossé mitoyen sont répartis entre les propriétaires à proportion de leurs droits, sauf si les dépenses ont été rendues nécessaires par le fait de l’un d’entre eux.

Le propriétaire peut se soustraire aux dépenses en abandonnant la mitoyenneté du mur, de la clôture ou du fossé, sauf si le mur soutient un bâtiment qui lui appartient ou si le fossé sert à l’écoulement des eaux de son fonds”.

J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, Luik, 1996, II, 998-1005.

## Commentaar

De kosten voor onderhoud, herstelling en heropbouw zijn enkel ten laste van degene die ze noodzakelijk gemaakt heeft. Die uitzondering kan gegrond worden op zowel de buitencontractuele aansprakelijkheid (Cass. 12 oktober 1978, *RW* 1978-79, 2197, *Pas.* 1978, I, 196) als op burenhinder (Cass. 17 november 1995, *JLMB* 1997, 274; zie C MOSTIN, “Quand mitoyenneté et troubles de voisinage s’emmêlent”, *TBBR* 2006, 428).

Een mede-eigenaar kan zich bevrijden van de verplichting om bij te dragen tot de bijzondere lasten – niet tot de gewone lasten – door zijn recht van mandeligheid af te staan, d.w.z. zijn aandeel in de afsluiting en in de onderliggende grond. Er wordt benadrukt dat de bepaling thans uitdrukkelijk geldt voor elk soort afsluiting. Die afstand van dat recht maakt het mogelijk zich



(J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, Liège, 1996, t. II, n° 979).

Cette faculté d'abandon connaît deux exceptions. Traditionnellement on invoquait, premièrement, l'impossibilité d'abandonner lorsque la clôture soutient un bâtiment appartenant à celui qui veut l'abandonner. Cette hypothèse est généralisée et l'on ne permet pas l'abandon "si un copropriétaire continue à utiliser effectivement la clôture mitoyenne". En second, conformément à la doctrine et la jurisprudence, l'abandon est impossible lorsque la reconstruction ou la réparation est devenue nécessaire du fait de celui qui veut déguerpir (J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, Liège, 1996, t. II, n° 980).

D'une façon similaire, mais non identique, à la solution adoptée pour le déguerpissement en matière de servitudes (art. 3.137 ci-dessous), les rédacteurs ont prévu que le propriétaire voisin puisse décider également de ne pas acquérir la part de celui qui veut abandonner parce que, par exemple, il ne désire pas supporter seul ces frais de reconstruction ou ces grosses réparations. Il est alors prévu, en dérogeant aux limitations au partage énoncées à l'article 3.128 (encore que l'on puisse voir dans cette hypothèse une forme de perte de toute utilité mais qui ne serait pas à prouver), que le propriétaire puisse exiger, du voisin souhaitant abandonner, qu'il soit procédé à la destruction de la clôture mitoyenne, et ce à frais communs.

Pour répondre aux observations du Conseil d'État, on soulignera que le terme "exiger" est utilisé dans tout le texte, en harmonie d'ailleurs avec l'avant-projet "Obligations".

La règle est équilibrée si on analyse la situation dans son ensemble, en envisageant les intérêts des deux propriétaires. Si la démolition de la clôture mitoyenne à frais communs présente en effet des conséquences financières, il n'en reste pas moins qu'on ne peut, en sens inverse, contraindre le propriétaire voisin à subir l'abandon de la clôture sans échappatoire et devoir, en conséquence, supporter seul les frais de reconstruction d'une clôture qui, jusque là, a profité aux deux parties. Il s'agit là d'une solution médiane qui permet de préserver l'intérêt de chaque copropriétaire, et ce d'autant que la démolition à frais communs sera toujours moins onéreuse que la reconstruction. Comme pour tout droit, il est éventuellement susceptible d'abus, qui sera sanctionné par le juge eu égard aux circonstances de l'espèce.

te bevrijden van zowel de toekomstige als bestaande lasten (J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, Luik, 1996, II, nr. 979).

Die mogelijkheid om afstand te doen, is aan twee uitzonderingen onderworpen. Traditioneel werd de onmogelijkheid tot afstand ingeroepen wanneer de afsluiting een gebouw ondersteunt dat toebehoort aan degene die er afstand wil van doen. Die hypothese wordt veralgemeend en afstand doen is niet mogelijk "indien een mede-eigenaar de gemene afsluiting daadwerkelijk blijft gebruiken". Ten tweede is, overeenkomstig de rechtspraak en de rechtsleer, de mogelijkheid tot afstand uitgesloten wanneer de heropbouw of de herstelling noodzakelijk geworden is door degene die afstand wil doen (J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, Luik, 1996, II, nr. 980).

Op analoge (maar niet identieke) wijze als bij de afstand inzake erfdienstbaarheden (art. 3.137 *infra*) hebben de opstellers erin voorzien dat de naburige eigenaar eveneens kan beslissen om niet over te gaan tot aankoop van het gedeelte van degene die afstand wil doen, omdat hij bijvoorbeeld niet alleen voor die wederopbouwkosten of die grove herstellingen wil instaan. In afwijking op de beperkingen op de verdeling zoals vermeld in artikel 3.128 (al kan in die hypothese een vorm van verlies van ieder nut gezien worden die evenwel niet kan worden bewezen) kan de eigenaar vorderen van de nabuur die afstand wil doen dat zou worden overgegaan tot de afbraak van de gemene afsluiting en zulks op gemeenschappelijke kosten.

In antwoord op de opmerkingen van de Raad van State, benadrukken we dat de term "eisen" doorheen de gehele tekst wordt gebruikt en overigens overeenstemt met het voorontwerp "Verbintenissen".

De regel is evenwichtig indien men de belangen van de beide eigenaars in zijn geheel bekijkt. Ook al leidt de afbraak van een gemene muur op gemene kosten tot financiële gevolgen, toch kan men de nabuur omgekeerd niet verplichten om, zonder enige uitweg, de afstand van de afsluiting te ondergaan en dus de kosten van de heropbouw van de muur, die tot dan ten goede kwam van beiden, volledig ten laste te moeten nemen. Hier wordt een tussenoplossing geboden die de belangen van elke mede-eigenaar vrijwaart, te meer daar de afbraak op gemene kosten altijd minder duur zal zijn dan de heropbouw. Zoals elk recht, is ook dit recht voor misbruik vatbaar, wat door de rechter in functie van de omstandigheden van het geval te beoordelen is.

prescription acquisitive met un terme à toute contestation éventuelle. Si ce n'est pas le cas, le bornage (pour autant qu'il n'ait pas été modifié par la suite) constitue un élément déterminant. À défaut de bornage, les titres de propriété seront utilisés (y compris le fait de rendre mitoyenne la clôture), pour autant que ceux-ci apportent une quelconque réponse. Si ces titres font également défaut, il faudra se référer à la situation de fait.

Sur le plan des principes, la disposition relative au bornage est en phase avec la réglementation actuelle. Priorité est donnée à un bornage amiable. Pour éviter toute discussion entre les parties et avec des tiers quant à la portée et au contenu de ce contrat déclaratif, un acte authentique est requis, celui-ci devant par conséquent être transcrit. Compte tenu du caractère déclaratif du bornage, le partage des frais est maintenu.

Bien entendu, la réglementation ne porte pas atteinte aux règles applicables à l'exécution matérielle du bornage. La loi du 11 mai 2003 protège le titre et la profession de géomètre-experts. L'article 3 dispose que le bornage de terrain relève de l'activité professionnelle de géomètre-expert au sens de cette loi. Cela reste évidemment le cas.

Bien que le Conseil d'État semble souligner le caractère évident de cette disposition, dans la réalité, elle conduit à de nombreuses contestations dans la pratique juridique et la doctrine. Cela justifie assurément son utilité.

#### Article 3.77. Empiètement

##### Sources

Article 5:54 *Nederlands Burgerlijk Wetboek*: "Is een gebouw of werk ten dele op, boven of onder het erf van een ander gebouwd en zou de eigenaar van het gebouw of werk door wegneming van het uitstekende gedeelte onevenredig veel zwaarder benadeeld worden dan de eigenaar van het erf door handhaving daarvan, dan kan de eigenaar van het gebouw of werk te allen tijde vorderen dat hem tegen schadeloosstelling een erfdienstbaarheid tot het handhaven van de bestaande toestand wordt verleend of, ter keuze van de eigenaar van het erf, een daartoe benodigd gedeelte van het erf wordt overgedragen.

2. Het vorige lid is van overeenkomstige toepassing, wanneer een gebouw of werk na verloop van tijd over andermans erf is gaan overhellen.

3. De vorige leden zijn niet van toepassing, indien dit voortvloeit uit een op de wet of rechtshandeling

is gebleven, de verkrijgende verjaring een einde maakt aan elke mogelijke betwisting. Is dat niet het geval, dan geldt de afpaling (voor zover nadien niet gewijzigd) als bepalend element. Is er ook geen afpaling, dan hanteert men de eigendomstitels (met inbegrip van de gemeenmaking van de afsluiting), voor zover die enig uitsluitel bieden, en indien ook deze ontbreken, moet men zich richten naar de feitelijke situatie.

De regeling inzake afpaling is qua basisprincipes afgestemd op de huidige regeling. Voorrang wordt gegeven aan een minnelijke afpaling. Om zowel tussen partijen als naar derden toe geen discussie te laten bestaan over de draagwijdte en inhoud van die vaststellingsovereenkomst, is een authentieke akte vereist, die derhalve ook moet worden overgeschreven. Gezien het declaratieve karakter van een afpaling, wordt vastgehouden aan de kostendeling.

De regeling doet uiteraard geen afbreuk aan de regels die gelden voor de materiële uitvoering van de afpaling. De wet van 11 mei 2003 beschermt de titel en het beroep van landmeter-expert. Artikel 3 bepaalt dat het afpalen van terreinen tot de beroepswerkzaamheid van landmeter-expert in de zin van deze wet behoort. Dat blijft uiteraard het geval.

Hoewel de Raad van State lijkt aan te geven dat deze bepaling een evidentie zou zijn, leidt ze in werkelijkheid tot veel betwisting in de rechtspraak en in de rechtsleer. Daarom is ze zeker nuttig.

#### Artikel 3.77. Grensoverschrijding

##### Bronnen

Artikel 5:54 *Nederlands Burgerlijk Wetboek*: "Is een gebouw of werk ten dele op, boven of onder het erf van een ander gebouwd en zou de eigenaar van het gebouw of werk door wegneming van het uitstekende gedeelte onevenredig veel zwaarder benadeeld worden dan de eigenaar van het erf door handhaving daarvan, dan kan de eigenaar van het gebouw of werk te allen tijde vorderen dat hem tegen schadeloosstelling een erfdienstbaarheid tot het handhaven van de bestaande toestand wordt verleend of, ter keuze van de eigenaar van het erf, een daartoe benodigd gedeelte van het erf wordt overgedragen.

2. Het vorige lid is van overeenkomstige toepassing, wanneer een gebouw of werk na verloop van tijd over andermans erf is gaan overhellen.

3. De vorige leden zijn niet van toepassing, indien dit voortvloeit uit een op de wet of rechtshandeling

*gegronde verplichting tot het dulden van de bestaande toestand of indien de eigenaar van het gebouw of werk ter zake van de bouw of zijn verkrijging kwade trouw of grove schuld verweten kan worden."*

Article 992 Code civil Québec: "Le propriétaire de bonne foi qui a bâti au-delà des limites de son fonds sur une parcelle de terrain qui appartient à autrui doit, au choix du propriétaire du fonds sur lequel il a empiété, soit acquérir cette parcelle en lui en payant la valeur, soit lui verser une indemnité pour la perte temporaire de l'usage de cette parcelle.

Si l'empiètement est considérable, cause un préjudice sérieux ou est fait de mauvaise foi, le propriétaire du fonds qui le subit peut contraindre le constructeur soit à acquérir son immeuble et à lui en payer la valeur, soit à enlever les constructions et à remettre les lieux en l'état."

Article 539 Avant-Projet Capitant: "Par dérogation aux articles précédents, le propriétaire victime d'un empiètement non intentionnel sur son fonds, ne peut, si celui-ci est inférieur à 0,30 mètres, en exiger la suppression que dans le délai de deux ans de la connaissance de celui-ci sans pouvoir agir plus de dix ans après l'achèvement des travaux.

Dans le délai de l'article 2224, commençant à courir à l'expiration de l'action en démolition, le juge peut, à la demande de l'un des propriétaires, transférer la partie du fonds objet de l'empiètement à son bénéficiaire, moyennant une indemnité tenant compte de la valeur du fonds occupé, de la plus-value réalisée grâce à l'empiètement et du préjudice qu'il a causé".

Article 674 Code civil suisse: "1. Les constructions et autres ouvrages qui empiètent sur le fonds voisin restent partie intégrante de l'autre fonds, lorsque le propriétaire de celui-ci est au bénéfice d'un droit réel.

2. Ces empiètements peuvent être inscrits comme servitudes au registre foncier.

3. Lorsque le propriétaire lésé, après avoir eu connaissance de l'empiètement, ne s'y est pas opposé en temps utile, l'auteur des constructions et autres ouvrages peut demander, s'il est de bonne foi et si les circonstances le permettent, que l'empiètement à titre de droit réel ou la surface usurpée lui soient attribués contre paiement d'une indemnité équitable."

J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, Liège, 1996, II, n° 756-761.

P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 117 et s.

*gegronde verplichting tot het dulden van de bestaande toestand of indien de eigenaar van het gebouw of werk ter zake van de bouw of zijn verkrijging kwade trouw of grove schuld verweten kan worden."*

Artikel 992 Code civil Québec: "Le propriétaire de bonne foi qui a bâti au-delà des limites de son fonds sur une parcelle de terrain qui appartient à autrui doit, au choix du propriétaire du fonds sur lequel il a empiété, soit acquérir cette parcelle en lui en payant la valeur, soit lui verser une indemnité pour la perte temporaire de l'usage de cette parcelle.

Si l'empiètement est considérable, cause un préjudice sérieux ou est fait de mauvaise foi, le propriétaire du fonds qui le subit peut contraindre le constructeur soit à acquérir son immeuble et à lui en payer la valeur, soit à enlever les constructions et à remettre les lieux en l'état."

Artikel 539 Avant-Projet Capitant: "Par dérogation aux articles précédents, le propriétaire victime d'un empiètement non intentionnel sur son fonds, ne peut, si celui-ci est inférieur à 0,30 mètres, en exiger la suppression que dans le délai de deux ans de la connaissance de celui-ci sans pouvoir agir plus de dix ans après l'achèvement des travaux.

Dans le délai de l'article 2224, commençant à courir à l'expiration de l'action en démolition, le juge peut, à la demande de l'un des propriétaires, transférer la partie du fonds objet de l'empiètement à son bénéficiaire, moyennant une indemnité tenant compte de la valeur du fonds occupé, de la plus-value réalisée grâce à l'empiètement et du préjudice qu'il a causé".

Artikel 674 Code civil suisse: "1. Les constructions et autres ouvrages qui empiètent sur le fonds voisin restent partie intégrante de l'autre fonds, lorsque le propriétaire de celui-ci est au bénéfice d'un droit réel.

2. Ces empiètements peuvent être inscrits comme servitudes au registre foncier.

3. Lorsque le propriétaire lésé, après avoir eu connaissance de l'empiètement, ne s'y est pas opposé en temps utile, l'auteur des constructions et autres ouvrages peut demander, s'il est de bonne foi et si les circonstances le permettent, que l'empiètement à titre de droit réel ou la surface usurpée lui soient attribués contre paiement d'une indemnité équitable."

J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, Luik, 1996, II, nr. 756-761.

P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, Brussel, Larcier, 2012, nr. 117 e.v.

J.-F. ROMAIN, "Des principes d'égalité, d'égalité de traitement et de proportionnalité en droit privé, en particulier dans la théorie des troubles de voisinage et l'abus de droit (plus précisément dans le cas du refus individuel de contracter)", *Rev. dr. ULB*, 2002, pp. 185 et s.

V. SAGAERT, "Erfdienstbaarheden van overbouw, onderbouw en steun", in V. SAGAERT (ed.), *De betekenis van erfdienstbaarheden bij vastgoedtransacties*, Anvers, Intersentia, 2017, 145-177.

S. STIJNS et H. VUYE, "Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit des biens", in *Eigendom/Propriété*, die Keure/La Charte, 1996, pp. 97 et s.

P. VAN OMMESLAGHE, "Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi", note sous Cass., 10 septembre 1971, *R.C.J.B.*, 1976, pp. 303 à 350.

#### Commentaire

Si un propriétaire ou un titulaire de droit réel démembre érige ou fait ériger un bâtiment qui empiète sur les limites de la parcelle, trois questions se posent, à savoir: (1) quel est le statut de droit réel de la partie du bâtiment qui empiète, (2) quel est le statut de droit réel du sol sur lequel cette partie se trouve et (3) le voisin peut-il demander l'enlèvement de la partie qui empiète?

Dans la législation actuelle, aucune disposition légale ne traite de cette question, avec l'insécurité juridique qui en découle, sauf à noter la courte finale, controversée de surcroît, de l'article 553. Dans des régimes étrangers, on voit que le cas du dépassement des limites (*empiètement/encroachment*) fait l'objet d'une réglementation légale (pour un aperçu de droit comparé: Z. TEMMERS, *Building encroachments and compulsory transfer of land*, 2010). La présente disposition vise à apporter une réponse à ces questions, et ce dans diverses hypothèses. Il est en outre tenu compte des intérêts des deux parties, ainsi que de l'intérêt général en termes d'analyse économique du droit.

Cette disposition est une *lex specialis* vis-à-vis de la disposition relative à l'accession artificielle. S'il est question d'empiètement, la disposition relative à l'accession immobilière verticale ne s'appliquera donc pas.

Dans la première hypothèse, il existe un titre pour l'empiètement, par exemple la prescription acquisitive ou un titre contractuel émanant d'une personne ayant le pouvoir de disposer (p. ex. servitude de surplomb). On parle alors de surplomb autorisé. Pour la durée de ce titre, le voisin ne peut alors évidemment pas demander

J.-F. ROMAIN, "Des principes d'égalité, d'égalité de traitement et de proportionnalité en droit privé, en particulier dans la théorie des troubles de voisinage et l'abus de droit (plus précisément dans le cas du refus individuel de contracter)", *Rev. dr. ULB*, 2002, p. 185 e.v.

V. SAGAERT, "Erfdienstbaarheden van overbouw, onderbouw en steun", in V. SAGAERT (ed.), *De betekenis van erfdienstbaarheden bij vastgoedtransacties*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 145-177.

S. STIJNS en H. VUYE, "Tendances et réflexions en matière d'abus de droit en droit des biens", in *Eigendom/Propriété*, die Keure/La Charte, 1996, p. 97 e.v.

P. VAN OMMESLAGHE, "Abus de droit, fraude aux droits des tiers et fraude à la loi", noot onder Cass., 10 september 1971, *RCJB* 1976, p. 303-350.

#### Commentaar

Indien een eigenaar of een beperkt zakelijk gerechtigde een gebouw opricht of laat oprichten over de perceelsgrens, rijzen drie vragen, nl. (1) wat het zakenrechtelijk statuut van het overschrijdende gedeelte van het gebouw is, (2) wat het zakenrechtelijk statuut is van de grond waarop dat overschrijdende gedeelte staat en (3) of de buurman de verwijdering van het over- of onderbouwde deel kan vragen.

Onder het huidige recht wordt hieraan – onder voorbehoud van het summiere en betwiste einde van artikel 553 BW – geen wettelijke bepaling gewijd, met alle rechtsonzekerheid van dien. In buitenlandse rechtsstelsels ziet men dat het geval van grensoverschrijding (*empiètement/encroachment*) wel een wettelijke regeling krijgt (voor een vergelijkend overzicht: Z. TEMMERS, *Building encroachments and compulsory transfer of land*, 2010). Deze bepaling poogt in de diverse hypothesen op die vragen een antwoord te bieden. Daarbij wordt rekening gehouden met de belangen van de beide partijen, en met het algemene rechtseconomische belang.

Deze bepaling is een *lex specialis* ten aanzien van de regel in verband met de kunstmatige natrekking. Indien er sprake is van grensoverschrijding, blijft de bepaling met betrekking tot verticale onroerende natrekking dus buiten toepassing.

In een eerste hypothese bestaat er een titel voor de grensoverschrijding, bv. door verkrijgende verjaring of een contractuele titel die uitgaat van een beschikingsbevoegde persoon (bv. erfdienstbaarheid van overbouw). In dat geval is er sprake van een bevoegde overbouw. Uiteraard kan de buurman dan, voor de duur

la suppression. L'accession est alors horizontale, en faveur de la partie principale du bâtiment.

S'il n'y a pas de titre, la réparation en nature est le remède premier, mais une exception est prévue dans les hypothèses d'abus de droit précisées. Contrairement à l'Avant-Projet français Capitant, les auteurs du présent projet ont choisi de ne pas fixer de limite mathématique au dépassement de limite car tout dépend, entre autres, des circonstances propres au cas. Dans la disposition proposée, cet abus de droit est envisagé de façon plus restrictive lorsque celui qui empiète est de bonne foi que lorsqu'il est de mauvaise foi. Pour permettre cette distinction, on précise l'abus de droit tel que défini à l'article 5.7 de l'avant-projet relatif au droit des obligations.

En réponse au Conseil d'État, il peut être indiqué que, dans ses fondements (droit d'enlèvement face à un constructeur de mauvaise foi et droit à une indemnité), la disposition de l'article 77, § 2, ne diffère pas des articles 554-555 du Code civil. Les règles d'accession verticale et d'empiètement sont clairement différenciées les unes des autres. Cette disposition a de solides racines historiques.

La proposition formalise en effet dans l'article 3.77 une jurisprudence qui distingue l'empiètement de l'accession verticale, et ce en intégrant les nuances résultant de l'application de l'abus de droit.

La question de la compatibilité avec l'article 16 de la Constitution – article 1<sup>er</sup> du Premier protocole ne s'est jamais posée pour ce concept, mais en ce qui concerne les règles de protection des tiers, la Cour européenne des droits de l'homme a toutefois fait preuve de souplesse (affaire Pye/Royaume-Uni).

Article 3.78. Étendue verticale de la propriété foncière

[Ancien article C. civ.]

Art. 553 C. civ.: "Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est prouvé; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment."

van die titel, niet de wegruiming vorderen. De natrekking treedt dan horizontaal in, ten voordele van het hoofdgedeelte van het gebouw.

Is er geen titel, dan is herstel in natura de primordiale remedie, maar uiteraard wordt hiervoor uitzondering gemaakt in de nader omschreven hypothesen van rechtsmisbruik. De opstellers van dit voorstel hebben ervoor gekozen om, in tegenstelling tot het Franse *Avant-Projet Capitant*, geen mathematische grens te stellen op de grensoverschrijding, omdat dat mede afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Rechtsmisbruik wordt in de voorgestelde bepaling restrictiever ingevuld als degene die de grensoverschrijding doet te goeder trouw is dan wanneer hij te kwader trouw is. Om dat onderscheid mogelijk te maken, wordt het rechtsmisbruik zoals bepaald in artikel 5.7 van het voorontwerp verbintenissenrecht gepreciseerd.

In antwoord op de Raad van State kan worden gesteld dat de regel van artikel 77, § 2 in zijn uitgangspunten (recht op verwijdering bij een bouwer te kwader trouw en vergoedingsrecht), niet van de artikelen 554-555 BW verschilt. De regels van verticale natrekking en grensoverschrijding worden duidelijk van elkaar onderscheiden. Deze regel heeft stevige historische wortels.

Het voorstel formaliseert inderdaad in artikel 3.77 de rechtspraak die het onderscheid maakt tussen grensoverschrijding en verticale natrekking, waardoor ook de verfijning van deze toepassing van rechtsmisbruik moet worden geïntegreerd.

De vraag naar de verenigbaarheid met artikel 16 GW – artikel 1 Eerste Protocol heeft zich voor deze figuur, die toch al eeuwenoud is, nooit gesteld, maar bij derdenbeschermingsregels heeft het EHRM zich wel soepel opgesteld (zaak Pye/Verenigd Koninkrijk).

Artikel 3.78. Verticale omvang van grondeigendom

[Oud artikel BW]

Art. 553 BW: "Alle gebouwen, beplantingen en werken op of onder de grond van een erf, worden vermoed door de eigenaar, op zijn kosten, te zijn tot stand gebracht en hem toe te behoren, tenzij het tegenovergestelde bewezen is; onverminderd de eigendom die een derde door verjaring mocht verkrijgen of hebben verkregen, hetzij van een ondergrondse ruimte onder eens anders gebouw, hetzij van enig ander gedeelte van het gebouw."