



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 63.490/2
du 10 juillet 2018

advies 63.490/2
van 10 juli 2018

sur

over

un avant-projet de loi 'portant
insertion du Livre 3 « Les
biens » dans le nouveau Code
civil'

een voorontwerp van wet
'houdende invoeging van
Boek 3 « Goederen » in het
nieuw Burgerlijk Wetboek'

Le 14 mai 2018, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Ministre de la Justice à communiquer un avis, dans un délai de soixante jours, sur un avant-projet de loi 'portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil'.

L'avant-projet a été examiné par la deuxième chambre les 9 et 10 juillet 2018. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Luc DETROUX et Patrick RONVAUX, conseillers d'État, Jacques ENGLEBERT, assesseur, et Béatrice DRAPIER, greffier.

Le rapport a été présenté par Pauline LAGASSE, auditeur. Jean-François ROMAIN, appelé en qualité d'expert sur la base de l'article 82 des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, a également présenté un rapport.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Jacques JAUMOTTE, président du Conseil d'État.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 10 juillet 2018.

*

Op 14 mei 2018 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Minister van Justitie verzocht binnen een termijn van zestig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'houdende invoeging van Boek 3 « Goederen » in het nieuw Burgerlijk Wetboek'.

Het voorontwerp is door de tweede kamer onderzocht op 9 en 10 juli 2018. De kamer was samengesteld uit Pierre VANDERNOOT, kamervoorzitter, Luc DETROUX en Patrick RONVAUX, staatsraden, Jacques ENGLEBERT, assessor, en Béatrice DRAPIER, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Pauline LAGASSE, auditeur. Jean-François ROMAIN, die als expert opgeroepen is op grond van artikel 82 van de wetten 'op de Raad van State', gecoördineerde op 12 januari 1973, heeft eveneens verslag uitgebracht.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Jacques JAUMOTTE, voorzitter van de Raad van State.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 10 juli 2018.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet[‡], à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations suivantes.

FORMALITÉS PRÉALABLES

Dès lors que plusieurs articles organisent la transcription, l'enregistrement ou l'inscription d'actes contenant des données à caractère personnel, la consultation de l'Autorité de protection des données est requise en vertu de l'article 36, paragraphe 4, du règlement (UE) n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 'relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)' (ci-après : « le RGPD »)¹, disposition revêtue d'un effet direct. Il s'agit d'une « formalité prescrite » au sens de l'article 84, § 3, des lois coordonnées 'sur le Conseil d'État'.

Depuis le 25 mai 2018, date à laquelle, en vertu de son article 110, la loi du 3 décembre 2017 'portant création de l'Autorité de protection des données' est complètement entrée en vigueur, l'Autorité de protection des données a succédé à la Commission de la protection de la vie privée (article 3, alinéa 2, de cette loi) et c'est donc cette Autorité qui doit être consultée².

Si, au terme de cette consultation, l'avant-projet devait être modifié sur le fond sur des points indépendants de ceux résultant du présent avis, il devrait à nouveau faire l'objet d'une demande d'avis auprès de la section de législation du Conseil d'État.

[‡] S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

¹ En vertu de son article 99, paragraphe 2, ce règlement est applicable depuis le 25 mai 2018.

² En vertu de l'article 114, § 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2, de la loi du 3 décembre 2017, tel que remplacé par l'article 2 de la loi du 25 mai 2018 'modifiant la loi du 3 décembre 2017 portant création de l'Autorité de protection des données', en attendant la date à laquelle les membres du Comité de direction de l'autorité de protection des données auront prêté le serment visé à l'article 12, alinéa 3, de cette loi et signé la déclaration d'absence de conflits d'intérêts visée à l'article 44, § 2, alinéa 1^{er}, de la même loi, « les membres de la Commission de la protection de la vie privée exercent les missions et les compétences de l'Autorité de protection des données ».

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. L'avant-projet utilise plusieurs concepts qui paraissent avoir une vocation transversale, c'est-à-dire s'étendant au-delà du livre 3 en projet du Code civil, voire au-delà du Code civil lui-même.

L'auteur de l'avant-projet semble en être conscient pour ce qui concerne certaines institutions réglées par le texte. Ainsi, par exemple, dans le cadre du commentaire de l'article 3.60 en projet du Code civil, qui définit les notions de « meubles » et d'« immeubles », l'auteur de l'avant-projet précise ce qui suit :

« Avant toutes choses, il importe de rappeler qu'il doit être fait usage de la définition donnée par le Code civil à des termes utilisés par des lois spéciales lorsque celles-ci n'en donnent pas de définitions spécifiques dans le cadre de leur application ».

Il convient par ailleurs de constater que plusieurs définitions font défaut dans l'avant-projet, par exemple celles des notions d'« universalité », de « volume », d'« usage », de « jouissance », etc., qui sont mentionnées dans de nombreuses dispositions sans que leur portée, éventuellement distincte (s'agissant notamment des notions d'« usage » et de « jouissance »³), apparaisse clairement.

L'exposé des motifs devra s'en expliquer de manière plus précise.

À cet égard, il est renvoyé à l'observation générale n° 3 formulée sur la méthode mise en œuvre pour l'insertion de définitions dans le Code civil en construction dans l'avis n° 63.445 donné le 27 juin 2018 sur l'avant-projet de loi 'portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil'.

Cette observation est rédigée comme suit :

« L'article 8.1 définit un ensemble de notions employées notamment – mais pas exclusivement – dans le livre 8 du Code civil.

Tel que rédigé, l'article 8.1 semble avoir une portée transversale. On note, par exemple, que la signature est entendue de manière large et ne se limite pas aux hypothèses où la manifestation de volonté vise l'adhésion à l'acte (article 8.1, 3° en projet). Les nombreuses dispositions modificatives témoignent également de la portée générale des notions utilisées, dont le champ d'application peut même aller au-delà de celui du seul Code civil et s'étendre donc à des législations particulières, comme par exemple, mais pas exclusivement, le Code de droit économique.

Il serait toutefois heureux que l'avant-projet se prononce sur la portée de ces définitions et leur champ d'application.

³ Voir notamment l'observation n° 3 formulée sous l'article 3.64 en projet du Code civil, l'observation n° 2 formulée sous l'article 3.116 en projet du Code civil et l'observation n° 1 formulée sous l'article 3.182 en projet du Code civil.

En outre, le cloisonnement des définitions qui figurent dans les différents livres du Code civil suscite des interrogations⁴. À l'instar de la méthode employée dans le Code de droit économique, il paraît souhaitable de regrouper toutes les définitions dans un livre général du Code civil, quitte à ce que des définitions spécifiques ou dérogatoires figurent dans certains autres livres de ce Code ou dans des législations particulières.

Par ailleurs, certains concepts sont définis à la fois dans le Code civil et dans le Code de droit économique. On pense notamment aux notions d'« écrit » et de « signature ». Ces définitions divergent toutefois sans que l'on ne puisse déceler de logique sous-jacente.

[...]

Dans un souci de cohérence et de sécurité juridique, il paraît utile de consacrer ces définitions dans le Code civil et de modifier le Code de droit économique en tenant compte des modifications apportées ou en opérant par renvois.

Le dispositif sera donc revu en conséquence, ce qui devrait impliquer également que, sur les concepts utilisés et leurs définitions, les livres particuliers du Code civil, voire les législations particulières (comme par exemple le Code de droit économique), soient conçus ou revus en vue d'adopter sur ces questions une méthode cohérente, qui devrait être celle présidant à l'œuvre de codification en cours ».

2. L'articulation entre les institutions juridiques appréhendées par l'avant-projet et les mécanismes qui les régissent manquent parfois de clarté, ainsi que l'illustrent notamment ci-après, sous l'observation générale n° 3, les difficultés autour de la notion d'immeuble et de son régime juridique.

Tel est également le cas, par exemple de la notion d'accession horizontale liée à des mécanismes d'empiètement (voir les articles 3.76 et 3.77 en projet)⁵.

Vu la technicité de la matière et l'apparition de nouveaux concepts, qui pourraient impliquer des applications tout à fait inédites pour les sujets de droit, il est particulièrement important de soigner la lisibilité et la clarté du dispositif ainsi que de son commentaire.

3. La notion d'immeuble et son régime sont modifiés de manière substantielle par un jeu de combinaisons de dispositions qui ne sont pas aisément compréhensibles et applicables.

L'article 3.8 en projet introduit la notion de « composante inhérente », qu'il définit en son paragraphe 2, alinéa 1^{er}, comme étant « un élément nécessaire de ce bien qui ne peut en être séparé sans porter atteinte à la substance physique ou fonctionnelle de ce bien ».

⁴ Note de bas de page n° 4 de l'avis cité : Voir, dans l'avant-projet « Obligations », le titre I^{er} (« Dispositions introductives ») du livre 5 en projet, où plusieurs définitions sont énoncées.

⁵ Voir les observations formulées sous ces dispositions. D'autres exemples seront fournis dans les observations particulières.

Cette notion concerne tant les meubles que les immeubles. Elle est utilisée par les articles 3.70 (régime général de l'accession), 3.77 (empiètement) et 3.169, § 1^{er}, (grosses réparations en matière d'usufruit) en projet du Code civil.

Il ressort du commentaire des articles que la volonté de l'auteur de l'avant-projet est de distinguer la notion de « composante inhérente » de la notion « d'accessoire », ces deux notions ne se recoupant pas.

La notion d'« accessoire » – qui existe déjà à l'heure actuelle – est désormais définie comme suit par l'article 3.9 en projet :

« Dans la mesure où ils appartiennent à la même personne, un bien est l'accessoire d'un autre bien, soit s'il lui est attaché ou placé à demeure, soit s'il est mis au service de l'exploitation ou de la sauvegarde de ce bien principal.

Un droit réel sur un bien vise aussi, de plein droit, les accessoires de ce bien.

Sauf clause contraire, tout acte de disposition relatif à un bien concerne de plein droit les accessoires de celui-ci ».

Le commentaire de l'article 3.9 en projet du Code civil précise qu'

« il convient de distinguer un accessoire d'une composante inhérente en ce sens que l'accessoire possède un degré d'autonomie qui fait défaut dans le cas d'une composante inhérente. Un accessoire peut constituer un élément patrimonial autonome s'il ne satisfait plus aux exigences prévues pour le caractère accessoire ».

Contrairement à la composante inhérente, l'accessoire peut faire l'objet d'un droit réel distinct de celui qui s'exerce sur le bien principal (voir l'article 3.8, § 2, alinéa 2, en projet du Code civil).

Il ressort de l'article 3.61 (« Immeubles par nature, par incorporation ou par destination : définition ») en projet du Code civil que

« Sont immeubles par leur nature, les fonds de terre et les divers volumes les composant, déterminés en trois dimensions.

Sont immeubles par incorporation, tous ouvrages et plantations qui, s'incorporant aux immeubles par nature, perdent leur individualité.

Sont aussi immeubles par incorporation, les composantes inhérentes de ces ouvrages et plantations, que ces composantes inhérentes soient incorporées ou non.

Les accessoires d'un immeuble sont réputés immeubles par destination ».

La notion d'« accession » devient donc synonyme de la notion d'« immeuble par destination » (actuellement régie par les articles 524 et 525 du Code civil), ces deux notions étant, du reste, élargies. Outre les biens attachés ou placés à demeure et les biens mis au service de l'exploitation, sont également désormais visés les biens « mis au service de la sauvegarde du bien principal » (article 3.9 en projet).

Il résulte de l'article 3.61, alinéa 3, en projet du Code civil que les composantes inhérentes des ouvrages et plantations, qui constituent des immeubles par incorporation, sont également des immeubles par incorporation, « que ces composantes inhérentes soient incorporées ou non ». Compte tenu de l'alinéa 2 de l'article 3.61 en projet du Code civil, le fait d'être incorporé se traduit par une perte d'individualité. Une composante inhérente pourrait donc, en vertu de l'article 3.61, alinéa 3, en projet être un immeuble par incorporation sans cependant avoir perdu son individualité.

Cependant, il résulte du commentaire de l'article 3.61 en projet que le concept d'individualité s'entend au sens de l'existence d'une autonomie.

Le commentaire de l'article 3.61 en projet précise en effet ce qui suit :

« Les rédacteurs de ce projet estiment qu'il est préférable d'utiliser le même critère d'incorporation pour, d'une part, l'immobilisation et, d'autre part, pour la définition de la composante inhérente de l'immeuble par nature (accession). L'immobilisation par incorporation suppose, en principe une incorporation telle que l'élément ajouté perd toute autonomie ; elle va toutefois s'étendre, conformément à la doctrine et à la jurisprudence classiques, aux composantes inhérentes des ouvrages et plantations incorporés, que ces composantes inhérentes soient elles-mêmes oui ou non incorporées. Tel est par exemple le cas, en jurisprudence relativement récente, de panneaux photovoltaïques, dès lors que la nécessaire fourniture en énergie électrique de l'immeuble est assurée, à titre principal, par ces panneaux, le système électrique traditionnel étant devenu subsidiaire, alors même que ces panneaux sont aisément démontables, notamment pour être réparés. Les rédacteurs du projet ont intégré cette extension relativement stable en pratique en la libellant par référence aux composantes inhérentes des ouvrages et plantations incorporés au fonds ou aux parties de fonds, que ces composantes soient elles-mêmes incorporées ou non ».

Le commentaire de l'article 3.61 en projet précise ensuite que c'est

« le mot substance qui permet de distinguer la composante inhérente de l'accessoire (défini lui à l'article 3.9 en projet de la partie générale et évoqué au commentaire précédent) ».

Au vu de l'ensemble de ces explications, la distinction concrète entre les notions de « composante inhérente » et d'« accessoire » n'apparaît pas clairement. Celles-ci semblent se recouper, ce qui est contraire à la volonté de l'auteur de l'avant-projet. C'est tout particulièrement le concept d'« atteinte à la substance fonctionnelle », attachée à la définition de la notion de « composante inhérente » (article 3.8, § 2, alinéa 1^{er}, en projet) qui pose question. L'exemple donné par l'exposé des motifs des panneaux photovoltaïques confirme la confusion créée : le critère de la fourniture d'électricité à titre principal ou subsidiaire est un critère trop variable et trop conjoncturel que pour servir de base à la distinction entre les notions d'« immeuble accessoire » et « de composante inhérente », de telle sorte que le même bien pourrait être qualifié, dans la même situation, tantôt d'immeuble accessoire tantôt de composante inhérente. Il en est d'autant plus ainsi que ce critère est propre à la notion des panneaux photovoltaïques et s'avère impuissant à fonder la distinction dans d'autres hypothèses.

L'avant-projet doit être revu afin de clarifier la portée de ces concepts-clés de la réforme.

4. Ainsi que le confirme la note au Conseil des ministres versée au dossier, l'avant-projet qui, certes, porte sur des aspects de droit civil, aura nécessairement des conséquences sur le plan du traitement fiscal de certaines des institutions en projet.

Tel est le cas par exemple de la nouvelle notion de fiducie, à l'égard de laquelle, même si elle implique un transfert de patrimoines et qu'elle est qualifiée comme incompatible avec une intention libérale au profit du bénéficiaire, se pose la question de savoir si elle doit être considérée comme ouvrant l'application des droits d'enregistrement « sur les transmissions à titre onéreux de biens immeubles situés en Belgique, à l'exclusion des transmissions résultant d'un apport dans une société, sauf dans la mesure où il s'agit d'un apport, fait par une personne physique, dans une société belge, d'une habitation », au sens de l'article 3, alinéa 1^{er}, 6°, de la loi spéciale du 16 janvier 1989 'relative au financement des Communautés et des Régions', que ce soit au stade de sa constitution ou à celui où le patrimoine revient finalement au bénéficiaire.

Cette question se pose également au regard de l'application des règles relatives aux droits de succession d'habitants du Royaume et aux droits de mutation par décès de non-habitants du Royaume ⁶.

L'auteur de l'avant-projet sera attentif à ces questions et s'en expliquera utilement dans l'exposé des motifs, spécialement au regard des règles de répartition de compétences en matière fiscale ⁷.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

DISPOSITIF

Article 2

L'article 2 de l'avant-projet de loi 'portant création d'un Code civil et y insérant un livre 5 « Les obligations »', sur lequel le Conseil d'État a donné le 23 mai 2018 son avis n° 63.268/2, prévoit ce qui suit :

« Il est créé un Code civil composé des livres suivants :

1° Livre 1^{er}. Dispositions générales ;

2° Livre 2. Les personnes, la famille et les relations patrimoniales des couples ;

3° Livre 3. Les biens ;

⁶ Article 3, alinéa 1^{er}, 4°, de la loi du 16 janvier 1989.

⁷ Voir notamment C.C., 19 juin 2014, n° 93/2014 et 22 mars 2018, n° 34/2018.

- 4° Livre 4. Les successions, donations et testaments ;
- 5° Livre 5. Les obligations ;
- 6° Livre 6. Les contrats spéciaux ;
- 7° Livre 7. Les sûretés ;
- 8° Livre 8. La preuve ;
- 9° Livre 9. La prescription ».

Par conséquent, il ne convient pas d'insérer une nouvelle fois un livre 3 au sein du nouveau Code civil.

La phrase liminaire de l'article 2 sera donc remplacée par la phrase suivante :

« Le livre 3 du Code civil, créé par l'article 2 de la loi du XXX portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 5 'Les obligations', comprend les dispositions suivantes : ».

Article 3.1 en projet – Droit supplétif

L'article 3.1 en projet pose le principe du caractère supplétif des dispositions du nouveau livre 3, si ce n'est deux exceptions : lorsqu'il s'agit de définitions ou si la loi en dispose autrement.

Le commentaire de l'article en projet justifie la première exception comme suit :

« Enfin, les parties ne peuvent pas déroger aux définitions. Dans la nouvelle version du projet, les rédacteurs ont indiqué plus clairement dans les titres⁸ quand une disposition contient une définition. D'ailleurs, la définition d'un concept ne peut, en norme, être dite en soi impérative ou supplétive de volonté ; simplement, elle devient impérative, voire d'ordre public, lorsqu'elle s'insère dans une règle primaire (ou secondaire) qui présente, elle-même, cette nature impérative au sens large ; elle emprunte en réalité à la règle dans laquelle elle s'insère son caractère supplétif, impératif ou d'ordre public *sensu stricto* (P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2015, T.II, n° 7) ».

La référence à la notion de « définition » qui est faite par l'article 3.1 en projet doit donc s'entendre comme ne visant que les définitions expressément consacrées comme telles par l'auteur de l'avant-projet dans les intitulés des articles en projet.

⁸ Note du Conseil d'État : il s'agit des intitulés d'articles.

Au vu de l'explication apportée dans le commentaire, l'exception au caractère supplétif qui est consacrée en faveur des définitions paraît dépourvue d'utilité et est source de confusion. Comme le relève le commentaire de l'article en projet, c'est la règle primaire ou secondaire dans laquelle elle s'insère qui va conférer à la définition son régime impératif ou d'ordre public.

Du reste, l'auteur de l'avant-projet veillera à prendre clairement position en faveur du caractère impératif ou d'ordre public des dispositions auxquels il n'entend pas conférer un caractère supplétif [comme cela est fait par exemple en ce qui concerne la fiducie ou la copropriété des immeubles bâtis – caractère impératif – ou pour l'interdiction de la fiducie à titre gratuit (article 3.43 en projet) – caractère d'ordre public].

À l'inverse, il évitera de confirmer dans certaines dispositions, par exemple à l'article 3.182 en projet, que celles-ci s'appliquent « sauf clause contraire » (ou une formule analogue). Une telle précision est source d'insécurité juridique. Elle laisse en effet penser que les parties ne seraient pas en mesure de déroger aux dispositions dépourvues d'une telle précision, quand bien même aucune interdiction expresse de dérogation ne serait formulée, ce qui n'est manifestement pas l'intention de l'auteur de l'avant-projet.

En tout état de cause, l'article 3.1 en projet, lorsqu'il prévoit une exception au caractère en principe supplétif des dispositions insérées dans le livre 3 en projet du Code civil « si la loi en dispose autrement », pourrait prévoir également que la circonstance que ce caractère supplétif est expressément rappelé, sous une forme ou sous une autre, dans certaines dispositions n'implique pas que les dispositions qui n'expriment pas ce rappel ne revêtent pas un caractère supplétif.

Article 3.2 en projet – Dispositions particulières – subsidiarité

L'article 3.2 en projet est intitulé « subsidiarité » pour exprimer le principe suivant lequel les dispositions du livre 3 ne préjudicient pas aux dispositions spéciales régissant des biens particuliers, tels que les droits de propriété intellectuelle ou les biens culturels.

Dès lors que la notion de « subsidiarité » peut s'entendre au sens large ou au sens strict (voir par exemple l'application qui en est faite par la Cour de cassation concernant l'enrichissement injustifié⁹) et ne permet pas, dans cette dernière acception, de cumuler le régime principal et le régime subsidiaire, le terme « spécialité », dans l'intitulé, paraîtrait rencontrer de manière plus adéquate la portée de l'article 3.2 en projet.

⁹ Voir la jurisprudence de la Cour de cassation concernant la subsidiarité – assez stricte – de l'enrichissement sans cause : Cass., 11 septembre 1969, *Pas.*, 1970, I, p. 33 ; dans un sens moins strict, semble-t-il, Cass. 25 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 305.

Article 3.3 en projet – Système fermé des droits réels

L'alinéa 1^{er} en projet entend poser le principe de *numerus clausus* des droits réels. Cependant, en se référant au « législateur », le texte est source d'ambiguïté.

En effet, la notion de législateur pourrait être interprétée comme renvoyant tant au législateur fédéral qu'au législateur régional ou communautaire. Or, les droits réels et leur création constituent une compétence exclusive du législateur fédéral.

L'alinéa 1^{er} sera dès lors revu afin de lever toute ambiguïté. Ce faisant l'auteur de l'avant-projet aura également égard aux observations formulées dans les avis n^{os} 63.268/2 et 63.445/2 concernant la portée polysémique du terme « loi »¹⁰.

Article 3.4 en projet – Conflit entre droits réels

1. L'article 3.4 en projet énonce en son alinéa 1^{er} une règle qui correspond à l'adage latin « *Prior tempore, potior jure* ».

Il ne précise pas l'élément déclencheur de l'application de la règle : à partir de quand un droit réel est-il le premier applicable ? On peut penser que c'est à partir du moment où il a été rendu régulièrement opposable aux tiers (et non à la date de sa constitution, sauf entre parties).

Il conviendrait que la règle soit précisée à cet égard, ce qui posera la question de la distinction entre les droits réels immobiliers, pour lesquels le régime de publicité foncière existe, et les autres, pour lesquels il convient de prendre en considération en principe l'existence du droit, notamment en matière de conventions, en fonction du principe d'opposabilité des effets externes des conventions ; en matière mobilière, il y a lieu de prendre en considération le moment où le possesseur a été mis en possession du bien et est par ailleurs de bonne foi (dans le cadre d'une bonne foi qui est en principe présumée).

2. L'alinéa 1^{er} de l'article 3.4 en projet organise le droit de préférence – compris dans son sens large – tandis que l'alinéa 2 de cette même disposition entend consacrer le droit de suite dont disposent les titulaires d'un droit réel.

Le droit de suite n'est toutefois pas la conséquence du droit de préférence.

Dès lors, les termes « par conséquent » qui introduisent l'article 3.4, alinéa 2, en projet seront supprimés.

¹⁰ Avis n° 63.268/2 donné le 23 mai 2018 sur un avant-projet de loi 'portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 5 « Les obligations », observation générale n° 2 ; avis n° 63.445/2 donné le 27 juin 2018 sur un avant-projet de loi 'portant insertion du Livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil', observation générale n° 2.

Article 3.5 en projet – Protection contre l'insolvabilité

1. L'article 3.5 en projet contient une importante innovation du nouveau livre 3 du Code civil, à savoir l'énoncé du principe suivant lequel le titulaire d'un droit réel n'est pas soumis à la loi du concours concernant les tiers.

L'article en projet est très elliptique à cet égard et son contenu n'est pas d'une compréhension aisée à la première lecture.

2. Il conviendrait, dans un souci de sécurité juridique, de prévoir explicitement que l'on déroge à la règle du concours qui résulterait d'une situation d'insolvabilité du cédant du droit réel concerné, ou d'une partie contractante ayant cédé un droit réel d'usage.

3. Il faudrait également qu'une meilleure articulation des règles soit exprimée avec celles qui figurent actuellement dans la loi hypothécaire et qui consacrent notamment le principe de l'égalité de traitement des créanciers et le principe du concours.

4. Le texte en projet prévoit que les droits réels échappent au concours qui naît de l'insolvabilité d'un tiers. Qu'en est-il lorsque le concours est la conséquence d'une situation qui ne relève pas à proprement parler d'une situation d'insolvabilité d'un tiers, comme c'est le cas par exemple de la saisie qui est constitutive d'une situation de concours mais non d'insolvabilité ?

Le dispositif ou, à tout le moins, le commentaire de l'article, sera revu à cet égard.

Article 3.6 en projet – Pouvoir de disposition

1. L'alinéa 1^{er} en projet prévoit notamment que, « si la nature du droit » l'impose, le titulaire du droit réel ne peut en disposer qu'avec le bien principal auquel il est attaché.

La condition suivant laquelle la règle s'applique « si la nature du droit l'impose » devrait être précisée à tout le moins dans le commentaire de l'article, comme c'est le cas dans le commentaire de l'article 3.7 en projet : quand est-ce le cas, dans quels cas, la nature du droit concerné n'imposerait-elle pas cette cession conjointe ?

2. L'alinéa suivant énonce un important mécanisme nouveau suivant lequel,

« [l]orsque le titulaire d'un droit réel d'usage cède son droit, il est tenu, à l'égard du propriétaire, solidairement avec le cessionnaire, des seules obligations de somme dues en contrepartie de ce droit et qui deviennent exigibles après la cession. Seul le cédant est tenu des obligations qui sont exigibles avant la cession ».

Cet alinéa prévoit en réalité plusieurs règles, explicitement et implicitement, ou *a contrario* :

– d’abord, la règle de la solidarité entre le cédant et le cessionnaire, à l’égard des obligations pécuniaires qui deviennent exigibles après la cession ;

– ensuite, *a contrario*, on peut déduire de cet alinéa que le mécanisme ne s’applique pas à des obligations autres que pécuniaires ;

– par ailleurs, *a contrario* et comme le prévoit la dernière phrase de l’alinéa, on peut également déduire de cet article que le mécanisme ne s’applique pas aux obligations pécuniaires qui seraient devenues exigibles avant la cession, lesquelles ne seraient donc dues que par le seul cédant et non par le cessionnaire.

La notion d’« obligations de sommes » est également utilisée par l’article 5.314 en projet du nouveau Code civil (qui remplace l’actuel article 1153 du Code civil). Classiquement, dans le cadre de l’application de l’article 1153 du Code civil, on oppose la « dette de somme » à la « dette de valeur ». Compte tenu de l’application transversale des concepts du Code civil, c’est dès lors par opposition à la notion d’« obligation de valeur » que la notion d’« obligation de somme » doit être comprise dans le cadre de l’article 3.6 en projet.

L’article 3.6, alinéa 2, en projet ne règle pas explicitement la question des obligations de valeur non exigibles avant la cession. Il ne serait toutefois pas admissible, au regard du principe d’égalité et de non-discrimination, que cette disposition puisse être interprétée de telle sorte que le cédant serait libéré des obligations de valeur qui deviendraient exigibles après la cession et qui trouveraient leur origine dans un acte ou un fait préalable à la cession. Dans un souci de sécurité juridique, il convient dès lors de régler expressément cette question au sein du dispositif.

Article 3.8 en projet – Spécialité et unité des droits réels

Il est renvoyé à l’observation générale n° 3 concernant le concept de « substance fonctionnelle ».

Article 3.9 en projet – Accessoires

Il est renvoyé à l’observation générale n° 3.

La notion d’accessoire est susceptible de s’appliquer non seulement à des immeubles, mais également à des meubles : une notion nouvelle apparaît donc, à savoir celle de meuble qui est l’accessoire d’un autre meuble parce qu’attaché au premier, à caractère principal, placé à demeure ou mis au service de l’exploitation de celui-ci ou de sa sauvegarde.

Article 3.10 en projet – Subrogation réelle

L'article 3.10 en projet consacre la notion, devenue classique et admise tant en doctrine qu'en jurisprudence, de subrogation réelle.

L'article définit le mécanisme et retient ce qui semble constituer deux conditions à la possibilité de se prévaloir d'une subrogation réelle, à savoir : (1°) le fait que le droit réel doit pouvoir être exercé de manière « utile » sur le nouvel objet subrogé ; (2°) et qu'il n'y a « pas d'autre moyen de sauvegarder le droit ». Il résulte de ce dernier élément une forme de subsidiarité de la subrogation réelle, qui devrait toutefois être précisée : quels sont les moyens permettant de « sauvegarder » le droit qui sont envisagés, sont-ils exclusivement juridiques, les conséquences d'actions telles qu'une action paulienne sont-elles visées, etc. ? Cette subsidiarité gagnerait donc à être précisée, y compris sur le plan de ses conséquences.

Article 3.11 en projet – Transformation

1. Compte tenu des conséquences importantes qui peuvent en découler – l'extinction du droit réel grevant le bien initial –, la notion de « transformation » gagnerait à être précisée. La question se pose de savoir à partir de quand l'on pourra considérer qu'un nouveau bien naît à la suite de la transformation.

2. Il résulte de l'article 3.11, alinéa 1^{er}, en projet que, lorsque la valeur du bien initial dépasse manifestement le coût du travail et des matériaux de transformation, « le bien initial est le bien principal ».

La section de législation s'interroge sur la portée qu'il convient de donner à cette qualification de « bien principal », qui n'est, du reste, pas utilisée par l'article 3.71 (« transformation et acquisition originaire de la propriété ») en projet. Faut-il en déduire que le bien qui n'est pas « le bien initial » serait un bien « accessoire » avec toutes les conséquences qui en découlent ? Cela ne pourrait-il pas entrer en contradiction avec la notion de « composante inhérente » dès lors que l'on ne peut exclure qu'une transformation aboutisse à une perte totale d'autonomie du bien qui n'est pas le bien « initial » ? ¹¹

Le dispositif sera revu au regard de cette observation.

3. La disposition à l'examen ne distingue pas son régime selon que l'auteur de la transformation est de bonne foi ou de mauvaise foi.

L'auteur de l'avant-projet vérifiera si telle est bien son intention.

¹¹ Il est renvoyé sur ce point à l'observation générale n° 3.

Il est également renvoyé aux observations formulées sous l'article 3.71 en projet.

Article 3.12 en projet – Confusion

Selon le commentaire de l'article, l'intention de l'auteur de l'avant-projet est uniquement de régler, par le biais de l'article 3.12 en projet, la confusion des choses de genre qui sont de même nature et de même qualité ; à défaut, il semble que l'on se trouverait dans l'hypothèse de la transformation.

Si telle est bien l'intention, cela devrait ressortir du dispositif.

Article 3.13 en projet – Titulaire des droits réels

Il résulte du commentaire de l'article 3.13 en projet, qui fait référence à l'article 60 du Code des sociétés, que, lorsque cet article précise que les personnes, pour être titulaires d'un droit réel, « doivent exister, ou, au moins, être conçues au moment de la naissance du droit, à condition de naître vivant[s] et viable[s] », l'on vise tant les personnes physiques que les personnes morales.

Dans un souci de sécurité juridique, il conviendrait de le préciser au sein du dispositif.

Article 3.14 en projet – Modes d'acquisition des droits réels

1. L'article 3.14, alinéa 1^{er}, en projet énonce les différents modes d'acquisition, les premiers étant dérivés, les seconds étant originaires.

La notion de mode « dérivé » pourrait être utilisée par l'article, au même titre que la notion de mode « originaire » qui apparaît à la fin de l'alinéa 1^{er} en projet et qui revêtira une importance théorique et pratique considérable dans le reste du livre 3.

2. L'article en projet fait également référence aux « modes originaires » d'acquisition de propriété.

Dans un souci de clarté, il conviendrait de lister ceux-ci de manière exhaustive.

3. L'article 3.14, alinéa 1^{er}, en projet vise comme modes de transmission dérivés la « transmission universelle, à titre universel ou à titre particulier, entre vifs ou pour cause de mort, à titre gratuit ou à titre onéreux ». Il devrait également préciser, « par convention notamment », vu l'importance des conventions dans ce domaine.

4. Il résulte de l'article 5.221 en projet du Code civil que désormais tant la condition suspensive que la condition résolutoire « produi[sen]t [leurs] effets de plein droit et pour l'avenir ».

Par conséquent, l'alinéa 3, seconde phrase, en projet est superflu et peut être omise.

Article 3.15 en projet – Modes généraux d'extinction des droits réels

1. La transformation organisée par l'article 3.11 en projet engendre un mécanisme d'extinction des droits réels qui ne figure pas dans la liste prévue à l'article 3.15 en projet ; il n'est du reste, pas non plus mentionné au sein de l'article 3.16 en projet.

Le dispositif sera revu afin de combler cette lacune.

2. La version française du 1° doit mieux correspondre à la version néerlandaise.

Alors que la version néerlandaise utilise le même mot « tenietgaan » aux 1° à 3°, ce sont des termes différents, « extinction », « disparition » et « anéantissement », qui introduisent la version française de ces 1° à 3°.

Plus fondamentalement, la section de législation s'interroge sur l'autonomie de l'hypothèse visée dans ce 1° par rapport au 3°.

3. L'article 3.15 en projet aborde en son 2° « la disparition de l'objet du droit réel » : ne faudrait-il pas utiliser la notion plus classique de caducité (caducité par disparition de l'objet du droit réel) ?

4. L'article 3.15, 3°, en projet vise toutes les causes d'« anéantissement » du titre d'acquisition du droit réel et, à ce titre, la survenance d'une condition résolutoire.

Dans un souci de sécurité juridique, il conviendrait de préciser si, ce faisant, le pacte comissoire exprès est visé (la question sera sensible en matière d'emphytéose : voir l'article 3.189 en projet).

Article 3.16 en projet – Modes spécifiques d'extinction des droits réels d'usage

1. L'article 3.16 en projet liste les modes dits « spécifiques d'extinction des droits réels d'usage » et explicite certains d'entre eux (l'extinction par non usage, la confusion et la déchéance).

D'un point de vue légistique, il serait préférable d'explicitier les modes spécifiques d'extinction au sein de dispositions autonomes de telle sorte que l'article 3.16 en projet se limiterait à une liste énonciative des modes spécifiques d'extinction.

2. En ce qui concerne le mécanisme de déchéance, désormais généralisé à l'ensemble des droits réels d'usage, le principe de proportionnalité implique à l'évidence que celui-ci ne pourrait être appliqué que dans l'hypothèse où les dommages causés aux biens ou le défaut d'entretien présenteraient une certaine gravité. À défaut, c'est dans cette hypothèse que le juge devrait user de son pouvoir d'imposer d'autres conditions pour l'exercice du droit.

Cette gradation devrait apparaître au sein du dispositif.

Il convient, par ailleurs, de préciser les modalités de l'action en cessation ou en réparation en nature qui est introduite par l'article 3.16, 4°, en projet.

Article 3.17 en projet – Effets de l'extinction des droits réels

Il paraît contraire au principe d'égalité et de non-discrimination que la renonciation ne peut pas porter atteinte aux seules obligations de somme.

L'auteur de l'avant-projet doit être en mesure de justifier que la renonciation peut porter atteinte aux obligations de *facere* ou de *non facere* auxquelles la partie qui renonce à son droit réel s'est engagée dans le cadre d'un contrat à titre onéreux.

Il en va d'autant plus ainsi que le droit commun prohibe la cession de dette sans l'accord du créancier et exclut que, par une renonciation, le renonçant à un droit puisse échapper à toutes les obligations, pécuniaires et autres, éventuellement liées à ce droit.

Article 3.18 en projet – Possession et détention : définition

Même si l'hypothèse paraît se rencontrer très peu en pratique, la question se pose de savoir s'il ne convient pas également de viser l'hypothèse de l'acte unilatéral.

Article 3.19 en projet – Acquisition, transmission ou extinction de la possession

1. Dans un souci de sécurité juridique, il conviendrait, le cas échéant, de définir le concept d'« abandon » auquel se réfère l'article 3.19, § 3, 2°, en projet. Une distinction doit-elle être vraiment établie entre la notion d'« abandon » (en néerlandais « afstand ») et la notion de « renonciation » (en néerlandais, également « afstand ») ? Si la notion d'« abandon » a, dans la version française, une portée autre que celle de la « renonciation », ne convient-il pas d'utiliser alors, dans la version néerlandaise, une autre notion que celle de « afstand » ? Cette nouvelle notion ne devrait-elle, du reste, pas également être reprise parmi les causes d'extinction des droits réels ?

Le dispositif sera revu en conséquence.

2. Au paragraphe 3, à l'alinéa 1^{er}, 3°, de la version française, le terme « privation » sera remplacé par le mot « dépossession ».

3. La section de législation se demande pourquoi, au paragraphe 3, alinéa 1^{er}, 3°, il est prévu que le vol interrompt la possession alors que l'alinéa 2 du même paragraphe énonce, quant à lui, que « [l]a force majeure empêchant temporairement l'exercice de fait n'entraîne pas, par elle-même, la perte de la possession ».

Article 3.20 en projet – Transmission et interversion de la détention

1. L'article 3.20 en projet prévoit que la détention se transmet aux ayants cause et peut se transformer en possession. Le texte prévoyant cette dernière règle est, dans la version française, rédigé de manière peu claire.

2. L'utilisation des termes « la contradiction non équivoque, au moyen d'un acte ou d'un fait juridique, opposée aux droits du titulaire », serait plus heureuse dans la version française.

Article 3.21 en projet – Possession utile

Article 3.22 en projet – Possession de bonne foi

Les articles 3.21 et 3.22 en projet trouveraient mieux leur place entre les articles 3.18 et 3.19 en projet.

Article 3.22 en projet – Possession de bonne foi

La présomption de bonne foi n'apparaît de manière expresse qu'à l'article 3.22 en projet et non aux autres dispositions en projet faisant état de la bonne foi.

La question se pose de savoir si cette présomption ne doit pas être généralisée dans tous les cas où l'avant-projet se réfère à la bonne foi, à défaut de quoi, dans les dispositions muettes sur cette question, il pourrait être soutenu que la bonne foi ne pourrait être présumée.

Cette observation vaut au demeurant pour l'ensemble des dispositions du Code civil en construction qui font état de cette notion de bonne foi.

Article 3.25 en projet – Rôle de protection de la possession d'un droit réel immobilier en cas de violences ou voies de fait

L'article 3.25 en projet contient le nouveau régime des actions possessoires, qui se trouve actuellement dans les articles 1370 et 1371 du Code judiciaire. Une récente réforme de l'article 1370 est intervenue en 2014 afin d'étendre la possibilité d'introduire des actions en réintégration aux servitudes conventionnelles ou légales de passage.

L'article 3.25 en projet supprime la réintégration en tant qu'elle était ouverte au détenteur.

L'auteur de l'avant-projet doit être en mesure de justifier la différence de traitement qui est désormais créée entre le détenteur, d'une part, et le possesseur, d'autre part, victime d'un acte de violence ou d'une voie de fait, compte tenu de l'objectif poursuivi par l'action en réintégration. Il s'agit en effet, avant tout, d'une mesure de police¹². La section de législation n'aperçoit pas en quoi le fait d'être simplement détenteur d'un bien justifierait de ne plus pouvoir bénéficier d'une action lui permettant de faire cesser l'acte de violence ou la voie de fait dont il est victime.

Le commentaire des articles est muet sur cette question.

Le dispositif sera revu au regard de cette observation.

Article 3.26 en projet – Prescription acquisitive des droits réels en général

1. Puisque l'article 3.26 en projet porte de façon générale sur la prescription acquisitive, il conviendrait que le mécanisme apparaisse dans l'intitulé de l'article en projet, par exemple comme suit : « Rôle acquisitif de la possession : prescription acquisitive ».
2. À l'alinéa 2, les mots « doit être » seront utilement remplacés par le verbe « est ».
3. Le dernier alinéa de l'article 3.26 en projet prévoit que « [l]a prescription acquisitive produit ses effets du jour où la possession utile a commencé ».

Cette règle correspond au droit actuel mais est-elle conciliable avec le système découlant de l'alinéa précédent prévoyant dorénavant la transcription du jugement ayant constaté la prescription acquisitive ? Il semble que, logiquement, ladite prescription devrait produire ses effets, en tout cas en termes d'opposabilité aux tiers, à dater de la transcription dudit jugement.

¹² C.C., 13 octobre 2011, n° 151/2011, B.6.1.

Article 3.28 en projet – Acquisition immédiate de bonne foi en matière mobilière

1. L'article 3.28, alinéa 2, en projet précise, s'agissant de la revendication dont il est question dans cette disposition, que « ce droit de revendication est supprimé pour tout instrument légal de paiement ».

Cette disposition, qui ne fait l'objet sur ce point d'aucun commentaire, est le pendant de l'actuel article 2279, alinéa 3, du Code civil.

Il est cependant admis, sur la base de cette disposition, que le mécanisme de l'article 2279 du Code civil n'est pas applicable aux biens meubles qui ne sont pas individualisés, n'étant pas « *ut singuli* ».

Ne conviendrait-il pas de reprendre cette exception, ainsi plus généralement formulée que la simple référence à « des instruments légaux de paiement » ?

2. Par ailleurs, dans la version française, à l'alinéa 2 *in fine*, il y a lieu de remplacer les mots « est supprimé » par les mots « n'existe pas ».

Article 3.29 en projet – Fruits et produits

1. L'article 3.29, alinéa 2, en projet précise ce qui suit :

« Le possesseur qui est devenu titulaire du droit possédé par un mode originaire d'acquisition ne doit pas restituer les fruits perçus de mauvaise foi. En revanche, il doit restituer les produits, ou leur équivalent, perçus de mauvaise foi ».

Cette règle est étrange.

Tout d'abord, elle constitue une prime à la mauvaise foi qui ne cadre pas avec les nouvelles dispositions applicables à la possession de bonne foi. Un tel traitement identique de personnes se trouvant dans une situation différente doit pouvoir être justifié au regard du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination.

Ensuite, cette règle paraît difficilement applicable en cas de prescription acquisitive. Il résulte en effet de l'article 3.26 en projet que « la prescription acquisitive produit ses effets du jour où la possession utile a commencé ».

Dès lors que le possesseur est devenu propriétaire, comment une restitution pourrait-elle être envisagée pour les produits ou leur équivalent perçus de mauvaise foi ?

2. L'article 3.29 en projet ne prend pas en considération les produits transformés en fruits.

Il est renvoyé à cet égard à l'observation formulée sous l'article 3.56 en projet.

Article 3.30 en projet – Actes juridiques soumis à transcription

1. Au paragraphe 1^{er}, 1°, il est inutile de se référer au « Code civil ».
2. Il convient de préciser la notion de « tiers de bonne foi » utilisée par l'article 3.30, § 2, en projet afin de reprendre le critère actuellement appliqué, à savoir celui de la connaissance et – *a contrario* – de la fraude permettant de caractériser la situation du tiers de mauvaise foi.

Article 3.31 en projet – Exigences de forme

Il est de jurisprudence constante qu'à défaut de disposition contraire, l'expression « jours ouvrables » exclut le dimanche et les jours fériés légaux, mais que, par contre, le samedi est un jour ouvrable ¹³.

Si l'intention de l'auteur de l'avant-projet était, pour l'application du texte en projet, de ne pas considérer le samedi comme un jour ouvrable, il conviendrait de compléter ce texte par une disposition indiquant que la notion de « jour ouvrable » désigne tous les jours autres que le samedi, le dimanche et les jours fériés légaux.

Il lui est également loisible, dans un souci de sécurité juridique, de confirmer cette définition prétorienne dans l'avant-projet ou, plus largement, dans le nouveau Code civil en construction si nécessaire.

Cette observation concerne aussi les articles 3.102 et 3.110 en projet.

Article 3.32 en projet – Mention marginale

À la fin du texte, dans la version française, les mots « du document avec lequel la mention marginale est demandée » seront remplacés par les mots « de l'acte devant faire l'objet de la mention marginale ». Le texte néerlandais sera rédigé comme suit : « (...) van het stuk dat in de kant moet worden vermeld ».

Article 3.33 en projet – Mention marginale en cas d'anéantissement d'un droit réel immobilier

Au paragraphe 2, il est inutile de se référer au « Code civil » et au « même Code ».

¹³ Voir par exemple : C.E., 20 mai 2010, n° 204.165, Piret ; 11 février 2014, n° 226.375, Libert.

Article 3.34 en projet – Effets de la mention marginale pour les tiers

Les mots « l'anéantissement » qui figurent au début des paragraphes 1^{er} et 2 sont respectivement traduits par les mots correspondants « tenietgaan » et « beëindiging ».

La correspondance entre les deux versions linguistiques sera assurée.

Article 3.35 en projet – Définition

Compte tenu des concepts de compte tiers et de « fiducie » développés par les articles 3.37 et 3.38 en projet, il serait utile de compléter la définition de la notion de patrimoine par les mots « sous réserve des articles 3.37 à 3.51 ».

Article 3.36 en projet – Droit de gage en général

À l'article 3.36, alinéa 2, en projet, l'utilisation des termes « créanciers privilégiés » est source d'insécurité dès lors qu'elle laisse à penser que seuls les créanciers bénéficiant d'un privilège, à l'exclusion des créanciers bénéficiant d'un autre type de sûreté, seraient visés.

L'utilisation actuelle par l'article 8 de la loi hypothécaire des termes « des causes légitimes de préférence » permet d'englober tant les créanciers privilégiés que les créanciers bénéficiant de sûretés.

Cette formulation paraît donc préférable. Le dispositif sera revu en conséquence.

Article 3.37 en projet – Comptes tiers

1. À l'alinéa 2, sur le plan terminologique, il semble plus judicieux d'écrire en français « Ces créances échappent au concours entre les créanciers [...], » plutôt que « ne ressortissent pas », ce qui constitue d'ailleurs une meilleure traduction du texte néerlandais « vallen buiten ».

2. En ce qui concerne l'article 3.37, alinéa 3, en projet, il paraîtrait plus juste de viser, à la place du fait que « l'avoir du compte est insuffisant », le fait qu'il doit s'agir d'une situation d'insolvabilité ou autre à l'origine de l'application de la règle du concours entre les personnes concernées.

La même observation vaut pour l'article 3.39 en projet.

Article 3.38 en projet – Définition

En matière de fiducie, une double modalité a souvent été mise en évidence par la doctrine, à savoir, la fiducie-gestion, d'un côté, et la fiducie-sûreté, de l'autre.

La définition précitée ne prévoit rien à cet égard. Ne serait-il pas judicieux de reconnaître explicitement cette double modalité et ce, d'autant plus que l'article 3.46 en projet met en œuvre la fiducie-sûreté.

Article 3.39 en projet – Patrimoine fiduciaire

1. L'alinéa 2 en projet vise les « créanciers personnels » du fiduciaire pour faire tomber les « biens objet de la fiducie » hors du concours lorsqu'il survient entre eux.

L'intention de l'auteur de l'avant-projet semble être de viser l'ensemble des créanciers du fiduciaire, à l'exception des créanciers titulaires de créances nées de la gestion ou de la conservation du patrimoine fiduciaire, dont il est question à l'alinéa 1^{er} en projet.

Il en résulte que l'adjectif « personnel » ne traduit pas l'intention avec suffisamment de précision et est source d'ambiguïté.

Le texte sera revu en conséquence.

2. L'alinéa 2 se poursuit en prévoyant que toutes les opérations fiduciaires afférentes aux biens fiduciaires peuvent être « opposées à la masse pour autant qu'elles se rapportent à la destination de ces biens ». Toujours dans un souci de précision, il convient d'ajouter le terme « fiduciaire » entre le mot « destination » et les mots « de ces biens ».

3. L'alinéa 3 en projet prévoit que, « [s]i le patrimoine est insuffisant pour les prétentions des bénéficiaires, il est divisé entre eux en proportion de leurs prétentions ».

Si l'on peut comprendre la logique du mécanisme, sa formulation n'est pas propice à la sécurité juridique : l'élément déclencheur – le « patrimoine insuffisant » – n'est pas suffisamment précis.

Il paraîtrait préférable de viser plus généralement les cas de concours, en ce compris une situation d'insolvabilité.

4. L'alinéa 3 se poursuit comme suit :

« Si le fiduciaire a lui-même des droits sur les biens, objet de la fiducie, il aura droit au solde restant après que tous les droits des bénéficiaires aient été satisfaits ».

Conformément au principe de proportionnalité, il conviendrait de limiter ce régime aux créances du fiduciaire qui résultent de la gestion ou de la conservation du patrimoine fiduciaire.

Dans le même alinéa 3, en projet, le texte utilise tour à tour les notions de « droits » et de « prétentions ».

Dans un souci de cohérence, seules l'une de ces notions sera retenue.

Article 3.43 en projet – Contrat à titre onéreux

Compte tenu de la portée de l'article 3.43 en projet, afin d'être complet, son intitulé pourrait être précisé par les termes : « et interdiction du contrat à titre gratuit procédant d'une intention libérale au profit du bénéficiaire ».

Article 3.45 en projet – Contrat solennel

1. L'article 3.45 en projet précise les mentions que doit revêtir le contrat de fiducie « à peine de nullité ».

Dans un souci de sécurité juridique, l'auteur de l'avant-projet précisera s'il s'agit d'une nullité relative ou d'une nullité absolue.

2. À l'article 3.45, 5°, en projet, il conviendrait également de prévoir précisément le ou les critères en question et la procédure de nomination du bénéficiaire devant être suivie – avec l'indication des personnes compétentes à cette fin –, en s'inspirant par exemple des articles 1591 et 1592 actuels du Code civil¹⁴ en matière de vente à dire d'expert.

3. Le mécanisme de révocation de la fiducie qui est organisé par l'article 3.51 en projet (la fiducie devient irrévocable lorsque le bénéficiaire l'a acceptée expressément ou tacitement), fait apparaître un parallèle avec la stipulation pour autrui, pour laquelle un mécanisme similaire existe (voir l'article 1121 actuel du Code civil).

¹⁴ Article 1591 du Code civil : « Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties ».
Article 1592 du Code civil : « Il peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente ».

Ceci pose la question de savoir si, comme en matière de stipulation pour autrui, il ne faudrait pas prévoir les conditions de fond de validité de la fiducie, outre les mentions lui conférant un caractère solennel. On pourrait notamment prévoir le caractère déterminé ou déterminable des biens faisant l'objet de la fiducie et de la personne du ou des bénéficiaires.

Article 3.46 en projet – Publicité de la fiducie

1. En ce qu'il vise l'opposabilité aux tiers par le biais du registre de la conservation des hypothèques, l'article 3.46 en projet doit se référer à la « transcription ». En conséquence, dans la version française, le terme « transcrit » sera inséré entre le mot « ou » et les mots « dans le registre de la conservation des hypothèques si elles portent sur des biens immobiliers ».

2. L'article 3.46 en projet précise que, « [c]oncernant les biens meubles, la dépossession assure aussi l'opposabilité aux tiers ».

La section de législation s'interroge sur l'utilisation de l'adverbe « aussi ». Signifie-t-il que la dépossession suffit notamment lorsqu'il s'agit d'un bien meuble faisant l'objet d'un gage ?

La réponse à cette question semble négative : dans ce cas, la transcription prévue dans la première phrase semble s'imposer exclusivement.

Le dispositif sera clarifié sur ce point.

Article 3.48 en projet – Pouvoir de représentation

L'article 3.48 en projet prévoit un mécanisme d'opposabilité au bénéficiaire des actes du fiduciaire « même si le fiduciaire a accompli des actes excédant sa mission », à moins que le bénéficiaire puisse prouver que le tiers « était au courant de cet excès ».

Les termes « être au courant de cet excès » manquent de précision. Il paraîtrait plus adéquat de remplacer ces termes par le verbe « connaissait cet excès ».

Article 3.49 en projet – Manquement du fiduciaire

1. L'article 3.49 en projet prévoit les conséquences des manquements du fiduciaire. Il porte donc sur la responsabilité de ce dernier.

Afin d'être complet, la notion de responsabilité pourrait être ajoutée dans l'intitulé.

2. L'article 3.49, § 2, en projet prévoit la possibilité pour le bénéficiaire ou le constituant de demander la désignation d'un fiduciaire provisoire « ou non ». Il serait plus clair de prévoir qu'il peut être demandé en justice la désignation d'« un nouveau fiduciaire nommé à titre définitif ou provisoire ».

Article 3.50 en projet – Fin de la fiducie

1. Cet important article prévoit les causes de fin de la fiducie en précisant notamment en cas de décès du constituant que les biens font retour « de plein droit » aux successeurs du constituant.

Outre ce qui a été exposé dans l'observation générale n° 4, ceci pose la question des conséquences patrimoniales et fiscales des cessions des biens fiduciaires concernés, et essentiellement des mutations d'immeubles, sur le plan du droit de la succession ainsi que des droits de succession et des droits d'enregistrement : qu'en est-il par exemple des conséquences fiscales des mutations opérées, dans un sens ou dans l'autre (par retour ici, ce qui d'ailleurs est également prévu en cas de renonciation par le bénéficiaire) ?

Les dispositions en projet ne répondent pas à cette importante interrogation.

Il appartiendra à l'auteur de l'avant-projet de régler ces questions.

L'exposé des motifs sera par ailleurs complété d'un commentaire à ce sujet, actuellement absent.

2. Dès lors que la fiducie est avant tout créée par un contrat, il conviendrait également de viser, parmi les causes d'extinction, les modes d'extinction des contrats, tels que la résolution du contrat de fiducie à la suite de comportements fautifs du fiduciaire, aux torts donc de ce dernier, et les pactes commissaires exprès.

Le dispositif sera complété en conséquence.

Article 3.51 en projet – Révocation de la fiducie

L'article 3.51 en projet développe un mécanisme de révocation de la fiducie, comparable à celui de la stipulation pour autrui (voir l'article 1121 actuel du Code civil), dans laquelle, comme on le sait, le stipulant peut révoquer la stipulation pour autrui tant que le bénéficiaire ne l'a pas acceptée. Et, lorsque cette acceptation survient, la révocation est rendue impossible. Le même mécanisme est ici organisé mais avec une extension de celui-ci car il est prévu que « le contrat ne peut [alors] être révoqué *ou modifié* avec l'accord du bénéficiaire » (italiques ajoutées).

L'auteur de l'avant-projet doit être en mesure de justifier cette dérogation supplémentaire à la relativité des conventions.

Article 3.55 en projet – Biens

Dès lors que l'article 3.55 en projet définit la notion de « biens » « au sens le plus large », cela laisse entendre que celle-ci peut être appréhendée dans un sens plus étroit (il s'agit vraisemblablement des « choses appropriées »), qu'il conviendrait d'également définir.

Article 3.56 en projet – Fruits et produits : définition

Actuellement, à côté des notions de « fruits » et de « produits », l'on admet également la notion de « produits aménagés en fruits ».

Celle-ci, bien qu'elle soit utilisée par l'article 3.187 en projet, n'est pas définie par l'article 3.56 en projet.

Le dispositif sera complété afin de combler cette lacune.

Article 3.58 en projet – Choses fongibles, choses consomptibles et choses de genre

L'article 3.58 en projet définit notamment les choses fongibles, à savoir celles qui pour l'exécution d'une obligation peuvent être « employées » l'une pour l'autre.

Le texte néerlandais utilise le terme « verwisselbaar ». Il paraît alors plus judicieux de le traduire par « interchangeable ».

Article 3.59 en projet – Biens publics et bien privés

1. L'article 3.59 en projet définit la notion de « domaine public » comme suit :
« les biens qui sont affectés explicitement ou implicitement soit à l'usage de tous, soit à un service public, constituent le domaine public ».
2. Comme le relève le commentaire de l'article, la notion de « domaine public » fait l'objet de controverses quant à son étendue.

La Cour de cassation défend, pour sa part, une conception restrictive de la notion de domaine public dès lors qu'elle y rattache uniquement les biens qui y sont rangés par une loi particulière, ainsi que les biens qui servent indistinctement à l'usage de tous ¹⁵.

¹⁵ Cass., 21 janvier 1926, *Pas.*, 1926, I, p. 187 ; 18 mai 2007, C.06.0086.N, *Rev. not. b.*, 2007, p. 631.

La doctrine majoritaire et le Conseil d'État défendent cependant une conception légèrement plus large, bien que toujours restrictive :

« Suivant une conception doctrinale plus récente inspirée par Marcel Waline¹⁶ et qui a gagné la doctrine belge¹⁷ ainsi que la jurisprudence, la simple affectation à une fin d'utilité publique ne suffit pas. Dans cette optique, un critère rationnel ne peut être trouvé que dans le fondement même de la distinction entre les deux domaines, c'est-à-dire la nécessité de protéger certains biens des pouvoirs publics contre les emprises des tiers parce qu'ils sont indispensables au service public, à l'affectation publique donnée aux biens du domaine public.

Pour Waline, font partie du domaine public les biens dont l'administration a absolument besoin, qu'elle ne pourrait aliéner sans conséquences fâcheuses pour le service public et dont, par suite, elle ne peut être dépossédée sans son consentement formel et réfléchi. On peut donc dire, poursuit Waline, que fait partie du domaine public tout bien d'un pouvoir public qui, soit en raison de sa configuration naturelle (fleuves...), soit en raison d'un aménagement spécial (prison, route, quai d'un port, égout ...), soit en raison de son importance historique ou scientifique (monument historique, statue publique, ruine visitable...), est nécessaire à un service public ou à la satisfaction d'un besoin public et ne saurait en conséquence être remplacé sans inconvénient par aucun autre¹⁸.

Les professeurs belges P. Wigny¹⁹, A. Buttgenbach²⁰, J. Dembour²¹ et M.A. Flamme²² se sont ralliés à cette théorie en la complétant quelque peu, c'est-à-dire en faisant rentrer dans le domaine public :

– non seulement les biens des pouvoirs publics qui sont directement mis ou laissés²³ à l'usage du public ou à une catégorie d'usagers à qui ils sont spécialement destinés (ou qui l'ont été et qui ne peuvent pas être considérés comme désaffectés),

– mais encore ceux qui sont nécessaires à un service public parce qu'ils y sont spécialement adaptés²⁴.

¹⁶ Note de bas de page n° 58 de l'ouvrage cité : M. Waline, Les mutations domaniales, thèse, Dalloz, 1925, p. 25 et 45, pour qui un bien ne peut intégrer le domaine public que s'il est « *particulièrement adapté à un service public ou à la satisfaction d'un besoin public* ».

¹⁷ Note de bas de page n° 59 de l'ouvrage cité : Les professeurs belges suivants se sont ralliés à cette conception : A. Buttgenbach, Cours de droit administratif, 1948, p. 135 ; P. Wigny, Principes généraux de droit administratif, p. 121 ; A. Mast, Droit administratif, 1966, n° 181 ; C. Cambier, Droit administratif, 1968, p. 336.

¹⁸ Note de bas de page n° 60 de l'ouvrage cité : M. Waline, Droit administratif, 1957, n° 1520, p. 817.

¹⁹ Note de bas de page n° 61 de l'ouvrage cité : Dr. adm., 1962, n° 303, p. 221.

²⁰ Note de bas de page n° 62 de l'ouvrage cité : Dr. adm., 1966, n° 388bis.

²¹ Note de bas de page n° 63 de l'ouvrage cité : Dr. adm., 1978, p. 371.

²² Note de bas de page n° 64 de l'ouvrage cité : Dr. adm., Bruylant, 1989, t. II, p. 1030 ; note s. Mons, 17 décembre 1979, A.P.T., 1980, p. 262.

²³ Note de bas de page n° 65 de l'ouvrage cité : Par exemple, un chemin sur propriété privée devenu public par le passage du public (à ce sujet, voir *infra*, livre II, chap. III. La petite voirie).

²⁴ Note de bas de page n° 66 de l'ouvrage cité : Sans cette précision en effet, il faudrait assujettir à un régime exorbitant des encriers et des porteplumes, parce qu'ils sont affectés au service public alors que leur remplacement ne s'expose pas aux perturbations que l'on veut éviter par le recours au régime de la domanialité publique ! C'est donc bien du fait de l'aménagement spécial qu'il a subi en vue du service public que tel bien de

Le Conseil d'État belge a récemment adopté cette définition ²⁵.

Comp. avec l'article L.2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques français, adopté par l'ordonnance du 21 avril 2006, aux termes duquel '*le domaine public d'une personne publique (...) est constitué de biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public*' ²⁶.

Cette conception de la domanialité publique présente plusieurs avantages :

– elle tient compte de la raison d'être du domaine public et du caractère exceptionnel qu'il convient de lui donner. Ainsi, si les immeubles affectés au logement du personnel de la SNCB font en principe indiscutablement partie du domaine privé, il n'en va pas de même de la maison occupée par un garde-barrière ou un chef de gare, dont la présence permanente auprès de la voie est indispensable (parce qu'elle est nécessaire au service public du chemin de fer à proximité immédiate de la voie ferrée).

– souple, elle permet d'adapter le régime de la domanialité aux diverses circonstances de temps et de lieu. Ainsi, des services qui pouvaient autrefois se loger dans n'importe quel immeuble exigent parfois aujourd'hui des aménagements particuliers et doivent, de ce fait, rentrer désormais dans le domaine public (hôpitaux, laboratoires scientifiques, écoles techniques, centrales électriques publiques) » ²⁷.

Une partie minoritaire de la doctrine défend, par contre, une conception extensive du domaine public.

l'administration cesse d'être inclus dans le domaine privé. On retrouve cette conception de la domanialité publique dans certains textes réglementaires : voy. ainsi l'article 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 4 juin 1958 sur les autoroutes : « Outre les chaussées, aires de stationnement et voies d'accès classées comme telles, le domaine de l'autoroute comporte tout le domaine de l'État se trouvant de part et d'autre de la voie et aménagé en fonction des besoins et pour le service de l'autoroute ».

Voir l'article 93 du cahier des charges du Port de Bruxelles arrêté par l'arrêté de l'Exécutif de la Région de Bruxelles-Capitale du 27 mai 1993 : le Port a notamment pour mission « l'affectation des terrains situés le long du canal à des usagers de la voie d'eau pour autant que l'infrastructure portuaire existe ». Voy. aussi C.E. fr., 28 mai 2004, Aéroports de Paris, pourvoi n° 24-1304, qui a rejeté la qualification de domaine public pour des matériels et logiciels qui n'avaient pas fait l'objet d'un aménagement spécial les rendant difficilement remplaçables, mais qui au contraire étaient interchangeables dans leur installation et leur configuration avec ceux utilisés par les personnes privées.

²⁵ Note de bas de page n° 67 de l'ouvrage cité : C.E., 2 avril 2010, n°202.736, ville de Dinant.

²⁶ Note de bas de page n° 68 de l'ouvrage cité : Le bien ne sera donc désormais intégré au domaine public que si la mission de service public l'exige. (Au sujet de ce Code, voir le dossier publié dans A.J.D.A., 2006, pp. 1073-1106, spéc. p. 1090).

²⁷ D. LAGASSE, *Droit administratif spécial*. Les domaines public et privé. La voirie, 23^e édition, Bruxelles, édité à compte d'auteur, 2017, n°s 22 et s. Voir également D. RENDERS et B. GORS, *Les biens de l'administration*, Bruxelles, Bruylant, 2014, n°s 17 à 20.

Ainsi, P. Goffaux propose une définition plus large de la domanialité publique de telle sorte qu'« outre les biens auxquels une disposition législative a reconnu cette qualité, le domaine public comprendrait ainsi non seulement les biens affectés directement à l'usage du public, mais aussi tous les biens affectés à la poursuite d'une mission de service public, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si, par nature ou des aménagements spéciaux, ils sont indispensables ou nécessaires à ce service »²⁸. Il invoque à l'appui de cette thèse diverses décisions des juridictions de l'ordre judiciaire²⁹.

3. Le commentaire de l'article 3.59 expose ce qui suit :

« Les rédacteurs de ce projet estiment qu'au sein d'un titre consacré aux biens doit figurer l'affirmation de la catégorie spécifique des biens du domaine public. Doivent aussi être traitées les conséquences juridiques liées à cette appartenance qui relèvent du droit des biens, qu'il s'agisse d'acquisition originaire ou de constitution de droits d'usage. *Ils n'entendent pas, en revanche, prendre parti dans des controverses qui divisent les spécialistes de droit public.*

La formulation de la définition des biens du domaine public se veut large intentionnellement afin de fusionner en quelque sorte doctrine et jurisprudence sur cette question. Comme expliqué ci-dessus, il a été opté pour la neutralité quant à la question de qui peut être propriétaire d'un bien appartenant au domaine public, en enlevant la précision biens 'des personnes publiques' pour qualifier ce qui constitue le domaine public ; la même attitude neutre a été adoptée quant à l'exigence de 'réalisation' de la destination publique évoquée dans l'arrêt de la Cour de cassation du 17 octobre 2014, interprété de façon diverse en doctrine (voy. Cass., 17 octobre 2014, Arr. Cass., 2014, 2276, Pas., 2014, 2274, APT, 2015, 504, note A. VANDEBURIE, RW, 2015-16, 1065, note N. VAN DAMME). Ainsi, la doctrine spécialisée pourra faire évoluer le texte dans le sens qui lui paraîtra le plus opportun, quant à ces diverses problématiques » (italiques ajoutées).

4. La définition adoptée par l'article 3.59 en projet du Code civil ne permet cependant pas de rencontrer l'objectif de neutralité voulu par l'auteur de l'avant-projet.

En ne précisant pas que le domaine public ne peut comprendre que des biens qui appartiennent à des « personnes publiques », le texte autorise également la prise en compte de biens appartenant à des personnes privées. De même, en se limitant à viser les biens qui sont affectés explicitement ou implicitement à un service public, sans autre précision, l'auteur de l'avant-projet consacre une conception extensive de la notion de « domaine public » qu'il n'appartiendra pas à la jurisprudence de restreindre, vu la clarté du texte. De même, on voit difficilement comment la doctrine serait à même de faire évoluer le texte.

²⁸ P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2^e édition, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 225 à 227.

²⁹ *Ibidem*, voir la note de bas de page n° 490, p. 226.

En l'état, l'auteur de l'avant-projet s'écarte de la conception restrictive actuellement défendue par la majorité de la doctrine et de la jurisprudence. L'octroi du régime particulier qui est lié à la domanialité publique crée une différence de traitement entre les différents propriétaires de biens qui doit pouvoir être justifiée et être proportionnée à l'objectif légitime poursuivi.

Article 3.60 en projet – Caractère résiduel

1. Il conviendrait de préciser l'intitulé de l'article en projet : « Caractère résiduel de la notion de meuble ».
2. Nulle part ne sera non plus mentionnée la notion de meuble incorporel ou par la détermination de la loi, figurant à l'article 529 actuel du Code civil.

Cette lacune devrait être comblée.

Article 3.61 en projet – Immeubles par nature, par incorporation ou par destination : définition

1. Il est renvoyé à l'observation générale n° 3.
2. La définition de la notion d'immeuble par nature, en tant qu'elle fait référence à des volumes, permettra d'appréhender la question devenue sensible de la propriété des volumes.

Cela étant, cette notion de « volume » ne devrait-elle pas elle-même être définie ? Elle ne se concilie en effet pas immédiatement et couramment avec celle d'immeuble et ce, alors qu'elle semble revêtir plusieurs sens : elle a ici le sens de volume qui constitue une partie d'un fonds, alors qu'un sens différent – plus large – existe, qui apparaîtra en matière de superficie, à savoir le volume construit ou le volume d'air (voir l'article 3.192 en projet). Il existe donc un risque d'incohérence à utiliser cette notion nouvelle dans des contextes différents et tels que son objet est également variable.

Dès lors que l'intention de l'auteur de l'avant-projet paraît être de viser dorénavant non seulement les volumes incorporés au fonds mais également les volumes d'air se trouvant au-dessus du fonds, la référence aux différents volumes composant les fonds de terre à l'article 3.61, alinéa 1^{er}, tel qu'il est rédigé, en projet ne traduit pas cette intention.

La mise en œuvre pratique de la référence ainsi faite à des volumes déterminés en trois dimensions pose question au regard du régime actuel de la propriété et de la publicité foncière, basé notamment sur des matrices cadastrales, parcelles, etc., qui relèvent de l'idée de surface, en théorie et en pratique. Ces concepts se réfèrent donc à deux dimensions et non au volume, en trois dimensions.

Il convient dès lors de vérifier si une réforme préalable de la publicité foncière ne s'impose pas au regard de cette nouvelle logique tridimensionnelle.

3. Le critère de l'immeuble par incorporation semble être celui de la perte d'individualité³⁰.

La question se pose de savoir si la notion d'immeuble par incorporation ne devrait pas être définie plus précisément. On sait en effet qu'après une longue évolution jurisprudentielle et de nombreuses analyses doctrinales, la notion actuelle d'incorporation est celle de l'incorporation « durable et habituelle », qui peut être réversible et se produire mais uniquement si le bien meuble incorporé peut être séparé de sa base immobilière, sans dommage.

L'auteur de l'avant-projet entend-il se départir de cette jurisprudence par le recours à un critère de « perte d'individualité » qui, *a priori*, semble avoir une portée plus générale ?

Le dispositif ou, le cas échéant, le commentaire de l'article, sera complété à cet égard.

Article 3.63 en projet – Immeubles par leur objet

L'article 3.63 en projet définit la catégorie classique d'immeubles par leur objet, immeubles incorporels donc, en ce compris « les droits et actions personnels permettant d'acquérir ou de réacquérir un immeuble ».

Le terme « réacquérir » paraît superflu dès lors que le terme « acquérir » est en effet suffisant pour viser toutes les hypothèses.

Article 3.64 en projet – Définition

1. La formulation de la définition qui est proposée par l'article 3.64 en projet devrait être revue afin d'être présentée sous la forme d'une véritable définition et pas uniquement sous l'angle des pouvoirs que confère le droit de propriété.

2. L'article 3.64 en projet précise que le propriétaire a la plénitude des prérogatives, « sous réserve des restrictions imposées par les lois, les règlements ou par les droits de tiers ».

³⁰ Il est renvoyé sur ce point à l'observation générale n° 3.

Le commentaire de l'article 3.64 en projet précise ce qui suit sur ce point :

« Les 'droits de tiers' renvoient à tous les droits que peuvent avoir les tiers sur le bien d'autrui. Sont ainsi visés, notamment, la clause d'inaliénabilité, les droits d'usage personnels et, dans les limites du principe du *numerus clausus*, les droits réels d'usage auxquels s'est engagé le propriétaire en faveur d'un tiers. Les tiers englobent non seulement les personnes qui ont un lien contractuel avec le propriétaire (locataire, emphytéose, usufruitier, titulaire d'une servitude, emprunteur, superficiaire, etc.), mais également les tiers avec lesquels il n'a aucun lien juridique (autorités, voisins, etc.) ».

La référence aux restrictions imposées par les lois et règlements, ainsi que le droit commun actuel permet donc déjà pleinement de faire respecter les droits des tiers dans le cadre de mécanismes de droit de la responsabilité (abus de droit notamment), de fraude aux droits des tiers et sur la base du régime des autres droits réels.

La référence qui est ainsi faite aux « droits de tiers » est donc inutile.

3. On n'aperçoit pas clairement quelle est la distinction qu'il convient de faire entre le droit d'« usage » et le droit de « jouissance », qui sont tous deux visés par la définition du droit de propriété. Cela risque, du reste, d'impliquer une certaine confusion avec les autres droits réels organisés par le livre 3, qui sont qualifiés de « droit d'usage ».

À l'heure actuelle, l'article 544 du Code civil recourt uniquement à la notion de droit de jouissance afin d'englober tant l'usage que le droit aux fruits.

Une comparaison peut être faite à ce sujet avec la définition donnée à l'usufruit par l'article 3.153 en projet, en tant que droit conférant à son titulaire « le droit temporaire à l'usage et à la jouissance [...] d'un bien ». Pour bien distinguer la propriété de l'usufruit, il conviendrait de reprendre le caractère perpétuel de la propriété dans sa définition.

4. Le droit de propriété est, par ailleurs, limité au « droit d'user directement de ce qui fait l'objet de son droit ».

Or, à l'heure actuelle, il est admis que le droit de propriété confère les pouvoirs les plus larges à son titulaire et que celui-ci dispose non seulement du droit d'user directement de ce qui fait l'objet du droit mais également indirectement³¹. La définition en projet du « droit de propriété » au sein du Code civil est, du reste, sans préjudice des garanties consacrées par l'article 16 de la Constitution, ainsi que par l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme.

Par conséquent, le terme « directement » sera supprimé.

³¹ P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, tome 1, Biens et propriétés, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 96.

Article 3.65 en projet – Actions du propriétaire

L'article en projet contient un deuxième alinéa, prévoyant que « [l]e droit de propriété et les actions qui sanctionnent ce droit ne s'éteignent pas par le non-usage ».

Il serait utile de préciser que ce principe relève de l'ordre public, ainsi que la Cour de cassation l'a fait dans un arrêt du 4 octobre 2012 (C. 11.0686.F/1).

Article 3.66 en projet – Preuve de la propriété

1. Le texte français de l'article 3.66 en projet fait référence à une preuve par « tous moyens » de droit.

Il semble plus judicieux de traduire « middelen » non pas littéralement mais par « toutes voies de droit ».

2. L'article 3.66 en projet prévoit une hiérarchisation des modes de preuve du droit de propriété.

Le commentaire de cet article précise ce qui suit :

« Il va de soi que ces règles de preuve ne peuvent être utilisées pour contrecarrer les règles de preuve en matière d'actes juridiques. [...] Il s'agit uniquement du conflit de propriété entre deux personnes qui affirment toutes les deux, indépendamment l'une de l'autre – et sans être tenues par un acte juridique – être propriétaire d'un même bien. La disposition tente d'établir une hiérarchie entre les indices du droit de propriété pour apporter – en cas de conflit entre deux prétentions à la propriété – la meilleure preuve de la propriété ».

La section de législation n'aperçoit cependant pas l'utilité de cette disposition. Il va de soi qu'un titre juridique établissant un droit de propriété ne vaudra que dans la mesure où son contradicteur ne pourra pas faire valoir un mode originaire d'acquisition de la propriété de nature à porter atteinte à la légalité du titre juridique ou à vider celui-ci de sa portée et que, à défaut d'autres preuves, le juge et les parties devront s'en remettre aux règles de la possession.

Article 3.67 en projet – Expropriation et limitations de la propriété

Compte tenu notamment du niveau hiérarchique qu'occupent l'article 16 de la Constitution et l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, il n'est pas indiqué que la disposition à l'examen se réfère à ces normes supérieures.

Cela est d'autant moins opportun que cela jette un doute quant à l'exact statut juridique des règles et principes déduits de ces dispositions supérieures.

L'article 3.67 en projet sera omis.

Article 3.68 en projet – Limitations au pouvoir de disposition

L'article 3.68 en projet correspond aux principes généralement appliqués par la doctrine et la jurisprudence.

Le fait de prévoir dans le Code civil la règle en la matière – à savoir le fait que toute limitation doit être limitée dans le temps, et répondre à un intérêt légitime – paraît opportune.

La question se pose de savoir si cet article ne devrait pas être revêtu expressément d'un caractère impératif ou même d'ordre public, vu son importance.

Article 3.69 en projet – Propriété des fruits et produits

Il est prévu par l'article 3.69 en projet que le propriétaire a droit aux fruits et produits, sans porter atteinte à ceux des tiers, « dont ceux visés à l'article 3.29 », lequel régit le droit du possesseur, en particulier de bonne foi.

On peut se demander pourquoi cet important droit lié à la propriété n'est pas mentionné dans la définition même de la propriété. S'il est lié à la jouissance d'un bien, cette dernière peut comprendre le droit de percevoir les fruits, ce qui est moins – voire pas – le cas d'un droit d'« usage ».

Article 3.70 en projet – Règle générale relative à l'accession

L'article de départ que constitue l'article 3.70 en projet organise de façon générale un mécanisme d'accession, qui implique la notion de « composante inhérente ».

À cet égard, il est renvoyé à l'observation générale n° 3 formulée à ce sujet.

Article 3.71 en projet – Transformation et acquisition originaire de la propriété

1. L'article 3.71, alinéa 2, en projet prévoit une indemnisation du propriétaire du bien initial « soit en application du contrat, soit en vertu de l'interdiction de l'enrichissement injustifié ».

La section de législation ne comprend pas la référence qui est ainsi faite au contrat.

À l'évidence, dans le respect du principe de convention-loi, la transformation d'un bien meuble qui résulterait de la mise en œuvre d'un contrat d'entreprise ou de toute autre convention témoignant de la planification de la transformation d'un bien avec accord des parties ne pourrait conduire à l'application de l'article 3.71 en projet. Cela porterait, du reste, une atteinte disproportionnée au droit de propriété. Le commentaire de l'article ne fait d'ailleurs référence qu'au mécanisme de l'enrichissement injustifié.

2. En outre, le régime d'indemnisation du propriétaire du bien initial, toujours dans le cadre de l'alinéa 2 de la disposition, à concurrence soit de ce qui est prévu par le contrat, soit « en vertu de l'interdiction de l'enrichissement injustifié », implique un traitement moins favorable du propriétaire du bien que ce qui est actuellement prévu dans le cadre de l'article 566 du Code civil, lequel prévoit une indemnisation impliquant « de payer à l'autre la valeur de la chose qui a été unie ».

L'auteur de l'avant-projet devrait revoir le système d'indemnisation à la lumière de cette disposition actuelle du Code civil, *a fortiori* lorsque la personne qui a procédé à la transformation est de mauvaise foi (ce qui devrait exclure également toute indemnisation lorsqu'il a transformé le bien au détriment de son propriétaire actuel) et ce, sans préjudice de l'application des règles de la responsabilité extra-contractuelle.

3. Le dispositif sera revu au regard de ces observations.

Article 3.72 en projet – Accession mobilière et acquisition originaire de la propriété

Le mécanisme d'accession mobilière repose sur la notion de « composante inhérente ».

Il est renvoyé à cet égard à l'observation générale n° 3.

Article 3.73 en projet – Choses corporelles trouvées : obligations

Article 3.74 en projet – Choses corporelles trouvées : acquisition originaire de la propriété

1. Les articles 3.73 et 3.74 en projet s'inspirent de la loi du 30 décembre 1975 'concernant les biens trouvés en dehors des propriétés privées ou mis sur la voie publique en exécution de jugements d'expulsion'.

Ils ne font cependant plus état des obligations des communes en lien avec les biens qui ont été enlevés dès lors qu'ils constituaient une entrave à la sécurité ou à la commodité du passage dans les rues, quais, places et voies publiques ou mis sur la voie publique en exécution des jugements d'expulsion.

L'auteur de l'avant-projet vérifiera qu'il ne crée pas ainsi un vide juridique.

2. Tout comme les dispositions actuelles, l'article 3.73 en projet prévoit la possibilité, pour le trouveur ou la commune, de vendre le bien trouvé passé un délai de six mois (ou un délai moindre en cas de denrée périssable ou encore un délai de trois mois pour les bicyclettes). Cependant, à la différence des dispositions actuelles, l'acquisition de la propriété n'aura lieu qu'après un délai de cinq ans. L'article 3.73 en projet autorise donc la vente d'un bien par une personne n'en étant pas le propriétaire. Ce faisant, l'avant-projet met en place un mécanisme qui est en totale contradiction avec le concept même de la vente et de la relativité des contrats.

3. L'article 3.74, § 4, en projet prévoit l'octroi d'une « récompense raisonnable » au vu des circonstances en faveur du trouveur qui ne deviendrait pas propriétaire et qui aurait rempli les obligations qui reposent sur lui.

Cette disposition devrait préciser que c'est le propriétaire du bien trouvé qui sera tenu d'une telle obligation de récompense. En outre, la notion de « récompense raisonnable suivant les circonstances » est trop imprécise que pour permettre le minimum de sécurité juridique requis.

4. Alors qu'en vertu de l'article 3.27 en projet, un possesseur de mauvaise foi – qui devra du reste justifier d'une possession utile et donc, notamment, publique et non équivoque – ne bénéficie de la prescription acquisitive qu'à l'issue d'un délai de trente ans, l'article 3.74 en projet prévoit une acquisition après un délai de cinq ans, que le possesseur soit de bonne ou de mauvaise foi.

Le commentaire de l'article justifie cela comme suit :

« Il s'agit ici d'un cas particulier d'une chose trouvée et non volée, ni recelée, pour laquelle le possesseur a réalisé toutes les démarches que la loi lui imposait afin d'assurer la transparence de son acquisition ».

La notion de « vol » relève cependant de l'article 461 du Code pénal, qui prévoit ce qui suit :

« Quiconque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas, est coupable de vol. Est assimilé au vol le fait de soustraire frauduleusement la chose d'autrui en vue d'un usage momentané ».

C'est donc l'intention du « trouveur », au vu des circonstances de la cause, qui sera déterminante pour qualifier la situation de vol ou de perte. Il ne peut être exclu qu'un bien soit trouvé par une personne connaissant l'identité du propriétaire de ce bien sans que celle-ci ne révèle cependant cette information à la commune. À cet égard, nonobstant l'accomplissement des démarches administratives requises par l'article 3.73 en projet, un trouveur de mauvaise foi devrait pouvoir être poursuivi pour vol en cas d'intention frauduleuse. Le risque existe du reste que ce mécanisme soit instrumentalisé par des voleurs souhaitant blanchir leur méfait *a posteriori*.

5. Le dispositif sera revu au regard de l'ensemble de ces observations.

Article 3.76 en projet – Étendue horizontale de la propriété foncière

1. À l'article 3.76, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet ³², l'utilisation du terme « extrême » ne paraît pas justifiée. À défaut d'explication pertinente, ce terme sera omis.
2. Une observation similaire à celle, n° 2, formulée sous l'article 3.66 en projet, concernant la hiérarchisation des modes de preuve des limites de la propriété foncière, peut être faite.

Article 3.77 en projet – Empiètement

1. En ce qui concerne l'utilisation du concept de « composante inhérente », il est renvoyé à l'observation générale n° 3 formulée à ce sujet.
2. La référence faite par l'article 3.77, § 1^{er}, alinéa 2, en projet à l'existence d'un titre légal ou contractuel est insuffisante.

Il convient de préciser qu'il doit s'agir d'un titre légal ou contractuel autorisant l'empiètement et, en ce qui concerne le titre contractuel, émanant d'une personne susceptible d'octroyer une telle autorisation, dans le respect du principe de la relativité des conventions.

3. À l'article 3.77, § 2, en projet, il convient de préciser sur quelle base s'effectuera le dédommagement prévu en tenant compte, à cet égard, de la protection accordée au droit de propriété par l'article 16 de la Constitution et l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme.
4. Les notions de « bonne foi » et de mauvaise foi » doivent être définies. La question se pose de savoir si la personne détentricice d'un titre faisant théoriquement obstacle à l'empiètement, qui a néanmoins procédé à celui-ci, selon les critères généraux de la bonne foi, peut encore être considérée, dans ce contexte, comme étant de bonne foi pour l'application de la disposition à l'examen.

Si l'auteur de l'avant-projet considère qu'une précision générale de la bonne foi est difficile à établir dans le dispositif, il devrait à tout le moins consacrer à cette question des développements plus importants dans l'exposé des motifs en les illustrant d'exemples significatifs.

³² À la fin de cet alinéa 1^{er}, mieux vaudrait écrire : « mais ce dans le respect des droits des tiers ».

5. En ce qui concerne l'article 3.77, § 2, en projet le commentaire de l'article précise ce qui suit :

« 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 limites, 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 ».

Conformément à l'intention ainsi exprimée par l'auteur de l'avant-projet, l'article 3.77 en projet constitue une application pratique de l'abus de droit qui, aux termes de l'article 5.7 en projet du nouveau Code civil, devrait désormais être défini comme suit :

« Art. 5.7. Prohibition de l'abus de droit

§ 1^{er}. Nul ne peut abuser de son droit.

§ 2. Commet un abus de droit celui qui l'exerce d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances.

§ 3. La sanction d'un tel abus consiste en la réduction du droit à son usage normal, sans préjudice de la réparation du dommage que l'abus a causé »³³.

Cet article vise à consacrer la jurisprudence sur l'abus de droit, qui implique une mise en balance précise des intérêts en présence, rendue possible grâce à l'application de différents critères dégagés par la jurisprudence de la Cour de cassation, à savoir :

1° l'intention exclusive de nuire³⁴ ou l'absence d'intérêt raisonnable ou légitime³⁵ ;

2° le fait qu'entre différentes façons d'exercer son droit avec la même utilité, il n'est pas permis de choisir celle qui serait dommageable³⁶ ;

3° lorsque le préjudice causé est sans proportion avec l'avantage recherché ou obtenu par le titulaire du droit³⁷, étant admis que, dans l'appréciation des intérêts en présence, le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de la cause³⁸.

³³ Avant-projet de loi 'portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 5 « Les obligations »', sur lequel le Conseil d'État a donné, 23 mai 2018, l'avis n° 63.268/2.

³⁴ Cass., 12 juillet 1917, *Pas.* 1918, I, p. 65 ; Cass. 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 28

³⁵ Cass., 30 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 475.

³⁶ Cass., 12 juillet 1917, *Pas.* 1918, I, p. 65. Voir également Cass., 16 janvier 1986, *Pas.* 1987, I, p. 602.

³⁷ Cass., 17 février 2012, *Larcier Cass.*, 2012, p. 122. Ce critère a été dégagé par l'arrêt de la Cour de cassation du 10 septembre 1971 en ces termes : « le fait qu'il n'y aurait pas de commune mesure entre le préjudice que la démolition occasionnerait [aux personnes à l'origine de l'empiètement] et l'avantage qu'elle procurerait [aux personnes victimes de l'empiètement] » (Cass. 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 28 ; Cass., RG 8429, 19 octobre 1989).

Afin que le caractère abusif de la situation ressorte clairement des hypothèses envisagées au sein de l'article 3.77, § 2, en projet, il conviendrait de se référer expressément à la notion d'« abus de droit » ou à l'article 5.7 en projet du nouveau Code civil.

6. L'article 3.77 en projet sera revu à la lumière de ces observations, vu spécialement l'enjeu que ces questions représentent au regard de l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 16 de la Constitution, interprété à la lumière de cette disposition conventionnelle.

Article 3.78 en projet – Étendue verticale de la propriété foncière

1. L'article 3.78 en projet prévoit que le propriétaire d'un fonds ne peut s'opposer à un usage par un tiers à une hauteur ou une profondeur à laquelle il ne pourrait raisonnablement exercer sa prérogative d'usage, « vu la destination et la situation du fonds ».

Ces termes paraissent figer l'étendue de la propriété au regard de la destination conférée au fonds à un moment donné. Il ne peut cependant pas être exclu que la destination d'un fonds vienne à évoluer au regard des découvertes faites quant à la nature des volumes se situant au-dessus ou au-dessous du sol ou encore pour d'autres motifs.

Tel que rédigé, le dispositif pourrait par exemple aboutir à priver le propriétaire d'une habitation familiale du droit d'exploiter une mine ou une carrière qui viendrait à être découverte par la suite dans le sous-sol de son fonds. Une telle restriction paraît disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

2. Par ailleurs, l'usage auquel pourrait ainsi prétendre un tiers n'est pas non plus encadré avec suffisamment de précision. De quel usage s'agit-il ? Sur quelle base celui-ci se fonderait-il ?

3. L'alinéa suivant prévoit que le propriétaire peut, conformément à la loi, réaliser des ouvrages ou des plantations sur, au-dessus ou en dessous du fonds.

Une importante dérogation est prévue dans les deux alinéas qui suivent, au profit de « [...] la propriété d'un réseau de câbles ou de conduites et d'équipements y associés, destiné au transport de substances solides, liquides ou gazeuses, de l'énergie ou de télécommunications, installé sur, au-dessus ou en dessous d'un fonds ou dans un bâtiment », qui appartient « [...] à l'installateur compétent de ce réseau ou à son ayant droit ».

³⁸ Cass., 9 mars 2009, *J.T.*, 2009, p. 392 ; Cass. 30 janvier 2003, *Pas.* I, p. 227.

L'atteinte à la propriété qui est ainsi accordée ne peut se justifier que dans le cadre d'une servitude légale d'utilité publique impliquant, dès lors, un réseau participant à la fourniture d'un service public, servitude dont la création relève de la compétence de chaque niveau de pouvoir (fédéral, régional ou communautaire) au sein de la Belgique fédérale.

4. Le dispositif sera revu au regard de ces observations.

Article 3.79 en projet – Accession immobilière artificielle

1. Le texte serait plus logiquement rédigé si, au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, et au paragraphe 2, les mots « du fonds d'autrui » étaient remplacés par les mots « d'un fonds ».
2. L'article 3.79 en projet opère une distinction entre le tiers de « mauvaise foi » et celui qui est de « bonne foi ».

Dans un souci de sécurité juridique, il convient de définir ces notions. L'article 550 actuel du Code civil se réfère pour sa part clairement à la notion de « possesseur de bonne foi » pour ce qui concerne la règle spéciale qu'il énonce, la règle générale s'appliquant quant à elle à toute personne autre que le possesseur de bonne foi.

3. L'article 3.79 en projet ne précise pas véritablement le critère permettant d'appliquer le mécanisme mis en place, se bornant à se référer à des ouvrages ou plantations « indépendants », sans plus de précision.

Ce qualificatif semble impliquer que les ouvrages en question peuvent être séparés. Il n'est cependant pas précisé si une telle séparation pourrait ou non se faire moyennant un possible endommagement desdits ouvrages ou de la base immobilière. Actuellement ce n'est pas le cas.

Par conséquent, il conviendrait que le texte se prononce de manière claire sur ce point.

4. La question du rapport entre la théorie des impenses et l'accession se pose également. À l'heure actuelle, la théorie des impenses s'applique à des ouvrages ou modifications qui ne sont pas susceptibles d'enlèvement, tandis que l'accession s'applique à des ouvrages qui sont susceptibles d'enlèvement sans dommage pour le bien ainsi enlevé ou pour sa base immobilière.

L'auteur de l'avant-projet doit dès lors se prononcer expressément sur la question de savoir si la théorie des impenses continue à exister.

5. L'article 555 du Code civil posait également une importante question : s'applique-t-il ou non au locataire, en tant que « tiers », ce qui normalement n'est pas le cas mais qui a donné lieu à une réponse finalement positive de la Cour de cassation par un arrêt du 31 mai 2012³⁹. L'article 3.79, § 4, en projet devrait prendre clairement position à cet égard et préciser si le tiers de bonne foi peut être un détenteur du bien en vertu d'un titre contractuel ou autre, notamment donc un locataire.

Il est vrai que le dispositif prévoit que, lorsque le tiers est de bonne foi et que le propriétaire du fonds ne demande pas l'enlèvement, le tiers a droit à une indemnisation sur la base de l'enrichissement injustifié, s'il a réalisé « ces ouvrages ou plantations pour son propre compte, sans titre légal ou contractuel ». On peut dès lors se demander si ces termes visent à exclure la prise en considération du locataire. Dans l'affirmative, la question se poserait encore de savoir quelle serait la règle qui serait alors applicable au locataire.

Article 3.81 en projet – Biens immeubles sans maître : acquisition originaire de la propriété par l'État

1. L'article 3.81 en projet aborde la situation des immeubles sans maître. Il conviendrait que les dispositions en projet en matière de biens établissent un lien avec cet article.

2. Il convient de préciser la nature de cette acquisition originaire : s'agit-il d'une prescription – réalisée moyennant l'écoulement d'un certain délai – ou d'une acquisition immédiate à caractère exceptionnel en raison de la nature sans maître du bien immeuble concerné ?

3. La fin de l'article en projet se réfère, dans sa version française, à des obligations, dépréciations ou dégradations « liées » à des biens immeubles et, dans sa version néerlandaise, à des obligations, dépréciations ou dégradations « verbonden aan » des biens immeubles. L'utilisation, dans la version française, des mots « relatives au » et, dans la version néerlandaise, des mots « die verband houden met » serait sans doute plus heureuse.

4. Le dispositif sera revu au regard de ces observations.

Article 3.82 en projet – Simples tolérances du propriétaire

1. Le paragraphe 1^{er} porte sur la situation des animaux et des choses se trouvant involontairement « sur un immeuble voisin ».

³⁹ Cass., 31 mai 2012, *Pas.*, 2012, I, p. 1227.

Il paraîtrait plus adéquat plus judicieux d'écrire « sur un fonds ou immeuble voisin ».

2. Il conviendrait de préciser les travaux de construction ou de réparation dont il est question au paragraphe 2, en tout cas quant au fait que ces travaux doivent être exécutés sur le fonds ou l'immeuble du voisin demandant l'accès.

Le droit qui est ainsi accordé gagnerait à être encadré par le biais d'une procédure encadrant la demande fondée sur l'article 3.82, § 2, en projet.

Article 3.83 en projet – Définition

Article 3.84 en projet – Part indivise

1. L'article 3.83 en projet prévoit qu'il y a copropriété

« lorsque différentes personnes sont titulaires sur un même bien ou ensemble de biens d'un droit de propriété, sans que l'une d'elles puisse faire valoir un droit exclusif sur une partie déterminée ».

Il conviendrait de compléter cette phrase par les termes « du bien ou de l'ensemble de biens ».

2. Si le nouvel article 3.83 en projet définit la notion de « copropriété », la notion plus générale d'« indivision » n'est quant à elle pas définie, alors qu'elle existe indiscutablement en droit des biens. Il s'agit de la situation où plusieurs sujets de droit sont titulaires d'un même droit réel d'usage et pas seulement d'un droit de propriété.

Il conviendrait que cette notion soit définie avant celle de « copropriété ». La question se pose de savoir si les principes généraux gouvernant la copropriété s'appliqueront à l'indivision.

On verra d'ailleurs apparaître la notion de part indivise dans l'article 3.84 en projet. Il serait intéressant que cette notion soit appréhendée au regard de la notion plus générale d'« indivision ».

Article 3.86 en projet – Usage matériel et jouissance

L'article 3.86 en projet énonce un principe de limitation de l'usage matériel et de la jouissance par chaque copropriétaire conformément à la destination du bien. Il est ajouté que cet usage et cette jouissance ne peuvent pas excéder la part proportionnelle du copropriétaire.

La section de législation s'interroge sur la pertinence de cette règle. Il semble plus adéquat de parler d'un droit de jouissance complet en indivision moyennant le respect de la destination du bien et les droits concurrents des autres copropriétaires.

Le dispositif sera précisé ou reformulé.

Article 3.88 en projet – Administration et disposition

L'article 3.88 en projet devrait préciser la sanction du non-respect de la règle de l'unanimité, à savoir l'inopposabilité, ainsi que le fait que les tiers à la copropriété concernée ne peuvent pas soulever la sanction déduite du non-respect de la règle, en s'inspirant sur ces deux points de la jurisprudence de la Cour de cassation de ces dernières décennies ⁴⁰.

Article 3.90 en projet – Partage

Il conviendrait de renvoyer aux dispositions applicables en matière de successions pour fixer les modalités exactes du partage (partage en nature en principe, et en licitation par exception ; application du principe de l'effet déclaratif du partage, etc.).

Cette importante lacune doit être comblée car le droit au partage énoncé dans son principe est inopérant sans fixation de ses modalités précises.

Article 3.91 en projet – Dispositions applicables

Ne conviendrait-il pas préalablement de définir ce qu'est la « copropriété volontaire » et d'y inclure notamment les clauses d'accroissement et de tontine, qui sont visées d'ailleurs plus loin, à l'article 3.92, *in fine*, en projet, qui exclut l'application du mécanisme du partage à leur égard ?

Article 3.92 en projet – Extinction

1. L'alinéa 2 en projet régit la copropriété volontaire à durée déterminée, sur le plan de son opposabilité, en prévoyant à juste titre, d'une part, la nécessité d'une transcription si les immeubles sont concernés et, d'autre part, une durée maximale de cinq ans.

Il conviendrait de préciser que cette durée est impérative.

⁴⁰ Cass., 4 décembre 1941, *Pas.*, 1941, I, p. 443 ; 20 novembre 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 284 ; 9 juin 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1158 ; et 5 octobre 1989, *R.W.*, 1989-1990, col. 1291.

2. L'alinéa 3 en projet envisage ensuite l'importante situation de la copropriété volontaire créée pour une durée indéterminée. Pour celle-ci, il est prévu que chaque copropriétaire « peut, nonobstant clause contraire ⁴¹ », résilier le contrat moyennant un délai raisonnable. La notion de « délai raisonnable » est peu précise et ce, d'autant plus qu'aucun délai minimum n'est prévu. Ne serait-il pas judicieux de laisser à l'autonomie de la volonté le soin de prévoir également un délai de maximum cinq ans. L'auteur de l'avant-projet doit être en mesure de justifier, au regard du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, le fait que cette possibilité existe pour la copropriété volontaire à durée déterminée, alors qu'elle n'existe apparemment pas – et est même exclue – à l'égard de la copropriété volontaire à durée indéterminée. Un juge pourrait parfaitement décider qu'au bout de trois ans, et moyennant un préavis de six mois, il pourrait être mis fin à une telle copropriété dans le cadre d'un délai « raisonnable ».

Il en est d'autant plus ainsi que le même droit existe dans le chef des créanciers des indivisaires. Il est en effet prévu qu'

« Un créancier des indivisaires peut demander en justice qu'il soit mis fin à la copropriété volontaire à durée indéterminée aux mêmes conditions ».

Cette disposition risque d'être source d'une grande insécurité juridique et pratique pour les copropriétés volontaires conclues à durée indéterminée. Il conviendrait de prévoir que les créanciers n'ont pas davantage de droits que les indivisaires.

3. L'article 3.92 en projet pose la question de la validité des conditions résolutoires qui seraient insérées par les parties dans leurs conventions de copropriété volontaire, ainsi que la question essentielle des conséquences de la fin de la copropriété volontaire. Il en résultera un partage mais la question se pose de savoir quelles modalités régiront ce partage.

Beaucoup d'opérations de tontine ou d'accroissement sont réalisées non pas seulement en pleine propriété mais aussi en usufruit et en nue-propriété. Qu'en est-il du sort de ces opérations par rapport à d'éventuelles demandes de sortie ou de partage de biens ? Logiquement, il faudrait considérer qu'il n'y a pas lieu à partage car ces situations n'engendrent pas à proprement parler une copropriété.

De façon encore plus générale, on pourrait d'ailleurs se demander ce qu'il en est des situations d'indivision volontaire faisant intervenir d'autres droits de la copropriété. Logiquement, l'interdiction du partage immédiat devrait également s'y appliquer.

Il conviendrait cependant que l'auteur de l'avant-projet se prononce explicitement sur ce point.

⁴¹ L'utilisation des termes « toute clause contraire » serait plus heureuse.

4. Quoi qu'il en soit, à l'alinéa 4, première phrase, il serait plus clair d'écrire « À défaut d'accord entre les copropriétaires ».
5. Il y a lieu de préciser si le délai de maximum cinq ans vise ou non à exclure le renouvellement d'un contrat de copropriété, ce qui est actuellement possible en vertu de l'article 815, alinéa 2, du Code civil.
6. Le dispositif sera revu au regard de ces observations.

Article 3.93 en projet – Définition

La copropriété forcée est définie comme suit :

« toute forme de copropriété ou le bien indivis doit être en copropriété en raison de sa fonction de sa destination. C'est notamment le cas si ce bien est l'accessoire d'un bien privatif de chacun des copropriétaires. Toutefois, la clôture mitoyenne est soumise aux règles particulières du Titre 5, Sous-titre 2 ».

Cette définition pose question en ce qu'elle fait intervenir ici la notion d'« accessoire ». Il semble qu'ici cette notion doit être entendue au sens courant du terme et non au sens technique tel que réglé par l'article 3.9 en projet.

Dans un souci de sécurité juridique, cela sera précisé.

Article 3.97 en projet – Travaux de modification

1. La section de législation n'aperçoit pas ce qui distingue le dispositif du paragraphe 1^{er} de celui du paragraphe 2, alinéa 1^{er}.

Dans le paragraphe 2, il y a lieu d'éviter que la disposition se réfère notamment à elle-même.

2. Le paragraphe 1^{er} de l'article 3.97 en projet prévoit qu'il est loisible à chacun des copropriétaires « de modifier à ses frais le bien indivis, pourvu qu'il n'en change pas la destination et qu'il ne nuise pas aux droits des autres copropriétaires ».

Ce droit de modification pourrait avoir des conséquences importantes en pratique. Il paraît difficilement conciliable avec la règle de l'unanimité.

3. La procédure organisée à l'article 3.97, § 2, alinéa 2, en projet ne concerne que la modification unilatérale de la chose commune. Par conséquent, le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, ainsi que le principe de proportionnalité, imposent de prévoir à tout le moins une procédure d'information préalable des autres copropriétaires, avec la possibilité pour eux de contester les travaux de modification qui, au stade actuel de la

rédaction de l'article en projet, dépendent de la simple décision unilatérale d'un copropriétaire.

4. En ce qui concerne le paragraphe 2, il est renvoyé à l'observation formulée sous les articles 3.99 à 3.110 en projet.

Article 3.98 en projet – Restrictions au partage

L'article 3.98 en projet prévoit que les biens en copropriété forcée

« ne sont sujets à partage qu'avec l'accord de l'ensemble des copropriétaires, à moins qu'ils aient perdu toute utilité, même future ou potentielle, par rapport aux biens dont ils sont l'accessoire ».

Cet article semble donc prévoir à titre de principe une décision à l'unanimité et par exception une possibilité de demander le partage, sans application de la règle de l'unanimité.

La fin de l'article en projet devrait toutefois être plus précise : signifie-t-elle qu'un seul copropriétaire peut demander le partage sans consulter les autres ? Il semble qu'il faille répondre positivement à cette question, dont le sort mériterait d'être précisé.

Articles 3.99 à 3.110 en projet

Les articles 3.97 et 3.99 à 3.110 en projet du Code civil sont identiques à ceux issus de la toute récente réforme de la copropriété opérée par la loi du 18 juin 2018 'portant dispositions diverses en matière de droit civil et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges'.

Le projet ayant abouti à cette loi a fait l'objet d'un avis n° 61.997/2 de la section de législation⁴². Certaines modifications ont été apportées à l'avant-projet de loi afin de tenir compte de celui-ci. Pour le surplus, la section de législation renvoie à l'avis n° 61.997/2.

Article 3.116 en projet – Troubles anormaux de voisinage

1. Par l'usage du verbe « doit » au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, seconde phrase, et des termes « droits et obligations » au paragraphe 3, alinéa 1^{er}, l'auteur de l'avant-projet emploie une terminologie qui a pour conséquence que, si l'on considère qu'il y a un

⁴² Avis n° 61.997/2 donné le 4 octobre 2017 sur le projet devenu la loi du 18 juin 2018 'portant dispositions diverses en matière civile et des dispositions en vue de promouvoir des formes alternatives de résolution des litiges' (*Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 2919/001).

manquement à une obligation, cela pourrait être interprété comme exigeant l'existence d'une faute, ce qui marquerait un retour en arrière conséquent sur la jurisprudence en la matière quant au fondement de la théorie des troubles de voisinage, ce qui n'est, de toute évidence, pas l'intention de l'auteur de l'avant-projet. Cette terminologie pourrait être remplacée par une référence aux « éléments constitutifs essentiels de la responsabilité sans faute ».

2. Tout comme l'article 3.64 en projet, l'article 3.116 en projet hésite entre « droit d'usage » et « droit de jouissance ».

Il est renvoyé à cet égard à l'observation n° 3 formulée sous l'article 3.64 en projet.

3. L'utilisation du terme « infligeant » dans le texte français est trop forte quant à la forme et ne constitue pas une traduction adéquate de « opleggen » en néerlandais, qui est plus abstrait. Cette formulation pourrait donner l'impression que la théorie des troubles de voisinage découle d'un comportement fautif, ce qui n'est plus le cas depuis les grands arrêts de la Cour de cassation d'avril 1960. Telle n'est manifestement pas l'intention de l'auteur de l'avant-projet.

La formulation « en ne causant pas à son voisin un trouble » permettrait de mieux refléter dans le texte français la condition d'imputabilité du trouble. En ce qui concerne le texte néerlandais, on pourrait opter pour « door voor de buur geen hinder te veroorzaken ».

4. À l'alinéa 2 du paragraphe 1^{er}, dans le contexte de troubles résultant de travaux publics, il convient de préciser que l'on vise la préoccupation « collective » car la préoccupation individuelle n'est pas prise en considération, conformément à la doctrine et la jurisprudence classiques.

5. Toujours dans l'alinéa 2 du paragraphe 1^{er}, dans le contexte de troubles résultant de travaux publics, les termes « , le cas échéant, » doivent être supprimés. Le juge a, en effet, l'obligation de tenir compte de la destination publique et de l'influence de l'intérêt général en rapport avec le bien, ce qui joue tant sur l'appréciation du caractère anormal du trouble que sur le montant du dommage, en vertu du principe de l'égalité devant les charges publiques.

Il conviendrait de reformuler le dispositif en manière telle que, lorsque le trouble résulte de travaux publics, il y aura toujours lieu de tenir compte de la destination publique et de l'influence de l'intérêt général en rapport avec le bien.

6. Dans le paragraphe 2, 1°, à la place des termes « indemnisation pécuniaire », l'utilisation des termes « juste et adéquate compensation pouvant être pécuniaire » serait plus adéquate dès lors que, d'une part, classiquement, il est question de compensation et non

d'indemnisation en matière de troubles de voisinage⁴³ et que, d'autre part, il n'est pas certain que le 2° règle la possibilité d'une compensation en nature du trouble subi.

À l'article 3.116, § 2, 2°, en projet, à nouveau, l'utilisation du terme « compensation » paraît plus adéquate que celle du terme « indemnisation ».

7. Il convient, à l'article 3.116, § 3, en projet de préciser ce qu'il y a lieu d'entendre par l'« attribut du droit de propriété » concerné.

Conformément à la jurisprudence développée par la Cour de cassation depuis près de quarante ans, il s'agit soit du droit de jouissance, dont on sait qu'il peut caractériser une situation découlant d'un droit réel (propriété ou droit d'usage), soit d'un droit personnel (bail par exemple), résultant d'une convention, de la loi, d'une concession, etc.

8. Au paragraphe 4, il y a lieu de renvoyer à l'« Ancien Code civil ».

Une observation analogue vaut pour les articles 3.165, 3.169 et 3.176 en projet du Code civil.

Il est référé sur ce point à l'observation générale n° 3 formulée dans l'avis n° 63.268/2 donné le 23 mai 2018 sur l'avant-projet de loi 'portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 5 « Les obligations »'.

9. Le dispositif sera revu au regard de ces différentes observations.

Article 3.117 en projet – Prévention des troubles anormaux de voisinage

L'article 3.117 en projet, qui constitue une exception à l'exigence de l'intérêt actuel, tel qu'il résulte de l'article 17 du Code judiciaire, rappelle de manière inutile celle qui figure déjà en droit commun à l'article 18, alinéa 2, du même Code, aux termes duquel « [l]'action peut être admise lorsqu'elle a été intentée , même à titre déclaratoire, en vue de prévenir la violation d'un droit gravement menacé ».

La disposition doit en conséquence être omise.

Article 3.118 en projet – Définition

1. Dans un souci de clarté, les termes « faisant séparation entre les biens ou fonds concernés » seront ajoutés à la fin de l'article 3.118, alinéa 1^{er}, en projet.

⁴³ En effet, alors que l'indemnisation répare la totalité du dommage, comme c'est le cas dans le droit commun de la responsabilité pour faute, la compensation ne peut réparer que la part excessive du dommage liée au trouble.

2. L'article 3.118, alinéa 2, en projet prévoit un mécanisme, s'imposant « nonobstant toute clause contraire », de cession nécessaire de la quote-part dans la clôture mitoyenne, en tant qu'accessoire de la propriété du fonds, en cas de cession de celle-ci.

Un tel mécanisme semble cependant aller de soi dans une copropriété forcée.

L'alinéa 2 est dès lors superflu et sera omis.

3. En ce qui concerne l'utilisation par l'article 3.118, alinéa 3, en projet de la notion de « volumes », il est renvoyé à l'observation n° 2 formulée à ce sujet sous l'article 3.61 en projet.

On voit, du reste, difficilement comment concevoir un régime de clôture mitoyenne, applicable à des « volumes », en tout cas à des volumes d'air.

Article 3.121 en projet – Acquisition originaire forcée

1. L'article 3.121, alinéa 3, en projet est trop restrictif dans la mesure où il ne prévoit la possibilité d'échapper à l'obligation de contribuer à la construction du mur que lorsque « le voisin sollicité démontre qu'il n'a aucun besoin actuel de pareil mur ».

Le principe de proportionnalité serait plus adéquatement rencontré en faisant référence à la présomption d'utilité commune et en écrivant donc « si le voisin sollicité démontre que le mur ne présente pas d'utilité commune pour lui ».

2. Par ailleurs, la section de législation n'aperçoit pas comment seront arbitrés les litiges portant sur la nature et les modalités de la clôture à installer alors que, dans le texte actuel de l'article 663 du Code civil, il est fait référence notamment aux règlements particuliers et aux usages constants et reconnus.

3. À la fin de l'alinéa 3 de la version française, dans un souci de correction linguistique et de clarté, les termes « la partie du sol d'assise empiétée » seront remplacés par les termes « la partie du sol correspondant à l'assise du mur à concurrence de l'empiètement ».

Article 3.123 en projet – Acquisition forcée de mitoyenneté

À la fin de la version française de l'article 3.123 en projet, dans un souci de correction linguistique et de clarté, les termes « du sol d'assise correspondant » seront remplacés par les termes « de la partie du sol correspondant à l'assise du mur à concurrence de l'empiètement ».

La version néerlandaise des articles 3.121, alinéa 3, *in fine*, et 3.123, *in fine*, sera par ailleurs harmonisée.

Article 3.127 en projet – Obligations des copropriétaires

1. Compte tenu de la portée de l'article 3.127 en projet, il conviendrait que l'intitulé de l'article soit complété par les termes « et faculté d'abandon ».

2. L'article 3.127 en projet s'applique notamment en cas de « grosses réparations ». Cette notion n'est cependant pas définie, ce qui est source d'insécurité juridique.

Sans préjudice des observations formulées sous l'article 3.169 en projet (qui concerne l'usufruit), un renvoi pourrait être effectué vers cette disposition.

3. La dernière phrase de l'alinéa 2 en projet est surprenante. Il est prévu, en une phrase lapidaire, que le propriétaire à qui l'abandon est exprimé peut « s'il préfère exiger la destruction à frais communs de la clôture ».

Cette possibilité suscite d'importantes réserves au regard du principe de proportionnalité.

Le terme « exiger » est trop fort. On ne peut régler pareille question, constituant une réponse à la faculté d'abandon, en une règle aussi courte permettant une demande de destruction du mur, qui ne convainc pas dans sa formulation actuelle, car : (1°) cette règle est purement unilatérale ; (2°) elle pourrait avoir pour conséquence de priver de tout effet l'exercice de la faculté d'abandon, engendrant une forme de chantage entre les propriétaires (« si vous demandez l'abandon, je vous opposerai une demande de destruction du mur ») ; (3°) elle est trop radicale dans ses conséquences ; (4°) elle aura de toute façon des conséquences financières importantes sur le propriétaire devant subir ces demandes, à savoir la contribution aux frais de la destruction devant intervenir « à frais communs » ; (5°) elle devrait pouvoir en toute hypothèse être tempérée par l'abus de droit, en application du droit commun.

Cette disposition doit être fondamentalement revue afin de présenter les garanties nécessaires, notamment en termes de sécurité juridique et de respect de la propriété immobilière.

Article 3.128 en projet – Restrictions au partage

L'article 3.128 en projet prévoit que

« [l]a clôture mitoyenne n'est sujette à partage qu'avec l'accord de tous les copropriétaires, sauf si elle a perdu toute utilité, même future ou potentielle, par rapport aux biens dont elle est l'accessoire ».

La référence faite par l'article 3.128 en projet à « une perte d'utilité » qui pourrait n'être que « future ou potentielle » (« potentielle » suffirait donc), que l'on retrouve également en matière de servitude (« perte d'utilité future » seule), d'emphytéose et de superficie, est critiquable dès lors qu'il existe toujours une incertitude quant à l'existence d'une perte totale d'utilité. Quand peut-on dire de façon certaine qu'une mitoyenneté (une servitude, une emphytéose ou un droit de superficie) a perdu son utilité « future ou potentielle » ?

Afin de ne pas priver l'article 3.128 en projet de toute utilité pratique, il convient de supprimer les termes « , même future ou potentielle » (voir l'article 710bis actuel du Code civil en matière de servitude).

Une observation similaire vaut pour les articles 3.143 (en matière de servitude), 3.190 (en matière d'emphytéose) et 3.202 (en matière de superficie) en projet.

Article 3.129 en projet – Définition

L'article 3.129, alinéa 2, en projet prévoit que

« [l]a servitude consiste soit, pour le fonds servant, à s'abstenir de certains actes d'usage, soit à permettre certains actes d'usage profit du fonds dominant ».

La formulation utilisée n'est pas des plus adéquates dès lors qu'un fonds ne peut, en soi, « s'abstenir de certains actes ».

Article 3.130 en projet – Apparence de la servitude

L'article 3.130, alinéa 2, en projet prévoit que

« les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent au titulaire normalement diligent d'un droit réel sur le fonds servant [...] ».

L'auteur de l'avant-projet semble ainsi vouloir se référer au standard du bon comportement du *bonus vir*.

Dans cette optique, il paraîtrait dès lors plus adéquat de viser « le titulaire normalement prudent et diligent d'un droit réel ».

Titre 5, sous-titre 3, chapitre 2, section 1^{ère}, en projet

On peut se demander pourquoi l'intitulé de la section est « Modes spécifiques d'acquisition », alors qu'il s'agit plutôt des modes généraux d'acquisition des servitudes.

Article 3.136 en projet – Entretien et ouvrages

L'alinéa 2 dispose que

« [c]es travaux et ouvrages sont faits par lui et à ses frais, sauf lorsqu'ils ont été rendus nécessaires par la faute du titulaire du fonds servant ».

La notion de « titulaires du fonds servant » est imprécise. Ces termes pourraient être adéquatement remplacés par les termes « propriétaire du fonds servant ou titulaire de droits réels d'usage s'exerçant sur ce fonds ».

Une observation analogue vaut pour l'article 3.144, alinéa 2, en projet.

Article 3.137 en projet – Déguerpissement

Dès lors que l'article 3.137, alinéa 1^{er}, seconde phrase, en projet prévoit que le déguerpissement « exige le consentement du propriétaire du fonds dominant », la précision fournie par l'alinéa 3 selon laquelle le propriétaire du fonds servant est libéré de toute obligation existante ou future « nonobstant l'article 3.17, § 2 », disposition qui concerne la renonciation, n'est pas pertinente.

Article 3.139 en projet – Condition du fonds servant

1. L'alinéa 2 de l'article 3.139 en projet interdit au propriétaire du fonds servant de déplacer « l'exercice de la servitude ». La formulation « déplacer l'assiette permettant l'exercice de la servitude » serait plus adéquate.

Du reste, la formule « sauf s'il y a un intérêt objectif » gagnerait à être précisée.

2. À l'article 3.139, alinéa 2, en projet, ce n'est pas « sur son immeuble » qu'il sera par ailleurs possible, en cas de déplacement, d'offrir un endroit « aussi commode », mais « sur le fonds servant ».

3. Le mécanisme de déplacement qui est organisé par l'article 3.139 en projet ne prévoit ici aucune intervention judiciaire, ou procédure d'information ou procédure amiable préalable. Un tel encadrement permettrait cependant de garantir la sécurité juridique et rencontrerait le principe de proportionnalité.

4. Le dispositif sera revu au regard de ces différentes observations.

Article 3.140 en projet – Condition du fonds dominant

Afin de mieux faire ressortir le caractère dérogatoire et, dès lors, d'application stricte du mécanisme prévu par l'article 3.140 en projet, il paraîtrait plus adéquat de diviser cette disposition en projet en deux alinéas distincts.

Le premier maintiendrait le principe du respect nécessaire de la condition du fonds servant, tel que cela est actuellement prévu par l'article 702 du Code civil. Le second prévoirait par exception le mécanisme permettant d'apporter certaines modifications.

Article 3.144 en projet – Écoulement d'eaux entre fonds voisins

La réserve de la force majeure étant de droit, la disposition figurant à l'alinéa 4 doit être omise.

Article 3.145 en projet – Règlementation des eaux de source et droits des riverains

Article 3.146 en projet – Égout des toits

Selon le commentaire des articles 3.145 et 3.146 en projet, les personnes visées ne se limitent pas aux propriétaires mais s'étendent à tout titulaire d'un droit réel d'usage sur les fonds concernés.

Le dispositif sera revu pour correspondre à cette intention.

L'ensemble des dispositions relatives aux servitudes seront revues à la lumière de cette observation.

Article 3.147 en projet – Distances pour les fenêtres, ouvertures de murs et autres ouvrages semblables

1. En ce qui concerne l'article 3.147, § 2, 4°, en projet, il existe une importante jurisprudence ayant décidé que le point de départ de la prescription trentenaire résidait dans le moment où le voisin avait cessé de tolérer la construction litigieuse de son côté, ce qui concordait en principe avec le moment où lui-même avait construit sur son fonds.

Si l'auteur de l'avant-projet se rallie à cette jurisprudence, le texte sera revu en conséquence.

2. L'article 3.147, § 2, en projet ne contient aucune précision sur la question de savoir si le voisin peut toujours construire sur son fonds, en dépit de la vue.

Cette délicate question fait intervenir la notion de servitude de prospect, en principe imprescriptible, car non apparente, sauf en cas d'empiètement par l'ouvrage litigieux sur le fonds de voisins.

Le dispositif ou, le cas échéant, le commentaire de l'article sera revu afin de fournir ces précisions.

Article 3.151 en projet – Servitude légale de passage : acquisition et fixation

Le paragraphe 2, alinéa 2, sera revu pour mieux faire apparaître que le fonds enclavé doit pouvoir avoir un accès, via l'unité d'exploitation, à un fonds non enclavé.

Article 3.156 en projet – Durée

La question se pose de savoir si l'article 3.156, alinéa 2, en projet s'applique aux clauses de tontine ou d'accroissement en usufruit.

Si l'alinéa semble pouvoir s'appliquer aux clauses d'accroissement, son application aux clauses de tontine paraît plus délicate car ces dernières n'impliquent pas à proprement parler un mécanisme d'accroissement au décès de la personne concernée – l'usufruit « n'accroît » donc pas, techniquement –, mais l'application d'un jeu de condition résolutoire et suspensive dépendant du prédécès de la personne.

Le dispositif sera précisé à cet égard.

Article 3.157 en projet – Droits sur le droit

L'article 3.157 en projet est muet quant « aux droits sur le droit » dont disposerait le nu-propriétaire.

Dans un souci de complétude et de sécurité juridique, le dispositif sera revu afin de combler cette lacune.

Article 3.158 en projet – Usage du bien grevé

1. En vertu de l'article 3.158, alinéa 1^{er}, en projet,

« [n]onobstant toute clause contraire, l'usufruitier a l'usage du bien grevé pour autant qu'il agisse de manière prudente et raisonnable et qu'il respecte la destination dudit bien ».

Cet alinéa précise également que

« [l]a destination du bien est celle qui lui est donnée par le contrat ou, à défaut de contrat, celle qui est présumée selon la nature des biens et l'usage que le nu-propriétaire en a fait précédemment ».

Cette formulation est particulière en ce qu'elle lie l'usage du bien à la manière prudente et raisonnable d'agir en rapport avec le bien, ainsi qu'au respect de la destination du bien.

Il serait plus orthodoxe de prévoir un droit d'usage, d'une part, et les obligations suivantes, d'autre part : obligation de jouir de façon prudente et raisonnable et obligation de respecter la destination du bien.

2. L'alinéa précité s'impose « nonobstant toute clause contraire » ; cette disposition impérative implique-t-elle que toute clause contraire doit être considérée comme non écrite ?

Il conviendrait que cela soit précisé.

3. L'alinéa 2 de l'article en projet ajoute que

« [c]ette prérogative d'usage s'applique même si le bien grevé déprécie par l'usage prudent et raisonnable qui en est fait ».

Ne serait-il pas judicieux de faire également référence à la vétusté dans le cadre de cet alinéa, ne portant pas préjudice non plus à la « prérogative d'usage » ? Cette notion est, d'ailleurs, utilisée par l'article 3.168 en projet.

4. Dans un souci de cohérence, les termes « Cette prérogative » seront remplacés par les termes « le droit ». Quant à l'emploi éventuel des notions d'« usage » et de « jouissance », il est renvoyé à l'observation n° 3 formulée sous l'article 3.64 en projet.

5. Le dernier alinéa de l'article 3.158 en projet précise que, dans les limites énoncées à l'alinéa premier, « l'usufruitier peut également apporter des modifications, réaliser des ouvrages et des plantations quant au bien grevé. Si les modifications, ouvrages et plantations subsistent à la fin de son droit, leur sort est réglé par l'article 3.175 » en projet (prévoyant une indemnisation sur la base de « l'interdiction de l'enrichissement injustifié »). On peut se demander si les ouvrages et les plantations que l'usufruitier ferait dans ce cadre n'entreraient pas en réalité dans son droit de superficie-conséquence, avec pour effet qu'il en serait plein propriétaire, de sorte que se poserait en réalité un problème d'accession à la fin du droit au profit du nu-propriétaire, dont les effets devraient être réglés.

Le dispositif sera revu au regard de cette observation.

Article 3.159 en projet – Conservation

1. Les obligations qui découlent de la conservation du bien devraient se retrouver dans le sous-titre 3 « Obligations des parties ».
2. L'alinéa 2 prévoit une règle de compétence en matière d'actes de conservation et d'administration provisoire qui seront accomplis par l'usufruitier « ou, à défaut par le nu-propiétaire ».

L'alinéa précise ensuite ce qui suit :

« Si l'usufruit porte sur des biens qui sont périssables ou sujets à une dépréciation rapide, ces actes peuvent également inclure des actes de disposition, en cas de nécessité. Celui de l'usufruitier ou du nu-propiétaire qui a accompli l'acte doit notifier sans délai à l'autre ».

L'application pratique de cette disposition devrait être encadrée notamment en ce qui concerne le moment à partir duquel on considérera que le nu-propiétaire peut agir, ainsi qu'en ce qui concerne les éventuels conflits pouvant surgir entre l'usufruitier et le nu-propiétaire quant aux actes concernés ou quant à l'absence de ces actes.

Article 3.160 en projet – Administration

Il convient de préciser comment l'article 3.160 en projet s'applique en cas d'usufruit constitué sur plusieurs têtes et réversible.

Article 3.161 en projet – Jouissance : fruits

1. L'article 3.161, alinéa 1^{er}, en projet fait allusion aux modes de perception des fruits : soit par séparation, soit en fonction du moment où ils sont devenus exigibles.

À l'heure actuelle, le Code civil distingue les fruits naturels, industriels et civils, en précisant chaque fois les modes de perception (par exemple au jour le jour en ce qui concerne les fruits civils). Ce régime est donc modifié par l'article 3.161 en projet.

Dans un souci de cohérence, la perception des fruits devrait faire l'objet d'un régime général dans le cadre des dispositions générales en projet qui leur sont consacrées.

2. Les règles posées en matière de perception des fruits sont les suivantes : (1°) l'usufruitier perçoit les fruits qui n'étaient pas séparés du bien ou exigibles à l'ouverture de l'usufruit, (2°) tandis que les fruits qui n'étaient pas encore séparés ou exigibles à la fin de l'usufruit seront acquis au nu-propiétaire.

Ces règles seront-elles en mesure de régler toutes les questions pratiques : *quid* par exemple pour les dividendes d'actions, qui actuellement sont considérés comme des fruits civils perçus au jour le jour, pendant la durée de l'usufruit donc, dans un objectif de simplicité et d'alignement du régime des dividendes sur les intérêts d'obligations ? Les dividendes dépendent en effet d'une décision d'assemblée générale tendant à les attribuer aux actionnaires ? Est-ce que ce sera la date de cette décision qui rendra les dividendes exigibles, la disposition actuelle retenant le moment d'exigibilité comme moment-clé ?

3. À l'alinéa 2 de l'article 3.161 en projet, il convient de préciser que ce sont les prestations « pour la perception, l'entretien ou la conservation des fruits » qui sont visées.

Article 3.163 en projet – Disposition

1. L'article 3.163 en projet énonce un certain nombre de règles permettant à l'usufruitier de disposer du bien grevé « en dehors des limites de ses prérogatives », « [s]ans préjudice de l'article 3.180 », cette dernière disposition portant sur l'usufruit s'exerçant sur une universalité.

La formule « en dehors des limites de ses prérogatives » est ambiguë dans la mesure où, si l'usufruitier voit ses prérogatives limitées par la convention, elle donne l'impression que l'usufruitier pourrait malgré tout procéder à des actes de disposition. Il serait alors judicieux de prévoir « et sauf clause contraire excluant le droit de disposition ».

2. Le droit prévu par l'article 3.163 en projet est ouvert dans certaines hypothèses :

« Sans préjudice de l'article 3.180, un usufruitier peut disposer du bien grevé en dehors des limites de ses prérogatives si :

1° une disposition légale particulière l'y autorise ;

2° cela correspond à la destination des biens qui existait déjà au moment de la constitution de l'usufruit ou qui est stipulée contractuellement entre les parties et que cela s'inscrit dans le cadre de son obligation d'administration prudente et raisonnable du bien ; ou

3° l'usufruit concerne des biens consommables.

L'article 3.174 est d'application dans les trois cas ».

Une convention ne peut donc prévoir ce droit de disposition si ce n'est dans le cadre assez contraignant du 2°.

Ce droit ne devrait-il pas être rendu possible par une clause figurant dans la convention créant l'usufruit ?

L'auteur de l'avant-projet vérifiera quelle est son intention à cet égard.

Titre 6, sous-titre 3 – Obligations des parties

Il serait préférable d'intituler le sous-titre 3 « Obligations de l'usufruitier et du nu-propiétaire » car le terme « partie » renvoie à un contexte essentiellement contractuel ou contentieux.

Article 3.167 en projet – Introduction d'actions

1. L'intitulé de la disposition est impropre : il ne s'agit pas d'« introduire une action ».

Il convient de remplacer ces termes par les termes « droit d'action en justice commun au nu-propiétaire et à l'usufruitier ».

2. Il y a lieu de rédiger la disposition en projet comme suit :

« Concernant les biens grevés, tant l'usufruitier que le nu-propiétaire ont le droit d'agir en justice contre les tiers pour la préservation de leur droit propre ou du droit de l'autre titulaire de droits réels. Celui qui prend l'initiative de l'action devra appeler à la cause l'autre titulaire de droit réel ».

3. La section de législation s'interroge sur la sanction qui s'attache au fait que le demandeur n'appelle pas l'autre partie à la cause en dépit de l'obligation qui lui est faite en ce sens.

Article 3.169 en projet – Grosses réparations

1. En ce qui concerne les grosses réparations, la Cour de cassation les définit, par un arrêt de principe du 22 janvier 1970, comme

« [...] les gros travaux de rétablissement et de reconstruction ayant pour objet la solidité générale et la conservation du bâtiment dans son ensemble, qui revêtent un caractère de réelle exception dans l'existence même de la propriété et dont les frais requièrent normalement un prélèvement sur le capital »⁴⁴.

Si la nouvelle définition reprend un point de départ qui n'est pas sans rappeler ces définitions, en visant les réparations touchant la « structure du bien », elle ajoute le concept alternatif tout à fait nouveau de « composantes inhérentes » du bien, qu'elle ne définit pas. À cet égard, il est renvoyé à l'observation générale n° 3.

⁴⁴ Cass., 22 janvier 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 428.

Il sera très difficile de distinguer les réparations d'entretien « nécessaires, à court ou à long terme, pour préserver la valeur du bien » de celles qui porteraient par exemple sur une composante inhérente du bien.

2. L'article 3.169, § 3, seconde phrase, en projet prévoit que la contribution est déterminée en fonction des valeurs respectives du droit d'usufruit « et de la pleine propriété », déterminée conformément à l'article 745*sexies*, § 3, du Code civil.

La référence qui est faite à la valeur de la « pleine propriété » résulte probablement d'une erreur. Logiquement, il devrait s'agir d'une référence à la valeur de la « nue-propriété ».

Article 3.172 en projet – Dettes corrélatives

1. Compte tenu de la portée de l'article 3.172 en projet, son intitulé sera précisé. En effet, au stade actuel, il présente une portée qui paraît générale et rend la notion de « charge » moins claire.

Les termes « Dettes corrélatives en matière d'usufruit universel ou à titre universel » paraîtraient plus adéquats.

2. La question se pose de savoir s'il ne convient pas, à l'article 3.172 en projet, de renvoyer à l'article 745*sexies*, § 3, actuel du Code civil (lire : « Ancien Code civil) à l'instar de la méthode mise en œuvre aux articles 3.169, § 3, *in fine*, et 3.176, alinéa 3, *in fine*, en projet.

Article 3.174 en projet – Obligation de restitution après aliénation permise

L'article 3.174 en projet prévoit un mécanisme de restitution en valeur si l'usufruitier s'était vu reconnaître le droit d'aliéner le bien. Il est prévu que l'usufruitier

« [...] est tenu de restituer [la valeur des biens] au moment de l'aliénation, si une estimation a été faite à ce moment-là. Si tel n'est pas le cas, il doit restituer leur valeur au moment de la constitution de l'usufruit ».

Il est par ailleurs renvoyé à l'article 3.163 en projet. Il conviendrait dès lors de prévoir, au sein de l'article 3.163 en projet, qu'une « estimation » peut être faite au moment de l'aliénation.

Article 3.175 en projet – Indemnisation

1. À l'alinéa 1^{er}, dans un souci de cohérence, il convient de remplacer les termes « l'enrichissement injustifié » par les termes « l'interdiction de l'enrichissement injustifié ».

2. Le mécanisme d'indemnisation mis en place déroge à la superficie-conséquence (et d'ailleurs également aux règles examinées plus haut en matière d'accession immobilière).

Il conviendrait de le préciser.

Article 3.177 en projet – Usufruit sur choses de genre

L'article 3.177, § 2, en projet précise que,

« [...] [s]'ils ne peuvent s'accorder, la partie la plus diligente peut s'adresser au juge afin de faire désigner un tiers qui sera chargé de la gestion de ces sommes ».

La disposition sera complétée pour régler le régime applicable à cette intervention du tiers.

Article 3.178 en projet – Usufruit sur instruments financiers – Droits inhérents à la qualité d'associé

1. Le paragraphe 1^{er} porte sur les droits de vote.

On peut se demander si, dans la version française, la formule de « droits inhérents » à la qualité d'associé reflète adéquatement l'intention de l'auteur de l'avant-projet. Les termes « droits attachés » présentent un caractère moins restrictif.

L'auteur de l'avant-projet vérifiera que la formulation actuelle du dispositif reflète bien son intention.

2. Le paragraphe 2 porte sur les dividendes en prévoyant que

« [l]es dividendes qui sont distribués sans affecter le capital appartiennent à l'usufruitier ».

Il ressort du commentaire de l'article 3.178 en projet que l'auteur de l'avant-projet entend ainsi viser « les dividendes d'actions ». Il convient de préciser au sein du dispositif le type de dividende qui est ainsi visé. La section de législation s'interroge, du reste, sur la conciliation de cette disposition avec l'article 3.161 en projet portant sur la jouissance des fruits ; il est renvoyé sur ce point à l'observation n° 2 formulée sous cette disposition.

3. Le paragraphe 3 vise cette fois « les produits exceptionnels qui sont inhérents à l'instrument financier, telle que la prime accordée lors d'un rachat de propres parts », en prévoyant qu'ils sont perçus par l'usufruitier. Ici aussi le texte devrait être traduit, en français, par les termes « achat de ses propres actions ».

4. À nouveau, un problème de conciliation avec l'article 3.161 en projet se pose puisque la règle énoncée ici, reconnaissant un droit dans le chef de l'usufruitier, se concilie difficilement avec celle énoncée à l'article 3.161 en projet, qui prévoit des critères permettant d'apprécier dans le temps le moment où commence et où cesse l'acquisition dans le chef de l'usufruitier.

La règle est d'autant plus étrange qu'il est prévu à la fin de l'article en projet que

« [c]es produits font partie de son obligation de restitution à la fin de l'usufruit ».

D'une part, en effet, on prévoit que ces produits exceptionnels sont perçus par l'usufruitier et, de l'autre, il est prévu qu'ils sont intégrés dans l'obligation de restitution de l'usufruitier.

Cette règle est-elle bien cohérente et correspond-elle à la nature de tels produits ?

5. Le dispositif sera revu au regard de ces différentes observations.

Article 3.179 en projet – Usufruit sur créances

Dans un souci de sécurité juridique, il convient de définir ce qu'il y a lieu d'entendre par la notion d'« usufruit sur créances » et ce qu'une telle notion implique comme relations entre l'usufruitier et le nu-propriétaire.

Il convient, par ailleurs, de définir plus précisément la procédure amiable et l'éventuelle procédure en justice relative au paiement des créances exigibles et pour en recevoir le paiement (au profit de l'usufruitier).

Article 3.180 en projet – Usufruit sur une universalité de biens

Le dernier alinéa de l'article 3.180 en projet envisage l'hypothèse de la plus-value éventuelle, qu'il règle en application de la théorie de l'enrichissement injustifié.

Cependant, l'application de cette théorie, dans cette hypothèse, ne paraît pas des plus adéquates car l'appauvrissement ou l'enrichissement en question ne sont pas « injustifiées » (« sans cause »).

En outre, que se passera-t-il le cas échéant en cas de moins-value ? L'article en projet ne prévoit rien à ce sujet.

Il conviendrait de combler cette lacune.

Article 3.182 en projet – Définition

1. Tout comme pour le droit de propriété ou le droit d'usufruit, la définition qui est donnée à la notion de « droits d'emphytéose » cumule de manière ambiguë les concepts de « droit d'usage » et de « droit de jouissance ».

2. La définition du droit d'emphytéose requiert un « plein » usage et une « pleine » jouissance. En vertu de l'article 3.1 en projet, cette définition revêtirait un caractère d'ordre public ou à tout le moins impératif.

Cependant, il est fréquent que les baux emphytéotiques contiennent des restrictions aux prérogatives de l'emphytéote. L'exigence suivant laquelle le droit d'usage ou de jouissance doit être « plein » ne paraît pas se concilier avec ces restrictions ou limitations. Le dispositif sera revu afin de clarifier ce point. Au surplus, il est renvoyé à l'observation formulée sous l'article 3.1 en projet.

3. L'objet du droit est un immeuble par nature ou par incorporation, alors que, dans le texte actuel de l'article 1^{er} de la loi du 10 janvier 1824 'sur le droit d'emphytéose', il s'agit d'un immeuble, ce qui permet de constituer une emphytéose sur un immeuble incorporel, dont par exemple une emphytéose portant sur une emphytéose, soit une sous-emphytéose.

La nouvelle définition plus restreinte semble exclure cette possibilité.

L'auteur de l'avant-projet vérifiera que telle est bien son intention.

4. Dès lors que l'article 3.1 en projet consacre le caractère supplétif des dispositions du livre 3 « sauf s'il s'agit de définitions ou si la loi en dispose autrement », il est inutile de préciser dans l'article 3.182 en projet que celui-ci s'applique « sauf clause contraire ».

Une telle précision est source d'insécurité juridique. Elle laisse en effet penser que les parties ne seraient pas en mesure de déroger aux dispositions dépourvues d'une telle précision quand bien même aucune interdiction expresse de dérogation ne serait formulée, ce qui n'est manifestement pas l'intention de l'auteur de l'avant-projet.

Article 3.187 en projet – Droits sur l'immeuble

Le texte serait davantage lisible s'il était écrit que l'acquisition visée par l'article 3.187, alinéa 3, en projet se fait « en application de la superficie-conséquence visée à l'article 3.197 ».

Article 3.188 en projet – Obligations

L'alinéa 3 prévoit, quant aux ouvrages ou plantations acquis ou réalisés par l'emphytéote sans y être tenu, qu'il doit faire les réparations rendues nécessaires « pour l'exercice des autres droits d'usage existant sur l'immeuble ».

Il convient de préciser, ce faisant, si l'auteur de l'avant-projet entend viser les droits personnels ou des droits réels d'usage ou encore les deux.

Article 3.189 en projet – Généralités

1. En ce qui concerne la possible application d'un pacte commissaire exprès, il est renvoyé à l'observation n° 4 formulée sous l'article 3.15 en projet.

2. Le dernier alinéa de l'article 3.189 en projet prévoit que,

« [c]ependant, le droit d'emphytéose ne peut s'éteindre avant le délai minimal de 15 ans, du seul fait de la volonté d'une des parties ».

On peut comprendre la règle telle qu'elle s'appliquerait à une renonciation ou à un abandon, mais la question se pose de savoir si celle-ci s'applique également au droit pour une partie d'invoquer l'application d'un pacte commissaire exprès (par exemple en cas de faillite ou de situation d'insolvabilité de l'emphytéote). Ce ne devrait normalement pas être le cas dès lors que, dans ces situations, il existe un contexte indépendant de la volonté des parties.

Il conviendrait que la chose soit expressément précisée dans cet alinéa ou dans l'alinéa précédent, compte tenu du caractère sensible de cette question dans le droit et la pratique de l'emphytéose.

Article 3.191 en projet – Indemnisation

1. Compte tenu de la portée de l'article 3.191 en projet, son intitulé sera reformulé comme suit : « Accession à la fin du droit et indemnisation ».

2. Le dernier alinéa précise qu'en cas de transmission universelle, à titre universel ou de cession du droit du constituant, l'obligation d'indemnisation pèse sur l'ayant cause.

Si l'on peut comprendre la règle dans le premier cas, se conciliant avec le droit commun, elle est moins évidente dans la situation d'un cessionnaire de l'emphytéose : dans ce cas en effet, le cédant est-il libéré ? L'article en projet semble le prévoir mais une telle libération n'est alors pas conciliable avec le droit commun des obligations et des contrats, qui interdit la cession de dette contractuelle sans l'accord du créancier.

Il conviendrait que l'article en projet soit précisé à cet égard, en ajoutant par exemple :

« en cas de cession à titre particulier du droit du constituant, par convention essentiellement, le cédant demeurera tenu avec le cessionnaire, sauf volonté contraire du constituant ou de ses ayants-cause afin de décharger le cédant de ses obligations ».

La même observation vaut pour l'article 3.203 en projet, qui concerne la superficie.

Article 3.192 en projet – Définition

1. En ce qui concerne l'utilisation de la notion de « volume », il est renvoyé à l'observation n° 2 formulée sous l'article 3.61 en projet à ce sujet.

2. La définition donnée par le texte n'est pas des plus claires : il s'agit d'un droit d'usage « concernant » des volumes et conférant même une propriété sur ces volumes, alors que ce droit d'usage impliquera en réalité le droit de devenir propriétaire des constructions ou plantations établis dans le cadre des volumes (constituant en réalité l'assiette du droit).

La section de législation ne perçoit pas quels sont les droits et à quel titre le propriétaire du volume pourra les exercer sur les bâtiments présents au sein de ce volume dès lors que ceux-ci ne semblent pouvoir être qualifiés ni de composantes inhérentes ni d'accessoires.

3. La définition donnée au droit de superficie est complexe pour une autre raison : en effet, elle se réfère à un droit d'usage, d'une part, mais à un droit de propriété sur des volumes, d'autre part.

Cette définition, centrée sur les notions de droits d'usage et de volume, est en tout cas peu compatible avec la définition classique de la superficie en tant que droit de propriété sur une construction ou des plantations érigées en dessous ou sur un fonds appartenant à autrui.

La notion devrait être clarifiée et simplifiée.

4. Il convient par ailleurs de clarifier le traitement fiscal qui serait applicable au droit de superficie. Ainsi, les transmissions à titre onéreux des volumes feront-elles l'objet de droits d'enregistrement distincts des fonds dont ces volumes seraient les composantes ?

5. Il conviendrait par ailleurs d'aborder l'importante notion, d'origine doctrinale, de la superficie-conséquence, qui réapparaît expressément à l'article 3.197 en projet ci-après.

6. Il existe aujourd'hui un rapport devenu classique entre la superficie et l'accession. Effectivement, il a essentiellement été considéré, notamment dans la jurisprudence de la Cour de cassation, que c'est la renonciation à l'accession, en matière immobilière, qui engendre une superficie.

Or cette superficie est une superficie pleine et entière, et non une superficie-conséquence. La superficie par renonciation à l'accession devrait, dès lors, également être abordée.

Article 3.193 en projet – Qualité du constituant

1. L'article 3.193 en projet ne précise pas de quoi le constituant est propriétaire, ou ce sur quoi porte le droit réel d'usage concerné (un fonds, un bâtiment, un volume, etc.).

Le dispositif sera complété à cet égard.

2. Comme pour l'emphytéose, le dispositif devrait également préciser l'appellation spécifique des différentes parties dans la définition : le propriétaire, le constituant et le superficiaire.

Article 3.194 en projet – Objet

L'article 3.194 en projet, de même que l'article 3.199 en projet, posent la question de la distinction entre l'assiette et l'objet du droit de superficie.

En effet, le droit de superficie est toujours conféré sur un immeuble (terrain – fonds de terre ou bâtiment). Il s'agit de l'assiette du droit de superficie, qui confère au superficiaire le droit de construire dans le cadre d'un volume (déjà construit ou non), au-dessus ou en dessous de cet immeuble, suivant la nouvelle approche du concept de superficie. Le superficiaire n'étant en réalité jamais propriétaire de l'assiette de son droit, mais uniquement de son objet⁴⁵, la section de législation s'interroge sur la pertinence qu'il y a à prévoir que le droit de propriété du superficiaire porte sur le volume lui-même.

Il est fréquent en pratique, notamment pour des raisons fiscales, que les parties à la superficie ne souhaitent pas transférer les constructions. L'article 3.194 étant supplétif, cette volonté pourrait être rencontrée en dérogeant à l'alinéa 1^{er}. L'alinéa 2 semble, du reste, le permettre. Dans ce cas de figure, la question se pose alors de savoir jusqu'où s'étend le

⁴⁵ Par exemple, le superficiaire d'un terrain n'est pas propriétaire de ce terrain mais uniquement des bâtiments qu'il construit sur ce terrain, dans le cadre d'un volume déterminé ; de même, le superficiaire d'un bâtiment n'est pas propriétaire de ce bâtiment mais uniquement des constructions qu'il a réalisées dans le cadre du volume déterminé (par exemple, des panneaux solaires posés sur le toit du bâtiment).

droit de jouissance du superficiaire à l'égard des constructions, présentes dans le volume objet de son droit mais dont il n'a pas acquis la propriété.

Une solution pourrait être de rédiger le texte comme suit :

« [L]orsque les parties dérogent contractuellement à l'alinéa premier, en prévoyant que la propriété des ouvrages ou plantations existantes n'est pas transférée au superficiaire, ce dernier bénéficie alors sur ceux-ci d'un droit de jouissance au sens de l'article 3.182 du présent Code et réglementé par les règles y applicables ».

Serait ainsi conféré un droit d'emphytéose, ce qui paraît possible.

Article 3.195 en projet – Durée

L'article 3.195 en projet précise que le droit de superficie peut être perpétuel lorsque et tant qu'il est constitué par le propriétaire du fonds : (1°) soit à des fins de domanialité publique ; (2°) soit pour permettre la division en volumes d'un ensemble immobilier complexe et hétérogène comportant plusieurs volumes susceptibles d'usage autonome et divers qui ne présentent entre eux aucune partie commune.

Si la première exception peut se comprendre, l'attention de l'auteur de l'avant-projet est attirée sur le fait que la seconde semble ouvrir la porte à des opérations de promotion immobilière, réalisées par des sociétés privées, dans un contexte qui, à partir du moment où l'opération est « perpétuelle », pourrait avoir pour conséquence un certain gel de la propriété des biens en question.

En outre, les critères utilisés, spécialement celui « d'un ensemble immobilier complexe et hétérogène », paraissent trop flous pour être compatibles avec la sécurité juridique.

Article 3.196 en projet – Prescription acquisitive

L'article 3.196 en projet prévoit l'application de ce premier mode spécifique que constitue la prescription acquisitive. Sa durée sera de 99 ans « à moins qu'un acte juridique ne fixe une durée inférieure ».

On peut se demander comment un tel acte se concilie avec une prescription acquisitive qui résulte d'une possession et n'implique pas l'existence d'un acte juridique en principe. On arrive donc à la conclusion qu'une prescription acquisitive pourrait faire naître une superficie de 99 ans, alors que (1°) les délais en matière de prescription acquisitive sont considérablement raccourcis (voir le délai abrégé de 10 ans notamment) et que (2°) la prescription acquisitive en tant que mode originaire d'acquisition de la propriété prime, sur le plan de la hiérarchie des preuves, sur le titre ou la convention.

Cet article, qui paraît sibyllin, pourrait donc être lourd de conséquences pour les sujets de droit qui se verraient imposer sur leur fonds une telle superficie de 99 ans.

Sous cet angle, la proportionnalité de la durée maximale d'un droit de superficie pose question. L'atteinte qui est ainsi apportée au droit de propriété pourrait se répercuter sur plusieurs générations. Contrairement à la prescription acquisitive du droit de propriété, que le propriétaire d'un bien peut aisément percevoir, la prescription du droit réel d'usage que constitue la superficie est par nature moins évidemment perceptible.

L'allongement de la durée maximale d'un droit de superficie est justifié comme suit dans le commentaire de l'article 3.195 en projet :

« cela devrait permettre d'éviter un choix entre ces deux droits [emphytéose et superficie] en fonction de leur durée maximale et non de leur essence ».

Ce faisant, l'auteur de l'avant-projet se place uniquement sous l'angle de l'attribution volontaire et consciente d'un droit de superficie en perdant de vue qu'un tel droit est très fréquemment conféré de manière intentionnelle par le biais d'une prescription acquisitive.

La proportionnalité de l'extension de la durée maximale du droit de superficie sera dès lors réévaluée sous cet angle.

Article 3.199 en projet – Droits sur les volumes

Il est renvoyé à l'observation formulée sous l'article 3.194 en projet, de même qu'à l'observation n° 2 formulée sous l'article 3.61 en projet sur l'absence de définition de la notion de « volume ».

Article 3.201 en projet – Généralités

On peut se demander ce qui se passerait en cas de disparition du volume concerné ou d'impossibilité d'utiliser celui-ci.

L'auteur de l'avant-projet vérifiera si le dispositif ne doit pas être complété en conséquence.

Article 3.203 en projet – Indemnisation

1. L'article 3.203 en projet organise le transfert de propriété du volume à l'extinction du droit de superficie. Sur cette question, il est renvoyé à l'observation formulée sous l'article 3.194 en projet.

La question de la pertinence d'un transfert de propriété portant sur le volume se pose d'autant plus que l'indemnisation prévue est faite en rapport avec les ouvrages ou plantations concernés, et non à l'égard du volume concerné.

La section de législation s'interroge, du reste, sur la mise en œuvre pratique du droit de rétention sur le volume qui est accordé par l'article 3.203, alinéa 1^{er}, en projet.

2. Les termes « sur la base de l'enrichissement injustifié » seront remplacés par les termes « sur la base de l'interdiction de l'enrichissement injustifié ».

Article 26

Il y a lieu de rédiger la disposition comme suit :

« Le titre I^{er}, sous-titre 6, chapitre 3, du livre 3 du Code civil, inséré par l'article 2 de la présente loi entre en vigueur le ...

Le Roi peut fixer une date d'entrée en vigueur antérieure à celle mentionnée à l'alinéa 1^{er} »⁴⁶.

OBSERVATION FINALE

De manière générale, l'auteur de l'avant-projet sera attentif à la concordance entre le texte néerlandais et le texte français, au bon usage de la langue française, à la syntaxe et à l'orthographe de l'avant-projet.

*

⁴⁶ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandations n^{os} 154 à 154.1.2 et formule F 4-5-2-1.

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp,[‡] de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat die drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

VOORAFGAANDE VORMVEREISTEN

Doordat verscheidene bepalingen van dit voorontwerp voorzien in het overschrijven, registreren of inschrijven van akten die persoonsgegevens bevatten, dient de Gegevensbeschermingsautoriteit daarover geraadpleegd te worden krachtens artikel 36, lid 4, van verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 ‘betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming)’ (hierna te noemen: “de AVG”)¹, welke bepaling rechtstreeks toepasselijk is. Die raadpleging is een “voorgeschreven vormvereiste” in de zin van artikel 84, § 3, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State’.

Sinds 25 mei 2018, de dag waarop de wet van 3 december 2017 ‘tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’ krachtens artikel 110 van die wet volledig in werking getreden is, is de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer opgevolgd door de Gegevensbeschermingsautoriteit (artikel 3, tweede lid, van die wet) en is het dan ook die Autoriteit die geraadpleegd moet worden.²

Indien het voorontwerp na die raadpleging inhoudelijke wijzigingen zou ondergaan op punten die losstaan van hetgeen uit dit advies volgt, zou de tekst nogmaals om advies aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State voorgelegd moeten worden.

[‡] Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere normen verstaan.

¹ Deze verordening is krachtens artikel 99, lid 2, van de AVG van toepassing sinds 25 mei 2018.

² Krachtens artikel 114, § 1, eerste en tweede lid, van de wet van 3 december 2017, zoals die bepaling vervangen is bij artikel 2 van de wet van 25 mei 2018 ‘tot wijziging van de wet van 3 december 2017 tot oprichting van de Gegevensbeschermingsautoriteit’ worden, in afwachting van de dag waarop de leden van het directiecomité van de Gegevensbeschermingsautoriteit de in artikel 12, derde lid, van die wet bedoelde eed afgelegd zullen hebben, en de in artikel 44, § 2, eerste lid, van diezelfde wet bedoelde verklaring dat er geen belangenconflicten zijn, ondertekend zullen hebben, “de taken en bevoegdheden van de Gegevensbeschermingsautoriteit” uitgeoefend door “de leden van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer”

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. In dit voorontwerp worden verscheidene begrippen gehanteerd waarvan het blijkbaar de bedoeling is dat ze een transversale draagwijdte gelding hebben, dat wil zeggen een draagwijdte die ruimer is dan louter het ontworpen Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, of zelfs ruimer dan het Burgerlijk Wetboek zelf.

De steller van dit voorontwerp is zich daarvan blijkbaar bewust wat bepaalde rechtsinstituten betreft die bij deze tekst geregeld worden. Zo bijvoorbeeld wijst de steller van dit voorontwerp in het kader van de commentaar bij het ontworpen artikel 3.60 van het Burgerlijk Wetboek, waarin de begrippen “roerende goederen” en “onroerende goederen” gedefinieerd worden, op het volgende:

“In de eerste plaats is het van belang op te merken dat gebruik moet worden gemaakt van de definitie die het Burgerlijk Wetboek geeft van begrippen die gebruikt worden in bijzondere wetten wanneer die bijzondere wetten zelf binnen hun toepassingsdomein geen afwijkende definitie geven.”

Er dient overigens vastgesteld te worden dat van verscheidene begrippen in dit voorontwerp geen definitie gegeven wordt, bijvoorbeeld van de begrippen “algemeenheid”, “volume”, “gebruik”, “genot”, enz., waarvan in vele bepalingen sprake is zonder dat de strekking, eventueel de onderscheiden strekking ervan (wat inzonderheid de begrippen “gebruik” en “genot” van een goed betreft),³ duidelijk blijkt.

In de memorie van toelichting zou daarover nadere uitleg verschaft moeten worden.

In dit verband wordt verwezen naar advies 63.445/2, dat op 27 juni 2018 gegeven is over een voorontwerp van wet ‘houdende invoeging van Boek 8 “Bewijs” in het nieuw Burgerlijk Wetboek’, algemene opmerking 3, over de methode die daarin aangewend werd voor het opnemen van definities in het Burgerlijk Wetboek dat men aan het samenstellen is.

Die opmerking luidt als volgt:

“In artikel 8.1 wordt een definitie gegeven van een geheel van begrippen die inzonderheid – maar niet uitsluitend – in Boek 8 van het Burgerlijk Wetboek gebezigd worden.

Zoals artikel 8.1 gesteld is, lijkt het een transversale draagwijdte te hebben. Bij wijze van voorbeeld wordt opgemerkt dat de handtekening ruim geïnterpreteerd wordt en zich niet beperkt tot de gevallen waarin de wilsuiting betrekking heeft op het instemmen met de akte (ontworpen artikel 8.1, 3°). Uit de talrijke

³ Zie in het bijzonder, *infra*, opmerking 3 die gemaakt wordt bij het ontworpen artikel 3.64 van het Burgerlijk Wetboek, opmerking 2 die gemaakt wordt bij het ontworpen artikel 3.116 van het Burgerlijk Wetboek en opmerking 1 die gemaakt wordt bij het ontworpen artikel 3.182 van het Burgerlijk Wetboek.

wijzigingsbepalingen blijkt eveneens wat de algemene draagwijdte is van de gehanteerde begrippen, waarvan het toepassingsgebied zelfs ruimer kan zijn dan enkel dat van het Burgerlijk Wetboek en die dus op bijzondere wetgevingen, zoals bijvoorbeeld, maar niet uitsluitend, het Wetboek van economisch recht van toepassing kunnen zijn.

Het is evenwel aangewezen om in het voorontwerp uitsluitsel te geven over de draagwijdte en het toepassingsgebied van die definities.

Bovendien doet het feit dat de definities in verschillende boeken van het Burgerlijk Wetboek voorkomen, vragen rijzen.⁴ Naar het voorbeeld van de werkwijze die in het Wetboek van economisch recht gevolgd wordt, lijkt het wenselijk om alle definities in een algemeen boek van het Burgerlijk Wetboek bijeen te brengen, en specifieke of afwijkende definities desnoods in een aantal andere boeken van dat wetboek of in bijzondere wetgevingen op te nemen.

Daarenboven worden sommige begrippen zowel in het Burgerlijk Wetboek als in het Wetboek van economisch recht gedefinieerd. Men denke inzonderheid aan de begrippen “geschrift” en “handtekening”. Die definities stemmen echter niet met elkaar overeen en het is niet duidelijk wat de logica daarvan is.

(...)

Ter wille van de samenhang en de rechtszekerheid lijkt het nuttig om die definities in het Burgerlijk Wetboek op te nemen en om het Wetboek van economisch recht te wijzigen rekening houdend met de aangebrachte wijzigingen of door met verwijzingen te werken.

Het dispositief moet dus dienovereenkomstig herzien worden, wat eveneens zou moeten impliceren dat de bijzondere boeken van het Burgerlijk Wetboek, of zelfs de bijzondere wetgevingen (zoals bijvoorbeeld het Wetboek van economisch recht), wat de gehanteerde begrippen en de definities ervan betreft, opgevat of herzien zouden worden om met betrekking tot die kwesties een coherente werkwijze te hanteren. Die manier van werken zou trouwens gevolgd moeten worden voor het aan de gang zijnde codificatiewerk.”

2. De onderlinge afstemming tussen de rechtsinstituten waarop dit voorontwerp betrekking heeft en de mechanismen waarbij die rechtsinstituten geregeld worden, zijn soms niet duidelijk genoeg, zoals inzonderheid hieronder geïllustreerd wordt in algemene opmerking 3, met de moeilijkheden aangaande het begrip onroerend goed en de juridische regeling ter zake.

Dat is bijvoorbeeld eveneens het geval met het begrip horizontale natrekking, dat verband houdt met mechanismen van grensoverschrijding (zie de ontworpen artikelen 3.76 en 3.77).⁵

⁴ Voetnoot 4 van het geciteerde advies: Zie in het voorontwerp “Verbintenissen” titel 1 (“Inleidende bepalingen”) van het ontworpen Boek 5 waarin verscheidene definities gegeven worden.

⁵ Zie de opmerkingen die verder in dit advies bij die bepalingen gemaakt worden. Verdere voorbeelden zullen gegeven worden in de bijzondere opmerkingen.

Gelet op het bijzonder technische karakter van deze materie en op de invoering van nieuwe begrippen, die voor de rechtssubjecten tot volkomen ongeziene toepassingen zouden kunnen leiden, is het bijzonder belangrijk om zorg te dragen voor de leesbaarheid en de duidelijkheid van het dispositief en van de commentaar die daarbij gegeven wordt.

3. Het begrip onroerend goed en de regeling ter zake worden ingrijpend gewijzigd door een spel van combinaties van bepalingen die niet makkelijk te begrijpen of toe te passen zijn.

Bij het ontworpen artikel 3.8 wordt het begrip “inherent bestanddeel” van een goed ingevoerd, welk begrip in paragraaf 2, eerste lid, van dat artikel gedefinieerd wordt als “een noodzakelijk element van dit goed dat er niet kan worden van afgescheiden zonder afbreuk te doen aan de fysieke of functionele substantie van dit goed”. Dat begrip houdt zowel verband met roerende als met onroerende goederen. Het wordt gebezigd in de ontworpen artikelen 3.70 (algemene regeling inzake natrekking), 3.77 (grensoverschrijding) en 3.169, § 1, (grove herstellingen in het kader van vruchtgebruik) van het Burgerlijk Wetboek.

Uit de artikelsgewijze bespreking blijkt dat de bedoeling van de steller van dit voorontwerp erin bestaat een onderscheid te maken tussen het begrip “inherent bestanddeel” en het begrip “accessorium”, aangezien beide begrippen niet samenvallen.

Het begrip “accessorium”, dat thans reeds bestaat, wordt voortaan als volgt gedefinieerd bij het ontworpen artikel 3.9:

“In de mate dat zij aan dezelfde persoon toebehoren, is een goed een accessorium van een ander goed, indien het hieraan duurzaam verbonden of bevestigd is, of indien het ten dienste staat van de uitbating of van de bewaring van het hoofdgoed.

Een zakelijk recht op een goed heeft van rechtswege ook betrekking op de accessoria van dat goed.

Elke daad van beschikking met betrekking tot dat goed strekt zich van rechtswege uit tot de accessoria, behoudens andersluidend beding.”

In de commentaar bij het ontworpen artikel 3.9 van het Burgerlijk Wetboek wordt gesteld dat

“een accessorium te onderscheiden [is] van een inherent bestanddeel in die zin dat het een mate van autonomie heeft die een inherent bestanddeel ontbeert. Een accessorium kan een zelfstandig vermogensbestanddeel vormen indien het niet meer aan de voor de accessoriteit bepaalde vereisten beantwoordt.”

In tegenstelling tot op een inherent bestanddeel, kan op een accessorium van een goed een ander zakelijk recht rusten dan datgene dat voor het hoofdgoed geldt (zie het ontworpen artikel 3.8, § 2, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek).

Luidens het ontworpen artikel 3.61 (“Onroerende goederen uit hun aard, door incorporatie of door bestemming: definitie”) van het Burgerlijk Wetboek zijn

“[o]nroerend uit hun aard (...) de grond en de samenstellende volumes, die in drie dimensies zijn bepaald.

[o]nroerend door incorporatie (...) alle bouwwerken en beplantingen die, doordat zij geïncorporeerd zijn in onroerende goederen uit aard, hun individualiteit verliezen.

[terwijl o]ok inherente bestanddelen van deze bouwwerken en beplantingen (...) onroerend door incorporatie [zijn], ongeacht of zij geïncorporeerd zijn.

[en a]ccessoria van een onroerend goed (...) geacht [worden] onroerend door bestemming te zijn.”

Het begrip “natrekking” wordt dus een synoniem van het begrip “onroerend (goed) door bestemming” (dat thans geregeld is bij de artikelen 524 en 525 van het Burgerlijk Wetboek), welke beide begrippen overigens verruimd worden. Naast de goederen die duurzaam verbonden of bevestigd zijn aan het hoofdgoed en de goederen die ten dienste staan van de uitbating van het hoofdgoed, vallen daaronder voortaan ook de goederen die “ten dienste” staan “van de bewaring van het hoofdgoed” (ontworpen artikel 3.9).

Uit het ontworpen artikel 3.61, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek volgt dat de inherente bestanddelen van bouwwerken en beplantingen, die onroerende goederen door incorporatie zijn, ook zelf onroerende goederen door incorporatie zijn, “ongeacht of zij [al dan niet] geïncorporeerd zijn”. Gelet op het tweede lid van het ontworpen artikel 3.61 van het Burgerlijk Wetboek leidt het feit geïncorporeerd te zijn tot een verlies van individualiteit. Een inherent bestanddeel zou krachtens het ontworpen artikel 3.61, derde lid, dus een onroerend goed door incorporatie kunnen zijn zonder dat het daarbij evenwel zijn individualiteit verloren zou hebben.

Uit de commentaar bij het ontworpen artikel 3.61 blijkt echter dat het begrip individualiteit begrepen wordt in de zin van het bestaan van een bepaalde mate van autonomie.

In de commentaar bij het ontworpen artikel 3.61 staat immers het volgende:

“De opstellers van dit ontwerp zijn van mening dat het de voorkeur geniet om hetzelfde incorporatie criterium te gebruiken voor enerzijds de onroerendmaking en anderzijds de definitie van het inherente bestanddeel van het onroerend goed uit zijn aard (natrekking). De onroerendmaking door incorporatie gaat in beginsel uit van een incorporatie die het element alle autonomie doet verliezen. Zij zal zich evenwel, overeenkomstig de klassieke rechtsleer en rechtspraak, uitstrekken tot de inherente bestanddelen van de geïncorporeerde bouwwerken en beplantingen, ongeacht of deze inherente bestanddelen zelf al dan niet geïncorporeerd zijn. Dat is bijvoorbeeld het geval, in relatief recente rechtspraak, voor zonnepanelen, wanneer de noodzakelijke elektriciteitsvoorziening van het onroerend goed hoofdzakelijk wordt verzekerd door die panelen en het traditionele elektriciteitssysteem aanvullend is geworden, ook al zijn die panelen gemakkelijk te demonteren, inzonderheid om hersteld te worden. De

opstellers hebben die in de rechtspraktijk vrij algemeen erkende uitbreiding in het ontwerp opgenomen door te verwijzen naar de inherente bestanddelen van de in de grond of in delen van de grond geïncorporeerde bouwwerken en aanplantingen, ongeacht of die bestanddelen zelf geïncorporeerd zijn of niet.”

In de commentaar bij het ontworpen artikel 3.61 wordt vervolgens gesteld dat het

“het woord ‘substantie’ [is] dat het mogelijk maakt het inherente bestanddeel te onderscheiden van het accessorium (gedefinieerd in artikel 3.9 van het algemene deel en aangehaald in de bespreking bij het vorige artikel).”

In het licht van al die uitleg blijkt niet duidelijk waardoor de begrippen “inherent bestanddeel” en “accessorium” zich concreet van elkaar onderscheiden. Die begrippen lijken elkaar te overlappen, wat in strijd is met de bedoeling van de steller van het voorontwerp. Het begrip “afbreuk doen aan de functionele substantie”, dat een onderdeel is van de definitie van het begrip “inherent bestanddeel” (ontworpen artikel 3.8, § 2, eerste lid) doet heel in het bijzonder vragen rijzen. Het voorbeeld van de zonnepanelen dat in de memorie van toelichting gegeven wordt, bevestigt de verwarring die aldus ontstaat: het criterium van het hoofdzakelijk of aanvullend verzekeren van de elektriciteitsvoorziening is een criterium dat te zeer aan schommelingen onderhevig is en te conjunctuurgebonden is om als basis te kunnen dienen voor het onderscheid tussen het begrip “onroerend goed dat een accessorium is van een hoofdgoed” en het begrip “inherent bestanddeel”, zodat het zelfde goed in dezelfde situatie nu eens als accessorium en dan weer als inherent bestanddeel bestempeld zou kunnen worden. Dat geldt des te meer daar dat criterium alleen voor zonnepanelen geldt en het onmogelijk blijkt om op basis daarvan een onderscheid te maken in andere gevallen.

Het voorontwerp dient aldus herzien te worden dat de betekenis van die sleutelbegrippen van de hervorming verduidelijkt wordt.

4. Zoals bevestigd wordt in de nota aan de Ministerraad die bij het dossier gevoegd is, zal het voorontwerp, dat weliswaar betrekking heeft op burgerrechtelijke aspecten, noodzakelijkerwijs gevolgen hebben op het stuk van de fiscale behandeling van bepaalde ontworpen rechtsinstituten.

Dat is bijvoorbeeld het geval met het nieuw begrip fiducie, in verband waarmee, ook al impliceert het een overdracht van vermogens en ook al wordt het bestempeld als onverenigbaar met het oogmerk de begunstigde te begiftigen, de vraag rijst of dat rechtsinstituut geacht dient te worden aanleiding te geven tot het verschuldigd zijn van het registratierecht “op de overdrachten ten bezwarende titel van in België gelegen onroerende goederen met uitsluiting van de overdrachten die het gevolg zijn van een inbreng in een vennootschap behalve voor zover het een inbreng betreft door een natuurlijk persoon van een woning in een Belgische vennootschap”, in de zin van artikel 3, eerste lid, 6°, van de bijzondere wet van 16 januari 1989 ‘betreffende de financiering van de Gemeenschappen en

de Gewesten', ofwel in het stadium waarin die fiducie gevestigd wordt, ofwel in het stadium waarin het vermogen uiteindelijk aan de begunstigde toekomt.

Die vraag rijst eveneens ten aanzien van de toepassing van de regels betreffende "het successierecht van rijksinwoners en het recht van overgang bij overlijden van niet-rijksinwoners".⁶

De steller van het voorontwerp moet aan deze kwesties aandacht besteden en het verdient aanbeveling dat hij daarover uitleg verstrekt in de memorie van toelichting, in het bijzonder in het licht van de regels inzake de verdeling van bevoegdheden in fiscale aangelegenheden.⁷

BIJZONDERE OPMERKINGEN

DISPOSITIEF

Artikel 2

Artikel 2 van het voorontwerp van wet 'tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoeging van Boek 5 "Verbintenissen" in dat Wetboek', waarover de Raad van State op 23 mei 2018 advies 63.268/2 uitgebracht heeft, luidt als volgt:

"Er wordt een Burgerlijk Wetboek ingevoerd, bestaande uit de volgende boeken:

- 1° Boek 1. Algemene bepalingen;
- 2° Boek 2. Personen, familie en relatievermogensrecht;
- 3° Boek 3. Goederen;
- 4° Boek 4. Erfenissen, schenkingen en testamenten;
- 5° Boek 5. Verbintenissen;
- 6° Boek 6. Bijzondere overeenkomsten;
- 7° Boek 7. Zekerheden;
- 8° Boek 8. Bewijs;
- 9° Boek 9. Verjaring."

Bijgevolg behoort in het nieuw Burgerlijk Wetboek niet nogmaals een Boek 3 ingevoegd te worden.

⁶ Artikel 3, eerste lid, 4°, van de wet van 16 januari 1989.

⁷ Zie inzonderheid GwH 19 juni 2014, nr. 93/2014 en 22 maart 2018, nr. 34/2018.

De inleidende zin van artikel 2 moet dan ook door de volgende zin vervangen worden:

“Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, ingevoerd bij artikel 2 van de wet van XXX tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoeging van Boek 5 « Verbintenissen » in dat Wetboek, bevat de volgende bepalingen.”.

Ontworpen artikel 3.1 – Aanvullend recht

In het ontworpen artikel 3.1 wordt als principe gesteld dat de bepalingen van het nieuwe boek 3 “van aanvullend recht” zijn, maar dat er op die regel twee uitzonderingen zijn: “indien het om definities gaat of indien de wet anders bepaalt”.

In de commentaar bij dit ontworpen artikel wordt voor de eerste uitzondering de volgende reden opgegeven:

“Tot slot kunnen partijen niet afwijken van de definities. De opstellers hebben in de nieuwe versie van het ontwerp duidelijker in de titels⁸ aangegeven wanneer een bepaling een definitie omvat. Overigens is de definitie van een begrip op zich niet dwingend of aanvullend. Enkel wordt ze dwingend, of zelfs van openbare orde, wanneer ze zich inschrijft in een primaire (of secundaire) regel die, op zichzelf dwingend is in de ruime zin van het woord. Ze ontleent dus in werkelijkheid aan de regel waarin ze zich inschrijft, haar aanvullend, dwingend of openbare orde karakter (P. LECOCQ, Manuel de droit des biens, Brussel, Larcier, 2015, T. II, n°. 7).”

De verwijzing naar het begrip “definitie” die vervat is in het ontworpen artikel 3.1, moet dan ook aldus opgevat worden dat ze alleen betrekking heeft op de definities die door de steller van het voorontwerp uitdrukkelijk als zodanig vastgesteld zijn in de opschriften van de ontworpen artikelen.

Gelet op die uitleg die in de commentaar verstrekt is, lijkt de uitzondering op de regel inzake het aanvullend karakter die voor de definities gemaakt wordt nutteloos en leidt ze tot verwarring. Zoals opgemerkt wordt in de commentaar bij het ontworpen artikel, wordt de definitie dwingend of van openbare orde naar gelang van de primaire of secundaire regel waarin ze opgenomen wordt.

Wat de bepalingen betreft die de steller van het voorontwerp niet als van aanvullend recht wenst te bestempelen, dient hij overigens duidelijk aan te geven of die bepalingen dwingend dan wel van openbare orde zijn [zoals bijvoorbeeld gedaan wordt voor de fiducie of de mede-eigendom van gebouwen – welke bepalingen van dwingende aard zijn – of voor het verbod op de kosteloze fiducie (ontworpen artikel 3.43) – welke bepaling van openbare orde is].

⁸ *Noot van de Raad van State*: bedoeld worden de opschriften van artikelen.

Omgekeerd moet hij zich ervoor hoeden om in bepaalde artikelen, bijvoorbeeld in het ontworpen artikel 3.182, te vermelden dat de bepaling in kwestie geldt “behoudens andersluidend beding” (of een soortgelijke formule). Een dergelijke precisering leidt tot rechtsonzekerheid. Daarmee wordt immers de indruk gewekt dat de partijen niet zouden kunnen afwijken van artikelen waarin geen dergelijke precisering opgenomen is, zelfs indien geen enkel uitdrukkelijk verbod om af te wijken opgelegd is, wat kennelijk niet de bedoeling van de steller van het voorontwerp is.

In het ontworpen artikel 3.1, dat voorziet in een uitzondering op het principe dat de bepalingen die in het ontworpen boek 3 van het Burgerlijk Wetboek ingevoegd worden van aanvullend recht zijn “indien de wet anders bepaalt”, zou hoe dan ook eveneens bepaald kunnen worden dat de omstandigheid dat, in deze of gene vorm, in sommige bepalingen uitdrukkelijk aan die aanvullende aard herinnerd wordt, niet impliceert dat de bepalingen waarin daaraan niet herinnerd wordt, niet van aanvullend recht zouden zijn.

Ontworpen artikel 3.2 – Bijzondere bepalingen– subsidiariteit

Het ontworpen artikel 3.2 krijgt als opschrift “subsidiariteit” om het principe tot uiting te brengen dat de bepalingen van boek 3 gelden onverminderd de bijzondere bepalingen die van toepassing zijn op bepaalde goederen, zoals de intellectuele-eigendomsrechten of de cultuurgoederen.

Aangezien het begrip “subsidiariteit” opgevat kan worden in ruime zin of in strikte zin (zie bijvoorbeeld de wijze waarop dat begrip toegepast wordt door het Hof van Cassatie in verband met de onrechtmatige verrijking)⁹ en het in laatstgenoemde opvatting niet mogelijk is de gewone regeling en de subsidiaire regeling te combineren, zou de draagwijdte van het ontworpen artikel 3.2 blijkbaar beter weergegeven worden als in het opschrift de term “specialiteit” gebruikt zou worden.

Ontworpen artikel 3.3 – Gesloten stelsel van zakelijke rechten

Het eerste lid strekt ertoe als principe te stellen dat er een *numerus clausus* geldt voor de zakelijke rechten. Doordat in de tekst sprake is van de “wetgever” wordt die tekst evenwel onduidelijk.

Het begrip wetgever zou immers aldus geïnterpreteerd kunnen worden dat het verwijst naar zowel de federale wetgever als de wetgever van de gemeenschappen of de gewesten. Zakelijke rechten en de invoering ervan vormen evenwel een aangelegenheid die uitsluitend tot de bevoegdheid van de federale wetgever behoort.

⁹ Zie de rechtspraak van het Hof van Cassatie betreffende de – vrij strikt opgevatte – subsidiariteit van de verrijking zonder oorzaak: Cass., 11 september 1969, Arr. Cass. 1970, 36; blijkbaar in minder strikte zin, Cass. 25 maart 1994, Arr.Cass. 1994, 307.

Het eerste lid moet dan ook aldus herzien worden dat elke onduidelijkheid weggenomen wordt. Daarbij dient de steller van het voorontwerp eveneens aandacht te hebben voor de opmerkingen die in de adviezen 63.268/2 en 63.445/2 gemaakt zijn over de meerduideligheid van de term “wet”.¹⁰

Ontworpen artikel 3.4 – Conflict tussen zakelijke rechten

3. Het ontworpen artikel 3.4, eerste lid, bevat een regel die overeenkomt met het Latijnse adagium “*Prior tempore, potior jure*”.

In die bepaling wordt niet vermeld welk gegeven ertoe leidt dat die regel toegepast wordt: vanaf wanneer is een zakelijk recht het recht dat als eerste toegepast mag worden? Er mag van uitgegaan worden dat dit is vanaf het ogenblik waarop ervoor gezorgd is dat dit recht regelmatig aan derden tegengeworpen kan worden (en niet de datum waarop dat recht gevestigd is, tenzij tussen partijen).

Die regel zou in dat opzicht verduidelijkt moeten worden, wat de vraag zal doen rijzen van het onderscheid tussen zakelijke rechten op onroerende goederen, waarvoor het publiciteitsregime voor vastgoed bestaat, en de overige zakelijke rechten, waarvoor in principe rekening dient te worden gehouden met het bestaan van het recht, inzonderheid inzake overeenkomsten, in het licht van het beginsel dat de externe gevolgen van overeenkomsten aan derden tegengeworpen kunnen worden; bij roerende goederen dient rekening gehouden te worden met het tijdstip waarop de bezitter in het bezit van het goed gesteld is, voor zover hij daarenboven te goeder trouw is (in het kader van een goede trouw die in principe vermoed wordt).

4. Het eerste lid van het ontworpen artikel 3.4 voorziet in een regeling voor het voorrangrecht – opgevat in zijn ruime betekenis – terwijl het tweede lid van diezelfde bepaling ertoe strekt het volgrecht waarover de houders van een zakelijk recht beschikken, wettelijk te verankeren.

Het volgrecht is evenwel niet het gevolg van het voorrangrecht.

Het woord “Derhalve”, vooraan in het ontworpen artikel 3.4, tweede lid, moet dan ook weggelaten worden.

¹⁰ Advies 63.268/2, dat op 23 mei 2018 gegeven is over een voorontwerp van wet ‘tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoeging van Boek 5 “Verbintenissen” in dat Wetboek’, algemene opmerking 2; advies 63.445/2, dat op 27 juni 2018 gegeven is over een voorontwerp van wet ‘houdende invoeging van Boek 8 “Bewijs” in het nieuw Burgerlijk Wetboek’, algemene opmerking 2.

Ontworpen artikel 3.5 – Bescherming tegen insolabiliteit

1. Het ontworpen artikel 3.5 bevat een belangrijke innovatie van het nieuwe boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, namelijk dat als principe gesteld wordt dat de houder van een zakelijk recht niet valt onder de wet van de samenloop wat derden betreft.

Het ontworpen artikel is in dit opzicht uiterst beknopt geformuleerd en de inhoud ervan is bij een eerste lezing niet makkelijk te bevatten.

2. Met het oog op de rechtszekerheid zou uitdrukkelijk bepaald moeten worden dat afgeweken wordt van de regel van de samenloop die zou voortvloeien uit de insolabiliteit van degene die het zakelijk recht in kwestie overdraagt of van een partij bij de overeenkomst die een zakelijk gebruiksrecht overgedragen heeft.

3. Bovendien zou gezorgd moeten worden voor een betere afstemming tussen de ontworpen regels en die welke thans vervat zijn in de hypotheekwet en waarin onder andere het beginsel van de gelijke behandeling van de schuldeisers en het beginsel van de samenloop verankerd zijn.

4. In de ontworpen tekst wordt bepaald dat zakelijke rechten “buiten de samenloop blijven die ontstaat door de insolabiliteit van een derde”. Wat als de samenloop het gevolg is van een situatie die strikt genomen niet onder de noemer van de insolabiliteit van een derde valt, zoals bijvoorbeeld het geval is met het beslag, dat een situatie van samenloop, maar niet van insolabiliteit doet ontstaan?

Het dispositief of op zijn minst de commentaar bij het artikel moet in dat opzicht herzien worden.

Ontworpen artikel 3.6 – Beschikkingsbevoegdheid

1. In het ontworpen eerste lid wordt inzonderheid bepaald dat de houder van een zakelijk recht slechts samen met het hoofdgoed waaraan zijn zakelijk recht verbonden is, over zijn recht kan beschikken, “indien de aard van het recht daartoe dwingt”.

De voorwaarde naar luid waarvan die regel geldt “indien de aard van het recht daartoe dwingt”, zou op zijn minst in de commentaar bij dit artikel verduidelijkt moeten worden, zoals het geval is in de commentaar bij het ontworpen artikel 3.7: wanneer is dat het geval, in welke gevallen, zou de aard van het recht in kwestie die gezamenlijke overdracht niet vergen?

2. In het daaropvolgende lid wordt het volgende belangrijk nieuw mechanisme verwoord:

“Als de titularis van een zakelijk gebruiksrecht zijn recht overdraagt, is hij tegenover de eigenaar enkel hoofdelijk gehouden met de overnemer voor de geldschulden die de tegenprestatie voor dit recht vormen en na de overdracht opeisbaar zijn. Voor de verbintenissen die eerder opeisbaar worden, is de overdrager als enige gehouden.”

Dit lid voorziet in feite, uitdrukkelijk, stilzwijgend of *a contrario* in verscheidene regels:

– ten eerste in de regel van de hoofdelijkheid tussen de overdrager en de overnemer, ten aanzien van de geldelijke verplichtingen die opeisbaar worden na de overdracht;

– vervolgens kan *a contrario* uit dit lid afgeleid worden dat dit mechanisme niet van toepassing is op andere dan geldelijke verplichtingen;

– bovendien kan, *a contrario* en zoals in de laatste zin van dit lid bepaald wordt, uit dit artikel afgeleid worden dat dit mechanisme niet van toepassing is op geldelijke verplichtingen die vóór de overdracht opeisbaar zouden zijn geworden, en die dan ook alleen door de overdrager en niet door de overnemer voldaan zouden moeten worden.

Het begrip “geldschuld” wordt eveneens gebezigd in het ontworpen artikel 5.314 van het nieuw Burgerlijk Wetboek (welk artikel in de plaats komt van het huidige artikel 1153 van het Burgerlijk Wetboek). Klassiek worden in het kader van de toepassing van artikel 1153 van het Burgerlijk Wetboek de “verschuldigde geldsom” en de “waardeschuld” tegenover elkaar gesteld. Gelet op de transversale toepassing van de begrippen uit het Burgerlijk Wetboek, dient het begrip “geldschuld” in het kader van het ontworpen artikel 3.6 dan ook opgevat worden als de tegenhanger van het begrip “waardeschuld”.

Bij het ontworpen artikel 3.6, tweede lid, wordt de kwestie van de waardeschulden die vóór de overdracht niet opeisbaar worden niet uitdrukkelijk geregeld. In het licht van het beginsel van gelijkheid en non-discriminatie zou het evenwel niet aanvaardbaar zijn dat die bepaling aldus geïnterpreteerd zou kunnen worden dat de overdrager ontheven zou zijn van de waardeschulden die na de overdracht opeisbaar zouden worden, maar die zouden voortkomen uit een handeling die of een feit dat van vóór de overdracht dateert. Met het oog op de rechtszekerheid dient deze kwestie dan ook uitdrukkelijk geregeld te worden in het dispositief.

Ontworpen artikel 3.8 – Specialiteit en eenheid van zakelijke rechten

Er wordt verwezen naar algemene opmerking 3 betreffende het begrip “functionele substantie”.

Ontworpen artikel 3.9 – Accessoria

Er wordt verwezen naar algemene opmerking 3.

Het begrip accessorium kan van toepassing zijn niet alleen op onroerende goederen, maar ook op roerende goederen: een nieuw begrip doet dus zijn intrede, namelijk dat van een roerend goed dat het accessorium is van een ander roerend goed doordat het eerste goed daaraan “duurzaam verbonden of bevestigd is” of het “ten dienste staat van de uitbating of van de bewaring van het hoofdgoed”.

Ontworpen artikel 3.10 – Zakelijke subrogatie

In het ontworpen artikel 3.10 wordt het begrip “zakelijke subrogatie” vastgelegd, dat ondertussen zowel in de rechtsleer als in de rechtspraak aanvaard is en een klassiek begrip geworden is.

Het artikel omschrijft de regeling en lijkt te voorzien in twee voorwaarden om zakelijke subrogatie te kunnen invoeren, te weten: (1°) het feit dat het zakelijk recht “nuttig” op het nieuwe gesubrogeerde voorwerp uitgeoefend moet kunnen worden; (2°) en dat er “geen andere manier is om het recht te vrijwaren”. Uit dat laatste gegeven vloeit een zekere subsidiariteit van de zakelijke subrogatie voort, die evenwel nader toegelicht zou moeten worden: welke middelen worden in overweging genomen om het recht te kunnen “vrijwaren”, zijn het uitsluitend juridische middelen, worden de gevolgen van vorderingen zoals een pauliaanse vordering in beschouwing genomen, enz.? Het verdient dus aanbeveling om die subsidiariteit nader toe te lichten, ook met betrekking tot de gevolgen ervan.

Ontworpen artikel 3.11 – Verwerking

1. Het verdient aanbeveling om het begrip “verwerking” te preciseren, gelet op de belangrijke gevolgen die daaruit kunnen voortvloeien – het tenietgaan van het zakelijk recht dat op het oorspronkelijke goed rust. De vraag rijst vanaf wanneer ervan uitgegaan kan worden dat een nieuw goed ontstaat als gevolg van de verwerking.

2. Uit het ontworpen artikel 3.11, eerste lid, vloeit voort dat “het oorspronkelijke goed het voornamelijk goed [is]”, wanneer de waarde van het oorspronkelijke goed de kost van de arbeid en de materialen voor de verwerking aanzienlijk overtreft.

De afdeling Wetgeving vraagt zich af welke draagwijdte gegeven dient te worden aan die kwalificatie “voornamelijk goed”, die voor het overige niet gebruikt wordt in het ontworpen artikel 3.71 (“verwerking en oorspronkelijke eigendomsverkrijging”). Moet daaruit afgeleid worden dat het goed dat niet “het oorspronkelijke goed” is een “accessoir” goed zou zijn met alle gevolgen die eruit voortvloeien? Zou dat niet in tegenspraak kunnen zijn met het begrip “inherent bestanddeel”, aangezien niet uitgesloten kan worden dat een

verwerking ertoe leidt dat het goed dat niet het “oorspronkelijke” goed is zijn autonomie volledig verliest?¹¹

Het dispositief moet in het licht van die opmerking herzien worden.

3. In de regeling waarin de voorliggende bepaling voorziet, wordt geen onderscheid gemaakt naargelang het gaat om een verwerking te goeder trouw dan wel om een verwerking te kwader trouw.

De steller van het voorontwerp moet nagaan of dat wel degelijk zijn bedoeling is.

Er wordt eveneens verwezen naar de opmerkingen bij het ontworpen artikel 3.71.

Ontworpen artikel 3.12 – Vermenging

Volgens de bespreking van het artikel is het enkel de bedoeling van de steller van het voorontwerp om via het ontworpen artikel 3.12 een einde te maken aan de verwarring tussen soortgoederen van dezelfde aard en van dezelfde hoedanigheid; zo niet zou het, naar het zich laat aanzien, om het geval van de verwerking gaan.

Als dat wel degelijk de bedoeling is, zou dat moeten blijken uit het dispositief.

Ontworpen artikel 3.13 – Titularis van zakelijke rechten

Uit de bespreking van het ontworpen artikel 3.13, waarin naar artikel 60 van het Wetboek van vennootschappen verwezen wordt, blijkt dat zowel de natuurlijke personen als de rechtspersonen bedoeld worden, wanneer in dat artikel gesteld wordt dat, om houder van een zakelijk recht te zijn, de personen “moeten bestaan of minstens verwekt zijn op het ogenblik van het ontstaan van het recht, op voorwaarde dat ze levend en levensvatbaar worden geboren”.

Ter wille van de rechtszekerheid dient dat in het dispositief gepreciseerd te worden.

¹¹ In dat verband wordt verwezen naar algemene opmerking 3.

Ontworpen artikel 3.14 – Verkrijgswijzen van zakelijke rechten

1. Het ontworpen artikel 3.14, eerste lid, bepaalt de verschillende verkrijgswijzen en daarbij zijn de eerste afgeleide en de tweede oorspronkelijke wijzen van verkrijging.

In het artikel zou het begrip “afgeleide” wijze van verkrijging gebezigd kunnen worden, net zoals het begrip “oorspronkelijke” wijze, dat gebruikt wordt op het einde van het ontworpen eerste lid en dat van groot theoretisch en praktisch belang zal zijn in de rest van boek 3.

2. In het ontworpen artikel wordt eveneens verwezen naar de “oorspronkelijke wijzen” van verkrijging van eigendom.

Ter wille van de duidelijkheid zou er een exhaustieve opsomming van gegeven moeten worden.

3. Het ontworpen artikel 3.14, eerste lid, vermeldt de “algemene rechtsovergang, de rechtsovergang onder algemene of onder bijzondere titel, onder de levenden of in geval van overlijden, om niet of onder bezwarende titel” als afgeleide wijzen van rechtsovergang. Gelet op het belang van overeenkomsten op dat vlak, zou in het artikel eveneens de precisering “meer bepaald bij overeenkomst” opgenomen moeten worden.

4. Uit het ontworpen artikel 5.221 van het Burgerlijk Wetboek vloeit voort dat zowel de opschortende voorwaarde als de ontbindende voorwaarde voortaan “van rechtswege en voor de toekomst [uitwerking krijgen]”.

Het ontworpen derde lid, tweede zin, is bijgevolg overbodig en mag geschrapt worden.

Ontworpen artikel 3.15 – Algemene wijzen van tenietgaan van zakelijke rechten

1. De verwerking waarin het ontworpen artikel 3.11 voorziet, zorgt ervoor dat de zakelijke rechten tenietgaan op een wijze die niet voorkomt op de lijst bepaald in het ontworpen artikel 3.15; er wordt voor het overige evenmin melding van gemaakt in het ontworpen artikel 3.16.

Het dispositief moet herzien worden teneinde die leemte aan te vullen.

2. De Franse tekst van de bepaling onder 1° moet beter overeenstemmen met de Nederlandse tekst ervan.

Terwijl in de Nederlandse tekst in de bepalingen onder 1° tot 3° telkens het woord “tenietgaan” [wordt] gebruikt, worden aan het begin van de Franse tekst van die bepalingen onder 1° tot 3° verschillende termen gebruikt, namelijk “extinction”, “disparition” en “anéantissement”.

Fundamenteler nog vraagt de afdeling Wetgeving zich af of het geval bedoeld in die bepaling onder 1° niet samenvalt met dat bedoeld in de bepaling onder 3°.

3. In de bepaling onder 2° van het ontworpen artikel 3.15 wordt “het tenietgaan van het voorwerp van het zakelijk recht” behandeld: moet niet het meer klassieke begrip van verval gebezigd worden (verval door het tenietgaan van het voorwerp van het zakelijk recht)?

4. Het ontworpen artikel 3.15, 3°, handelt over alle gronden voor “het tenietgaan” van de titel van verkrijging van het zakelijk recht en als zodanig over het zich aandienen van een ontbindende voorwaarde.

Ter wille van de rechtszekerheid dient gepreciseerd te worden of daarmee het uitdrukkelijk comissoir beding bedoeld wordt (wat de erfpacht betreft, zal dat een delicate kwestie zijn: zie het ontworpen artikel 3.189).

Ontworpen artikel 3.16 – Bijzondere wijzen van tenietgaan van zakelijke gebruiksrechten

1. Het ontworpen artikel 3.16 somt de zogenaamde “bijzondere wijzen van tenietgaan van zakelijke gebruiksrechten” op en verduidelijkt er een aantal van (het tenietgaan door niet-uitoefening, de vermenging en de vervallenverklaring).

Vanuit wetgevingstechnisch oogpunt zou het beter zijn om de bijzondere wijzen van tenietgaan uitdrukkelijk te omschrijven in autonome bepalingen zodat het ontworpen artikel 3.16 enkel een opsomming zou geven van de bijzondere wijzen van tenietgaan.

2. Wat de regeling inzake vervallenverklaring betreft, die voortaan voor alle zakelijke gebruiksrechten geldt, impliceert het evenredigheidsbeginsel uiteraard dat die regeling slechts toegepast zou kunnen worden ingeval de aan de goederen veroorzaakte schade of het gebrek aan onderhoud vrij ernstig zouden zijn. Zo niet zou de rechter in dat geval zijn bevoegdheid moeten aanwenden om andere voorwaarden op te leggen om het recht uit te oefenen.

Die gradatie zou moeten blijken uit het dispositief.

Voorts dienen de nadere regels bepaald te worden inzake de vordering tot staking of tot herstel in natura die bij het ontworpen artikel 3.16, 4°, ingevoerd wordt.

Ontworpen artikel 3.17 – Gevolgen van het tenietgaan van zakelijke rechten

Het lijkt strijdig met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie dat de afstand enkel aan de geldschulden geen nadeel kan toebrengen.

De steller van het voorontwerp moet kunnen rechtvaardigen dat de afstand nadeel kan toebrengen aan de verbintenissen tot *facere* of *non facere* waartoe de partij, die van haar zakelijk recht afstand doet, zich in het kader van een contract onder bezwarende titel verbonden heeft.

Dat geldt des te meer daar het gemeen recht de schuldoverdracht verbiedt, ingeval de schuldeiser er niet mee instemt, en uitsluit dat degene die afstand doet van een recht door een afstand zou kunnen ontsnappen aan alle geldelijke en andere verbintenissen, die eventueel aan dat recht verbonden zijn.

Ontworpen artikel 3.18 – Bezit en detentie: definitie

De vraag rijst of het geval van de eenzijdige rechtshandeling niet eveneens behandeld moet worden, ook al lijkt het in de praktijk zeer zelden voor te komen.

Ontworpen artikel 3.19 – Verkrijging, overdracht of tenietgaan van bezit

1. Ter wille van de rechtszekerheid zou in voorkomend geval een definitie moeten worden gegeven van het begrip “abandon” (in het Nederlands “afstand”) waarnaar het ontworpen artikel 3.19, § 3, 2°, verwijst. Moet er echt een onderscheid worden gemaakt tussen het begrip “abandon” (in het Nederlands “afstand”) en het begrip “renonciation” (in het Nederlands eveneens “afstand”)? Indien het begrip “abandon” in de Franse tekst een andere betekenis heeft dan het begrip “renonciation”, zou dan in de Nederlandse tekst niet een ander begrip dan “afstand” moeten worden gehanteerd? Zou dat nieuw begrip overigens ook niet vermeld moeten worden bij de gronden voor het tenietgaan van zakelijke rechten?

Het dispositief moet dienovereenkomstig herzien worden.

2. In de ontworpen § 3, eerste lid, 3°, van de Franse tekst moet het woord “privation” vervangen worden door het woord “dépossession”.

3. De afdeling Wetgeving vraagt zich af waarom in paragraaf 3, eerste lid, 3°, bepaald wordt dat diefstal het bezit onderbreekt, terwijl het tweede lid van dezelfde paragraaf zijnerzijds bepaalt dat “[d]e overmacht die de feitelijke uitoefening tijdelijk verhindert, (...) op zichzelf niet het verlies van bezit [veroorzaakt]”.

Ontworpen artikel 3.20 – Overdracht van detentie en titelomzetting

Het ontworpen artikel 3.20 bepaalt dat detentie overgedragen wordt op de rechtverkrijgenden en omgezet kan worden in bezit. De tekst die in die laatste regel voorziet, is in de Franse tekst onduidelijk gesteld.

In de Franse tekst zouden beter de woorden “la contradiction non équivoque, au moyen d’un acte ou d’un fait juridique, opposée aux droits du titulaire” gebezigd worden.

Ontworpen artikel 3.21 – Deugdelijk bezit

Ontworpen artikel 3.22 – Bezit te goeder trouw

De ontworpen artikelen 3.21 en 3.22 horen veeleer thuis tussen de ontworpen artikelen 3.18 en 3.19.

Ontworpen artikel 3.22 – Bezit te goeder trouw

Het vermoeden van goede trouw blijkt slechts uitdrukkelijk uit het ontworpen artikel 3.22 en niet uit de andere ontworpen bepalingen waarin sprake is van goede trouw.

De vraag rijst of dat vermoeden niet veralgemeend moet worden tot alle gevallen waarin het voorontwerp verwijst naar goede trouw. Zo niet zou in de bepalingen waarin daarover niets gezegd wordt, gesteld kunnen worden dat de goede trouw niet vermoed zou kunnen worden.

Die opmerking geldt overigens voor alle bepalingen van het Burgerlijk Wetboek in wording waarin sprake is van dat begrip “goede trouw”.

Ontworpen artikel 3.25 – Beschermende functie van bezit van een onroerend zakelijk recht in geval van geweld of feitelijkheden

Het ontworpen artikel 3.25 bevat de nieuwe regeling inzake de bezitsvorderingen, welke regeling thans opgenomen is in de artikelen 1370 en 1371 van het Gerechtelijk Wetboek. De recente hervorming in 2014 van artikel 1370 strekte ertoe de mogelijkheid om vorderingen tot reïntegranda in te stellen, uit te breiden tot de bij overeenkomst vastgestelde en wettelijke erfdiensbaarheden van overgang.

Het ontworpen artikel 3.25 schrapt de reïntegranda, in de mate dat “de detentor” er gebruik kon van maken.

De steller van het voorontwerp moet het verschil in behandeling kunnen rechtvaardigen dat thans ingevoerd wordt tussen de “detentor”, enerzijds, en de “bezitter”, anderzijds, die het slachtoffer is van een gewelddaad of van een feitelijkheid, gelet op het doel

dat met de vordering tot reïntegranda nagestreefd wordt. Het gaat immers in de eerste plaats om een politiemaatregel.¹² Het is de afdeling Wetgeving niet duidelijk in welk opzicht het feit dat iemand louter houder (“detentor”) van een goed is, zou rechtvaardigen dat hij geen vordering meer kan instellen waarmee hij een einde kan maken aan de gewelddaad of aan de feitelijkheid waarvan hij het slachtoffer is.

In de artikelsgewijze bespreking wordt daarover niets gezegd.

Het dispositief moet in het licht van die opmerking herzien worden.

Ontworpen artikel 3.26 – Verkrijgende verjaring van zakelijke rechten in het algemeen

1. Aangezien het ontworpen artikel 3.26 op algemene wijze betrekking heeft op de verkrijgende verjaring, dient de regeling tot uiting gebracht te worden in het opschrift van het ontworpen artikel, [bijvoorbeeld als volgt] : “Verkrijgende functie van bezit: verkrijgende verjaring”.
2. Het verdient aanbeveling om in het tweede lid de woorden “moet worden” te vervangen door het woord “wordt”.
3. Het laatste lid van het ontworpen artikel 3.26 bepaalt dat “[d]e verkrijgende verjaring (...) gevolgen [heeft] vanaf de dag waarop het deugdelijk bezit een aanvang heeft genomen”.

Die regel sluit aan bij het huidige recht, maar is hij verenigbaar met de uit het vorige lid voortvloeiende regeling die voortaan voorziet in de overschrijving van de rechterlijke uitspraak waarbij de verkrijgende verjaring vastgesteld is? Het laat zich aanzien dat die verjaring, althans op het stuk van de tegenwerpbaarheid aan derden, logischerwijze gevolgen zou moeten hebben vanaf de overschrijving van die rechterlijke uitspraak.

Ontworpen artikel 3.28 – Onmiddellijke verkrijging te goeder trouw van roerende goederen

1. Het ontworpen artikel 3.28, tweede lid, bepaalt in verband met de terugvordering waarvan sprake is in die bepaling dat “dat recht op terugvordering (...) niet [bestaat] voor de wettelijke betaalinstrumenten”.

Die bepaling, die in de artikelsgewijze bespreking niet ter sprake komt, is de tegenhanger van het huidige artikel 2279, derde lid, van het Burgerlijk Wetboek.

¹² GwH 13 oktober 2011, nr. 151/2011, B.6.1.

Op grond van die bepaling kan evenwel aanvaard worden dat de regeling waarin artikel 2279 van het Burgerlijk Wetboek voorziet, niet van toepassing is op niet-geïndividualiseerde roerende goederen “*ut singuli*”.

Zou het niet beter zijn om die uitzondering over te nemen, die aldus meer algemeen gesteld is dan wanneer louter verwezen wordt naar “wettelijke betaalinstrumenten”?

2. Bovendien moeten in de Franse tekst in het tweede lid *in fine* de woorden “*est supprimé*” vervangen worden door de woorden “*n'existe pas*”.

Ontworpen artikel 3.29 – Vruchten en opbrengsten

1. Het ontworpen artikel 3.29, tweede lid, luidt als volgt:

“De bezitter die titularis is geworden van het recht dat hij door een oorspronkelijke wijze van verkrijging bezit, moet de te kwader trouw verkregen vruchten niet afdragen. Hij moet echter wel de te kwader trouw in ontvangst genomen opbrengsten, of de tegenwaarde ervan, afdragen.”

Dat is een eigenaardige regel.

Hij vormt allereerst een beloning van de kwade trouw die niet past in de nieuwe bepalingen die gelden voor het bezit te goeder trouw. Die gelijke behandeling van personen die zich in een andere situatie bevinden moet gerechtvaardigd kunnen worden in het licht van het grondwettelijk beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie.

Voorts lijkt die regel moeilijk toepasbaar in geval van verkrijgende verjaring. Uit het ontworpen artikel 3.26 blijkt immers dat “[d]e verkrijgende verjaring (...) gevolgen [heeft] vanaf de dag waarop het deugdelijk bezit een aanvang heeft genomen”.

Aangezien de bezitter eigenaar geworden is, hoe zou dan sprake kunnen zijn van het afdragen van de te kwader trouw in ontvangst genomen opbrengsten, of van de tegenwaarde ervan?

2. Het ontworpen artikel 3.29 laat de opbrengsten die vruchten geworden zijn buiten beschouwing.

In dat verband wordt verwezen naar de opmerking bij het ontworpen artikel 3.56.

Ontworpen artikel 3.30 – Rechtshandelingen onderworpen aan de overschrijving

1. Het heeft geen zin om in paragraaf 1, 1°, naar het “Burgerlijk Wetboek” te verwijzen.

2. Het in het ontworpen artikel 3.30, § 2, gebruikte begrip “derden te goeder trouw” dient duidelijker omschreven te worden teneinde het thans gehanteerde criterium erin over te nemen, namelijk het criterium van de kennis en – *a contrario* – van het bedrog, waardoor het mogelijk wordt om de situatie [te omschrijven] van de derden te kwader trouw.

Ontworpen artikel 3.31 – Vormvereisten

Volgens een vaste rechtspraak vallen zondagen en wettelijke feestdagen behoudens andersluidende bepaling niet onder het begrip “werkdagen”, maar zijn zaterdagen daarentegen wel werkdagen.¹³

Mocht het de bedoeling van de steller van het voorontwerp zijn om voor de toepassing van de ontworpen tekst de zaterdagen niet als werkdagen te beschouwen, dan zou deze tekst aangevuld moeten worden met een bepaling waarin vermeld wordt dat met het begrip “werkdagen” verwezen wordt naar alle dagen die geen zaterdag, zondag of wettelijke feestdag zijn.

Ter wille van de rechtszekerheid staat het hem eveneens vrij die jurisprudentiële definitie in het voorontwerp te bevestigen of, meer in het algemeen, in het nieuw Burgerlijk Wetboek in wording, indien nodig.

Die opmerking geldt ook voor de ontworpen artikelen 3.102 en 3.110.

Ontworpen artikel 3.32 – Kantmelding

Op het einde van de Franse tekst moeten de woorden “du document avec lequel la mention marginale est demandée” vervangen worden door de woorden “de l’acte devant faire l’objet de la mention marginale”.

De Nederlandse tekst luidt dan als volgt : “(...) van het stuk dat in de kant moet worden vermeld”.

Ontworpen artikel 3.33 – Kantmelding in geval van tenietgaan van een onroerend zakelijk recht

Het heeft geen zin om in paragraaf 2 naar het “Burgerlijk Wetboek” en naar “hetzelfde Wetboek” te verwijzen.

¹³ Zie bijvoorbeeld: RvS 20 mei 2010, nr. 204.165, Piret; 11 februari 2014, nr. 226.375, Libert.

Ontworpen artikel 3.34 – Gevolgen van kantmelding voor derden

De woorden “l'anéantissement” aan het begin van de paragrafen 1 en 2 van de Franse tekst worden in het Nederlands respectievelijk vertaald door “tenietgaan” en “beëindiging”.

Beide taalversies dienen in overeenstemming gebracht te worden.

Ontworpen artikel 3.35 – Definitie

Gelet op de begrippen “kwaliteitsrekening” en “fiducie” die in de ontworpen artikelen 3.37 et 3.38 toegelicht worden, zou het nuttig zijn om de definitie van het begrip “vermogen” aan te vullen met de woorden “onder voorbehoud van de artikelen 3.37 tot 3.51”.

Ontworpen artikel 3.36 – Algemeen verhaalsonderpand

In het ontworpen artikel 3.36, tweede lid, geeft de formulering “tenzij er tussen de schuldeisers wettige redenen van voorrang bestaan” aanleiding tot rechtsonzekerheid, aangezien zo de indruk gewekt wordt dat daarmee enkel de schuldeisers bedoeld zouden worden die een voorrecht genieten, met uitzondering van de schuldeisers die een ander soort zekerheid genieten.

De woorden “wettige redenen van voorrang” die thans in artikel 8 van de hypotheekwet gebezigd worden, kunnen zowel op de bevoorrechte schuldeisers slaan als op de schuldeisers die zekerheden genieten.

Die formulering lijkt dan ook de voorkeur te verdienen. Het dispositief moet dienovereenkomstig herzien worden.

Ontworpen artikel 3.37 – Kwaliteitsrekeningen

1. Op terminologisch vlak lijkt het raadzamer om in het tweede lid van de Franse tekst in plaats van “ne ressortissent pas,” “Ces créances échappent au concours entre les créanciers (...)” te schrijven, wat trouwens een betere vertaling is van de Nederlandse woorden “vallen buiten”.

2. Het lijkt beter om in het ontworpen artikel 3.37, derde lid, niet te vermelden dat “het tegoed van de rekening ontoereikend is”, maar wel dat een situatie van insolventie of een andere situatie aan de basis ligt van de toepassing van de regel van de samenloop tussen de betrokken personen.

Dezelfde opmerking geldt voor het ontworpen artikel 3.39.

Ontworpen artikel 3.38 – Definitie

In de rechtsleer is vaak de aandacht gevestigd op twee trustvormen, namelijk enerzijds de beheertrust en anderzijds de zekerheidtrust.

De voornoemde definitie bepaalt dienaangaande niets. Zou het niet raadzaam zijn om die twee vormen uitdrukkelijk te erkennen, te meer daar het ontworpen artikel 3.46 uitvoering geeft aan de zekerheidtrust?

Ontworpen artikel 3.39 – Fiduciair vermogen

1. Het ontworpen tweede lid heeft betrekking op de “persoonlijke schuldeisers” van de bewindvoerder teneinde de “fiduciaire goederen” buiten de samenloop te doen vallen, wanneer er tussen hen samenloop ontstaat.

Het is blijkbaar de bedoeling van de steller van het voorontwerp dat het betrekking heeft op alle schuldeisers van de bewindvoerder, met uitzondering van de schuldeisers die titularis zijn van “schuldvorderingen die voortvloeien uit het beheer of de bewaring van het fiduciair vermogen” waarvan sprake is in het ontworpen eerste lid.

Daaruit volgt dat het adjectief “persoonlijk” de bedoeling niet nauwkeurig genoeg weergeeft en tot onduidelijkheid leidt.

De tekst moet dienovereenkomstig herzien worden.

2. Voorts wordt in het tweede lid bepaald dat alle fiduciaire verrichtingen met betrekking tot de fiduciaire goederen “aan de boedel [kunnen] worden tegengeworpen, voor zover ze verband houden met de bestemming van de goederen”. Alweer terwille van de duidelijkheid dient het woord “fiduciaire” toegevoegd te worden vóór de woorden “bestemming van de goederen”.

3. Het ontworpen derde lid bepaalt dat “[i]ndien het fiduciaire vermogen ontoereikend is voor de aanspraken van de begunstigten, (...) het tussen hen verdeeld [wordt] in verhouding tot hun aanspraken”.

Hoewel de logica van de regeling te begrijpen valt, komt de formulering ervan de rechtszekerheid niet ten goede: de aanleidinggevende factor – het “ontoereikende vermogen” – is onvoldoende nauwkeurig.

Het zou beter zijn om meer in het algemeen te verwijzen naar de gevallen van samenloop, met inbegrip van een toestand van insolventie.

4. Voorts wordt in het derde lid het volgende bepaald:

“Indien de bewindvoerder zelf rechten heeft op de bewindsgoederen, wordt hem slechts het saldo toegekend dat overblijft nadat alle rechten van de begunstigden zijn voldaan.”

Overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel dient die regeling beperkt te worden tot de schuldvorderingen van de bewindvoerder “die voortvloeien uit het beheer of de bewaring van het fiduciair vermogen”.

In de tekst van hetzelfde ontworpen derde lid worden de begrippen “rechten” en “aanspraken” beurtelings gebezigd.

Ter wille van de samenhang moet slechts één van die begrippen gebruikt worden.

Ontworpen artikel 3.43 – Contract onder bezwarende titel

Gelet op de strekking van het ontworpen artikel 3.43, zou het opschrift ervan ter wille van de volledigheid verduidelijkt kunnen worden met de volgende woorden: “en verbod op het contract [om niet] dat zijn oorzaak vindt in het begiftigingsoogmerk ten voordele van de begunstigde”.

Ontworpen artikel 3.45 – Plechtig contract

1. Bij het ontworpen artikel 3.45 wordt vastgesteld welke vermeldingen een contract waarbij een fiducie tot stand gebracht wordt “op straffe van nietigheid” moet bevatten.

Ter wille van de rechtszekerheid moet de steller van het voorontwerp verduidelijken of het om een relatieve dan wel om een absolute nietigheid gaat.

2. In het ontworpen artikel 3.45, 5°, zou eveneens duidelijk bepaald moeten worden op grond van welk criterium / welke criteria en volgens welke procedure de begunstigde aangewezen dient te worden – met opgave van de personen die daartoe bevoegd zijn –, waarbij men zich bijvoorbeeld kan baseren op de huidige artikelen 1591 en 1592 van het Burgerlijk Wetboek¹⁴ inzake de verkoop volgens schatting van deskundigen.

¹⁴ Artikel 1591 van het Burgerlijk Wetboek: “De koopprijs moet bepaald zijn en door de partijen worden vastgesteld.”

Artikel 1592 van het Burgerlijk Wetboek: “De bepaling van de koopprijs kan echter aan een derde worden overgelaten; indien de derde de waardering niet wil of niet kan doen, is er geen koop.”

3. Het mechanisme van de herroeping van de fiducie waarin het ontworpen artikel 3.51 voorziet (de fiducie wordt onherroepelijk wanneer de begunstigde ze uitdrukkelijk of stilzwijgend aanvaard heeft), vertoont overeenkomsten met het beding ten behoeve van een derde, waarvoor een vergelijkbaar mechanisme bestaat (zie het huidig artikel 1121 van het Burgerlijk Wetboek).

Dat doet de vraag rijzen of, net zoals voor het beding ten behoeve van een derde, de grondvoorwaarden voor de geldigheid van de fiducie niet vastgelegd zouden moeten worden, bovenop de vermeldingen die daaraan een plechtig karakter verlenen. Men zou onder andere kunnen voorschrijven dat de goederen die het voorwerp uitmaken van de fiducie en de persoon van de begunstigde of begunstigten bepaald of bepaalbaar dienen te zijn.

Ontworpen artikel 3.46 – Publiciteit van de fiducie

1. Doordat het ontworpen artikel 3.46 betrekking heeft op de tegenwerpelijkheid aan derden via de registers van de hypotheekbewaarder, moet daarin verwezen worden naar de “overschrijving”. In de Franse tekst moet bijgevolg het woord “transcrit” ingevoegd worden tussen het woord “ou” en de woorden “dans le registre de la conservation des hypothèques si elles portent sur des biens immobiliers”.

2. In het ontworpen artikel 3.46 staat dat voor roerende goederen “de tegenwerpelijkheid ook door een buitenbezitstelling [kan] plaatsvinden”.

De afdeling Wetgeving heeft vragen bij het gebruik van het bijwoord “ook”. Betekent het dat de buitenbezitstelling inzonderheid volstaat wanneer het om een roerend goed gaat dat in pand gegeven wordt?

Die vraag moet blijkbaar ontkennend beantwoord worden: in dat geval geldt blijkbaar alleen de verplichting tot overschrijving zoals bedoeld in de eerste zin.

Het dispositief moet op dat punt verduidelijkt worden.

Ontworpen artikel 3.48 – Vertegenwoordigingsmacht

Het ontworpen artikel 3.48 voorziet in een mechanisme waardoor de handelingen van de bewindvoerder aan de begunstigde tegengeworpen kunnen worden, “zelfs indien de [bewindvoerder] handelingen heeft gesteld die buiten zijn fiduciaire opdracht liggen”, tenzij de begunstigde kan bewijzen dat de derde “daarvan op de hoogte was”.

De woorden “daarvan op de hoogte was” zijn onduidelijk. Het zou blijkbaar beter zijn die woorden te vervangen door “er weet van had dat hij zijn opdracht te buiten gegaan was”.

Ontworpen artikel 3.49 – Wanprestatie van de bewindvoerder

1. In het ontworpen artikel 3.49 wordt bepaald welke gevolgen wanprestaties van de bewindvoerder kunnen hebben. Het heeft dus betrekking op de aansprakelijkheid van die laatste.

Ter wille van de volledigheid zou het begrip aansprakelijkheid toegevoegd kunnen worden in het opschrift.

2. Het ontworpen artikel 3.49, § 2, voorziet in de mogelijkheid voor de begunstigde of degene die de fiducie ingesteld heeft om de aanstelling van een “al dan niet” voorlopige bewindvoerder te vorderen. Het zou duidelijker zijn te bepalen dat de definitieve of voorlopige aanstelling van een nieuwe bewindvoerder in rechte gevorderd kan worden.

Ontworpen artikel 3.50 – Einde van de fiducie

1. In dit belangwekkend artikel wordt vastgelegd om welke redenen de fiducie eindigt en wordt onder andere bepaald dat in geval van overlijden van degene die de fiducie ingesteld heeft de goederen “van rechtswege” weer overgaan naar diens erfgenamen.

Naast hetgeen uiteengezet is in algemene opmerking 4, doet dit ook de vraag rijzen wat de vermogensrechtelijke en fiscale gevolgen zijn van de overdracht van de betrokken fiduciaire goederen, en in het bijzonder van de overgang van onroerende goederen, op het vlak van het erfrecht alsook van de successie- en registratierechten: *quid* bijvoorbeeld met de fiscale gevolgen van de overgangen die plaatsvinden, in de ene of de andere zin (*in casu* door het weer overgaan van de goederen, hetgeen overigens ook bepaald is in geval de begunstigde er afstand van doet)?

De ontworpen bepalingen bieden geen antwoord op die belangrijke vraag.

De steller van het voorontwerp dient die kwesties te regelen.

De memorie van toelichting moet bovendien aangevuld worden met een commentaar in dat verband, welke commentaar thans ontbreekt.

2. Aangezien de fiducie in de eerste plaats tot stand gebracht wordt bij een contract, zouden, als beëindigingsgronden, de wijzen van beëindiging van de contracten vermeld moeten worden, zoals de ontbinding van de fiducieovereenkomst ingevolge onrechtmatige gedragingen, en dus fouten, van de bewindvoerder, en de uitdrukkelijke ontbindende bedingen.

Het dispositief moet dienovereenkomstig aangevuld worden.

Ontworpen artikel 3.51 – Herroeping van de fiducie

Het ontworpen artikel 3.51 voorziet in een mechanisme van herroeping van de fiducie dat vergelijkbaar is met dat van het beding ten behoeve van een derde (zie het huidige artikel 1121 van het Burgerlijk Wetboek), in het kader waarvan de bedinger, zoals bekend, dat beding kan herroepen zolang de begunstigde het niet aanvaard heeft, terwijl de herroeping onmogelijk wordt zodra hij het aanvaard heeft. Datzelfde mechanisme wordt *in casu* ingevoerd, maar met een uitbreiding ervan, aangezien bepaald wordt dat het contract daarna “enkel (...) beëindigd *of gewijzigd* [kan worden] mits akkoord van de begunstigde” (eigen cursivering).

De steller van het voorontwerp moet die supplementaire afwijking van de relativiteit van de overeenkomsten kunnen verantwoorden.

Ontworpen artikel 3.55 – Goederen

Aangezien in het ontworpen artikel 3.55 het begrip “goederen” “in de ruimste zin” gedefinieerd wordt, doet dat veronderstellen dat het ook in een engere betekenis opgevat kan worden (het gaat waarschijnlijk om het begrip “toegeëigende zaken”), dat ook gedefinieerd zou moeten worden.

Ontworpen artikel 3.56 – Vruchten en opbrengsten: definitie

Vandaag de dag wordt naast de begrippen “vruchten” en “opbrengsten” eveneens het begrip “opbrengsten die in vruchten omgezet zijn” aanvaard.

Dat begrip, dat weliswaar gehanteerd wordt in het ontworpen artikel 3.187, wordt niet gedefinieerd in het ontworpen artikel 3.56.

Het dispositief moet aldus gewijzigd worden dat die leemte weggewerkt wordt.

Ontworpen artikel 3.58 – Vervangbare goederen, verbruikbare goederen en soortgoederen

In het ontworpen artikel 3.58 wordt onder andere een definitie gegeven van vervangbare goederen, namelijk als goederen die voor de nakoming van een verbintenis onderling verwisselbaar zijn.

In de Franse tekst wordt daarvoor het werkwoord “employées” gebruikt en in de Nederlandse tekst het adjectief “verwisselbaar”. Het lijkt bijgevolg verkieselijk om in het Frans het adjectief “interchangeable” te gebruiken.

Ontworpen artikel 3.59 – Publieke en private goederen

1. In het ontworpen artikel 3.59 wordt het begrip “openbaar domein” gedefinieerd als volgt:

“Goederen die uitdrukkelijk of impliciet worden bestemd tot het gebruik van allen of tot een openbare dienst, vormen het openbaar domein.”

2. Zoals in de commentaar bij dit artikel aangegeven wordt, bestaat rond de draagwijdte van het begrip “openbaar domein” heel wat controverse.

Het Hof van Cassatie hangt, zijnderzijds, een restrictieve interpretatie aan van het begrip openbaar domein, aangezien het daaronder alleen de goederen laat vallen die daartoe door een bijzondere wet gerekend worden, net zoals de goederen die bestemd zijn tot het gebruik van allen, zonder onderscheid.¹⁵

In de overheersende stroming in de rechtsleer en in de rechtspraak van de Raad van State is daarentegen een lichtjes ruimere interpretatie gangbaar, hoewel die nog altijd restrictief is:

“Suivant une conception doctrinale plus récente inspirée par Marcel Waline¹⁶ et qui a gagné la doctrine belge¹⁷ ainsi que la jurisprudence, la simple affectation à une fin d'utilité publique ne suffit pas. Dans cette optique, un critère rationnel ne peut être trouvé que dans le fondement même de la distinction entre les deux domaines, c'est-à-dire la nécessité de protéger certains biens des pouvoirs publics contre les emprises des tiers parce qu'ils sont indispensables au service public, à l'affectation publique donnée aux biens du domaine public.

Pour Waline, font partie du domaine public les biens dont l'administration a absolument besoin, qu'elle ne pourrait aliéner sans conséquences fâcheuses pour le service public et dont, par suite, elle ne peut être dépossédée sans son consentement formel et réfléchi. On peut donc dire, poursuit Waline, que fait partie du domaine public tout bien d'un pouvoir public qui, soit en raison de sa configuration naturelle (fleuves...), soit en raison d'un aménagement spécial (prison, route, quai d'un port, égout ...), soit en raison de son importance historique ou scientifique (monument historique, statue publique, ruine visitable...), est nécessaire à un service public ou à la satisfaction d'un besoin public et ne saurait en conséquence être remplacé sans inconvénient par aucun autre¹⁸.

¹⁵ Cass., 21 januari 1926, *Pas.*, 1926, I, 187; 18 mei 2007, C.06.0086.N, *Rev. not. b.*, 2007, 631.

¹⁶ Voetnoot 58 van het geciteerde werk: M. Waline, Les mutations domaniales, thèse, Dalloz, 1925, 25 et 45, pour qui un bien ne peut intégrer le domaine public que s'il est “*particulièrement adapté à un service public ou à la satisfaction d'un besoin public*”.

¹⁷ Voetnoot 59 van het geciteerde werk: Les professeurs belges suivants se sont ralliés à cette conception: A. Buttgenbach, Cours de droit administratif, 1948, 135; Wigny, Principes généraux de droit administratif, 121; A. Mast, Droit administratif, 1966, nr. 181; C. Cambier, Droit administratif, 1968, 336.

¹⁸ Voetnoot 60 van het geciteerde werk: M. Waline, Droit administratif, 1957, n° 1520, 817.

Les professeurs belges P. Wigny¹⁹, A. Buttgenbach²⁰, J. Dembour²¹ et M.A. Flamme²² se sont ralliés à cette théorie en la complétant quelque peu, c'est-à-dire en faisant rentrer dans le domaine public:

– non seulement les biens des pouvoirs publics qui sont directement mis ou laissés²³ à l'usage du public ou à une catégorie d'usagers à qui ils sont spécialement destinés (ou qui l'ont été et qui ne peuvent pas être considérés comme désaffectés),

– mais encore ceux qui sont nécessaires à un service public parce qu'ils y sont spécialement adaptés²⁴.

Le Conseil d'État belge a récemment adopté cette définition²⁵.

Comp. avec l'article L.2111-1 du code général de la propriété des personnes publiques français, adopté par l'ordonnance du 21 avril 2006, aux termes duquel '*le domaine public d'une personne publique (...) est constitué de biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public*'²⁶.

Cette conception de la domanialité publique présente plusieurs avantages:

– elle tient compte de la raison d'être du domaine public et du caractère exceptionnel qu'il convient de lui donner. Ainsi, si les immeubles affectés au logement du personnel de la SNCB font en principe indiscutablement partie du domaine privé, il n'en va pas de même de la maison occupée par un garde-barrière ou un chef de gare,

¹⁹ Voetnoot 61 van het geciteerde werk: Dr. adm., 1962, n° 303, 221

²⁰ Voetnoot 62 van het geciteerde werk: Dr. adm., 1966, n° 388bis.

²¹ Voetnoot 63 van het geciteerde werk: Dr. adm., 1978, 371.

²² Voetnoot 64 van het geciteerde werk: Dr. adm., Bruylant, 1989, t. II, 1030; note s. Mons, 17 décembre 1979, A.P.T., 1980, 262.

²³ Voetnoot 65 van het geciteerde werk: Par exemple, un chemin sur propriété privée devenu public par le passage du public (à ce sujet, voir *infra*, livre II, cha III. La petite voirie).

²⁴ Voetnoot 66 van het geciteerde werk: Sans cette précision en effet, il faudrait assujettir à un régime exorbitant des encriers et des porteplumes, parce qu'ils sont affectés au service public alors que leur remplacement ne s'expose pas aux perturbations que l'on veut éviter par le recours au régime de la domanialité publique ! C'est donc bien du fait de l'aménagement spécial qu'il a subi en vue du service public que tel bien de l'administration cesse d'être inclus dans le domaine privé. On retrouve cette conception de la domanialité publique dans certains textes réglementaires: voy. ainsi l'article 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 4 juin 1958 sur les autoroutes: "Outre les chaussées, aires de stationnement et voies d'accès classées comme telles, le domaine de l'autoroute comporte tout le domaine de l'État se trouvant de part et d'autre de la voie et aménagé en fonction des besoins et pour le service de l'autoroute".

Voir l'article 93 du cahier des charges du Port de Bruxelles arrêté par l'arrêté de l'Exécutif de la Région de Bruxelles-Capitale du 27 mai 1993: le Port a notamment pour mission "l'affectation des terrains situés le long du canal à des usagers de la voie d'eau pour autant que l'infrastructure portuaire existe". Voy. aussi C.E. fr., 28 mai 2004, Aéroports de Paris, pourvoi nr. 24-1304, qui a rejeté la qualification de domaine public pour des matériels et logiciels qui n'avaient pas fait l'objet d'un aménagement spécial les rendant difficilement remplaçables, mais qui au contraire étaient interchangeables dans leur installation et leur configuration avec ceux utilisés par les personnes privées.

²⁵ Voetnoot 67 van het geciteerde werk: C.E., 2 avril 2010, n° 202.736, ville de Dinant.

²⁶ Voetnoot 68 van het geciteerde werk: Le bien ne sera donc désormais intégré au domaine public que si la mission de service public l'exige. (Au sujet de ce Code, voir le dossier publié dans A.J.D.A., 2006, 1073-1106, spéc. 1090).

dont la présence permanente auprès de la voie est indispensable (parce qu'elle est nécessaire au service public du chemin de fer à proximité immédiate de la voie ferrée).

– souple, elle permet d'adapter le régime de la domanialité aux diverses circonstances de temps et de lieu. Ainsi, des services qui pouvaient autrefois se loger dans n'importe quel immeuble exigent parfois aujourd'hui des aménagements particuliers et doivent, de ce fait, rentrer désormais dans le domaine public (hôpitaux, laboratoires scientifiques, écoles techniques, centrales électriques publiques).²⁷

Een minderheid binnen de rechtsleer hangt, daarentegen, een extensieve interpretatie van het openbaar domein aan.

Zo stelt P. Goffaux een ruimere definitie voor van het openbaar domein: “outre les biens auxquels une disposition législative a reconnu cette qualité, le domaine public comprendrait ainsi non seulement les biens affectés directement à l'usage du public, mais aussi tous les biens affectés à la poursuite d'une mission de service public, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si, par nature ou des aménagements spéciaux, ils sont indispensables ou nécessaires à ce service.”²⁸ Ter ondersteuning van die stelling haalt hij verschillende beslissingen aan van justitiële gerechten.²⁹

3. In de commentaar bij artikel 3.59 staat het volgende:

“De opstellers van dit ontwerp zijn de zienswijze toegedaan dat in een titel die gewijd is aan de goederen de specifieke categorie van de openbare domeingoederen aan bod moet komen. Moeten eveneens worden behandeld de juridische gevolgen die voortvloeien uit het toebehoren van die goederen in het goederenrecht, los van het gegeven of het gaat om oorspronkelijke verkrijging dan wel om vestiging van gebruiksrechten. *Zij willen evenwel geen partij kiezen in controversen die de specialisten inzake publiekrecht verdelen.*

Het is de bedoeling dat de formulering van de definitie van de goederen van het openbaar domein zo ruim mogelijk is, teneinde rechtsleer en rechtspraak ter zake in zekere zin met elkaar in overeenstemming te brengen. Zoals supra uiteengezet, werd geopteerd voor een neutrale opstelling omtrent de vraag wie eigenaar kan zijn van een openbaar domeingood door de beperking tot goederen ‘van de publiekrechtelijke personen’ weg te laten in de kwalificatie als openbaar domein. Dezelfde neutrale houding werd aangenomen met betrekking tot de vereiste van ‘verwezenlijking’ van de openbare bestemming vermeld in het arrest van 17 oktober 2014 van het Hof van Cassatie, dat op diverse wijze wordt geïnterpreteerd in de rechtsleer (zie Cass. 17 oktober 2014, Arr.Cass. 2014, 2276, Pas. 2014, 2274, APT 2015, 504, noot A. VANDEBURIE, RW 2015-16, 1065, noot N. VAN DAMME). Zo kan de gespecialiseerde rechtsleer de tekst laten evolueren in de richting die het meest wenselijk lijkt met betrekking tot die diverse knelpunten.” (eigen cursivering)

²⁷ D. LAGASSE, *Droit administratif spécial*. Les domaines public et privé. La voirie, 23^e uitgave, Brussel, uitgegeven in eigen beheer, 2017, nr. 22 e.v. Zie eveneens D. RENDERS en B. GORS, *Les biens de l'administration*, Brussel, Bruylant, 2014, nr. 17 tot 20.

²⁸ GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2^e uitgave, Brussel, Bruylant, 2016, 225 tot 227.

²⁹ *Ibidem*, zie voetnoot 490, 226.

4. De definitie die in het ontworpen artikel 3.59 van het Burgerlijk Wetboek opgenomen is, beantwoordt echter niet aan de doelstelling van neutraliteit die de steller van het voorontwerp voor ogen had.

Doordat in de tekst niet gepreciseerd wordt dat het openbaar domein alleen goederen mag omvatten die aan “publiekrechtelijke personen” toebehoren, kunnen daartoe op basis van die tekst ook goederen gerekend worden die aan privé-personen toebehoren. Zo ook geeft de steller van het voorontwerp, door zonder verdere precisering te verwijzen naar alleen de goederen die uitdrukkelijk of impliciet tot een openbare dienst bestemd worden, een extensieve interpretatie van het begrip “openbaar domein”, die door de rechtspraak niet ingeperkt mag worden, aangezien de tekst volstrekt duidelijk is. Zo ook is het onduidelijk op welke wijze de rechtsleer de tekst zou kunnen laten evolueren.

Bij deze stand van zaken wijkt de steller van het voorontwerp af van de restrictieve interpretatie die in de overheersende stroming binnen de rechtsleer en in de rechtspraak aangehangen wordt. De toekenning van het bijzonder stelsel dat verbonden is aan het openbaar domein leidt tot een verschil in behandeling tussen de onderscheiden eigenaars van goederen, die verantwoord moet kunnen worden en proportioneel moet zijn met het wettig doel dat nagestreefd wordt.

Ontworpen artikel 3.60 – Residuaire aard

1. Het verdient aanbeveling het opschrift van het ontworpen artikel als volgt te verduidelijken: “Residuaire aard van het begrip roerend goed”.
2. Evenmin wordt ergens in het ontwerp melding gemaakt van het begrip onlichamelijk roerend goed of roerend goed door wetsbepaling, zoals dat in het huidige artikel 529 voorkomt.

Die leemte zou weggewerkt moeten worden.

Ontworpen artikel 3.61 – Onroerende goederen uit hun aard, door incorporatie en door bestemming: definitie

1. In dit verband wordt naar algemene opmerking 3 verwezen.
2. Voor zover de definitie van het begrip onroerend uit zijnde aard naar volumes verwijst, biedt ze de mogelijkheid de gevoelig geworden kwestie van de eigendom van volumes bevattelijker te maken.

Dat gezegd zijnde, zou dat begrip “volume” zelf niet gedefinieerd moeten worden? Dat begrip gaat immers niet onmiddellijk en courant samen met het begrip onroerend goed, terwijl het bovendien verschillende ladingen lijkt te dekken: hier betekent het een volume dat een deel van een perceel vormt, terwijl een andere – ruimere – betekenis bestaat, die naar voren zal komen inzake opstal, te weten het gebouwde volume of het luchtvolume (zie het ontworpen artikel 3.192). De samenhang dreigt dus verloren te gaan als dat nieuwe begrip gebruikt wordt in onderscheiden contexten, waarbij met dat begrip bovendien niet steeds hetzelfde aangeduid wordt.

Aangezien het de bedoeling van de steller van het voorontwerp lijkt te zijn voortaan niet alleen op de in het perceel geïncorporeerde volumes te doelen, maar eveneens op de volumes die zich boven het perceel bevinden, geeft de verwijzing naar die onderscheiden volumes die de grondpercelen vormen, in het ontworpen artikel 3.61, eerste lid, zoals die bepaling gesteld is, die bedoeling niet weer.

De wijze waarop aldus in de praktijk verwezen wordt naar volumes die in drie dimensies bepaald zijn, doet vragen rijzen ten aanzien van de huidige regeling inzake eigendom en onroerende publiciteit, die inzonderheid steunt op kadastrale leggers, percelen enzovoort, welke zaken verband houden met het theoretische en praktische idee van oppervlakte. Die concepten verwijzen dus naar twee dimensies en niet naar het volume in drie dimensies.

Er dient bijgevolg nagegaan te worden of die nieuwe, driedimensionale logica geen voorafgaande hervorming van de onroerende publiciteit vereist.

3. Het criterium van onroerend goed door incorporatie lijkt het criterium van het verlies van individualiteit te zijn.³⁰

De vraag rijst of het begrip onroerend goed door incorporatie niet nauwkeuriger gedefinieerd zou moeten worden. Het is immers bekend dat na een lange evolutie in de rechtspraak en vele analyses in de rechtsleer het begrip incorporatie thans geïnterpreteerd wordt als de omstandigheid dat een roerend goed “duurzaam en gewoonlijk” vastzit in een onroerend goed, ook als de mogelijkheid bestaat het daaruit los te maken, maar alleen als het daaruit losgemaakt kan worden zonder schade te veroorzaken.

Wil de steller van het voorontwerp afstand nemen van die rechtspraak door gebruik te maken van een criterium van “verlies van individualiteit” dat, *a priori*, een algemenere strekking lijkt te hebben?

Het dispositief of, in voorkomend geval, de commentaar bij dit artikel, moet in dat opzicht aangevuld worden.

³⁰ Op dat punt wordt verwezen naar algemene opmerking 3.

Ontworpen artikel 3.63 – Onroerend door hun voorwerp

In het ontworpen artikel 3.63 wordt een definitie gegeven van de klassieke categorie van de goederen die onroerend zijn door het voorwerp waarop ze betrekking hebben, dus van de onlichamelijke onroerende goederen, met in begrip van “de persoonlijke rechten en rechtsvorderingen die aanspraak geven op de verkrijging of herverkrijging van een onroerend goed”.

De term “herverkrijging” lijkt overbodig, aangezien de term “verkrijging” immers ruim genoeg is om alle gevallen te dekken.

Ontworpen artikel 3.64 – Definitie

1. De formulering van de definitie die in het ontworpen artikel 3.64 voorgesteld wordt, zou aldus herzien moeten worden dat ze de vorm heeft van een echte definitie en dat daarom niet uitsluitend gewag gemaakt wordt van de bevoegdheden die het eigendomsrecht verleent.

2. In het ontworpen artikel 3.64 staat dat de eigenaar de volheid van bevoegdheden heeft, “behoudens de beperkingen die door wetten, verordeningen of door de rechten van derden worden opgelegd.”.

Op dat punt is in de commentaar bij het ontworpen artikel 3.64 de volgende verduidelijking opgenomen:

“De ‘rechten van derden’ verwijzen naar alle rechten die derden kunnen hebben op andermans goed. Dit verwijst onder meer ook naar de clausules van onvervreemdbaarheid, de persoonlijke en, binnen de grenzen van het *numerus clausus* beginsel, zakelijke gebruiksrechten waartoe de eigenaar zich ten voordele van een derde heeft verbonden. De derden omvatten zowel degene die met de eigenaar in een contractuele band staat (huurder, erfpachter, vruchtgebruiker, titularis van een erfdienstbaarheid, bruiklenner, opstalhouder, enz.), maar ook derden met wie hij geen juridische band heeft (overheid, naburen, enz.)”.

De verwijzing naar de beperkingen die bij wetten of verordeningen opgelegd worden en het huidig gemeen recht, maken het reeds ten volle mogelijk om de rechten van derden te doen naleven in het kader van mechanismes inzake aansprakelijkheidsrecht (rechtsmisbruik met name), ontduiking van de rechten van derden en op basis van het stelsel van de andere zakelijke rechten.

Aldus verwijzen naar de “rechten van derden” is overbodig.

3. Het is niet duidelijk welk onderscheid gemaakt dient te worden tussen de begrippen “gebruiksrecht” en “genotsrecht”, die beide vervat zijn in de definitie die gegeven wordt van eigendomsrecht. Dat dreigt bovendien te leiden tot een zekere verwarring met de andere bij boek 3 geregelde zakelijke rechten, die omschreven worden als “gebruiksrechten”.

Vandaag de dag wordt in artikel 544 van het Burgerlijk Wetboek alleen gebruik gemaakt van het begrip genotsrecht om zowel naar het gebruik van het goed als naar het recht op de vruchten te verwijzen.

In dat verband kan een vergelijking gemaakt worden met de definitie van vruchtgebruik die in het ontworpen artikel 3.153 gegeven wordt, als het recht waarbij aan de vruchtgebruiker “het tijdelijk recht op het gebruik en genot van een goed” verleend wordt. Om een duidelijk onderscheid te maken tussen de eigendom en het vruchtgebruik, verdient het aanbeveling in de definitie van eigendom de voortdurende aard ervan op te nemen.

4. Het eigendomsrecht is overigens beperkt tot “het recht om rechtstreeks het voorwerp ervan te gebruiken”.

Vandaag de dag wordt evenwel aangenomen dat het eigendomsrecht de ruimste bevoegdheden verleent aan de eigenaar en dat de eigenaar beschikt over het recht om zowel rechtstreeks als onrechtstreeks het voorwerp van dat recht te gebruiken.³¹ De ontworpen definitie van het “eigendomsrecht” in het Burgerlijk Wetboek laat, voor het overige, de waarborgen onverlet die verankerd zijn in artikel 16 van de Grondwet, alsook in artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

Bijgevolg moet het woord “rechtstreeks” weggelaten worden.

Ontworpen artikel 3.65 – Vorderingen van de eigenaar

Het ontworpen artikel bevat een tweede lid waarin bepaald wordt dat het “eigendomsrecht en de vorderingen die het recht sanctioneren, (...) niet [uitdoven] door het niet-gebruik ervan”.

Het zou goed zijn als erop gewezen zou worden dat dit principe van openbare orde is, zoals het Hof van Cassatie gedaan heeft in een arrest van 4 oktober 2012 (C. 11.0686.F/1).

³¹ P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, deel 1, Biens et propriétés, Brussel, Larcier, 2012, 96.

Ontworpen artikel 3.66 – Bewijs van eigendom

1. In de Franse tekst van het ontworpen artikel 3.66 wordt verwezen naar een bewijs met “tous moyens (de droit)”.

Het lijkt dienstiger om de woorden “alle middelen van recht” niet letterlijk te vertalen maar wel door “toutes voies de droit”.

2. In het ontworpen artikel 3.66 wordt een hiërarchie aangebracht in de manieren waarop het eigendomsrecht bewezen kan worden.

In de commentaar bij dat artikel staat daarover het volgende:

“Uiteraard mogen deze bewijsregels niet worden gebruikt om de bewijsregels inzake rechtshandelingen te doorkruisen. [...] Het gaat enkel om het eigendomsconflict tussen twee personen die beide onafhankelijk van elkaar – en zonder door een rechtshandeling te zijn gebo[n]den – beweren eigenaar te zijn van eenzelfde goed. Ze poogt wel om een hiërarchie aan te brengen tussen de indicieën van het eigendomsrecht, om op die manier – in geval van conflict tussen eigendomsaanspraken – het beste bewijs te leveren.”

De afdeling Wetgeving ziet echter niet in wat het nut is van deze bepaling. Het spreekt voor zich dat een juridische titel waarin een eigendomsrecht vastgelegd is, slechts geldig is voor zover degene die deze titel bestrijdt zich niet zal kunnen beroepen op een oorspronkelijke wijze van eigendomsverkrijging die afbreuk kan doen aan de wettigheid van de juridische titel of die deze titel kan uithollen en dat, bij gebrek aan andere bewijzen, de rechter en de partijen zullen moeten teruggrijpen naar de regels inzake bezit.

Ontworpen artikel 3.67 – Onteigening en eigendomsbeperkingen

Gelet op inzonderheid het hiërarchisch niveau van artikel 16 van de Grondwet en artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, is het niet wenselijk dat in de voorliggende bepaling naar die hogere normen verwezen wordt.

Dat is des te minder nuttig daar die werkwijze twijfel doet rijzen over het juiste juridische statuut van de regels en beginselen die uit die hogere bepalingen afgeleid worden.

Het ontworpen artikel 3.67 moet weggelaten worden.

Ontworpen artikel 3.68 – Beperkingen op de beschikkingsbevoegdheid

Het ontworpen artikel 3.68 stemt overeen met de beginselen die in het algemeen toegepast worden in de rechtsleer en de rechtspraak.

Dat de regel ter zake – namelijk het feit dat iedere beperking in de tijd beperkt moet zijn en aan een rechtmatig belang moet beantwoorden – in het Burgerlijk Wetboek opgenomen wordt, lijkt een goede zaak.

Gelet op het belang van dat artikel rijst de vraag of het niet uitdrukkelijk als van dwingend recht – of zelfs als van openbare orde bestempeld zou moeten worden.

Ontworpen artikel 3.69 – Eigendom van vruchten en opbrengsten

In het ontworpen artikel 3.69 wordt bepaald dat de eigenaar recht heeft op de vruchten en opbrengsten zonder afbreuk te doen aan de rechten van derden, “waaronder deze vermeld in artikel 3.29”, bij welk artikel het recht geregeld wordt van de bezitter, inzonderheid van de bezitter te goeder trouw.

Men kan zich de vraag stellen waarom dit belangrijke recht dat verband houdt met de eigendom niet vermeld wordt in de definitie zelf van de eigendom. Al heeft het te maken met het genot van een goed, dat laatste kan het recht omvatten om de vruchten te trekken, hetgeen minder - of zelfs helemaal niet - het geval is met een “gebruiksrecht”.

Ontworpen artikel 3.70 - Algemene regel inzake natrekking

Het ontworpen artikel 3.70, dat als uitgangspunt dienst doet, voorziet op algemene wijze in een natrekkingsmechanisme waarin gewerkt wordt met het begrip “inherent bestanddeel”.

In dat verband wordt verwezen naar algemene opmerking nr. 3 die met betrekking tot dat begrip is gemaakt.

Ontworpen artikel 3.71 - Verwerking en oorspronkelijke eigendomsverkrijging

1. Het ontworpen artikel 3.71, tweede lid, voorziet in een vergoeding voor de eigenaar van het oorspronkelijke goed “op grond van het contract dan wel op grond van het verbod van ongerechtvaardigde verrijking”.

Het is de afdeling Wetgeving niet duidelijk waarom *in casu* verwezen wordt naar het contract.

Het spreekt vanzelf dat, gelet op het beginsel dat de overeenkomst de partijen tot wet strekt, de bewerking van een roerend goed als gevolg van de uitvoering van een aannemingsovereenkomst of van enige andere overeenkomst waaruit blijkt dat de bewerking van een goed gepland is met de instemming van de partijen, niet kan leiden tot de toepassing van het ontworpen artikel 3.71. Dat zou overigens een disproportionele aantasting van het eigendomsrecht betekenen. In de bespreking van het artikel wordt trouwens enkel verwezen naar het mechanisme van ongerechtvaardigde verrijking.

2. De regeling waarvan sprake in het tweede lid van de bepaling, die voorziet in een vergoeding voor de eigenaar van het oorspronkelijke goed ofwel ten belope van hetgeen in de overeenkomst is bepaald, ofwel “op grond van het verbod van ongerechtvaardigde verrijking”, komt bovendien overeen met een minder gunstige behandeling van de eigenaar van het goed dan hetgeen thans bepaald wordt in artikel 566 van het Burgerlijk Wetboek, dat voorziet in een vergoeding die erin bestaat “om aan de andere eigenaar de waarde van de zaak die met de eerste verenigd is, te betalen”.

De steller van het voorontwerp zou de vergoedingsregeling moeten herzien in het licht van de huidige bepaling van het Burgerlijk Wetboek, *a fortiori* wanneer de persoon die het goed bewerkt heeft te kwader trouw is (in welk geval eveneens elke vergoeding uitgesloten moet worden wanneer deze persoon het goed bewerkt heeft in het nadeel van de huidige eigenaar ervan), en dit onverminderd de toepassing van de regels inzake de buitencontractuele aansprakelijkheid.

3. Het dispositief moet in het licht van die opmerkingen worden herzien.

Ontworpen artikel 3.72 – “Roerende natrekking” en oorspronkelijke eigendomsverkrijging

Het mechanisme van natrekking betreffende roerende goederen steunt op het begrip “inherent bestanddeel”.

In dat verband wordt verwezen naar algemene opmerking nr. 3.

Ontworpen artikel 3.73 - Gevonden zaken: verplichtingen

Ontworpen artikel 3.74 - Gevonden zaken: oorspronkelijke eigendomsverkrijging

1. De ontworpen artikelen 3.73 en 3.74 zijn gebaseerd op de wet van 30 december 1975 ‘betreffende de goederen, buiten particuliere eigendommen gevonden of op de openbare weg geplaatst ter uitvoering van vonnissen tot uitzetting’.

Daarin wordt evenwel geen gewag meer gemaakt van de verplichtingen van de gemeenten in verband met goederen die zijn weggehaald omdat ze “de veiligheid of het gemak van doorgang op openbare wegen, straten, kaaïen en pleinen hinder[d]en”, of in

verband met goederen die “op de openbare weg geplaatst [zijn] ter uitvoering van vonnissen tot uitzetting”.

De steller van het voorontwerp moet erop toezien dat hij zo niet zorgt voor een rechtsvacuüm.

2. Net zoals in de huidige bepalingen staat in het ontworpen artikel 3.73 dat de vinder of de gemeente het gevonden goed kan verkopen zodra een termijn van zes maanden verstreken is (of een kortere termijn als het gaat om bederfbare levensmiddelen of een termijn van drie maanden voor fietsen). In tegenstelling tot de huidige bepalingen vindt de verkrijging van het eigendom evenwel pas plaats na een termijn van vijf jaar. Het ontworpen artikel 3.73 staat dus de verkoop toe van een goed door een persoon die niet de eigenaar ervan is. Aldus voert het voorontwerp een mechanisme in dat volledig strijdig is met het concept zelf van de verkoop en van de relativiteit van overeenkomsten.

3. In het ontworpen artikel 3.74, § 4, wordt voorzien in een naar omstandigheden “redelijke beloning”, voor de vinder “die geen eigenaar wordt en aan de op hem rustende verplichtingen heeft voldaan”.

In die bepaling zou moeten worden gepreciseerd dat die beloning gegeven moet worden door de eigenaar van het gevonden goed. Bovendien zijn de bewoordingen “naar omstandigheden (...) redelijke beloning” veel te vaag om een minimale rechtszekerheid te kunnen waarborgen.

4. Terwijl krachtens het ontworpen artikel 3.27 een bezitter die te kwader trouw is – en die voorts het bewijs moet leveren van een deugdelijk en dus, inzonderheid, openbaar en niet-dubbelzinnig bezit – pas in aanmerking komt voor de verkrijgende verjaring na afloop van een termijn van dertig jaar, wordt in het ontworpen artikel 3.74 voorzien in een verkrijging na een termijn van vijf jaar, ongeacht of de bezitter te goeder of te kwader trouw is.

In de toelichting bij het artikel wordt dit verantwoord als volgt:

“Het gaat hier om een bijzonder geval van een gevonden zaak die noch gestolen, noch verborgen is, en waarvoor de bezitter alle bij wet opgelegde stappen heeft ondernomen om de transparantie van zijn verkrijging te waarborgen”.

Het begrip “diefstal” valt evenwel onder de toepassing van artikel 461 van het Strafwetboek, dat luidt als volgt:

“Hij die een zaak die hem niet toebehoort, bedrieglijk wegneemt, is schuldig aan diefstal. Met diefstal wordt gelijkgesteld het bedrieglijk wegnemen van andermans goed voor een kortstondig gebruik”.

De bedoeling van de “vinder”, zoals die afgeleid kan worden uit de omstandigheden van de zaak, is dus bepalend om de situatie te omschrijven als diefstal of verlies. Er kan niet worden uitgesloten dat een goed gevonden wordt door een persoon die de identiteit kent van de eigenaar van dat goed, zonder dat deze persoon die informatie aan de gemeente bekendmaakt. Zo gezien zou een vinder die te kwader trouw is, ongeacht het feit of de administratieve handelingen opgelegd bij het ontworpen artikel 3.73 vervuld zijn, vervolgd moeten kunnen worden voor diefstal in geval van bedrieglijk opzet. Overigens bestaat het gevaar dat dat mechanisme misbruikt wordt door dieven die zich *a posteriori* willen vrijpleiten.

5. Het dispositief moet in het licht van al de voorgaande opmerkingen worden herzien.

Ontworpen artikel 3.76 - Horizontale omvang van grondeigendom

1. In het ontworpen artikel 3.76, § 1, eerste lid³² lijkt het gebruik van het woord “uiterste” niet gerechtvaardigd. Indien daarvoor geen relevante uitleg kan worden gegeven, moet dat woord vervallen.
2. Een soortgelijke opmerking als die welke bij het ontworpen artikel 3.66 is geformuleerd (opmerking 2) in verband met de hiërarchische indeling van de bewijsmiddelen voor de grenzen van de grondeigendom, kan hier ook worden gemaakt.

Ontworpen artikel 3.77 - Grensoverschrijding

1. Wat betreft het gebruik van het begrip “inherent bestanddeel” wordt verwezen naar algemene opmerking nr. 3 die met betrekking tot dat begrip is gemaakt.
2. De verwijzing in het ontworpen artikel 3.77, § 1, tweede lid, naar het bestaan van een “wettelijke of contractuele titel” is niet afdoende.

Er behoort gepreciseerd te worden dat het moet gaan om een wettelijke of contractuele titel die grensoverschrijding toe te laat. Wat de contractuele titel betreft, dient deze uit te gaan van een persoon die zulk een machtiging kan verlenen, met inachtneming van het beginsel van de relativiteit van overeenkomsten.

3. In het ontworpen artikel 3.77, § 2, moet gepreciseerd worden op welke grond de beoogde schadeloosstelling uitgevoerd wordt rekening houdend wat dat betreft met de

³² Aan het einde van dat eerste lid schrijve men beter: “met inachtneming van de rechten van derden”.

bescherming die het eigendomsrecht geniet krachtens artikel 16 van de Grondwet en artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens.

4. De begrippen “te goeder trouw” en “te kwader trouw” moeten gedefinieerd worden. De vraag rijst of de persoon die in het bezit is van een titel die in theorie de grensoverschrijding in de weg staat en die niettemin grenzen heeft overschreden volgens de algemene criteria van goede trouw, alsnog, in die context, beschouwd kan worden als iemand die te goeder trouw is voor de toepassing van de thans voorliggende bepaling.

Indien de steller van het voorontwerp van oordeel is dat de goede trouw moeilijk precies te omschrijven valt in het dispositief, zou hij tenminste in de toelichting daar nader op in moeten gaan en duidelijke voorbeelden moeten geven.

5. Met betrekking tot het ontworpen artikel 3.77, § 2, wordt in de bespreking van het artikel het volgende bepaald:

“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 ontwerp 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. Dat 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”.

Overeenkomstig de aldus tot uiting gebrachte bedoeling van de steller van het ontwerp, vormt het ontworpen artikel 3.77 een praktische toepassing van rechtsmisbruik, welk begrip, volgens de bewoordingen van het ontworpen artikel 5.7 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, voortaan als volgt gedefinieerd zou moeten worden:

“Art. 5.7. Verbod op rechtsmisbruik

§ 1. Niemand mag misbruik maken van zijn recht.

§ 2. Wie zijn recht uitoefent op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden geplaats, maakt misbruik van zijn recht.

§ 3. De sanctie voor een dergelijk misbruik bestaat in de matiging van het recht tot zijn normale rechtsuitoefening, onverminderd het herstel van de schade die het misbruik heeft berokkend”.³³

³³ Voorontwerp van wet ‘tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoeging van Boek 5 “Verbintenissen” in dat Wetboek’, waarover de Raad van State op 23 mei 2018 advies 63.268/2 gegeven heeft.

Dit artikel strekt ertoe de rechtspraak in verband met rechtsmisbruik vast te leggen. In die rechtspraak wordt een nauwkeurige afweging gemaakt van de belangen die op het spel staan, hetgeen mogelijk gemaakt wordt door de toepassing van verschillende criteria die vastgesteld werden in de rechtspraak van het Hof van Cassatie, te weten:

1° de vraag of het enige oogmerk erin bestaat te schaden³⁴ of de vraag of er een redelijk of gewettigd belang voorhanden is;³⁵

2° het feit dat het niet toegelaten is om uit verschillende manieren waarop iemand zijn recht uitoefent met hetzelfde nut, die manier te kiezen die schade kan aanrichten;³⁶

3° de vraag of de veroorzaakte schade in verhouding staat tot het door de houder van dat recht nagestreefde of verkregen voordeel³⁷, met dien verstande dat de rechter “bij de beoordeling van de voorhanden zijnde belangen (...), rekening [moet] houden met alle omstandigheden van de zaak.”³⁸

Om ervoor te zorgen dat het onrechtmatige karakter van de situatie duidelijk zou blijken uit de gevallen die genoemd worden in het ontworpen artikel 3.77, § 2, zou uitdrukkelijk verwezen moeten worden naar het begrip “rechtsmisbruik” of naar het ontworpen artikel 5.7 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek.

6. Het ontworpen artikel 3.77 dient herzien te worden in het licht van die opmerkingen, gelet in het bijzonder op het belang van die kwesties ten aanzien van artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens en van artikel 16 van de Grondwet zoals dat moet worden begrepen in het licht van dat artikel van het protocol.

Ontworpen artikel 3.78 - Verticale omvang van grondeigendom

1. In het ontworpen artikel 3.78 wordt bepaald dat een grondeigenaar zich niet kan verzetten tegen een gebruik door een derde op een hoogte of een diepte waarop hij, “gelet op de bestemming en de toestand van de grond”, redelijkerwijze geen gebruiksbevoegdheid zou kunnen uitoefenen.

³⁴ Cass. 12 juli 1917, *Pas.* 1918, I, 65; Cass. 10 september 1971, *Arr.Cass.* 1972, 31.

³⁵ Cass. 30 januari 1992, *Arr.Cass.* 1991-92, 497.

³⁶ Cass. 12 juli 1917, *Pas.* 1918, I, 65; Zie eveneens Cass. 16 januari 1986, *Arr.Cass.* 1985-86, 683.

³⁷ Cass. 17 februari 2012, *Arr.Cass.* 2012, 403. Dat criterium is vastgesteld in het arrest van het Hof van Cassatie van 10 september 1971 en luidt als volgt: het feit “dat de schade die [de personen verantwoordelijk voor de grensoverschrijding] zouden lijden bij de afbraak van de muur buiten alle verhouding zou zijn met het voordeel dat [de personen die het slachtoffer zijn van de grensoverschrijding] er bij kon[den] hebben” (Cass. 10 september 1971, *Arr.Cass.* 1972, 31; Cass. 19 oktober 1989, *Arr.Cass.* 1989-90, 238.

³⁸ Cass. 9 maart 2009, *Arr.Cass.* 2009, 762; Cass. 30 januari 2003, *Arr.Cass.* 2003, 270.

Die bewoordingen lijken de omvang van de eigendom vast te stellen in het licht van de bestemming die op een bepaald moment aan de grond gegeven wordt. Er kan evenwel niet worden uitgesloten dat de bestemming van een grond evolueert afhankelijk van de ontdekkingen die gedaan worden wat betreft de aard van hetgeen zich boven of onder de grond bevindt of om andere redenen.

Zoals het dispositief thans gesteld is, kan een eigenaar van een gezinswoning bijvoorbeeld het recht ontnomen worden om een mijn of een groeve te ontginnen die achteraf ontdekt zou worden in de ondergrond van zijn eigendom. Een dergelijke beperking lijkt niet in verhouding te staan tot het nagestreefte doel.

2. Overigens is het gebruik waarop een derde aanspraak zou kunnen maken ook niet voldoende nauwkeurig bepaald. Over welk gebruik gaat het hier? Op welke grond zou dat gebruik steunen?

3. In het volgende lid wordt bepaald dat de eigenaar “in overeenstemming met de wet op, boven en onder de grond bouwwerken of beplantingen [kan] aanbrengen”.

In de twee daaropvolgende leden wordt voorzien in een belangrijke afwijking ten voordele van “de eigendom van een net bestaande uit kabels of leidingen en bijbehorende faciliteiten, bestemd voor het vervoer van vaste, vloeibare of gasvormige stoffen, van energie of van telecommunicatie, die op, boven of onder de grond dan wel in een gebouw is of wordt aangelegd, [en die toebehoort aan] de bevoegde aanlegger van dat net dan wel aan diens rechtsopvolger”.

De aldus toegestane schending van de eigendom kan enkel gerechtvaardigd worden in het kader van een wettelijke erfdienstbaarheid van openbaar nut waarbij derhalve sprake is van een netwerk dat bijdraagt tot het leveren van een openbare dienst. De invoering van zulke erfdienstbaarheid valt onder de bevoegdheid van elk beleidsniveau (federaal, gewestelijk of van de gemeenschappen) binnen het federale België.

4. Het dispositief moet in het licht van die opmerkingen worden herzien.

Ontworpen artikel 3.79 – “Kunstmatige onroerende natrekking”

1. De redactie van de tekst zou logischer zijn als in paragraaf 1, eerste lid, en in paragraaf 2, de woorden “andermans grond” vervangen zouden worden door de woorden “een stuk grond”.

2. Het ontworpen artikel 3.79 maakt een onderscheid tussen een derde die “te kwader trouw” is en een derde die “te goeder trouw” is.

Ter wille van de rechtszekerheid moeten die begrippen gedefinieerd worden. Het huidige artikel 550 van het Burgerlijk Wetboek verwijst duidelijk naar het begrip “bezitter te goeder trouw” wat betreft de bijzondere regel die daarin vervat ligt; de algemene regel is van toepassing op elke andere persoon dan de bezitter die te goeder trouw is.

3. In het ontworpen artikel 3.79 wordt geen echte precisering gegeven omtrent het criterium op grond waarvan het ingevoerde mechanisme kan worden toegepast. Het bepaalt zich ertoe te verwijzen naar “zelfstandige” (bedoeld wordt wellicht ‘op zichzelf staande’) bouwwerken of beplantingen zonder meer.

Deze omschrijving lijkt te veronderstellen dat de bouwwerken waarvan sprake gescheiden kunnen worden. Er wordt evenwel niet gepreciseerd of zulk een scheiding al dan niet kan plaatsvinden wanneer de voormelde bouwwerken of de onroerende basis daarbij mogelijkerwijze beschadigd worden. Momenteel is dit niet het geval.

Dit aspect zou bijgevolg duidelijk in de tekst moeten worden behandeld.

4. Daarnaast is er ook nog de kwestie van de verhouding tussen de regels die gelden op het stuk van kosten aan een onroerend goed en de natrekking. Thans zijn de regels inzake de kosten aan een onroerend goed van toepassing op bouwwerken of wijzigingen die niet verwijderd kunnen worden, terwijl natrekking geldt voor bouwwerken die verwijderd kunnen worden zonder dat het aldus verwijderde goed zelf of de onroerende basis ervan schade ondervindt.

De steller van het voorontwerp moet zich derhalve uitdrukkelijk uitspreken over de vraag of de regels inzake de kosten aan een onroerend goed blijft voortbestaan.

5. Artikel 555 van het Burgerlijk Wetboek deed ook een belangrijke vraag rijzen: is dit artikel wel of niet van toepassing op de huurder, in zijn hoedanigheid van “derde”; hoewel dit normaal gezien niet het geval is, heeft het Hof van Cassatie in dat verband in zijn arrest van 31 mei 2012 uiteindelijk bevestigend geantwoord.³⁹ In het ontworpen artikel 3.79, § 4, zou daaromtrent een duidelijk standpunt ingenomen moeten worden en moeten worden gepreciseerd of de derde die te goeder trouw is de detentor kan zijn van het goed krachtens een overeenkomst of op een andere wijze, meer in het bijzonder dus als huurder.

In het dispositief wordt inderdaad bepaald dat indien de derde te goeder trouw is en de eigenaar van de grond niet om de verwijdering vraagt, die derde recht heeft op een vergoeding op grond van de ongerechtvaardigde verrijking, indien hij “die bouwwerken of beplantingen voor eigen rekening heeft aangebracht zonder contractuele of wettelijke titel”. De vraag rijst dan ook of het de bedoeling is om met die bewoordingen de huurder buiten

³⁹ Cass. 31 mei 2012, *Arr.Cass.* 2012, 1452.

beschouwing te laten. Indien dit zo is, rijst dan weer de vraag welke regel dan wel van toepassing zou zijn op de huurder.

Ontworpen artikel 3.81 - Onroerende goederen zonder eigenaar: oorspronkelijke eigendomsverkrijging door de Staat

1. In het ontworpen artikel 3.81 wordt nader ingegaan op het geval van onroerende goederen zonder eigenaar. In de ontworpen bepalingen die betrekking hebben op de goederen, behoort een verband gelegd te worden met dit artikel.

2. Er moet worden gepreciseerd wat die oorspronkelijke eigendomsverkrijging behelst: gaat het om een verjaring – die plaatsvindt na het verstrijken van een bepaalde termijn - of om een uitzonderlijke onmiddellijke eigendomsverkrijging omdat het betrokken onroerend goed geen eigenaar heeft ?

Aan het einde van het ontworpen artikel is er in de Nederlandse tekst sprake van verbintenissen, waardedalingen of beschadigingen “verbonden aan” het onroerend goed en in de Franse tekst van verbintenissen, waardedalingen of beschadigingen “liées” aan het onroerend goed. Het zou wellicht beter zijn om in de plaats daarvan in de Nederlandse tekst de bewoordingen “die verband houden met” te bezigen en in de Franse tekst de bewoordingen “relatives au”.

4. Het dispositief moet in het licht van die opmerkingen worden herzien.

Ontworpen artikel 3.82 - Feitelijk gedogen van de eigenaar

1. Paragraaf 1 handelt over de situatie van de dieren en van de zaken die op onopzettelijke wijze “op een naburig onroerend goed” zijn terechtgekomen.

Het lijkt beter en raadzamer om “op een naburige grond of op een naburig onroerend goed” te schrijven.

2. De bouw- of herstellingswerken waarvan sprake in paragraaf 2 moeten nader worden omschreven, in ieder geval voor zover die werken uitgevoerd moeten worden op de grond of op het onroerend goed van de “buurman” die vraagt om toegang te krijgen.

Het recht dat aldus wordt toegekend zou beter geregeld moeten worden door te voorzien in een procedure voor het verzoek dat gedaan wordt op grond van het ontworpen artikel 3.82, § 2.

Ontworpen artikel 3.83 - Definitie
Ontworpen artikel 3.84 - Onverdeeld aandeel

1. In het ontworpen artikel 3.83 wordt bepaald dat er mede-eigendom is
“wanneer verschillende personen op eenzelfde goed of geheel van goederen titularis zijn van een eigendomsrecht, zonder dat elk van hen een exclusief recht op een bepaald gedeelte kan laten gelden”.

Deze zin zou vervolledigd moeten worden door de toevoeging van de bewoordingen “van het goed of van het geheel van de goederen” tussen de woorden “gedeelte” en “kan”.

2. Terwijl in het ontworpen nieuwe artikel 3.83 het begrip “mede-eigendom” wordt gedefinieerd, is dat niet het geval voor het meer algemene begrip “onverdeeldheid”, terwijl het zonder enige twijfel gaat om een begrip dat gebezigd wordt in het goederenrecht. Het gaat om het geval waarbij verschillende rechtssubjecten houder zijn van eenzelfde zakelijk gebruiksrecht en niet enkel van een eigendomsrecht.

Dat begrip zou gedefinieerd moeten worden vóór het begrip “mede-eigendom”. De vraag rijst of de algemene beginselen die gelden voor de mede-eigendom ook van toepassing zijn op de onverdeeldheid.

In het ontworpen artikel 3.84 is er overigens sprake van het begrip “onverdeeld aandeel”. Het zou wenselijk zijn dat dat begrip geïnterpreteerd wordt in het licht van het meer algemene begrip “onverdeeldheid”.

Ontworpen artikel 3.86 - Materieel gebruik en genot

Het ontworpen artikel 3.86 voorziet voor elke mede-eigenaar in een beperking van het materiële gebruik en het genot van het onverdeelde goed overeenkomstig de bestemming van het goed. Er wordt gesteld dat dat gebruik en genot het evenredig aandeel van de mede-eigenaar niet te buiten mag gaan.

De afdeling Wetgeving stelt zich vragen omtrent de relevantie van die regel. Het lijkt meer aangewezen om te spreken over een recht van volledig genot bij onverdeeldheid, met inachtneming van de bestemming van het goed en van de concurrerende rechten van de andere mede-eigenaars.

Het dispositief moet gepreciseerd of geherformuleerd worden.

Ontworpen artikel 3.88 - Beheer en beschikking

In het ontworpen artikel 3.88 zou nader bepaald moeten worden welke sanctie opgelegd wordt in geval van niet-naleving van de unanimiteitsregel, te weten de

niet-tegenwerpbaarheid, alsook het feit dat niet-mede-eigenaars van de betrokken mede-eigendom de sanctie voor het niet-naleven van de regel niet kunnen opwerpen, waarbij wat die twee punten betreft, teruggegrepen moet worden naar de rechtspraak van het Hof van Cassatie van de afgelopen decennia.⁴⁰

Ontworpen artikel 3.90 - Verdeling

Er zou verwezen moeten worden naar de bepalingen die van toepassing zijn inzake erfrecht ten einde de precieze nadere regels vast te stellen voor de verdeling (verdeling in natura in beginsel, en verdeling door veiling bij wijze van uitzondering; toepassing van het beginsel van de declaratieve werking van de verdeling, enz).

Deze belangrijke tekortkoming moet worden weggewerkt daar het recht op verdeling dat als beginsel wordt vooropgesteld onwerkzaam is zonder vaststelling van de precieze nadere regels ervan.

Ontworpen artikel 3.91 - Toepasselijke bepalingen

Zou het niet beter zijn om op voorhand te definiëren wat begrepen moet worden onder “vrijwillige mede-eigendom” en daarin inzonderheid ook de bedingen inzake tontine en aanwas op te nemen die trouwens verder in de tekst, in het ontworpen artikel 3.92, *in fine*, staan, welk artikel de toepassing van het verdeelmechanisme op die formules uitsluit ?

Ontworpen artikel 3.92 - Beëindiging

1. Het ontworpen tweede lid regelt de vrijwillige mede-eigendom voor bepaalde duur wat de tegenwerpbaarheid ervan betreft, en voorziet terecht enerzijds in een noodzakelijke overschrijving wanneer het gaat om onroerende goederen en anderzijds in een maximumduur van vijf jaar.

Er zou moeten worden bepaald dat die termijn bindend is.

2. Het ontworpen derde lid handelt vervolgens over het belangrijke geval van de vrijwillige mede-eigendom voor onbepaalde duur. In dat verband wordt bepaald dat elke mede-eigenaar het contract “niettegenstaande andersluidend beding”⁴¹, kan opzeggen mits hij een redelijke opzeggingstermijn in acht neemt. Het begrip “redelijke opzeggingstermijn” is niet erg nauwkeurig, te meer daar er in geen enkele minimumtermijn wordt voorzien. Zou het

⁴⁰ Cass. 4 december 1941, *Arr.Cass.* 1941, 250; Cass. 20 november 1964, *Pas.* 1965, I, 284; Cass. 9 juni 1978, *Arr.Cass.* 1978, 1191; en Cass. 5 oktober 1989, *R.W.*, 1989-1990, 1291.

⁴¹ Het verdient aanbeveling om “niettegenstaande enig andersluidend beding” te schrijven.

niet raadzaam zijn om aan de betrokkenen de keuze te laten eveneens te voorzien in een maximumtermijn van vijf jaar? De steller van het voorontwerp moet in staat zijn om in het licht van het grondwettelijke beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie te verantwoorden waarom deze mogelijkheid wel bestaat voor de vrijwillige mede-eigendom voor bepaalde duur, terwijl deze blijkbaar niet bestaat - en zelfs uitgesloten wordt - voor de vrijwillige mede-eigendom van onbepaalde duur. Een rechter zou perfect kunnen beslissen dat na drie jaar en middels een opzeggingstermijn van zes maanden, een einde gesteld wordt aan een dergelijke mede-eigendom op grond van de regeling die voorziet in een “redelijke” termijn.

Dit geldt des te meer daar hetzelfde recht ook bestaat voor de schuldeisers van de deelgenoten. Er wordt immers het volgende bepaald:

“Een schuldeiser van de deelgenoten kan in rechte vorderen dat de vrijwillige mede-eigendom van onbepaalde duur wordt opgezegd onder dezelfde modaliteiten”.

Deze bepaling dreigt aanleiding te geven tot een grote rechtsonzekerheid in de praktijk voor de vrijwillige mede-eigendommen die voor een onbepaalde duur tot stand gekomen zijn. Er zou moeten worden bepaald dat de schuldeisers niet meer rechten hebben dan de deelgenoten.

3. Het ontworpen artikel 3.92 doet de vraag rijzen of de ontbindende voorwaarden die door de partijen zouden worden ingevoegd in hun overeenkomsten tot vrijwillige mede-eigendom, wel geldig zijn, en geeft aanleiding tot de belangrijke vraag wat de gevolgen zijn van het einde van de vrijwillige mede-eigendom. Daaruit zal een verdeling volgen, maar de vraag rijst welke nadere regels voor die verdeling zullen gelden.

Veel verrichtingen van tontine of van aanwas vinden niet alleen plaats in volle eigendom maar eveneens in vruchtgebruik of blote eigendom. Quid met die verrichtingen in het geval van eventuele verzoeken tot uittreding of tot verdeling van goederen? Logischerwijze dient ervan uitgegaan te worden dat er geen grond is voor verdeling daar die situaties strikt genomen geen mede-eigendom tot gevolg hebben.

Meer in het algemeen nog, rijst overigens de vraag hoe het zit met situaties van vrijwillige onverdeeldheid waarbij nog andere rechten in verband met de mede-eigendom een rol spelen. Logischerwijze zou in die gevallen ook het verbod op de onmiddellijke verdeling moeten gelden.

De steller van het voorontwerp zou ter zake evenwel een uitdrukkelijk standpunt moeten innemen.

4. Hoe dan ook zou de eerste zin van het vierde lid beter gesteld zijn als er zou staan “Bij gebrek aan een akkoord tussen de mede-eigenaars”.

5. Er behoort gepreciseerd te worden of de termijn van maximum vijf jaar er al dan niet toe strekt de vernieuwing van een overeenkomst tot mede-eigendom uit te sluiten,

welke vernieuwing thans mogelijk is krachtens artikel 815, tweede lid, van het Burgerlijk Wetboek.

6. Het dispositief moet in het licht van die opmerkingen worden herzien.

Ontworpen artikel 3.93 - Definitie

De gedwongen mede-eigendom wordt gedefinieerd als volgt:

“De gedwongen mede-eigendom is elke vorm van mede-eigendom waarbij het onverdeelde goed vanuit zijn functie of bestemming in mede-eigendom moet zijn. Dat is met name het geval indien het een accessorium is ten aanzien van een privaat goed van elk van de mede-eigenaars. Evenwel is de gemene afsluiting onderworpen aan bijzondere regels van Titel 5, Ondertitel 2”.

Deze definitie doet vragen rijzen in zoverre daarin het begrip “accessorium” wordt gebezigd. Dat begrip zou *in casu* in zijn gebruikelijke betekenis begrepen moeten worden en niet in de technische betekenis die daaraan wordt gegeven in het ontworpen artikel 3.9.

Ter wille van de rechtszekerheid moet dit gepreciseerd worden.

Ontworpen artikel 3.97 – Veranderingswerken

1. Het is de afdeling Wetgeving niet duidelijk wat het verschil is tussen het dispositief van paragraaf 1 en dat van paragraaf 2, eerste lid.

Wat paragraaf 2 betreft, dient vermeden te worden om in een bepaling onder andere naar diezelfde bepaling te verwijzen.

2. In paragraaf 1 van het ontworpen artikel 3.97 wordt bepaald dat het elke mede-eigenaar vrijstaat “op zijn kosten aan het onverdeelde goed veranderingen aan te brengen, mits hij de bestemming daarvan niet wijzigt en aan de rechten van de andere mede-eigenaars geen afbreuk doet”.

Dat recht om veranderingen aan te brengen zou in de praktijk aanzienlijke gevolgen kunnen hebben. Het lijkt moeilijk verenigbaar te zijn met de unanimiteitsregel.

3. De procedure die bij het ontworpen artikel 3.97, § 2, tweede lid, ingevoerd wordt, heeft alleen betrekking op eenzijdige veranderingen aan de gemeenschappelijke zaak. Bijgevolg moet volgens het grondwettelijk beginsel van gelijkheid en non-discriminatie en volgens het evenredigheidsbeginsel op zijn minst voorzien worden in een procedure van voorafgaande kennisgeving aan de andere mede-eigenaars, waarbij zij de mogelijkheid krijgen om zich te verzetten tegen de veranderingswerken die, volgens de huidige redactie van het ontworpen artikel, louter van de eenzijdige beslissing van een mede-eigenaar afhangen.

4. Wat paragraaf 2 betreft, wordt verwezen naar de opmerking die *infra* over de ontworpen artikelen 3.99 tot 3.110 gemaakt wordt.

Ontworpen artikel 3.98 - Beperking op de verdeling

Volgens het ontworpen artikel 3.98 zijn de goederen in gedwongen mede-eigendom

“enkel mits akkoord van alle mede-eigenaars vatbaar voor verdeling, tenzij indien ze ieder, zelfs toekomstig of potentieel, nut verloren hebben ten aanzien van de goederen waarvan ze een accessorium zijn.”

Bij dit artikel wordt dus blijkbaar als principe gesteld dat een unanieme beslissing vereist is, terwijl het bij wijze van uitzondering voorziet in de mogelijkheid om de verdeling te vorderen zonder toepassing van de unanimiteitsregel.

Het einde van het ontworpen artikel zou evenwel duidelijker gesteld moeten worden: wordt daarmee bedoeld dat één enkele mede-eigenaar de verdeling kan vorderen zonder de andere mede-eigenaars te raadplegen? Deze vraag, in verband waarmee aangegeven zou moeten worden hoe het precies zit, moet blijkbaar bevestigend beantwoord worden.

Ontworpen artikelen 3.99 tot 3.110

De ontworpen artikelen 3.97 en 3.99 tot 3.110 van het Burgerlijk Wetboek zijn identiek aan die welke voortkomen uit de zeer recente hervorming van de mede-eigendom die tot stand gebracht is bij de wet van 18 juni 2018 ‘houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en bepalingen met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing’.

Over het ontwerp dat tot die wet heeft geleid, heeft de afdeling Wetgeving advies 61.997/2 uitgebracht.⁴² In het voorontwerp van wet zijn een aantal wijzigingen aangebracht om met dat advies rekening te houden. Voor het overige verwijst de afdeling Wetgeving naar advies 61.997/2.

Ontworpen artikel 3.116 - Bovenmatige burenhinder

1. Door in paragraaf 1, eerste lid, tweede zin, te werken met het werkwoord “moeten”, en in paragraaf 3, eerste lid, met de woorden “rechten en verplichtingen”, gebruikt de steller van het voorontwerp een terminologie die tot gevolg heeft dat, indien men ervan uitgaat dat een verplichting niet in acht genomen is, dat aldus opgevat zou kunnen worden dat daarbij een fout begaan moet zijn, wat een aanzienlijke stap terug zou zijn ten opzichte van de rechtspraak ter zake in verband met de grondslag van de theorie van de burenhinder, wat uiteraard niet de bedoeling is van de steller van het voorontwerp. Die terminologie zou vervangen kunnen worden door een verwijzing naar de “essentiële bestanddelen van de foutloze aansprakelijkheid”.

2. Net zoals in het ontworpen artikel 3.64, wordt in het ontworpen artikel 3.116 nu eens het “gebruiksrecht” en dan weer het “genotsrecht” gebezigd.

In dat verband wordt verwezen naar opmerking 3 die over het ontworpen artikel 3.64 gemaakt is.

3. Wat de vorm betreft, is de Franse term “infligeant” te sterk, terwijl die term evenmin een passende vertaling is van het Nederlandse “opleggen”, wat een abstracter woord is. Die formulering zou de indruk kunnen wekken dat de theorie van de burenhinder voortvloeit uit een onrechtmatige gedraging, wat sinds de grote arresten van het Hof van Cassatie van april 1960 niet meer het geval is. Dat strookt duidelijk niet met de bedoeling van de steller van het ontwerp.

De voorwaarde van toerekenbaarheid van de hinder zou men in de Franse tekst beter kunnen weergeven met de formulering “en ne causant pas à son voisin un trouble” en in de Nederlandse tekst met “door voor de buur geen hinder te veroorzaken”.

4. In het tweede lid van paragraaf 1 dient bepaald te worden dat, in de context van de hinder die uit openbare werken voortvloeit, de “collectieve” eerstingebruikneming bedoeld wordt, aangezien de individuele eerstingebruikneming overeenkomstig de klassieke rechtsleer en rechtspraak buiten beschouwing blijft.

⁴² Advies 61.997/2, dat op 4 oktober 2017 gegeven is over het ontwerp dat geleid heeft tot de wet van 18 juni 2018 ‘houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en bepalingen met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing’ (*Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2919/001).

5. Nog steeds in het tweede lid van paragraaf 1 moeten, in de context van de hinder die uit openbare werken voortvloeit, de woorden “, in voorkomend geval,” geschrapt worden. De rechter is immers verplicht rekening te houden met de publieke bestemming van het goed en met de invloed van het algemeen belang met betrekking tot het goed, wat krachtens het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten een invloed heeft zowel op de beoordeling van het abnormale karakter van de hinder als op het bedrag van de schade.

Het dispositief zou aldus geherformuleerd moeten worden dat wanneer de hinder het gevolg is van openbare werken, altijd rekening gehouden dient te worden met de publieke bestemming van het goed en de invloed van het algemeen belang met betrekking tot het goed.

6. In paragraaf 2, 1°, zouden in plaats van de woorden “vergoeding in geld” beter de woorden “billijke en passende compensatie, mogelijk in geld,” gebruikt worden, aangezien enerzijds er in geval van burenhinder traditioneel compensatie en geen vergoeding verschuldigd is,⁴³ en anderzijds het niet zeker is of de bepaling onder 2° de mogelijkheid van een compensatie in natura van de ondervonden hinder regelt.

In het ontworpen artikel 3.116, § 2, 2°, lijkt, nogmaals, de term “compensatie” geschikter te zijn dan de term “vergoeding”.

7. In het ontworpen artikel 3.116, § 3, dient verduidelijkt te worden wat verstaan moet worden onder het “attribuut van het eigendomsrecht” in kwestie.

Overeenkomstig de rechtspraak die het Hof van Cassatie sinds bijna veertig jaar ontwikkeld heeft, gaat het ofwel om het genotsrecht, waarvan bekend is dat het kenmerkend kan zijn voor een situatie die voortvloeit uit een zakelijk recht (eigendomsrecht of gebruiksrecht), ofwel om een persoonlijk recht (bijvoorbeeld een huurovereenkomst) dat voortvloeit uit een overeenkomst, de wet, een concessie, enz.

8. In paragraaf 4 dient naar het “Oud Burgerlijk Wetboek” verwezen te worden.

Bij de ontworpen artikelen 3.165, 3.169 en 3.176 van het Burgerlijk Wetboek kan een soortgelijke opmerking gemaakt worden.

Op dat punt wordt verwezen naar algemene opmerking 3 in advies 63.268/2, dat op 23 mei 2018 gegeven is over het voorontwerp van wet ‘tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoeging van Boek 5 “Verbintenissen” in dat Wetboek’.

9. Het dispositief moet in het licht van die onderscheiden opmerkingen herzien worden.

⁴³ Terwijl de vergoeding de volledige schade herstelt, zoals het geval is in het gemene recht inzake de foutaansprakelijkheid, kan de compensatie namelijk alleen het buitensporige deel herstellen van de schade die met de hinder verband houdt.

Ontworpen artikel 3.117 - Voorkomen van bovenmatige burenhinder

Het ontworpen artikel 3.117, dat een uitzondering vormt op het vereiste van het dadelijk belang, zoals dat uit artikel 17 van het Gerechtelijk Wetboek voortvloeit, is een onnodige herhaling van de gemeenrechtelijke bepaling in artikel 18, tweede lid, van hetzelfde Wetboek, waarin staat dat “[d]e rechtsvordering kan worden toegelaten, indien zij, zelfs tot verkrijging van een verklaring van recht, is ingesteld om schending van een ernstig bedreigd recht te voorkomen”.

De ontworpen bepaling moet derhalve weggelaten worden.

Ontworpen artikel 3.118 - Definitie

1. Omwille van de duidelijkheid moeten de woorden “dat dient tot scheiding van de goederen of percelen in kwestie” in het ontworpen artikel 3.118, eerste lid, toegevoegd worden, *in fine*.

2. Het ontworpen artikel 3.118, tweede lid, voorziet in een mechanisme dat geldt “niettegestaande (lees: niettegenstaande) een andersluidend beding”, en naar luid waarvan het aandeel in de gemene afsluiting, als accessorium van de eigendom van het perceel, noodzakelijkerwijs overgedragen wordt wanneer die eigendom zelf overgedragen wordt.

Een dergelijk mechanisme lijkt evenwel vanzelfsprekend, in het kader van een gedwongen mede-eigendom.

Het tweede lid moet dan ook als overbodig weggelaten worden.

3. Wat het gebruik van het begrip “volumes” in het ontworpen artikel 3.118, derde lid, betreft, wordt verwezen naar opmerking 2 die in dat verband bij het ontworpen artikel 3.61 gemaakt is.

Voorts valt moeilijk in te zien hoe een regeling van gemene afsluiting ontworpen kan worden die van toepassing is op “volumes”, althans op volumes lucht.

Ontworpen artikel 3.121 - Gedwongen wijze van ontstaan

1. Het ontworpen artikel 3.121, derde lid, is te restrictief voor zover de mogelijkheid om zich te onttrekken aan de verplichting om aan de bouw van de muur bij te dragen alleen geboden wordt wanneer “de aangezochte nabuur (...) aantoonst dat hij geen enkel nut heeft bij een dergelijke muur”.

Het evenredigheidsbeginsel zou beter in acht genomen worden als verwezen zou worden naar het vermoeden van gemeenschappelijk nut en men dus zou schrijven:

“Indien de aangezochte buur aantoon dat de muur voor hem geen gemeenschappelijk nut heeft”.

2. Voorts begrijpt de afdeling Wetgeving niet hoe geschillen over de aard en de nadere regels van de op te richten afsluiting beslecht zullen worden, terwijl in de huidige tekst van artikel 663 van het Burgerlijk Wetboek onder andere naar de bijzondere verordeningen en de vaste en erkende gebruiken verwezen wordt.

3. In de Franse tekst van het derde lid, *in fine*, moeten de woorden “la partie du sol d’assise empiétée” met het oog op een correct taalgebruik en duidelijkheidshalve vervangen worden door de woorden “la partie du sol correspondant à l’assise du mur à concurrence de l’empiètement”.

Ontworpen artikel 3.123 - Gedwongen aankoop van mandeligheid

In de Franse tekst van het ontworpen artikel 3.123, *in fine*, moeten de woorden “du sol d’assise correspondant” met het oog op een correct taalgebruik en duidelijkheidshalve vervangen worden door de woorden “de la partie du sol correspondant à l’assise du mur à concurrence de l’empiètement”.

Voorts moeten in de Nederlandse tekst de ontworpen artikelen 3.121, derde lid, *in fine*, en 3.123, *in fine*, met elkaar in overeenstemming gebracht worden.

Ontworpen artikel 3.127 - Verplichtingen van de mede-eigenaars

1. Gelet op de strekking van het ontworpen artikel 3.127 zou het opschrift van het artikel aangevuld moeten worden met de woorden “en mogelijkheid tot afstand”.

2. Het ontworpen artikel 3.127 is onder meer van toepassing in geval van “grove herstellingen”. Dat begrip wordt echter niet gedefinieerd, waardoor rechtsonzekerheid ontstaat.

Onverminderd de opmerkingen die *infra* gemaakt worden bij het ontworpen artikel 3.169 (dat over het vruchtgebruik gaat), zou naar die bepaling verwezen kunnen worden.

3. De laatste zin van het ontworpen tweede lid is in rare bewoordingen gesteld. In die lapidaire zin wordt bepaald dat de eigenaar aan wie de afstand ter kennis gebracht is, “als hij zulks verkiest, de verwijdering van de afsluiting voor gezamenlijke rekening [kan] eisen”.

Wegens die mogelijkheid moet bij die bepaling ernstig voorbehoud gemaakt worden in het licht van het evenredigheidsbeginsel.

De term “eisen” is te sterk. Een dergelijke kwestie, die een antwoord biedt op de mogelijkheid tot afstand, kan niet opgelost worden door een dermate korte regel die voorziet in de mogelijkheid de verwijdering van de muur te vorderen maar waarvan de huidige bewoordingen niet overtuigen, aangezien (1°) die regel louter eenzijdig is; (2°) die regel ertoe zou kunnen leiden dat de gebruikmaking van de mogelijkheid tot afstand geen enkel effect heeft maar een vorm van chantage tussen de eigenaars meebrengt (“als u de afstand vraagt, vorder ik de verwijdering van de muur”); (3°) de gevolgen ervan te radicaal zijn; (4°) die regel hoe dan ook grote financiële gevolgen zal hebben voor de eigenaar die moet instaan voor die vorderingen, te weten de bijdrage in de kosten voor de verwijdering die “voor gezamenlijke rekening” moet gebeuren; (5°) die regel hoe dan ook met toepassing van het gemene recht getemperd zou moeten kunnen worden met een uitzondering voor rechtsmisbruik.

Deze bepaling moet grondig herzien worden opdat ze de nodige garanties biedt, inzonderheid op gebied van de rechtszekerheid en het recht op eerbiediging van de onroerende eigendom.

Ontworpen artikel 3.128 - Beperking op de verdeling

Het ontworpen artikel 3.128 luidt als volgt:

“De gemene afsluiting is enkel mits akkoord van alle mede-eigenaars vatbaar voor verdeling, tenzij indien zij ieder, zelfs toekomstig of potentieel, nut verloren heeft ten aanzien van de goederen waarvan zij een accessoriunn is.”

De in het ontworpen artikel 3.128 vervatte verwijzing naar een “verlies van nut” dat louter “toekomstig of potentieel” zou kunnen zijn (waardoor het woord “potentieel” dus zou volstaan) en dat ook voorkomt in verband met erfdienstbaarheid (alleen “verlies van nut voor de toekomst”), erfpachtrecht en opstalrecht, is aan kritiek onderhevig, aangezien het altijd onzeker is of werkelijk ieder nut verloren gegaan is. Wanneer kan men met zekerheid stellen dat een mandeligheid (een erfdienstbaarheid, een erfpachtrecht of een recht van opstal) haar “toekomstig of potentieel” nut heeft verloren?

Om te voorkomen dat het ontworpen artikel 3.128 geen enkel praktisch nut zou hebben, dienen de woorden “, zelfs toekomstig of potentieel,” geschrapt te worden (zie het huidige artikel 710*bis* van het Burgerlijk Wetboek, betreffende de erfdienstbaarheid).

Een soortgelijke opmerking kan gemaakt worden bij de ontworpen artikelen 3.143 (inzake erfdienstbaarheid), 3.190 (inzake erfpacht) en 3.202 (inzake opstal).

Ontworpen artikel 3.129 - Definitie

Het ontworpen artikel 3.129, tweede lid, luidt als volgt:

“Een erfdienstbaarheid kan voor het lijdend erf bestaan in een plicht om zich te onthouden van een bepaald gebruik of om een bepaald gebruik vanwege het heersend erf toe te laten”.

De gebruikte bewoordingen zijn niet de meest passende, aangezien een erf op zich niet in staat is “zich [te] onthouden van een bepaald gebruik”.

Ontworpen artikel 3.130 - Zichtbaarheid van de erfdienstbaarheid

Het ontworpen artikel 3.130, tweede lid, luidt als volgt:

“Zichtbare erfdienstbaarheden zijn voor een normaal zorgvuldige titularis van een zakelijk recht op het lijdend erf zichtbaar (...)”

De steller van het voorontwerp wil daarmee blijkbaar verwijzen naar de standaard van het goed gedrag van de *bonus vir*.

In die optiek zou het dan ook blijkbaar beter zijn om te verwijzen naar “de normaal vooruitziende en zorgvuldige houder van een zakelijk recht”.

Ontworpen titel 5, ondertitel 3, hoofdstuk 2, afdeling 1

Men kan zich afvragen waarom het opschrift van de afdeling “Specifieke wijzen van verkrijging” luidt, terwijl het veeleer gaat om de algemene wijzen van verkrijging van erfdienstbaarheden.

Ontworpen artikel 3.136 - Onderhoud en bouwwerken

Het tweede lid luidt als volgt:

“Die werkzaamheden en bouwwerken worden door hem en op zijn kosten uitgevoerd tenzij die uitsluitend aan de fout van de titularis van het lijdend erf te wijten zijn.”

Wat bedoeld wordt met het begrip “titularis van het lijdend erf” is onduidelijk. Het zou wellicht beter zijn die woorden te vervangen door de woorden “eigenaar van het lijdend erf of houder van zakelijke gebruiksrechten met betrekking tot dat erf”.

Een soortgelijke opmerking kan gemaakt worden bij het ontworpen artikel 3.144, tweede lid.

Ontworpen artikel 3.137 - Afstand

Aangezien volgens het ontworpen artikel 3.137, eerste lid, derde zin, de afstand / “déguepissement” “de instemming van de eigenaar van het heersend erf [vergt]”, is het irrelevant in het derde lid nader te bepalen dat de eigenaar van het lijdend erf van elke bestaande of toekomstige verbintenis bevrijd is “niettegenstaande artikel 3.17, §2”, welke bepaling betrekking heeft op de afstand / “renonciation”.

Ontworpen artikel 3.139 - Toestand van het lijdend erf

1. Volgens het tweede lid van het ontworpen artikel 3.139 mag de eigenaar van het lijdend erf “de uitoefening van de erfdienstbaarheid niet verplaatsen”. Een passender formulering zou zijn: “De plaatsgesteldheid en de plaats waar de erfdienstbaarheid uitgeoefend dient te worden, mag hij niet wijzigen ...”.

Voorts zouden de woorden “tenzij daartoe een objectief belang bestaat” moeten gepreciseerd worden.

2. Wat het ontworpen artikel 3.139, tweede lid, betreft, is het niet “op zijn onroerend goed” maar “op het lijdend erf” dat in geval van verplaatsing voorts een “even gemakkelijk[e]” plaats aangeboden kan worden.

3. Het mechanisme betreffende de verplaatsing dat bij het ontworpen artikel 3.139 geregeld wordt, voorziet hier niet in enig gerechtelijk optreden of in een voorafgaande minnelijke of informatieprocedure. Met een dergelijk kader zou men de rechtszekerheid nochtans kunnen garanderen en zou men aan het evenredigheidsbeginsel tegemoet kunnen komen.

4. Het dispositief moet in het licht van die onderscheiden opmerkingen herzien worden.

Ontworpen artikel 3.140 - Toestand van het heersend erf

Om beter tot uiting te doen komen dat het mechanisme waarin het ontworpen artikel 3.140 voorziet een afwijking inhoudt en bijgevolg strikt toegepast dient te worden, lijkt het beter die ontworpen bepaling in twee aparte leden op te delen.

In het eerste lid zou het beginsel behouden blijven dat aan de toestand van het lijdend erf niet geraakt mag worden, zoals dat thans bepaald is in artikel 702 van het Burgerlijk Wetboek. Het tweede lid zou bij wijze van uitzondering voorzien in een mechanisme dat het mogelijk maakt bepaalde wijzigingen aan te brengen.

Ontworpen artikel 3.144 - Waterafvloeiing tussen naburige percelen

Aangezien het voorbehoud van overmacht van rechtswege geldt, moet de bepaling in het vierde lid weggelaten worden.

Ontworpen artikel 3.145 - Waterregeling voor bron- en oevereigenaarsOntworpen artikel 3.146 - Dakdrop

Volgens de commentaar bij de ontworpen artikelen 3.145 en 3.146 worden met die bepalingen niet alleen de eigenaars beoogd maar ook alle houders van een zakelijk gebruiksrecht op de percelen in kwestie.

Het dispositief moet aldus herzien worden dat het die bedoeling weergeeft.

Alle bepalingen betreffende de erfdienstbaarheden moeten in het licht van deze opmerking herzien worden.

Ontworpen artikel 3.147 - Afstanden voor vensters, muuropeningen en soortgelijke werken

1. Wat het ontworpen artikel 3.147, § 2, 4°, betreft, bestaat er een invloedrijke rechtspraak volgens welke de verjaringstermijn van dertig jaar inging op het ogenblik waarop de buur de betwiste constructie aan zijn kant niet meer gedoogde, wat in principe samenviel met het ogenblik waarop hijzelf op zijn erf gebouwd had.

Indien de steller van het voorontwerp zich bij die rechtspraak aansluit, moet de tekst dienovereenkomstig herzien worden.

2. Het ontworpen artikel 3.147, § 2, bevat geen enkele precisering over de vraag of de buur ondanks het uitzicht nog altijd op zijn erf mag bouwen.

In deze gevoelige kwestie duikt het begrip “erfdienstbaarheid van onbelemmerd uitzicht” op, welke erfdienstbaarheid in principe niet kan verjaren, aangezien ze niet zichtbaar is, tenzij ze aangetast wordt door het betwiste werk op het erf van burens.

Het dispositief of in voorkomend geval de commentaar bij dit artikel moet aldus herzien worden zodat die preciseringen daarin voorkomen.

Ontworpen artikel 3.151 - Wettelijke erfdienstbaarheid van uitweg: verkrijging en vaststelling

Paragraaf 2, tweede lid, moet herzien worden om duidelijker naar voren te laten komen dat het ingesloten perceel via een eenheid van uitbating een toegang moet kunnen hebben naar een niet-ingesloten perceel.

Ontworpen artikel 3.156 - Duurtijd

De vraag rijst of het ontworpen artikel 3.156, tweede lid, voor de tontine- of aanwasbedingen in vruchtgebruik geldt.

Het lid lijkt van toepassing te kunnen zijn op de aanwasbedingen, maar de zaak ligt gevoeliger voor de tontinebedingen, aangezien die strikt genomen geen mechanisme inhouden van aanwas bij het overlijden van de betrokkene – technisch gesproken is er dus geen “aanwas” van het vruchtgebruik – maar wel de toepassing inhouden van een regeling inzake ontbindende en opschortende voorwaarde die afhangt van het vooroverlijden van de persoon.

Het dispositief moet op dat punt gepreciseerd worden.

Ontworpen artikel 3.157 - Rechten op het recht

Het ontworpen artikel 3.157 zegt niets over “de rechten op het recht” waarover de blote eigenaar zou beschikken.

Omwille van de volledigheid en de rechtszekerheid moet het dispositief aldus herzien worden dat die leemte aangevuld wordt.

Ontworpen artikel 3.158 - Gebruik van het bezwaarde goed

1. In het ontworpen artikel 3.158, eerste lid, wordt het volgende bepaald:

“De vruchtgebruiker heeft het gebruik van het bezwaarde goed voor zover hij, niettegenstaande enig andersluidend beding, daarbij voorzichtig en redelijk optreedt en de bestemming van het goed eerbiedigt.”

Voorts luidt dat lid als volgt:

“De bestemming van het goed is deze die daar bij contract aan is gegeven of, bij gebreke van contract, volgens de aard van de goederen en het eerdere gebruik door de blote eigenaar, vermoed wordt.”

Die formulering is bijzonder doordat het gebruik van het goed daarin verbonden wordt met het voorzichtige en redelijke optreden in verband met het goed en met het in acht nemen van de bestemming van het goed.

Het zou meer in overeenstemming zijn met wat gebruikelijk is om te voorzien in enerzijds een gebruiksrecht en anderzijds de volgende verplichtingen: de verplichting om op voorzichtige en redelijke wijze van het goed gebruik te maken en de verplichting om de bestemming van het goed in acht te nemen.

2. Het voornoemde lid geldt “niettegenstaande enig andersluidend beding”. Houdt die dwingende bepaling in dat elk andersluidend beding als niet-geschreven beschouwd moet worden?

Dat zou gepreciseerd moeten worden.

3. Het tweede lid van het ontworpen artikel luidt als volgt:

“Die gebruiksbevoegdheid geldt ook indien het bezwaarde goed in waarde daalt door het voorzichtige en redelijke gebruik dat men ervan maakt.”

Zou men er niet goed aan doen in het kader van dat lid ook te verwijzen naar de verouderdestaat, die evenmin de “gebruiksbevoegdheid” aantast? In het ontworpen artikel 3.168 wordt overigens het begrip “ouderdom” gebezigd.

4. Omwille van de samenhang moeten de woorden “Die gebruiksbevoegdheid” vervangen worden door de woorden “Het gebruiksrecht”. In verband met het eventuele gebruik van de begrippen “gebruik” en “genot”, wordt verwezen naar opmerking 3 die over het ontworpen artikel 3.64 gemaakt is.

5. In het laatste lid van het ontworpen artikel 3.158 staat dat “de vruchtgebruiker binnen de grenzen van het eerste lid ook veranderingen [kan] aanbrengen en bouwwerken en beplantingen [kan] uitvoeren aan het bezwaarde goed. Indien de veranderingen, bouwwerken en beplantingen voortbestaan bij het einde van zijn recht, wordt hun lot [geregeld] door [het ontworpen] artikel 3.175” (dat voorziet in een vergoeding op basis van “het verbod op ongerechtvaardigde verrijking”). Men kan zich afvragen of de bouwwerken en beplantingen die de vruchtgebruiker in dat kader tot stand zou brengen, in feite zouden vallen onder zijn accessoir opstalrecht, met als gevolg dat hij daarvan volle eigenaar zou zijn, waardoor op het einde van het recht ten gunste van de blote eigenaar in feite een probleem van natrekking zou rijzen waarvan de gevolgen geregeld zouden moeten worden.

Het dispositief moet in het licht van deze opmerking herzien worden.

Ontworpen artikel 3.159 – Behoud

1. De verplichtingen die voortvloeien uit het behoud van het goed zouden in ondertitel 3 “Verplichtingen van de partijen” moeten staan.

2. Het tweede lid voorziet in een bevoegdheidsregel inzake daden van behoud en voorlopig beheer die door de vruchtgebruiker, “of indien hij in gebreke blijft, de blote eigenaar”, gesteld moeten worden.

Vervolgens wordt in het lid het volgende bepaald:

“Indien het vruchtgebruik rust op goederen die vatbaar zijn voor bederf of die onderhevig zijn aan snelle waardevermindering, kan dit, in geval van noodzakelijkheid, ook daden van beschikking inhouden. Degene die de handeling heeft gesteld, moet hiervan onverwijld kennis geven aan de andere.”

Voor de praktische toepassing van die bepaling zou in begeleidende maatregelen voorzien moeten worden, inzonderheid met betrekking tot het ogenblik vanaf wanneer ervan uitgegaan wordt dat de blote eigenaar handelend kan optreden en met betrekking tot de eventuele conflicten die tussen de vruchtgebruiker en de blote eigenaar kunnen ontstaan over de daden in kwestie of het uitblijven van die daden.

Ontworpen artikel 3.160 – Beheer

Er dient gepreciseerd te worden hoe het ontworpen artikel 3.160 toegepast wordt in geval het vruchtgebruik op het hoofd van verscheidene personen gevestigd is met recht van terugvalling.

Ontworpen artikel 3.161 – Genot: vruchten

1. In het ontworpen artikel 3.161, eerste lid, wordt verwezen naar de wijzen waarop de vruchten geïnd kunnen worden: ofwel door afscheiding, ofwel op basis van het ogenblik waarop de vruchten opeisbaar geworden zijn.

Vandaag de dag wordt in het Burgerlijk Wetboek een onderscheid gemaakt tussen natuurlijke vruchten, vruchten van nijverheid en burgerlijke vruchten, en wordt telkens aangegeven op welke wijze ze geïnd worden (bijvoorbeeld van dag tot dag wat de burgerlijke vruchten betreft). Die regeling wordt dus gewijzigd bij het ontworpen artikel 3.161.

Met het oog op de onderlinge samenhang zou de inning van de vruchten opgenomen moeten worden in een algemene regeling in het kader van de ontworpen algemene bepalingen die aan de vruchten gewijd zijn.

2. Inzake de inning van de vruchten worden de volgende regels vastgesteld: (1°) de vruchtgebruiker verkrijgt “de vruchten die nog niet afgescheiden of opeisbaar waren op het ogenblik van het ontstaan van het vruchtgebruik”, (2°) terwijl “de vruchten die nog niet afgescheiden of opeisbaar waren na het einde van het vruchtgebruik aan de blote eigenaar toekomen”.

Zullen met die regels alle praktische kwesties opgelost kunnen worden: *quid* bijvoorbeeld met de dividenden van aandelen, die thans beschouwd worden als burgerlijke vruchten die van dag tot dag geïnd worden, dus zolang het vruchtgebruik loopt, in een streven naar vereenvoudiging en afstemming van de regeling inzake dividenden op die welke geldt voor interesten op obligaties? Dividenden zijn immers afhankelijk van een beslissing van de algemene vergadering om ze aan de aandeelhouders toe te kennen? Zal de datum van die beslissing voortaan bepalend zijn voor de opeisbaarheid ervan, terwijl in de huidige bepaling het ogenblik van de opeisbaarheid als sleutelmoment geldt?

3. In het tweede lid van het ontworpen artikel 3.161 dient gepreciseerd te worden dat met “prestaties” de prestaties “voor de inning, het onderhoud en het behoud van de vruchten” bedoeld wordt.

Ontworpen artikel 3.163 – Beschikking

1. In het ontworpen artikel 3.163 zijn een aantal regels vervat op grond waarvan de vruchtgebruiker “buiten de grenzen van zijn bevoegdheden” over het bezwaarde goed kan beschikken “[z]onder afbreuk te doen aan artikel 3.180”, welke laatstgenoemde bepaling betrekking heeft op “het vruchtgebruik op een geheel van goederen”.

De formule “buiten de grenzen van zijn bevoegdheden” is dubbelzinnig doordat de vruchtgebruiker zijn bevoegdheden beperkt ziet door de overeenkomst, terwijl die formule de indruk wekt dat de vruchtgebruiker desondanks daden van beschikking zou mogen stellen. Het zou dan ook raadzaam zijn ook de volgende bepaling op te nemen: “en behoudens andersluidend beding waardoor het beschikkingsrecht uitgesloten wordt”.

2. De vruchtgebruiker beschikt in bepaalde gevallen over het recht waarin het ontworpen artikel 3.163 voorziet:

“Zonder afbreuk te doen aan artikel 3.180, mag een vruchtgebruiker over het bezwaarde goed buiten de grenzen van zijn bevoegdheden beschikken indien:

1° een bijzondere wettelijke bepaling dit toelaat;

2° dit in overeenstemming is met de bestemming van de goederen die reeds bestond op het moment dat het vruchtgebruik is ontstaan of contractueel tussen partijen is bedongen, én kadert binnen zijn verplichting tot een voorzichtig en redelijk beheer; of

3° het vruchtgebruik op verbruikbare goederen betrekking heeft.

In die drie gevallen vindt artikel 3.174 toepassing.”

Een overeenkomst kan dan ook niet voorzien in dat beschikkingsrecht tenzij binnen het vrij stringente kader van de bepaling onder 2°.

Zou dat recht niet mogelijk gemaakt moeten worden door het opnemen van een beding in de overeenkomst waarbij het vruchtgebruik ingesteld wordt?

De steller van het voorontwerp dient na te gaan wat zijn bedoeling in dat verband is.

Titel 6, ondertitel 3 – Verplichtingen van de partijen

Het zou beter zijn om aan ondertitel 3 het opschrift “Verplichtingen van de vruchtgebruiker en de blote eigenaar” te geven, aangezien met de term “partij” verwezen wordt naar een context waarin het hoofdzakelijk gaat om een overeenkomst of een geding.

Ontworpen artikel 3.167 – Instellen van rechtsvorderingen

1. Het opschrift van deze bepaling is niet geschikt: het gaat niet om het “instellen van rechtsvorderingen”.

Dat opschrift dient vervangen te worden als volgt : “recht van de blote eigenaar en de vruchtgebruiker om in rechte op te treden”.

2. De ontworpen bepaling moet als volgt gesteld worden:

“Met betrekking tot bezwaarde goederen heeft zowel de vruchtgebruiker als de blote eigenaar het recht om in rechte op te treden tegen derden met het oog op het behoud van hun eigen recht of het recht van de andere houder van zakelijke rechten. Degene die het initiatief neemt om in rechte op te treden, dient de andere houder van een zakelijk recht bij de zaak te betrekken.”

3. De afdeling Wetgeving vraagt zich af welke sanctie een partij kan oplopen als zij de andere partij niet in het geding betreft ondanks de verplichting in die zin die aan haar opgelegd is.

Ontworpen artikel 3.169 – Grove herstellingen

1. Voor grove herstellingen geldt volgens het principearrest dat het Hof van Cassatie op 22 januari 1970 gewezen heeft, de volgende definitie:

“(…) grove vernieuwings- en verbouwingswerken met het oog op de algemene stevigheid en de instandhouding van het gehele gebouw en die werkelijk een uitzondering zijn in het bestaan zelf van de eigendom en waarvan de kosten normaal van het kapitaal worden afgenomen”.⁴⁴

Hoewel de nieuwe definitie vertrekt van een uitgangspunt waarin enigszins aan die definitie herinnerd wordt, doordat daarin sprake is van herstellingen die betrekking hebben

⁴⁴ Cass. 22 januari 1970, Arr. Cass., 1970, 460.

op de “structuur van het goed”, wordt daaraan het volstrekt nieuwe alternatieve concept “inherente bestanddelen” van het goed toegevoegd, van welk begrip geen definitie gegeven wordt. In dit verband wordt verwezen naar algemene opmerking 3.

Het zal heel moeilijk zijn om een onderscheid te maken tussen de onderhoudsherstellingen “die, op korte of lange termijn, nodig zijn om de waarde van het goed te vrijwaren” en herstellingen die bijvoorbeeld betrekking zouden hebben op een inherent bestanddeel van het goed.

2. Volgens het ontworpen artikel 3.169, § 3, tweede zin, wordt de bijdrage bepaald in verhouding tot de waarde van het vruchtgebruik “tegenover de waarde van de volle eigendom”, berekend overeenkomstig artikel 745sexies, § 3, van het Burgerlijk Wetboek.

Dat daarin een verwijzing naar de “volle eigendom” vervat is, is wellicht het gevolg van een vergissing. Logischerwijs zou verwezen moeten worden naar de waarde van de “blote eigendom”.

Ontworpen artikel 3.172 – Correlatieve schulden

1. Gelet op de strekking van het ontworpen artikel 3.172 moet het opschrift ervan gepreciseerd worden. In dit stadium lijkt dat opschrift immers een algemene strekking te hebben en is niet helemaal duidelijk wat de betekenis van het begrip “last” is.

De termen “Correlatieve schulden inzake algemeen vruchtgebruik of vruchtgebruik onder algemene titel” zouden wellicht beter geschikt zijn.

2. In verband met het ontworpen artikel 3.172 rijst de vraag of daarin niet verwezen dient te worden naar het huidige artikel 745sexies, § 3, van het Burgerlijk Wetboek (lees: “artikel 745sexies, § 3, van het Oud Burgerlijk Wetboek”) overeenkomstig de methode die aangewend wordt in de ontworpen artikelen 3.169, § 3, *in fine*, en 3.176, derde lid, *in fine*.

Ontworpen artikel 3.174 – Teruggaveplicht na bevoegde vervreemding

Het ontworpen artikel 3.174 voorziet in een mechanisme van teruggave in waarde indien aan de vruchtgebruiker het recht toegekend is het goed te vervreemden. Luidens dat artikel is de vruchtgebruiker

“ertoe gehouden de waarde van de (...) goederen op het ogenblik van de vervreemding terug te geven, indien op dat ogenblik een schatting is opgemaakt. Is dat niet het geval, dan moet hij de waarde op het ogenblik van de vestiging van het vruchtgebruik teruggeven.”

Bovendien wordt in die bepaling verwezen naar het ontworpen artikel 3.163. In het ontworpen artikel 3.163 zou bijgevolg bepaald moeten worden dat op het ogenblik van de vervreemding een “schatting” opgemaakt kan worden.

Ontworpen artikel 3.175 – Vergoeding

1. Ter wille van de samenhang zouden in het eerste lid de woorden “de ongerechtvaardigde verrijking” vervangen moeten worden door de woorden “het verbod op ongerechtvaardigde verrijking”.
2. Het vergoedingsmechanisme dat ingevoerd wordt, wijkt af van de regels inzake het accessoir opstalrecht (en trouwens ook van de regels die hierboven onderzocht zijn inzake onroerende natrekking).

Dat zou vermeld moeten worden.

Ontworpen artikel 3.177 – Vruchtgebruik op soortgoederen

Het ontworpen artikel 3.177, § 2, bevat de volgende bepaling:

“Kunnen zij geen akkoord bereiken, dan kan de meest gerede partij zich tot de rechter wenden om een derde te doen aanstellen die met het beheer van die gelden wordt belast.”

Die bepaling moet aangevuld worden teneinde vast te stellen welke regeling geldt voor die inschakeling van een derde.

Ontworpen artikel 3.178 – Vruchtgebruik op financiële instrumenten – lidmaatschapsrechten

1. Paragraaf 1 heeft betrekking op de stemrechten.

Wat de Franse tekst betreft, rijst de vraag of de formule “droits inhérents (à la qualité d’associé)” de bedoeling van de steller van het voorontwerp op passende wijze weergeeft. De woorden “droits attachés” zijn minder beperkend van aard.

De steller van het voorontwerp dient na te gaan of de huidige redactie van dit dispositief zijn bedoeling wel weergeeft.

2. Paragraaf 2, die betrekking heeft op de dividenden, luidt als volgt:

“Dividenden die uitgekeerd worden zonder in te teren op het kapitaal, behoren aan de vruchtgebruiker toe.”

Uit de commentaar bij het ontworpen artikel 3.178 blijkt dat het de bedoeling van de steller van het voorontwerp is om aldus te verwijzen naar “dividenden op aandelen”. In het dispositief dient verduidelijkt te worden naar welke soort dividenden aldus verwezen wordt. De afdeling Wetgeving vraagt zich overigens af in hoeverre deze bepaling verenigbaar is met het ontworpen artikel 3.161, dat betrekking heeft op het genot van de vruchten; op dit punt wordt verwezen naar opmerking 2 die bij die bepaling gemaakt is.

3. Paragraaf 3, zijnerzijds, heeft betrekking op de “uitzonderlijke opbrengsten die aan het financieel instrument toekomen, zoals de premie die toegekend wordt bij een inkoop van eigen aandelen”, in verband waarmee bepaald wordt dat ze door de vruchtgebruiker geïnd worden. Ook hier zou de Franse tekst aangepast moeten worden door gebruik te maken van de woorden “achat de ses propres actions”.

4. Ook in verband met deze bepaling rijst de vraag of ze wel verenigbaar is met het ontworpen artikel 3.161, aangezien de regel die in deze bepaling vervat is en waarbij aan de vruchtgebruiker een recht toegekend wordt, moeilijk verenigbaar is met de regel die vervat is in het ontworpen artikel 3.161 en die voorziet in criteria op basis waarvan beoordeeld kan worden wanneer de verwerving van de vruchten door de vruchtgebruiker begint en eindigt.

De in deze paragraaf 3 vervatte regel is des te vreemder daar het ontworpen artikel eindigt met de volgende bepaling:

“Deze [uitzonderlijke opbrengsten] maken deel uit van zijn restitutieplicht bij het einde van het vruchtgebruik.”

Enerzijds wordt immers bepaald dat deze uitzonderlijke opbrengsten door de vruchtgebruiker geïnd worden, terwijl anderzijds bepaald wordt dat ze volledig onder de teruggaveplicht van de vruchtgebruiker vallen.

Vertoont die regel wel genoeg samenhang en stemt ze overeen met de aard van dergelijke opbrengsten?

5. Het dispositief moet in het licht van die verschillende opmerkingen herzien worden.

Ontworpen artikel 3.179 – Vruchtgebruik op schuldvorderingen

Ter wille van de rechtszekerheid dient gedefinieerd te worden wat onder het begrip “vruchtgebruik op schuldvorderingen” verstaan moet worden en wat een dergelijk begrip meebrengt qua verhoudingen tussen de vruchtgebruiker en de blote eigenaar.

Daarenboven dient een nauwkeuriger definitie gegeven te worden van de minnelijke procedure en van de eventuele procedure in rechte in verband met de nakoming van de opeisbare schuldvorderingen en het verkrijgen van de nakoming ervan (ten voordele van de vruchtgebruiker).

Ontworpen artikel 3.180 – Vruchtgebruik op een geheel van goederen

Het laatste lid van het ontworpen artikel 3.180 heeft betrekking op het geval van een eventuele meerwaarde, dat geregeld wordt met toepassing van de theorie van de ongerechtvaardigde verrijking.

Het lijkt evenwel niet zo correct om die theorie in dat geval toe te passen, aangezien de verarming of de verrijking in kwestie niet “ongerechtvaardigd” (“zonder oorzaak”) is.

Wat zal er bovendien in voorkomend geval gebeuren bij waardevermindering? Bij het ontworpen artikel wordt in dat verband niets bepaald.

Die leemte zou weggewerkt moeten worden.

Ontworpen artikel 3.182 – Definitie

1. Net zoals bij het eigendomsrecht en bij het recht van vruchtgebruik worden in de definitie van het “erfpachtrecht” de concepten “gebruiksrecht” en “genotsrecht” op verwarrende wijze door elkaar gebruikt.

2. Volgens de definitie van het erfpachtrecht is een “vol” gebruik en genot vereist. Krachtens het ontworpen artikel 3.1 zou die definitie van openbare orde of op zijn minst van dwingend recht zijn.

Het komt echter vaak voor dat de erfpachtovereenkomsten beperkingen bevatten op de bevoegdheden van de erfpachter. Het vereiste naar luid waarvan het om een “vol”gebruik of genot moet gaan, lijkt niet samen te gaan met die beperkingen of limieten. Het dispositief dient aldus herzien te worden dat dit punt verduidelijkt wordt. Voor het overige wordt verwezen naar de opmerking die bij het ontworpen artikel 3.1 gemaakt is.

3. Het voorwerp van het erfpachtrecht is een onroerend goed uit zijn aard of door incorporatie, terwijl het volgens de huidige tekst van artikel 1 van de wet van 10 januari 1824 ‘over het recht van erfpacht’ om een onroerend goed gaat, wat het mogelijk maakt een erfpacht te vestigen op een onlichamelijk onroerend goed, waaronder bijvoorbeeld een erfpacht die betrekking heeft op een erfpacht, of anders gezegd een ondererfpacht.

De nieuwe minder ruime definitie lijkt die mogelijkheid uit te sluiten.

De steller van het voorontwerp dient zich ervan te vergewissen of zulks wel degelijk zijn bedoeling is.

4. Doordat is het ontworpen artikel 3.1 als principe gesteld wordt dat de bepalingen van boek 3 van aanvullend recht zijn, “behalve indien het om definities gaat of

indien de wet anders bepaalt”, is het niet nodig om er in het ontworpen artikel 3.182 op te wijzen dat dit artikel van toepassing is “behoudens andersluidend beding”.

Een dergelijke nadere bepaling leidt tot rechtsonzekerheid. Daarmee wordt immers de indruk gewekt dat de partijen niet zouden kunnen afwijken van artikelen waarin geen dergelijke nadere bepaling opgenomen is, zelfs indien geen uitdrukkelijk verbod om af te wijken opgelegd is, wat kennelijk niet de bedoeling van de steller van het voorontwerp is.

Ontworpen artikel 3.187 – Rechten op het onroerend goed

Het zou de bevattelijkheid van de tekst ten goede komen als dat de verkrijging bedoeld in het ontworpen artikel 3.187, derde lid, tot stand komt “met toepassing van het accessoir opstalrecht waarvan sprake is in artikel 3.197”.

Ontworpen artikel 3.188 – Verplichtingen

Volgens het derde lid moet de erfpachter, met betrekking tot de bouwwerken en beplantingen die hij verkregen heeft of die hij zonder enige verplichting uitgevoerd heeft, zorgen voor alle herstellingen die noodzakelijk geworden zijn “voor de uitoefening van de andere gebruiksrechten op het onroerend goed”.

Er dient daarbij aangegeven te worden of de steller van het voorontwerp daarmee de persoonlijke rechten of de zakelijke gebruiksrechten bedoelt, dan wel beide.

Ontworpen artikel 3.189 – Algemeen

1. Wat de mogelijke toepassing van een uitdrukkelijk ontbindend beding betreft, wordt verwezen naar opmerking 4 die bij het ontworpen artikel 3.15 gemaakt is.

2. Het laatste lid van het ontworpen artikel 3.189 luidt als volgt:

“Een erfpachtrecht kan echter niet tenietgaan vooraleer de minimumtermijn van 15 jaar is verstreken op de grond van de enkele wil van één van de partijen.”

Zoals die regel van toepassing zou zijn op een afstand, valt hij te begrijpen, maar de vraag rijst of hij eveneens van toepassing is op het recht voor een partij om zich te beroepen op de toepassing van een uitdrukkelijk ontbindend beding (bijvoorbeeld in geval van faillissement of van een situatie van insolventie van de erfpachter). Dat zou normaliter niet het geval mogen zijn, aangezien er, in die situaties een context bestaat buiten de wil van de partijen om.

Die zaak zou uitdrukkelijk geregeld moeten worden in dat tweede en laatste lid of in het eerste lid, aangezien die kwestie gevoelig ligt in het recht en in de praktijk van de erfpacht.

Ontworpen artikel 3.191 – Vergoeding

1. Gelet op de strekking van het ontworpen artikel 3.191 moet het opschrift ervan geherformuleerd worden als volgt: “Natrekking aan het einde van het recht en vergoeding”.
2. In het laatste lid staat dat in geval van algemene overgang, overgang onder algemene titel of overdracht van het recht van de erfpachtgever, de vergoedingsverplichting op de rechtverkrijgende rust.

Hoewel de regel te begrijpen valt in het eerste geval, dat in overeenstemming is met het gemene recht, is hij minder vanzelfsprekend in de situatie van een overnemer van de erfpacht: is de overdrager in dat geval immers bevrijd? Het ontworpen artikel lijkt dat te bepalen, maar een dergelijke bevrijding is dan niet verenigbaar met het gemene recht inzake verbintenissen en overeenkomsten waarbij de overdracht van een contractuele schuld verboden is zonder de instemming van de schuldeiser.

Het verdient aanbeveling het ontworpen artikel in dat opzicht te verduidelijken, door bijvoorbeeld het volgende toe te voegen:

“in geval van overdracht onder bijzondere titel van het recht van de erfpachtgever, hoofdzakelijk bij overeenkomst, blijft de overdrager samen met de overnemer onderworpen aan verplichtingen, behoudens strijdige wil van de erfpachtgever of van zijn rechtverkrijgenden teneinde de overdrager van zijn verplichtingen te ontslaan.”

Dezelfde opmerking kan ook gemaakt worden bij het ontworpen artikel 3.203, in verband met de het opstalrecht.

Ontworpen artikel 3.192 – Definitie

1. Met betrekking tot het gebruik van het begrip “volume” wordt verwezen naar opmerking 2 die in dat verband bij het ontworpen artikel 3.61 gemaakt is.
2. De definitie die in de tekst gegeven wordt, is niet erg duidelijk: het gaat om een gebruiksrecht “betreffende” volumes waarbij zelfs een eigendomsrecht verleend wordt op die volumes, terwijl dat gebruiksrecht in feite het recht zal inhouden om eigenaar te worden van de gebouwen die opgetrokken worden en de beplantingen die aangelegd worden in het kader van die volumes (die in feite de grond vormen waarop het recht rust).

Het is voor de afdeling Wetgeving niet duidelijk welke rechten en in welke hoedanigheid de eigenaar van het volume zal kunnen uitoefenen op de gebouwen die binnen dat volume aanwezig zijn, aangezien die gebouwen blijkbaar noch als inherente bestanddelen noch als accessoria bestempeld kunnen worden.

3. De definitie die van het opstalrecht gegeven wordt, is om nog een andere reden complex: ze verwijst immers enerzijds naar een gebruiksrecht en anderzijds naar een eigendomsrecht op volumes.

Die definitie, die draait rond de begrippen gebruiksrechten en volume, is hoe dan ook niet echt verenigbaar met de klassieke definitie van opstal als recht op een gebouw of op beplantingen onder of op een grond die aan een derde toebehoort.

Het begrip zou verduidelijkt en vereenvoudigd moeten worden.

4. Daarenboven dient verduidelijkt te worden welke fiscale behandeling van toepassing zou zijn op het opstalrecht. Zullen op de overdrachten onder bezwarende titel van de volumes bijvoorbeeld registratierechten betaald moeten worden die losstaan van de percelen waar die volumes onderdeel van zijn?

5. Het belangrijke, uit de rechtsleer afkomstige begrip accessoir opstalrecht, waarvan hieronder opnieuw uitdrukkelijk gewag gemaakt wordt in het ontworpen artikel 3.197 zou overigens aangekaart moeten worden.

6. Vandaag de dag wordt een klassiek geworden verband gelegd tussen de opstal en de natrekking. Er is immers in essentie geoordeeld, inzonderheid in de rechtspraak van het Hof van Cassatie, dat de afstand van het recht van onroerende natrekking een opstalrecht doet ontstaan.

Dat opstalrecht is evenwel een volledig en volwaardig opstalrecht en geen accessoir opstalrecht. Het opstalrecht door afstand van het recht van natrekking zou bijgevolg ook aan bod moeten komen.

Ontworpen Artikel 3.193 – Hoedanigheid van de vestiger

1. In het ontworpen artikel 3.193 wordt niet bepaald waarvan de vestiger eigenaar is, of waarop het zakelijk gebruiksrecht betrekking heeft (een perceel, een gebouw, een volume enzovoort).

Het dispositief moet in dat opzicht aangevuld worden.

2. Net zoals voor de erfpacht zou in de definitie in het dispositief eveneens de specifieke benaming van de onderscheiden partijen opgegeven moeten worden: de eigenaar, de vestiger en de opstalhouder.

Ontworpen artikel 3.194 – Voorwerp

Het ontworpen artikel 3.194 doet, net zoals het ontworpen artikel 3.199, de vraag rijzen wat het onderscheid is tussen de grond waarop het opstalrecht rust en het voorwerp van het opstalrecht.

Het opstalrecht wordt immers altijd verleend op een onroerend goed (terrein – grondstuk of gebouw). Het gaat om de grond waarop het opstalrecht rust, bij welk recht aan de opstalhouder het recht verleend wordt om te bouwen binnen het kader van een (al dan niet reeds bebouwd) volume, boven of onder dat onroerend goed, volgens de nieuwe benadering van het begrip opstalrecht. Aangezien de opstalhouder in feite nooit eigenaar is van de grond waarop zijn recht rust maar enkel van het voorwerp ervan,⁴⁵ vraagt de afdeling Wetgeving zich af of het wel zin heeft te bepalen dat het eigendomsrecht van de opstalhouder betrekking heeft op het volume zelf.

In de praktijk komt het, inzonderheid om fiscale redenen, vaak voor dat de partijen bij de opstal de gebouwen niet willen overdragen. Aangezien artikel 3.194 van aanvullend recht is, zou aan die wens tegemoetgekomen kunnen worden door te voorzien in een afwijking van het eerste lid. Bij het tweede lid lijkt dat overigens toegestaan te worden. In dat geval rijst de vraag tot waar het genotsrecht van de opstalhouder reikt ten aanzien van de gebouwen die aanwezig zijn in het volume dat het voorwerp vormt van zijn recht maar waarvan hij de eigendom niet verkregen heeft.

Een oplossing zou erin kunnen bestaan de tekst te stellen als volgt:

“Wanneer de partijen contractueel afwijken van het eerste lid, door te bepalen dat de eigendom van de bestaande bouwwerken of beplantingen niet aan de opstalhouder overgedragen wordt, verkrijgt de opstalhouder daarop een genotsrecht in de zin van artikel 3.182 van dit Wetboek en overeenkomstig de regels die daarop van toepassing zijn.”

Op die wijze zou een erfpachtrecht verleend worden, wat mogelijk lijkt.

⁴⁵ Zo is de opstalhouder van een terrein niet de eigenaar van dat terrein maar alleen van de gebouwen die hij, in het kader van een bepaald volume, op dat terrein optrekt; zo ook is de opstalhouder van een gebouw niet de eigenaar van dat gebouw maar alleen van de constructies die hij in het kader van dat bepaald volume tot stand gebracht heeft (bijvoorbeeld zonnepanelen die hij op het dak van het gebouw geplaatst heeft).

Ontworpen artikel 3.195 – Duurtijd

In het ontworpen artikel 3.195 staat dat het opstalrecht eeuwigdurend kan zijn wanneer en zolang het door de eigenaar van de grond gevestigd is: (1°) hetzij voor doeleinden van het openbaar domein; (2°) hetzij om de verdeling in volumes mogelijk te maken van een complex en heterogeen onroerend geheel dat verschillende volumes omvat die in aanmerking komen voor zelfstandig en verscheiden gebruik en onderling geen enkel gemeenschappelijk deel hebben.

Hoewel de eerste uitzondering te begrijpen valt, wordt de aandacht van de steller van het voorontwerp erop gevestigd dat de tweede uitzondering de deur lijkt open te zetten voor projectontwikkelingsactiviteiten door privéondernemingen in een context die, zodra de activiteit “eeuwigdurend” is, een zekere bevestiging van de eigendom van de goederen in kwestie tot gevolg zou kunnen hebben.

Bovendien lijken de gehanteerde criteria, in het bijzonder dat van een “complex en heterogeen onroerend geheel”, te vaag om in overeenstemming te zijn met de rechtszekerheid.

Ontworpen artikel 3.196 – Verkrijgende verjaring

Het ontworpen artikel 3.196 voorziet in de toepassing van die eerste specifieke wijze, die de verkrijgende verjaring is. Het opstalrecht wordt gevestigd voor 99 jaar hebben “tenzij een rechtshandeling een kortere duurtijd bepaalt”.

De vraag rijst hoe een dergelijke handeling verenigbaar is met een verkrijgende verjaring, die uit een bezit voortvloeit en in principe niet impliceert dat er een rechtshandeling bestaat. Dat leidt dus tot de conclusie dat door verkrijgende verjaring een opstalrecht voor 99 jaar gevestigd zou kunnen worden, terwijl (1°) de termijnen inzake verkrijgende verjaring aanzienlijk verkort worden (zie inzonderheid de verkorte termijn van 10 jaar) en (2°) de verkrijgende verjaring als oorspronkelijke wijze van eigendomsverkrijging op het vlak van de hiërarchie van de bewijsmiddelen de voorrang heeft boven de titel of de overeenkomst.

Dit artikel, dat raadselachtig overkomt, artikel zou dus zware gevolgen kunnen hebben voor de rechtssubjecten op wier perceel een dergelijk opstalrecht voor 99 jaar gevestigd zouden worden.

Vanuit dat oogpunt rijst de vraag of de maximale duurtijd van een opstalrecht in verhouding niet te lang is. De aantasting van het eigendomsrecht waartoe een en ander leidt, zou op verscheidene generaties een weerslag kunnen hebben. Anders dan de verkrijgende verjaring van het eigendomsrecht, die de eigenaar van een goed makkelijk kan vaststellen, is de verjaring van het opstalrecht, dat een zakelijk gebruiksrecht is, uiteraard minder vanzelfsprekend vast te stellen.

De verlenging van de maximale duurtijd van een opstalrecht wordt in de commentaar bij artikel 3.195 als volgt verantwoord:

“Zo kan men voorkomen dat een keuze tussen deze twee rechten [erfpacht en opstal] wordt gemaakt op grond van de maximale duurtijd en niet op grond van het wezen ervan.”

Zodoende gaat de steller van het voorontwerp louter uit van de vrijwillige en bewuste toewijzing van een opstalrecht en ziet hij over het hoofd dat een dergelijk recht zeer vaak opzettelijk via een verkrijgende verjaring verleend wordt.

Vanuit dat oogpunt moet dan ook opnieuw onderzocht worden of de maximale duurtijd van het opstalrecht, door de verlenging ervan, in verhouding niet te lang wordt.

Ontworpen artikel 3.199 – Rechten op de volumes

Er wordt verwezen naar de opmerking bij het ontworpen artikel 3.194, alsook naar opmerking 2 bij het ontworpen artikel 3.61 over het ontbreken van een definitie van het begrip “volume”.

Ontworpen artikel 3.201 – Algemeen

De vraag rijst wat er zou gebeuren indien het betrokken volume tenietgaat of indien het niet onmogelijk wordt daarvan gebruik te maken.

De steller van het voorontwerp dient na te gaan of het dispositief niet dienovereenkomstig aangevuld moet worden.

Ontworpen artikel 3.203 – Vergoeding

1. Het ontworpen artikel 3.203 regelt op welke wijze het eigendomsrecht op het volume overgaat wanneer het opstalrecht tenietgaat. In dat verband wordt verwezen naar de opmerking bij het ontworpen artikel 3.194.

De vraag of een overgaan van het eigendomsrecht op het volume wel zin heeft, is des te prangender daar voor de voorgeschreven vergoeding uitgegaan wordt van de betrokken bouwwerken of beplantingen, en niet van het betrokken volume.

Voor het overige vraagt de afdeling Wetgeving zich af op welke wijze het retentierecht op het volume, dat bij het ontworpen artikel 3.203, eerste lid, verleend wordt, in de praktijk uitgeoefend zal worden.

2. De woorden “op grond van de ongerechtvaardigde verrijking” moeten vervangen worden door de woorden “op grond van het verbod van ongerechtvaardigde verrijking”.

Artikel 26

Deze bepaling dient als volgt gesteld te worden:

“Titel I, ondertitel 6, hoofdstuk 3, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, die bij artikel 2 van deze wet ingevoegd wordt, treedt in werking op ...

De Koning kan een datum van inwerkingtreding bepalen die voorafgaat aan de in het eerste lid vermelde datum.”⁴⁶

SLOTOPMERKING

In het algemeen moet de steller van het voorontwerp aandacht hebben voor de overeenstemming tussen de Nederlandse en de Franse tekst, voor een correct gebruik van de Franse taal en voor de zinsbouw en de spelling in het voorontwerp.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Béatrice DRAPIER

Pierre VANDERNOOT

⁴⁶ *Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”, aanbevelingen 154 tot 154.1.2 en formule F 4-5-2-1.