

University of Groningen

Gebouwen en hun bestanddelen in een meer circulair goederenrecht

Koolhoven, Rosalie

Published in:
Circulair bouwen

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2018

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Koolhoven, R. (2018). Gebouwen en hun bestanddelen in een meer circulair goederenrecht: Van een wegwerpeconomie naar een kringloop van hoogwaardige, modulaire producten die worden verdienstelijk. In *Circulair bouwen* (blz. 6-54). (Preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht; Nr. 46). Instituut voor Bouwrecht.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

prof. dr. C.W. Backes
mr. dr. M.N. Boeve
dr. R. Koolhoven, LL.M.
mr. D.R. Versteeg

Circulair bouwen

Publicatie van de Vereniging voor Bouwrecht
Nr. 46

Circulair bouwen

Circulair bouwen

dr. R. Koolhoven, LL.M

(universitair docent, vakgroep Transboundary Legal Studies - sectie IT-recht,
Rijksuniversiteit Groningen)

prof. dr. C.W. Backes

(hoogleraar Omgevingsrecht, Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability
Law (UCWOSL), Universiteit Utrecht)

mr. dr. M.N. Boeve

(universitair docent omgevingsrecht, Utrecht Centre for Water, Oceans and
Sustainability Law (UCWOSL), Universiteit Utrecht)

mr. D.R. Versteeg

(advocaat bij Rozemond Advocaten te Amsterdam)

ISBN: 978-94-6315-042-2
NUR 822-823

© 2018, R. Koolhoven, C.W. Backes/M.N. Boeve en D.R. Versteeg

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgeverij. Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h tot en met 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken dient men zich tot de Stichting Instituut voor Bouwrecht te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photo print, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Inhoudsopgave

1	Ten geleide	1
2	Gebouwen en hun bestanddelen in een meer circulair goederenrecht. Van een wegwerpeconomie naar een kringloop van hoogwaardige, modulaire producten die worden verdienstelijk	
	<i>dr. R. Koolhoven, LL.M</i>	
2.1	Inhoud	6
2.2	Ideologie, beleid en praktijk	7
2.2.1	Ideologie	7
2.2.2	Praktijk	9
2.2.3	Beleid	12
2.3	De ratio van de eenheid	14
2.3.1	Doelen van het eenheidsbeginsel	15
2.3.2	Het eenheidsbeginsel in artikel 5:20 BW?	18
2.3.3	Motieven voor het eenheidsbeginsel in een circulaire economie?	20
2.3.4	Naar de ‘minst onaanvaardbare’ consequenties	22
2.4	Het samenspel van de artikelen 3:3, 5:20 en 3:4 BW in het huidige recht	23
2.4.1	Ontstaan van de wettelijke regeling	24
2.4.2	De duurzame vereniging met de grond	26
2.4.3	Portacabinarrest	27
2.4.4	Uitbreiding naar machines	29
2.4.5	Bestanddelen van onroerende zaken	31
2.5	Een meer circulaire uitleg van de wet	36
2.5.1	De toetsvolgorde van Portacabin verlaten?	37
2.5.2	De vereniging met de grond	38
2.5.3	Het lot van indirect, duurzaam verenigde zaken?	42
2.5.4	Wat is het lot van bestanddelen?	44
2.6	Aanbevelingen voor een meer circulair goederenrecht	50

3 Van bouwstof tot ruimtelijke ordening. Publiek-rechtelijke instrumenten voor circulair bouwen

prof. dr. C.W. Backes & mr. dr. M.N. Boeve

3.1	Inleiding	55
3.2	Stoffen en afvalstoffen	56
3.2.1	Inleiding	56
3.2.2	Europeesrechtelijke en nationaalrechtelijke eisen aan (bouw)stoffen	56
3.2.2.1	<i>De Reach-verordening</i>	56
3.2.2.2	<i>Het Besluit bodemkwaliteit</i>	57
3.2.3	Het afvalstoffenrecht	59
3.3	Producten	62
3.3.1	Inleiding	62
3.3.2	In hoeverre bevorderen de Verordening bouwproducten en het Besluit bodemkwaliteit circulariteit van bouwproducten?	62
3.3.2.1	<i>Verordening bouwproducten</i>	62
3.3.2.2	<i>Besluit bodemkwaliteit</i>	66
3.3.3	Gevaarlijke stoffen in bouwproducten: ontbreken van samenhang in regelgeving	66
3.3.4	Ecodesignrichtlijn	67
3.4	Bouwwerken	68
3.4.1	Verplichting tot het gebruik van bepaalde percentages secundaire grondstoffen in bouwwerken	68
3.4.1.1	<i>Inleiding</i>	68
3.4.1.2	<i>Enkele aandachtspunten</i>	69
3.4.1.3	<i>Juridische verankering verplicht aandeel secundaire grondstoffen in bouwwerken</i>	70
3.4.2	Circulariteit als onderdeel van de milieuprestatie - op weg naar een duurzaamheidsprestatie-eis?	72
3.4.2.1	<i>Inleiding</i>	72
3.4.2.2	<i>Hoogte van de MPG</i>	73
3.4.2.3	<i>Circulariteit als deel van de MPG</i>	74
3.4.2.4	<i>Aanscherping van art. 5.9 Bouwbesluit 2012 op regionaal of lokaal niveau?</i>	80
3.4.2.5	<i>Omgevingsplan als aanvulling op de milieuprestatie-eisen uit art. 4.158 e.v. Bbl</i>	84
3.4.3	Het bouwwerkenpaspoort	86
3.4.3.1	<i>Inleiding</i>	86
3.4.3.2	<i>Aanknopingspunten in bestaande wetgeving</i>	87
3.4.3.3	<i>Aanzet voor een nieuwe regeling - Afdeling 5.3 Bouwbesluit 2012</i>	91

3.4.3.4	<i>Plaats in toekomstige regelgeving: de Omgevingswet en het Besluit bouwwerken leefomgeving</i>	92
3.4.3.5	<i>Administratieve lasten</i>	93
3.4.4	Scheiden van waardevolle materialen in de sloopfase	93
3.5	Ruimtelijke ordening: circulaire gebiedsontwikkeling	95
3.5.1	Inleiding	95
3.5.2	Situeringsbeslissingen	95
3.5.3	Hergebruik bestaande gebouwen: transformatie en voorkomen leegstand	96
3.5.3.1	<i>Verplichten tot hergebruik?</i>	97
3.5.3.2	<i>Op positieve wijze hergebruik van bestaande gebouwen bevorderen</i>	100
3.5.4	Andere aspecten van circulair bouwen in ruimtelijke besluiten	102
3.5.4.1	<i>Huidig recht</i>	102
3.5.4.2	<i>Tussendoortje: de Crisis- en herstelwet en bestemmingsplannen verbrede reikwijdte</i>	102
3.5.4.3	<i>Omgevingswet</i>	104
3.6	Aanbevelingen voor een meer circulair publiekrecht voor bouwen	106
4	Levenscycluskosten. De sleutel naar circulair werk?	
	<i>mr. D.R. Versteeg</i>	
4.1	Inleiding: bouwen op een ruimteschip	113
4.2	Begrippenlijst	116
4.3	De mogelijkheden van levenscycluskosten als gunningscriterium	117
4.3.1	Inleiding	117
4.3.2	Gunnen op circulariteit is concurreren op circulariteit	118
4.3.3	Levenscycluskosten	122
4.3.3.1	<i>Mogelijke voordelen van levenscycluskosten ten opzichte van andere gunningscriteria</i>	122
4.3.3.2	<i>Levenscycluskosten ingevolge de aanbestedingswetgeving</i>	124
4.3.4	Conclusie	133
4.4	Methoden voor het bepalen van levenscycluskosten	135
4.4.1	Inleiding	135
4.4.2	Wettelijke voorwaarden	135
4.4.2.1	<i>Vermelding methoden en gegevens in aanbestedingsstukken</i>	138

4.4.2.2	<i>Aanvullende eisen aan methoden om kosten van externe milieueffecten te ramen</i>	139
4.4.2.3	<i>Door Europese Unie verplicht voorgeschreven methoden</i>	140
4.4.3	Europese methoden	141
4.4.3.1	<i>Potentie van Europese gemeenschappelijke methoden van levenscycluskostenberekening</i>	141
4.4.3.2	<i>De enige verplichte Europese berekeningsmethode: Richtlijn Wegvoertuigen</i>	143
4.4.3.3	<i>Vrijblijvende Europese berekeningsmethoden?</i>	145
4.4.4	Enkele overige algemene methoden	147
4.4.4.1	<i>LCC-CO₂-tool van het SMART SPP</i>	149
4.4.4.2	<i>Standaardsystematiek Kostenramingen (SSK)</i>	150
4.4.4.3	<i>Internetapplicatie Kosten Analyse Levensduur Model (iKALM)</i>	151
4.4.4.4	<i>Duurzaam Bouwen Calculator (DuboCalc)</i>	152
4.4.4.5	<i>ISO- en NEN-normen</i>	152
4.4.5	Door de aanbesteder ontwikkelde - eenmalige - methoden	154
4.4.6	Sociale kosten als c-kosten?	155
4.4.7	Conclusie	156
4.5	Motiveringsplicht	158
4.5.1	Inleiding	158
4.5.2	Motiveringsplicht is een Nederlandse keuze	159
4.5.3	Verkeerde keuze	162
4.5.3.1	<i>Kosten zien altijd op kwaliteit</i>	162
4.5.3.2	<i>Gunning op Laagste kosten is gunning op laagste levenscycluskosten</i>	163
4.5.3.3	<i>Levenscycluskosten zijn zelfs een beter criterium dan EMVI/BPKV</i>	165
4.5.3.4	<i>Rechtsbescherming</i>	166
4.5.3.5	<i>Wat lost motiveren op?</i>	167
4.5.4	Conclusie	168
4.6	Wisselwerking met andere delen van het aanbestedingsrecht	169
4.6.1	Inleiding	169
4.6.2	Kwalificatie van circulaire overheidsopdrachten	169
4.6.2.1	<i>Contractvormen</i>	169
4.6.2.2	<i>Werken, leveringen, diensten of concessies?</i>	171
4.6.3	Consultatie en procedures	172
4.6.3.1	<i>Marktconsultatie</i>	172
4.6.3.2	<i>Concurrentiegericht dialogoog en onderhandelingsprocedure</i>	173
4.6.4	Specificatie en wijzigingsmogelijkheden	175
4.6.4.1	<i>Specificatie van het werk</i>	175
4.6.4.2	<i>Wijziging van het werk</i>	175
4.6.5	Beoordeling en rechtsbescherming	178
4.6.6	Naleving	179
4.6.7	Conclusie	180

4.7	Conclusies en aanbevelingen	180
4.7.1	Conclusies	180
4.7.2	Aanbevelingen	181
4.7.2.1	<i>Levenscycluskosten als enige vorm van gunning op laagste kosten</i>	181
4.7.2.2	<i>Duidelijke formulering reikwijdte levenscycluskosten</i>	181
4.7.2.3	<i>Maak werk van het opstellen en toepassen van levenscycluskostenberekeningsmethoden</i>	182
4.7.2.4	<i>Op termijn moeten ook sociale aspecten onderdeel uitmaken van de levenscycluskosten</i>	182
4.7.2.5	<i>Blijf betrokken bij de levenscycluskosten tijdens het gebruik van het werk</i>	183
4.7.2.6	<i>Alleen laagste prijs is een uitzonderingscriterium</i>	183
	Literatuurlijst (H4)	184

1 Ten geleide

Door de jaren heen zijn er vele initiatiefnemers, denkers, architecten, wetenschappers, ontwerpers en milieudeskundigen geweest die alternatieven zochten voor onze ‘wegwerpeconomie’. Het doel van de alternatieven was, kernachtig samengevat, onze wijzen van produceren en consumeren te veranderen. We moesten gaan produceren en consumeren met respect voor de menselijke en natuurlijke systemen.

Aan de alternatieven werden namen gegeven zoals *Cradle to Cradle*, *Biomimicry* en *Natural Capitalism*. En onlangs werden daaraan *Doughnut Economics* (naar het gelijknamige boek van econoom Kate Raworth) en de circulaire economie, het onderwerp van dit Preadvies, toegevoegd.

Hoewel alle alternatieven met elkaar gemeen hebben dat ze vervuiling van de aarde - in het aanbestedingsrechtelijk deel van dit boek treffend als ‘ons ruimteschip’ omschreven - willen terugdringen en verspilling van grondstoffen willen voorkomen, kent de circulaire economie een eigen definitie en concrete handelwijzen die daaraan bijdragen.

De circulaire economie ‘is gericht op het optimaal inzetten en hergebruiken van grondstoffen in de verschillende schakels van de productieketen: van de winning van grondstoffen tot consumptie’.¹ In de literatuur ziet men dit terugkomen in vier concrete handelwijzen die producenten en consumenten in acht kunnen nemen: ‘kringloopontwerp’, ‘modulariteit’, ‘verdienstelijking’ in plaats van eigendomsoverdracht en ‘intensivering’ van het gebruik van bestaande goederen.²

In de praktijk betekent dat het volgende. Producenten dienen *kringlopen* van grondstoffen naar eindproducten en terug naar grondstoffen te ontwerpen, in plaats van eindproducten alleen. Daaraan complementair is dat zaken, consumptiegoederen en gebouwen *modulair* moeten worden, zodat een kapot onderdeel gemakkelijker kan worden vervangen en het niet nodig is een geheel te vervangen. Nu is het vaak zo dat het goedkoper is om iets nieuw aan te schaffen dan te investeren in reparatie van het oude. Als, toegespitst op het onderwerp van dit Preadvies, bouwwerken dan toch moeten worden afgebroken, is het zaak om de materialen zo hoogwaardig mogelijk te hergebruiken. Daarmee kan al bij het *kringloopontwerp* rekening worden gehouden.

1 Aldus de definitie van het Planbureau voor de Leefomgeving, zie: <http://themasites.pbl.nl/circulaire-economie>.

2 T. Bastein, E. Roelofs, E. Rietveld, A. Hoogendoorn, *TNO-rapport ‘Kansen voor de circulaire economie in Nederland’*, 11 juni 2013 & Ellen MacArthur Foundation, *Cities in the Circular Economy: an initial exploration*, 2017, p. 9: ‘Finding new ways for keeping components and materials at their highest value will encourage the development of new business models, and could create vibrant urban communities centred around makerspaces, repair cafes, distributed manufacturing, and sharing and exchange platforms’.

Met *verdienstelijking* wordt bedoeld dat producenten hun verdienmodellen gaan baseren op verhuur, service en onderhoud in plaats van eigendomsoverdracht. De verdienstelijking kan een stimulans zijn voor makers om de kwaliteit van zaken te verbeteren. Daarvan wordt immers de levensduur langer, waardoor minder onderhoud en vervanging nodig is. Door de financiële risico's van onderhoud en vervanging samen met de eigendom bij de maker te laten, is de stimulans gegeven om de grondstoffen te gebruiken voor hoogwaardige producten. Daarvoor zou een cultuuromslag nodig zijn.

Tot slot is het van belang dat we hetgeen we hebben, vaker benutten om productie van méér te voorkomen. Van wat we in eigendom hebben, kunnen we via internetplatforms het gebruik *intensiveren*. Particulieren kunnen stilstaande auto's en boormachines uitlenen of verhuren aan anderen. Platforms zoals Floop2 stimuleren het gedeeld gebruik van bedrijfsmatig gebruikte machines door ondernemers. Airbnb, LiquidSpace en Share2Use zouden bijdragen aan het intensiveren van het gebruik van bestaand vastgoed, zodat er minder gebouwd hoeft te worden, zo luidt de belofte. Dat zou goed zijn voor het milieu, omdat de bouw verantwoordelijk is voor een groot deel van de CO₂-uitstoot. Voorts maken internetplatforms een andere vorm van intensivering, namelijk hergebruik, mogelijk onder de noemer 'urban mining'. Zij brengen bouwmaterialen in kaart en brengen lokaal vraag en aanbod bijeen, zodat alles optimaal hergebruikt wordt met de minst mogelijke belasting door transport.

Uit de wereld van de bouw stammen inmiddels vele circulaire initiatieven, variërend van circulaire gebouwen tot circulaire zonnepanelen, leasegevels en bouwstoffen op 'kleiner niveau' en de invoering van een Madaster, een kadaster voor materialen. Al deze initiatieven brengen op uiteenlopende terreinen uitdagingen met zich mee voor de jurist. Drie van die terreinen worden in dit Preadvies belicht: het goederenrecht, het publiekrecht en het aanbestedingsrecht. De drie rechtsgebieden en hun uitdagingen in de circulaire economie worden afzonderlijk behandeld en kennen hun eigen zwaartepunten.

In het goederenrechtelijke deel, geschreven door Rosalie Koolhoven, wordt ingegaan op de natrekking en de bestanddeelvorming die worden gestoeld op het bekende eenheidsbeginsel. Een sprekend voorbeeld van kringloopontwerp, modulariteit, verdienstelijking en intensivering in één, doch goederenrechtelijk problematisch, is het door Philips geïntroduceerde 'light-as-a-service'. Het lichtstelsel dat eigendom van Philips zou moeten blijven en dat licht per gebruikseenheid levert, is lastig te financieren vanwege het feit dat het lichtstelsel wordt nagetrokken aan het gebouw. Nu kunnen grote spelers op de markt vaak op andere wijzen financiering voor innovaties en de transitie naar circulaire productie en consumptie vinden, maar kleinere spelers die klimaatsystemen, zonnepanelen, CO₂-reducerende leasegevels en groene daken bieden, zijn aangewezen op het kapitaalintensieve opstalrecht. De vraag is of de wet ruimte biedt aan een meer circulair goederenrecht zodat dat anders kan?

Deze vraag wordt beantwoord in een zestal aanbevelingen. Tezamen laten zij zien dat wetswijziging van de regels over natrekking en bestanddeelvorming niet noodzakelijk is. Het taalkundig, wethistorisch interpreteren van de bestaande wettekst zal veel belemmeringen voor circulaire initiatieven wegnemen.

In het publiekrecht deel bespreken Chris Backes en Marlon Boeve hoe een meer circulaire bouweconomie door publiekrechtelijke regelgeving kan worden bevorderd. Zij onderscheiden daarbij vijf aanknopingspunten: bouwstoffen (zoals zand, cement, etc.), afvalstoffen, bouwproducten (zoals kozijnen, leidingen, etc.), bouwwerken en ruimtelijke ordening. Voor alle aanknopingspunten komen reguleringsmogelijkheden op drie niveaus (Europees, nationaal en decentraal) aan de orde. Bij het bevorderen van een circulaire bouweconomie door het publiekrecht kan het gaan om zowel het wijzigen van bestaande regels die thans circulaire oplossingen in de weg staan, als om het ontwerpen van nieuwe regels die meer circulariteit stimuleren of proberen af te dwingen. Backes en Boeve stellen onder andere voor om in het Bouwbesluit 2012, respectievelijk in het toekomstige Besluit bouwwerken leefomgeving, een afdeling ‘circulair bouwen’ op te nemen. Daarin zou een regeling van het bouwwerkenpaspoort moeten worden opgenomen, een circulariteitsprestatie-eis (naast de bestaande milieuprestatie-eis) kunnen worden voorgeschreven en een verplichting tot gebruik van bepaalde percentages secundaire bouwstoffen regeling kunnen vinden.

In het deel van de hand van Daan Versteeg wordt behandeld hoe het aanbestedingsrecht kan worden gebruikt om circulair bouwen te stimuleren. Volgens de 2020-strategie van de Europese Unie kunnen overheidsopdrachten een belangrijke rol spelen om een slimme, duurzame en inclusieve groei te bereiken. In dat kader is de mogelijkheid van gunning op levenscycluskosten in 2014 opgenomen in de aanbestedingsrichtlijnen, als alternatief voor gunning op laagste prijs of beste prijs-kwaliteit-verhouding. Versteeg bespreekt in hoeverre dat gunningscriterium ervoor kan zorgen dat circulariteit de doorslag geeft bij het bepalen van de winnende aanbieder. In vervolg daarop komt het (nog) zeer beperkte gebruik van levenscycluskosten aan de orde en de mogelijke oorzaken daarvan. Om die belemmeringen weg te nemen, stelt Versteeg onder meer een aanpassing van de wet en de inzet van flankerend beleid voor. In het verlengde daarvan wordt gekeken naar het effect van gunning aan de hand van levenscycluskosten op andere aspecten van het aanbestedingsrecht, zoals de kwalificatie van de opdracht, de te volgen procedures en de specificaties van de eisen. Daarbij is aandacht voor de wens om innovatie te stimuleren zonder onzekerheid voor aanbesteders te creëren.

Amsterdam, Groningen & Utrecht, oktober 2018

Chris Backes
Marlon Boeve
Rosalie Koolhoven
Daan Versteeg

2 Gebouwen en hun bestanddelen in een meer circulair goederenrecht

Van een wegwerpeconomie naar een kringloop van hoogwaardige, modulaire producten die worden verdienstelijk

dr. R. Koolhoven, LL.M

Het goederenrecht gaat over relaties die rechtssubjecten - natuurlijke personen of rechtspersonen - hebben met rechtsobjecten, met goederen. Het goederenrecht is als een geraamte voor het handelsverkeer: het bepaalt wat zaken zijn, wie een eigendomsrecht of zekerheidsrecht of gebruiksrecht heeft op een zaak, welke bevoegdheden daarbij horen én hoe dat recht wordt overgedragen aan een ander. Het geeft houvast bij transacties. Voor een soepel verloop van transacties in het handelsverkeer is het cruciaal dat het goederenrecht zekerheid en duidelijkheid biedt aan alle actoren.

De behoefte aan zekerheid en duidelijkheid heeft tot gevolg dat de wet de eigendom een zaak met al haar bestanddelen zoveel mogelijk in één hand houdt. De vleugel, een roerende zaak, die u aanschaft van de vleugelbouwer wordt in zijn geheel van u. U kunt niet geconfronteerd worden met de claim van een pedalenleverancier dat de pedalen nog van hem zijn. De vleugelbouwer was eigenaar van de vleugel als eenheid, vanwege het 'eenheidsbeginsel'.¹

Bij grond en gebouwen, onroerende zaken, is het daarentegen wel mogelijk om met beperkte rechten zoals erfdienstbaarheden en opstal bevoegdheden te verdelen. Tegen onduidelijkheid en onoverzichtelijkheid die door de bevoegdheidsverdeling ontstaat, bieden de openbare registers publiciteit en is de notaris aangewezen als noodzakelijke persoon voor de vestiging van die rechten. Toch is het wettelijke uitgangspunt niet alleen bij roerende maar ook bij onroerende zaken dat de eigenaar van de grond eigenaar is van de gebouwen daarop.² Vervolgens hebben gebouwen weer bestanddelen die aan hetzelfde eigendomsrecht onderworpen zijn. Zo worden energie-opwekkende dakpannen na installatie bestanddelen van een gebouw en verdwijnen zij als zelfstandige zaken.³ De producent die de dakpannen slechts verhuurde zal ze

1 Wordt iets gekwalificeerd als bestanddeel van een zaak, dan zijn zaak en bestanddeel één (art. 3:4 BW) gehele dat is omvat door een eigendomsrecht (art. 5:3 BW). Hier wordt duidelijk dat het eenheidsbeginsel zich laat onderbouwen met het publiciteitsbeginsel. H.J. Snijders & E.B. Rank-Berenschot, *Goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2017, nr. 40 en 80.

2 Hier zou niet per se sprake zijn van één geheel, maar wel van één eigendomsrecht. H.W. Heyman & S.E. Bartels, 'Is een huis bestanddeel van de grond? Een rechtsgeleerde dialoog tussen H.W. Heyman en S.E. Bartels', *NTBR* 2006/40.

3 Rechtbank Zeeland-West-Brabant 1 februari 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:933, V-N Vandaag 2018/660.

door natrekking verliezen. De wetgever heeft behoud van de eenheid (het gebouw mét bestanddelen zoals de dakpannen) belangrijker geacht dan de eigendom van de producent.⁴

De wetgever heeft niet vastgelegd wat precies ‘de eenheid’ is. Dat is in de rechtspraak geconcretiseerd en in de literatuur geduid. Het beeld dat hierdoor ontstaat, past niet goed in een maatschappij die uitgaat van circulaire principes en die zich ontwikkelt onder het juk van grondstoffenschaarste. In een circulaire economie is het wenselijk dat de energieopwekkende dakpannen zelfstandige zaken in eigendom van de producent blijven, zodat deze ze kan hergebruiken aan het einde van hun levensduur. Als de producent eigenaar blijft en verantwoordelijk is voor onderhoud, zal hij bovendien kwalitatief hoogwaardigere producten ontwikkelen waarvan de levensduur langer is. Hij zal niet meer gebaat zijn bij vroegtijdige productveroudering. In deze bijdrage staat centraal hoe het goederenrecht dienstbaar kan zijn aan het verlaten van de wegwerpeconomie en de ontwikkeling van een kringloop van hoogwaardige, modulaire producten die worden verdienstelijkt.

2.1 Inhoud

In een circulaire economie bestaan gebouwen uit herbruikbare, hoogwaardige onderdelen die worden beschreven in een ‘gebouwenpaspoort’, geïdentificeerd met productinformatiesystemen (chips) en kenbaar zijn uit een ‘materialenkadaster’ (Madaster). De circulaire ideologie, haar praktische uitvoering en beleidsmatige acceptatie zijn het onderwerp van dit hoofdstuk in nr. 2. De overheid wil dat producten langer meegaan en grondstoffen worden hergebruikt voor een beter klimaat. Producten van betere kwaliteit kunnen intensiever of langduriger worden gebruikt, waardoor we minder vervuilen en de grondstoffenwinning kan worden teruggeschroefd. Producenten hebben echter een prikkel nodig om te verduurzamen. Die prikkel bestaat in wat men noemt de ‘verdienstelijking’ van producten door verhuur in plaats van eigendomsoverdracht.

In de bouw wordt geïnnoveerd met tijdelijke gevels en binnenmuren, dakpannen en materialen die bijdragen aan CO₂-reductie, maar door de rechtspraak worden zij als een eenheid - een gebouw - gezien. Producent en huurder kunnen voor sommige van die producten een opstalrecht vestigen via de notaris, maar dat blijkt in de dagelijkse installatiepraktijk ondoenlijk. Voordat ik inga op mogelijke veranderingen in het recht, sta ik stil bij de economische en maatschappelijke rechtvaardigingen van het eenheidsbeginsel in nr. 3. De vraag is of deze ook bestaan in een circulaire economie? Is de milieubewuste bewoner van ‘het huis van de toekomst’ een bewoner van een huis met allerlei onderdelen waaraan verschillende eigendomsrechten en opstalvoorwaarden zijn gekoppeld? Of is de bewoner van ‘het huis van de toekomst’

4 De laatste moet het doen met zijn vordering tot nakoming van de betalingsafspraken of wegens ongerechtvaardigde verrijking. Lid 1 van artikel 6:212 BW luidt: Hij die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander, is verplicht, voor zover dit redelijk is, diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking.

bewoner van een soort casco waarvoor hij binnenmuren en isolatiemateriaal kan huren, zonder dat dit alles wordt nageetrokken, zodat hij zelf vrij is om naar een ander te stappen als het product niet voldoet? Zou deze laatste contractuele weg niet ook een gezonde concurrentie bevorderen en lock-ins voorkomen?

In deel 4 ligt de nadruk op de beschrijving en ontwikkeling van de artikelen 3:3, 3:4, 5:3 en 5:20 BW die uitdrukking geven aan het eenheidsbeginsel: is een leasegevel een onroerende zaak? Is een leasegevel eigendom van de grondeigenaar? Wanneer zijn installaties ‘bestanddelen’ van de gevel of het gebouw? Ik behandel de geest van de artikelen via hun totstandkoming (wetshistorische interpretatie) en context destijds (rechtshistorische interpretatie) en concludeer dat niet de wetgever maar de jurisprudentie voor ‘uitdijing’ van de natrekkingsproblematiek zorgde.

In deel 5 leg ik uit dat het loslaten van de bestaande jurisprudentie ervoor zorgt dat de circulaire economie kan bloeien. Wat overblijft, is een taalkundige interpretatie van de bestaande wet. Deze interpretatie is zowel in de lijn met de historische interpretatie als passend bij een teleologische interpretatie. Als een rechter de teleologische interpretatiemethode zou gebruiken om vast te stellen wat de wet voor de maatschappij kan betekenen, luidt het antwoord dat deze taalkundige, historische uitleg van de wet de meest aanvaardbare resultaten biedt in dienst van een circulaire economie.

2.2 Ideologie, beleid en praktijk

2.2.1 Ideologie

Voor een circulaire economie moeten productieketens, consumptiepatronen en verdienmodellen veranderen. Door kringlopen van ontwerp, productie, gebruik en hergebruik blijven grondstoffen behouden.⁵

De gedachte dat er te veel waardevolle grondstoffen op de vuilnisbelt belanden is niet nieuw. Door de jaren heen zijn er initiatieven, denkers, architecten, wetenschappers, ontwerpers en milieudeskundigen geweest die een alternatief zochten voor onze ‘wegwerpeconomie’. De Ellen MacArthur Foundation, een internationale organisatie voor initiatieven op het gebied van wat nu ‘de circulaire economie’ heet, toont wat daaraan voorafging: Cradle to Cradle, Performance Economy, Biomimicry, Industrial Ecology, Natural Capitalism, Blue Economy en Regenerative Design.⁶

De circulaire economie eechoot de doelen van deze alternatieven:

- eindeloos hergebruik van grondstoffen in productie- en gebruiksprocessen;
- gebruik van hernieuwbare energie;

5 J. Jonker, H. Stegeman & N. Faber, *De circulaire economie - Denkbeelden, ontwikkelingen en business modellen*, Nijmegen: Whitepaper 2018, p. 1-3.

6 Ellen MacArthur Foundation, Schools of thought, www.ellenmacarthurfoundation.org/circular-economy/schools-of-thought/regenerative-design.

- respect voor de menselijke en natuurlijke systemen;
- positieve beïnvloeding van werkgelegenheid;
- het aanbieden van diensten in plaats van goederen (de ‘*functional service economy*’ of ‘*performance economy*’);
- ecologische standaards voor de beoordeling van de duurzaamheid van innovaties;
- *industrial ecology*;
- interdisciplinaire duurzaamheid;
- natuurlijk kapitalisme;
- *service-and-flow business models*;
- regeneratief ontwerp.

Samengevat gaat het om

- kringloopontwerp: kringlopen ontwerpen van grondstoffen naar producten naar grondstoffen;
- modulariteit: de levensduur van producten verlengen door alles reparabeler te maken;
- verdienstelijking: verdienmodellen baseren op verhuur en onderhoud in plaats van eigendomsoverdracht; en
- intensivering: grondstoffen en producten niet ondergebruikt laten.⁷

Onder de maxime ‘van productontwerp naar kringloopontwerp’ of *circular design*, dienen producenten niet langer een product te ontwerpen maar een kringloop. De kringloop sluit de stroom van afval tot grondstof en opnieuw van grondstof naar product en afval. Dergelijk kringloopontwerp houdt al rekening met ontmanteling. Ten tweede dienen de producten die worden gemaakt *modulair* te worden ontworpen, zodat zij bij een defect gemakkelijker reparabel zijn en niet direct tot onbruikbaarheid van het geheel leiden.

Ten derde worden producten ontworpen met *een hogere kwaliteit*. Als de kwaliteit verbetert, is de levensduur van een product langer en is vervanging minder nodig. Om een hogere kwaliteit en langere levensduur te garanderen zal het aantrekkelijk moeten worden voor producenten om ‘geplande productveroudering’ te stoppen. De diensten moeten op een andere manier genereerd worden dan door vele eenmalige transacties. Een cultuuromslag is nodig omdat veel producten ontworpen zijn om snel te worden afgedankt.⁸ Bij die omslag past als motiverend verdienmodel de verhuur: het bieden van gebruik én onderhoud. Alles wordt ‘as a service’: *verdienstelijk*. Bij consumptiegoederen zoals een wasmachine of fiets is dit steeds gebruikelijker door de opkomst van de ‘deeleconomie’ (ook *collaborative economy* of samenwerkingseconomie).⁹

7 J. Jonker, H. Stegeman & N. Faber, *De circulaire economie - Denkbeelden, ontwikkelingen en business modellen*, Nijmegen: Whitepaper 2018, p. 18-19.

8 Kamerbrief d.d. 14 september 2016, kenmerk IenM/BSK-2016/175734, p. 2.

9 R. Hersbach, ‘Rood zadel of blauwe voorband: fiets met abonnement verovert straatbeeld’, *NOS* 6 mei 2018, www.nos.nl/artikel/2230543-rood-zadel-of-blauwe-voorband-fiets-met-abonnement-verovert-straatbeeld.html en G. Pols, ‘De bezitloze economie rukt op’, *Volkskrant* 15 mei 2018, www.volkskrant.nl/economie/de-bezitloze-

Tot slot is het van belang dat wat we hebben vaker te benutten. Iedereen heeft wel apparaten zoals een boormachine of tegelsnijder of auto die het grootste deel van de tijd stil liggen. Deze zal op een gegeven moment verouderd zijn, maar ‘ondergebruikt’.¹⁰ Van wat wij in eigendom hebben, kunnen we via internetplatforms het gebruik *intensiveren* waardoor niet iedereen een onderbenutte boor of tegelsnijder hoeft aan te schaffen. Dat scheelt in grondstoffen. Zo dragen Airbnb, LiquidSpace en Share2Use bij aan het gezamenlijk gebruik van vastgoed zodat er minder gebouwd moet worden (zo luidt de belofte), hetgeen bijdraagt aan verduurzaming omdat de bouw verantwoordelijk is voor een heel groot deel van de CO₂-uitstoot. Er bestaan platforms voor allerlei zaken - kleding, machines, auto’s, fietsen, boeken, Marktplaats, eBay, enzovoort - en voor bouwmaterialen zoals Oogstkaart.nl. Wie zich in de cijfers verdiept, kan niet om de reboundeffecten heen. Zo zouden mensen die Airbnb gebruiken goedkoper kunnen overnachten en meer budget overhouden om verder te kunnen vliegen. Degenen die tweedehands aanschaffen, zouden vaker iets aanschaffen dan degenen die nieuw kopen. Daarnaast verschillen de cijfers én berekeningswijzen van CO₂-uitstoot van productie en consumptie.¹¹ Daarmee wil ik zeggen: circulair produceren en bouwen is beter, maar kan teniet gedaan worden door consumptiegedrag.

2.2.2 Praktijk

Hoewel het Planbureau voor de Leefomgeving de circulaire economie ‘een mobiliserend ideaalbeeld’¹² noemt, alsof het toekomstmuziek is, blijkt dat vele sectoren circulariteit al omarmd hebben. Er is circulaire kleding¹³ en bedrijfskleding¹⁴,

economie-rukt-op-alles-kun-je-leasen-wel-zo-makkelijk-bc5f3394. Aanbieders zijn o.m. Easyfiets, Bundles, Netflix, Swapfiets, Spotify, Splash en SmartStudentDeals.

- 10 Dat is waarom de deeleconomie - voor consumenten op dit moment wellicht het meest zichtbaar in de gedaante van Airbnb, autodelen en Peerby - haar intrede in de circulaire economie doet. Wanneer particulieren of bedrijven hun onderbenutte goederen aan elkaar in gebruik geven is de intensivering van het gebruik van producten realiteit.
- 11 Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, Kamerbrief d.d. 9 januari 2018, kenmerk DGBI-R&I / 17192263, p. 11. Uit onderzoek blijkt dat niet op alle markten ‘delen’ goed is voor het milieu. Zo zouden ook veel mensen een goedkoop Uberritje gebruiken voor afstanden die zij anders zouden lopen of fietsen. Een rapport opgesteld voor het Ministerie van Infrastructuur en Milieu, van ShareNL, getiteld ‘Milieu-impact en -kansen deeleconomie’, biedt inzicht in deze materie. www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/rapporten/2015/11/01/milieu-impact-en-kansen-deeleconomie/milieu-impact-en-kansen-deeleconomie.pdf.
- 12 PBL, *Waarom een circulaire economie?*, 2016, www.themasites.pbl.nl/circulaire-economie.
- 13 <https://loopalife.com/circulaire-economie/>.
- 14 <https://mvonederland.nl/praktijkvoorbeeld/groeiende-vraag-naar-circulaire-bedrijfskleding>.

circulaire landbouw¹⁵, circulair slapen van Auping¹⁶, circulair water voor de voetbalvelden van Sparta¹⁷ en circulair hout¹⁸. Olympische medailles worden gemaakt van oude mobieltjes in de circulaire metaalbewerking¹⁹ en is er steeds meer aandacht voor circulair ‘voedsel’ waarbij bijvoorbeeld paddenstoelen worden gekweekt op lokaal opgehaalde koffieprut uit de horeca. Sectoroverschrijdend wordt er geëxperimenteerd met boeren in de haven van Rotterdam, ‘Uit je Eigen Stad’, en fruitteelt op de DakAkker van kantoorgebouwen.

De bouw heeft zeker niet stilgezeten. Bouwbedrijven, architecten, gemeenten en opdrachtgevers die experimenteren met de circulaire bouweconomie zorgen tezamen voor een breed palet aan voorbeelden van ‘veranderingen’: Park20|20 in Hoofddorp, Stadstuin Overtoom in Amsterdam, de Knoop in Utrecht, het gemeentehuis in Brummen, het hoofdkantoor van Liander, het gerechtsgebouw in Amsterdam, een school in Hoogeveen²⁰. Er wordt geëxperimenteerd met zonnepanelen, leasegevels, een Madaster (een kadaster voor materialen - zie www.madaster.com/nl) en met het circulair inrichten van bedrijfsgebouwen met sloopmateriaal, enzovoort.

I. Een interessante ontwikkeling is ‘urban mining’, gericht op het lokaal hergebruiken van sloopafval. Urban mining begint met ontmanteling in plaats van sloop. Woonbron Rotterdam biedt als voorbeeld een project dat startte met ‘demontage-experts’. Eraan werkten verwerkers van vrijkomende grondstoffen, coöperaties van werknemers (waaronder mensen met een afstand tot de arbeidsmarkt), lokale initiatieven en logistieke dienstverleners. Terwijl het storten van bijvoorbeeld de kozijnen € 20.000 had gekost, kon de opdrachtgever zich deze kosten besparen doordat een meubelfabriek in de buurt de kozijnen graag overnam voor hergebruik.²¹ Dankzij het lokale karakter van het hergebruik kon de uitstoot worden gereduceerd.

II. Gebouwen kunnen worden aangemeld bij het Madaster, een kadaster voor materialen dat in 2017 is opgericht. Door materialen een identiteit te geven moet urban mining in de toekomst eenvoudiger worden. Als in een onlinebibliotheek worden gegevens over gebouwen en materialen bewaard. Particulieren kunnen in Madaster een woningdossier aanmaken waar tekeningen, energiecertificaten, kleurcodes, onderhoudscontracten e.d. bijeenkomen. Een kanttekening bij de al te open openbaarheid van gegevens moet worden gemaakt. Men kan zich voorstellen dat dergelijke praktijken vragen over kwetsbaarheid (wat zegt de informatie die mijn burens prijsgeven over mijn eigen huis?) en woning-

15 <https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-landbouw-natuur-en-voedselkwaliteit/documenten/beleidsnota-s/2018/09/08/visie-landbouw-natuur-en-voedsel-waardevol-en-verbonden>.

16 <https://www.auping.com/nl/ons-verhaal/cradle-to-cradle>.

17 <https://www.evidesindustriewater.nl/circulair-water-sparta/>.

18 <https://nbvt.nl/duurzaam-hout/hout-de-circulaire-economie>.

19 <https://www.schaatsen.nl/medailles/>, <https://www.nrc.nl/nieuws/2018/02/03/een-mobieltje-wordt-een-schaatsmedaille-a1590871>.

20 R. Bransma, ‘Het nieuwe slopen heet oogsten’, *Dagblad van het Noorden* 20 april 2018, p. 33.

21 www.platform31.nl/uploads/media_item/media_item/88/13/170628_Praktijkvoorbeelden_circulair_bouwen-1498658397.pdf.

waardeontwikkeling meebrengen en dat openbare informatie over huizen en materialen gebruikt kan worden voor kaarten op internet waar niet elke bewoner blij mee zal zijn. Gegevens kunnen worden gecombineerd voor toepassingen waarvan we nu nog geen weet hebben en zelfs niet-bestaande correlaties ‘bewijzen’, bijvoorbeeld tussen inbraak en materiaal, waardoor alle huizen met die samenstelling ‘kwetsbaar’ zijn of ‘lijken’. Berlee schrijft over onze Nederlandse openheid van de openbare registers dat deze wel erg open zijn. Zij laat zien dat het Duitse stelsel van grondboekhouding tot voorbeeld kan zijn: ‘Enkel diegene met een ‘gerechtvaardigd belang’ ten aanzien van de informatie in de registers wordt toegang verleend.’ En: ‘Degene die toegang verzoekt, moet kunnen aangeven dat hij een belang heeft bij die informatie die door de omstandigheden gerechtvaardigd is.’ De invoering van een belangentest zou de oplossing zijn.²²

In Nederland verwierf circulariteit grotere bekendheid dankzij een televisie-documentaire van Tegenlicht (VPRO) over de circulaire bouw, ‘light as a service’ en de bezitloze maatschappij.²³ Indien een gebouweigenaar licht huurt van Philips en betaalt voor ‘lichten’ in plaats van gloeilampen, is Philips gedreven om lampen te ontwerpen die honderd jaar branden, hetgeen niet loont in een lineair productie-consumptiemodel.²⁴ Als Philips moet overleven van de herhaaldelijke verkoop van lampen is zij erbij gebaat de lampen een zo kort mogelijke levensduur mee te geven die nog net geaccepteerd wordt door de koper. Het verhuurmodel zorgt ervoor dat Philips betere kwaliteit met een langere levensduur zal leveren, zodat de monteur niet maandelijks moet langskomen voor vervangingswerkzaamheden. Daar is het in de circulaire economie om te doen.

Circulariteit is - is mijn indruk - meer dan een milieumaatregel of recycling in een modern jasje, mede dankzij informatie- en communicatietechnologie (ICT). ICT blijkt een ‘key enabling technology’. ICT zorgt voor digitale materialenpaspoorten, gebouwspaspoorten en chips of QR-codes voor productidentificatie.²⁵ Een gevelelement, een kozijn, deur en baksteen kunnen gedurende hun levensduur identificeerbaar blijven en over zichzelf vertellen waar zij uit zijn opgebouwd en waar ze vandaan komen. Internetplatforms lokaliseren grondstoffen, geven inzicht in vraag en aanbod en maken lokaal hergebruik gemakkelijker, met als doel CO₂-uitstoot door overbodig transport te reduceren.²⁶ Tot slot faciliteert ICT de deeleconomie: op basis van ruil-, bruikleen- of huurovereenkomsten gebruiken bedrijven hun materieel, machines en bedrijfsauto’s, opslag- of werkruimte samen. Op dit moment is niet duide-

22 A. Berlee, ‘Meer aandacht voor privacy in de openbare registers?’, *NJB* 2015/1091.

23 vpro.nl/programmas/tegenlicht/kijk/afleveringen/2015-2016/einde-van-bezit.html.

24 Het voorbeeld van de ‘lichtdienst’ werd gepresenteerd op het NWO-congres ‘Science for Circular Economy 2015 te Tilburg.

25 In oktober 2017 werd het eerste Façade Identification System aan de markt gepresenteerd, zie www.vmgr.nl. Door BIM en sensoren weten we meer over gebouwen op element-, component en materiaalniveau. Op het moment van schrijven (medio 2018) lopen er enkele pilots. Zie de website www.productinformation.nl over het Façade Identification System in de gehuurde gevel.

26 Een site met voorbeelden van een aantal platforms is www.superuse-studios.com/index.php/category/platforms/.

lijk of deze technische ontwikkelingen het goederenrecht, dat houvast en continuïteit moet geven, zullen beïnvloeden.

2.2.3 Beleid

Doordat de middenklasse wereldwijd groeit, stijgt de vraag naar energie, woningen, elektronica met schaarse metalen en voedsel. Met de toenemende vraag dreigt middelenschaarste. Het is met het oog op de toekomst dan ook nu nodig om binnen de randvoorwaarden van de aarde efficiënt om te gaan met wat er is. ‘Verduurzaming’ is daarom onderdeel geworden van de United Nations *Sustainable Development Goals*, van de Europese beleidsagenda²⁷ en van het rijksbrede programma ‘Nederland Circulair in 2050’²⁸.

Nederland wil volgens het programma koploper worden bij de ontwikkeling van de circulaire economie. Ons land heeft volgens het Planbureau voor de Leefomgeving bijvoorbeeld in de voedselsector een gunstige uitgangspositie, omdat we al heel lang bezig zijn met het benutten van reststromen. Nederland is een landbouwgrootmacht in een dichtbevolkte delta, waardoor het al decennialang leert omgaan met een hoge druk op het milieu. Voorts wordt ons land vanwege de import- en export beschreven als een ‘grondstoffenrotonde’.²⁹ Een punt van aandacht is daarbij dat - zoals ik wilde laten zien met de voorbeelden hierboven - per sector veel wordt geëxperimenteerd, maar dat volgens het Planbureau juist in het combineren en samenwerken tussen sectoren ‘winst’ schuilt, hetgeen men in beleidstermen omschrijft als ‘cross-sectorale ontwikkelmogelijkheden’. Kate Raworth, schrijfster van de ‘Donuteconomie’, kan dat wat beeldender tot uitdrukking brengen. We zijn met de circulaire gedachte druk doende kringlopen sector per sector te organiseren, terwijl de natuur dat veel efficiënter kan. ‘Een dode papegaai wordt niet afgebroken en weer opgebouwd tot een papegaai’.³⁰

Het Rijksbrede Programma Circulaire Economie noemt de bouw samen met biomassa en voeding, maakindustrie, kunststoffen en consumentengoederen sectoren met ‘transitieprioriteit’. De bouw is een grondstoffenintensieve sector die in Nederland verantwoordelijk is voor 50% van het grondstoffenverbruik, 40% van het totale energieverbruik, 30% van het totale waterverbruik en 35% van de CO₂-uitstoot. Voor

27 www.ec.europa.eu/growth/industry/sustainability/circular-economy_nl.

28 *Nederland Circulair in 2050*, Rijksbreed Programma Circulaire Economie (Ministerie van Infrastructuur en Milieu en ministerie van Economische Zaken, bijlage bij Kamerbrief d.d. 14 september 2016, kenmerk IenM/BSK-2016/175734), op: rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2016/09/14/bijlage-1-nederland-circulair-in-2050, p. 23 en 40.

29 Planbureau voor de Leefomgeving, *Voedsel voor de circulaire economie*, online: pbl.nl/sites/default/files/cms/publicaties/PBL_2016_Voedsel_voor_de_circulaire_economie_2145.pdf, p. 13-15.

30 <https://www.duurzaambo.nl/kennisbank/nieuwe-economieen/de-donut-economie>.

sectoren met transitieprioriteit moeten slimme marktprikkels en faciliterende regelgeving komen.³¹

Hoe ver de slimme marktprikkels en wetgevingswijzigingen zullen gaan is onduidelijk. Het Rathenau Instituut gaf in het rapport 'Eerlijk Delen; waarborgen van publieke belangen in de deeleconomie en kluseconomie'³² aanbevelingen voor verduurzaming. Een daarvan was om deelactiviteiten met milieuwinst te bevorderen door de belastingen op 'bezit' te verhogen en belastingen op 'gebruik' te verlagen. Los van de vraag of dit kan werken - het zou niet vreemd zijn indien de 'bezitter' die zaken verhuurt dergelijke lasten uiteindelijk doorberekent aan de 'gebruiker' - gaf het kabinet op 9 januari 2018 aan dit niet over te nemen. Ten eerste wil het terughoudend omgaan met het instrumenteel gebruik van belastingen in ons toch al complexe belastingstelsel. Ten tweede zou dat leiden tot een fiscaal onwenselijke ongelijke behandeling van de oude en nieuwe economie. Het principe dat juist gebruik wordt belast waar het tot milieuvervuiling leidt ('de vervuiler betaalt') kan beter worden gehandhaafd.³³ Het is duidelijk dat de overheid voortvarend en innovatief wil zijn, doch aftastend en voorzichtig te werk gaat.

In plaats van belastingmaatregelen sluit de overheid sectorale 'Green Deals' waarbij partijen zich aansluiten om *best practices* en kennis uit te wisselen. De Green Deal Circulaire Gebouwen richt zich bijvoorbeeld op het ontwikkelen van een gebouw-paspoort.³⁴

Inmiddels is aan alle betrokkenen duidelijk dat circulaire, modulaire gebouwen met gehuurde muren, daken, energie- en klimaatsystemen of zelfs kleinere bouwonderdelen belangrijk zijn voor het kunnen sluiten van de grondstoffenkringloop én voor energiebesparing. Zo is het voor een grote groep consumenten niet financieel haalbaar om een woning te laten isoleren. Door isolatiemateriaal te verhuren tegen een maandelijkse vergoeding krijgt deze groep ook toegang tot een beter geïsoleerde, energiezuinigere woning met lagere maandlasten. Vanzelfsprekend kan de aanbieder van die huurisolatie zijn bedrijf gemakkelijker financieren als het materiaal niet wordt nagetrokken en een bank op het materiaal een pandrecht tot zekerheid kan hebben.³⁵

In recente literatuur is opgemerkt dat de natrekking aan circulaire initiatieven in de weg staat. Tweehuysen beschrijft hoe de opkomst van zelfvoorzienende, milieuvriendelijke *tiny houses* door de huidige regelgeving voor rechtsonzekerheid zorgt

31 *Nederland Circulair in 2050*, p. 63.

32 www.rathenau.nl/nl/digitale-samenleving/eerlijk-delen.

33 Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, Kamerbrief d.d. 9 januari 2018, DG-BI-R&I / 17192263, p. 11.

34 www.greendeals.nl/178-circulaire-gebouwen/ en <http://www.ruimteinregels.nl/wp-content/uploads/2016/10/W232-Regelgeving-belemmert-recycling-gebouwen.pdf>.

35 De nieuwe economie vraagt ook om andere financieringsmodellen, M. Hoek, *Zaken-doen in de nieuwe economie*, Deventer: Kluwer 2013, p. 203-214.

en ongewenste eigendomsverschuivingen.³⁶ Chao-Duivis laat zien hoe de verhuur van grondstoffen en circulaire modules spaak loopt door het recht.³⁷

Met het oog op het in kaart brengen en onderzoeken van ‘belemmeringen’ is het programma ‘Ruimte in Regels’ van de ministeries van Economische Zaken en Klimaat en van Infrastructuur en Waterstaat in het leven geroepen. Dit programma wil samen met de Rijksdienst voor Ondernemend Nederland en Rijkswaterstaat Leefomgeving, ondernemers, beleidmakers en uitvoerders in kaart brengen welke belemmeringen er in wet- en regelgeving voor circulariteit bestaan. Binnen dit programma is bijvoorbeeld geklaagd over de natrekking van lichtarmaturen die via het light-as-a-service-model worden aangeboden. Het Ministerie van Justitie en Veiligheid concludeerde in het daarover opgestelde rapport dat het eenheidsbeginsel inderdaad een belemmering is, maar dat artikel 5:3 BW te fundamenteel is om te worden geschrapt uit het BW.³⁸

Dat maakt de uitdaging in dit preadvies om zonder ‘schrapping’ van artikel 5:3 BW te zoeken naar de ruimte die er wél is, des te groter.

2.3 De ratio van de eenheid

In 2014 beschreven Ploeger, van der Veen & Hulshof³⁹ in het WPNR de opkomst van cascokoop. Particulieren kunnen de buitenkant van de woning kopen en de binnenkant huren, inclusief lease- en onderhoudscontracten voor alle huishoudelijke apparaten, elektronica, vloer- en muurbedekking en badkamer en keukeninrichting. De cascokoop is een voorbeeld van *verdienselijking* dat aan verduurzaming en de *lease society* kan bijdragen. Enkele jaren later, in ‘Boek 5 BW van de Toekomst’⁴⁰ bevelen Mes, Ploeger en Janssen aan om in titel 3 van Boek 5 BW - waarin artikel 5:20 BW over de eigendom van de grond en de duurzaam verenigde gebouwen en werken - meer partijautonomie te bieden, zodat gehuurde muren, klimaatsystemen of zelfs gipsplaten van de producent kunnen blijven en niet langer worden nagetrokken. Het huren van circulaire, modulaire gevels is inmiddels inzet van enkele pilots, maar de door Mes, Ploeger en Janssen aanbevolen partijautonomie is er niet. Volgens het geldende recht zijn de vier muren met een dak één eenheid. Volgens de hoofdregel van artikel 5:20 lid 1 sub e BW behoren de duurzaam met de grond verenigde gebouwen en werken aan de grondeigenaar. Als de gevelproducent eigenaar wil blijven zal hij een opstalrecht moeten vestigen voor de gevel, voor zover dit mogelijk is

36 V. Tweehuysen, ‘Tiny houses. Does size matter?’, *WPNR* 2017/7157, p. 514-520.

37 M.A.B. Chao-Duivis, ‘Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel II)’, *TBR* 2017, 10, p. 1032-1041.

38 <http://www.ruimteinregels.nl/wp-content/uploads/2017/07/274-Licht-als-dienst-extern.pdf>.

39 M. van der Veen, M. Hulshof, H.D. Ploeger, ‘Cascokoop: wenkend perspectief binnen een circulaire economie’, *WPNR* 2014/7033, p. 857-859.

40 A.J. Mes, H.D. Ploeger, B.A.M. Jansen, *Preadvies KNB: Boek 5 van de toekomst*, Den Haag: Sdu 2016, p. 160 e.v.

althans, want omstreden is tot op welk niveau men een bestanddeel zoals een gevel met een opstalrecht in eigendom kan afscheiden.⁴¹

Ten grondslag aan de problematiek ligt het eenheidsbeginsel: meerdere objecten worden als één geheel gezien voor de toepassing van het (eigendoms)recht.⁴² Artikel 5:3 BW: ‘Voor zover de wet niet anders bepaalt, is de eigenaar van een zaak eigenaar van al haar bestanddelen’. Vervolgens schrijft artikel 3:4 BW wat een bestanddeel is: ‘1. Al hetgeen volgens verkeersopvatting onderdeel van een zaak uitmaakt, is bestanddeel van die zaak. 2. Een zaak die met een hoofdzaak zodanig verbonden wordt dat zij daarvan niet kan worden afgescheiden zonder dat beschadiging van betekenis wordt toegebracht aan een der zaken, wordt bestanddeel van de hoofdzaak.’

De conclusie dat een zaak een bestanddeel is geworden van een hoofdzaak heeft verstrekkende gevolgen: de leverancier die zijn gevel onder eigendomsvoorbehoud zou leveren, verliest zijn eigendom aan de koper/huiseigenaar. De producent die zijn zaak verhuurt, verliest ook zijn eigendom aan de huurder/huiseigenaar. Het bestanddeel verliest namelijk de eigen identiteit zodat daar ook geen recht meer op kan rusten; het gaat op in de hoofdzaak.⁴³ Zekerheidsrechten, zoals het pandrecht en hypotheekrecht, bestaan alleen ten aanzien van een zaak als geheel, zodat ook een bank die van de producent een pandrecht op de gevel had gekregen, haar recht verliest.⁴⁴

Welke rechtvaardigingen geeft onze huidige maatschappij met haar lineaire economie daarvoor? En: gaan deze rechtvaardigingen ook op in een maatschappij met circulaire productie-consumptiemodellen, met inachtneming van de beschreven technologische ontwikkelingen?

2.3.1 Doelen van het eenheidsbeginsel

In de maatschappij bestaan allerlei doelen die met het recht worden nagestreefd. Zij variëren van het in stand houden van waarde, het bieden van rechtszekerheid, het gelijk behandelen van schuldeisers (*paritas creditorum*) en het hanteerbaar maken van beslag en faillissement, tot het honoreren van gerechtvaardigd vertrouwen. De wetgever heeft die doelen willen bevorderen met het eenheidsbeginsel. In de literatuur wordt gestreden over welke doel nu precies met welk wetsartikel (artikel 3:3, 3:4, 5:3 of 5:20 BW) wordt nagestreefd.⁴⁵ Voor het overzicht treed ik over deze vraag

41 Een overzicht geeft F.J. Vonck, *GS Zakelijke rechten*, art. 5:20 BW, aant. 6.2.2.

42 V. Tweehuysen, *Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2016, p. 228.

43 Pitlo/Brahn, *Zakenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1980, p. 8-10.

44 Asser/Bartels & Van Velten, *5 - Eigendom en beperkte rechten*, 2017/12.

45 P.J. van der Plank, *Natrekking door onroerende zaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 130-135. Zo definieert artikel 3:3 BW wat roerend en onroerend is, hetgeen doorwerkt in artikel 5:20 lid 1 sub e BW dat schrijft wat allemaal bij de grondeigendom hoort. Artikel 5:3 en 3:4 BW spreken van bestanddelen, terwijl niet duidelijk is of daarmee wordt gezegd dat de onroerende zaken van 3:3/5:20 BW

niet in discussie. Ik leg de doelen bloot en ga in op de vraag of zij ook bestaan in een circulaire economie.

Ten eerste wordt de eenheid van zaken wel geacht *meer waard* te zijn dan de afzonderlijke delen tezamen.⁴⁶

Volgens Suijling gaat het eenheidsbeginsel waardevernietiging tegen.⁴⁷ De Parlementaire Geschiedenis bespreekt het waardemotief bij artikel 3:4 BW over de definitie van bestanddelen.

III. Een voorbeeld: een onder eigendomsvoorbehoud geleverde installatie die wordt aangepast aan de onroerende zaak waarvoor deze gemaakt is, wordt zelfs als deze niet wordt betaald nagetrokken door het gebouw. Revindicatie van de aangepaste zaak door de leverancier zal waarde vernietigen. Voor waardebehoud is het beter wanneer men het gebouw met de installatie in stand houdt, mede doordat de aangepaste installatie niet goed herbruikbaar is.⁴⁸

Een tweede grond voor het eenheidsbeginsel wordt gevonden in het feit dat een zakelijk werkend afscheidingsrecht niet hanteerbaar is bij beslag en faillissement.⁴⁹ Stein gaat in de Groene Serie Vermogensrecht bij zijn commentaar op artikel 3:4 BW uitdrukkelijk in op eenheid van gevels en bouwmaterialen met gebouwen. Hij bespreekt ook de afscheidingsmogelijkheid van gevels of bouwmaterialen met het opstalrecht. Hij vindt verzelfstandiging van een keuken, badkuip of deuren in een huis onvereenigbaar met de eenheidsgedachte. Stein:

‘Men zou zich niet kunnen voorstellen dat bijv. een keuken door de hypotheekhouder van het opstalrecht verkocht zou kunnen worden, waardoor het huis incompleet zou worden. Hetzelfde geldt voor dakpannen, de badkuip of de deuren in het huis.’

Men leest voorts dat de *paritas creditorum*, de gelijke behandeling van schuldeisers, in het gedrang komt als een onbetaald gebleven leverancier zijn prestatie wél kan terugvragen, terwijl een schilder of reparateur dit niet kan. Dit verschil kan volgens de Parlementaire Geschiedenis moeilijk gerechtvaardigd worden.⁵⁰

ook bestanddelen zijn van de grond in de zin van artikel 5:3 en 3:4 BW. De letter van de wet lijkt duidelijk, maar over de geest van deze artikelen en op welke manier zij bij elkaar horen is men het niet eens.

46 M.A.B. Chao-Duivis, ‘Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel II)’, *TBR* 2017, 10, p. 1032-1041.

47 J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het Burgerlijk Recht. Deel V, Zakenrecht*, Haarlem: Bohn 1940, p. 62-65.

48 M.v.A. II, Parlementaire Geschiedenis Boek 3, p. 76; H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 34-35

49 H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 33-44.

50 M.v.A. II, Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW, p. 76.

Ten derde noemt Van der Plank de rechtszekerheid het belangrijkste motief achter het eenheidsbeginsel.⁵¹ Zij stelt:

‘De enige rechtvaardiging hiervoor (voor het feit dat iemand geen eigenaar kan zijn van een bestanddeel, RK) is mijns inziens dat het onwenselijk is dat een zaak, die er uitziet als een geheel, kan bestaan uit verschillende, gefragmenteerde eigendomsrechten’.⁵²

Het valt op dat de rechtszekerheid wordt uitgelegd alsof het gaat om een honorering van het vertrouwensbeginsel.

Juridische heerschappij is liefst waarneembaar. Goederenrechtelijke rechten werken tegenover iedereen, absoluut, en ontlene hun absolute werking aan hun waarneembaarheid of ‘kenbaarheid’. Dat wat als eenheid wordt gezien en ervaren, moet juridisch een eenheid zijn omdat het recht moet aansluiten bij de algemeen geldende verwachtingen.⁵³ Wie een gebouw koopt met een daarin geïntegreerd lichtstelsel en isolerende muren, mag erop vertrouwen dat dat samen één is. Een koper zou verbaasd opkijken als er een derde met een beroep op zijn eigendomsrecht een binnenmuur komt revindiceren. Wolfert schrijft over het vertrouwen dat de koper zijn verwachtingen ontleent aan de wet. Zou men de wet veranderen, zo stelt zij, dan zou dat uiteindelijk ook leiden tot andere verwachtingen.⁵⁴

Ten vierde speelt de *exploitabiliteit* een rol. Een bestanddeel zou geen economisch zelfstandige betekenis hebben en niet afzonderlijk *exploitabel* zijn, waardoor het gerechtvaardigd is het bestanddeel als niet zelfstandig te behandelen.⁵⁵ Enige nuancering is daar echter geboden. Zo is een kaart uit een kaartspel om die reden bestanddeel van het kaartspel, maar is een vrachtwagen uit een wagenpark wél een zaak op zich.⁵⁶ Vaak is ook voor het exploiteren een overeenkomst voldoende en is het niet nodig om een bestanddeel tot zelfstandige zaak te maken.

IV. De gevel van een gebouw kan voor reclame-uitingen worden geëxploiteerd met een verbintenisrechtelijke regeling. Afscheiding van het gebouw is niet noodzakelijk. De vraag is steeds wat de praktijk nodig heeft en wat het nut van een bepaald juridisch resultaat is. Nu de klimaatproblematiek bovenaan de agenda is komen te staan, kunnen ideeën over het nut of de noodzaak van een goederenrechtelijke afsplitsing veranderen.

51 P.J. van der Plank, *Natrekking door onroerende zaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 129.

52 P.J. van der Plank, *Natrekking door onroerende zaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 160; M.v.A. II, Parlementaire Geschiedenis Boek 3, p. 76.

53 Hoge Raad 15 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0412, AA 1992, afl. 5, p. 286 m.nt. Jac. Hijma (Dépex/Curatoren).

54 E.C.M. Wolfert, ‘Bestanddeel of zaak? Over het onderscheid en de samenhang tussen de artikelen 3:4 en 5:20 BW (I)’, *WPNR* 2003/6523, p. 191-197 en (II, slot), *WPNR* 2003/6525, p. 284-285. Het wordt betwijfeld of dat zo is.

55 H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 340 en 35.

56 V. Tweehuysen, *Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2016, p. 230.

Het kan *nuttig* zijn om huurgevels op de markt te brengen. Bovendien is het met de nieuwste technologische ontwikkelingen *mogelijk* om op afstand bestanddelen te besturen en te exploiteren die niet in de feitelijke macht van de verhuurder zijn; het functioneren van deze ‘slimme’ zaken kan dankzij een internetverbinding afhankelijk gemaakt zijn van een abonnement of ‘pay per use’.⁵⁷

In het huidige recht vormen energieopwekkende dakpannen ook als ze gehuurd worden van een producent, een eenheid met het gebouw, de hoofdzaak.⁵⁸ Het huis met energieopwekkende dakpannen is een eenheid, omdat het ongedaanmaken van de installatie tot waardevernietiging leidt, omdat het bij faillissement van de huiseigenaar lastig is indien de producent de dakpannen meeneemt en de veilingkoper van het huis het huis ‘incompleteet’ koopt. Het is wenselijk dat een huis dat met dakpannen als een eenheid wordt ervaren, ook juridisch een eenheid is. Voorts bestaat er geen rechtvaardiging voor een betere positie van een dakpannenleverancier dan de schilder die zijn prestatie naar haar aard niet kon terugnemen als de huiseigenaar niet betaalt. Dit alles rechtvaardigt het absolute eigendomsverlies van de eigenaar van de dakpannen, immers, zelfs een demontage doet het oorspronkelijke eigendomsrecht niet herleven.⁵⁹

2.3.2 Het eenheidsbeginsel in artikel 5:20 BW?

Artikel 5:20 lid 1 sub e BW beschrijft de omvang van de grondeigendom: tot de eigendom van de grondeigenaar horen de met de grond verenigde gebouwen en werken.⁶⁰ Dankzij dit artikel hoeft niet te worden onderzocht wat volgens verkeersopvatting als een wezenlijk onderdeel van de grond geldt.⁶¹ Het is de vraag welke motieven ten grondslag liggen aan artikel 5:20 BW, omdat de wet tegelijkertijd veel uitzonderingen mogelijk maakt op de eenheid.⁶² Artikel 5:20 lid 1 BW bepaalt bijvoorbeeld zelf dat opstallen in principe bij de grondeigendom horen, maar dat de wet anders kan bepalen. Kenmerkend voor onroerende zaken zoals grond, gebouwen en werken is dat men er allerlei beperkte rechten op kan vestigen: erfdienstbaarheid, erfpacht, hypotheek, opstal.⁶³ Het wettelijk systeem aanvaardt bij onroerende zaken de ‘versnippering’ van bevoegdheden in ruimere mate dan bij roerende zaken.

57 Allerlei voorbeelden daarvan behandelde ik in het artikel ‘Worden ‘slimme’ zaken in de circulaire economie ook nageetrokken?’ in *WPNR* 2018/7194.

58 Hoge Raad 11 december 1953, *NJ* 1954/115, m. nt. J. Drion, p. 231-233.

59 Asser/Bartels & Van Velten, 5 - *Eigendom en beperkte rechten*, 2017/110; V. Tweehuysen, *Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2016, p. 228-229.

60 T. M., *Parlementaire Geschiedenis Boek 5 BW*, 1981, p. 119.

61 Asser/Bartels & Van Velten, 5 - *Eigendom en beperkte rechten*, 2017/84 en T. M., *Parlementaire Geschiedenis BW Boek 5* 1981, p. 120 e.v.

62 T. M., *Parlementaire Geschiedenis Boek 5 BW*, 1981, p. 72.

63 Dit zou men volgens Van der Plank in het huidige systeem moeten zien als het vestigen van een beperkt recht op een bestanddeel. P.J. van der Plank, *Natrekking door onroerende zaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 2.

Volgens Ploeger ligt aan artikel 5:20 BW het vertrouwensbeginsel ten grondslag. De wet honoreert het door de uiterlijke schijn van duurzame aanwezigheid opgewekte vertrouwen dat de eigenaar van het erf ook eigenaar is van de daarmee verbonden (en uit dien hoofde onroerende) zaken.⁶⁴ Wolfert noemt dit een drogreden. Dat een derde denkt dat de eigenaar van de grond tevens eigenaar is van de daarmee verbonden opstallen vloeit in haar visie voort uit het feit dat die wettelijke regel van artikel 5:20 BW zo is als hij is. ‘Verandert die regel dan veranderen op overeenkomstige wijze, weliswaar geleidelijk, ook de verwachtingen en het vertrouwen van derden op dit punt.’ En: ‘Het feit dat een andere regel dan die in art. 5:20 BW minder in overeenstemming zal zijn met de maatschappelijke visie op dit punt, heeft uiteindelijk slechts tot gevolg dat men de regel onrechtvaardig vindt, niet dat men erop vertrouwt dat het anders is.’⁶⁵ Wolfert zegt daarmee - zo lijkt me - dat de vraag of artikel 5:20 BW de maatschappelijke visie belichaamt of de maatschappelijke visie is ontstaan door artikel 5:20 BW niet van belang is. Het is meer een rechtsantropologische vraag: sluit het recht aan op wat leeft onder de mensen of niet, of verandert wat onder mensen leeft door een regel? Wat van belang is, is dat vragen naar de omvang van de zaak en haar bestanddelen, niet afhankelijk is van de wil van de eigenaar of de indruk van een buitenstaande, maar van objectief vast te stellen omstandigheden, zoals de algemeen erkende verkeersopvatting.

Als men de jurisprudentie van de Hoge Raad op dit punt beschouwt, dan lijkt mij dat de Hoge Raad het vertrouwensbeginsel, dat wat naar buiten kenbaar is, inderdaad leidend acht, maar alleen voor zover objectief vast te stellen omstandigheden dat vertrouwen ondersteunen.

Zo oordeelde de Hoge Raad in het Portacabinarrest⁶⁶ dat het ‘bestemmingscriterium’ geldt: een object kan duurzaam met de grond verenigd zijn, doordat het naar aard en inrichting bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven. Of iets naar aard en inrichting bestemd is om duurzaam te blijven blijkt uit de bedoeling van de bouwer voor zover deze naar buiten kenbaar is. Grote betekenis komt dus toe aan de indruk die de buitenwereld heeft op grond van objectief vast te stellen omstandigheden.

Wat eveneens laat zien dat men niet alleen mag vertrouwen op ‘het oog’ blijkt denk ik uit het feit dat er openbare registers zijn, dat er vele, beperkte rechten bestaan zoals hypotheek, opstal, mandeligheid, vruchtgebruik, erfdiensbaarheid en dat men voor een overdracht naar de notaris moet. Het vertrouwensbeginsel ligt dan ook wel aan artikel 5:20 BW ten grondslag, maar alleen voor zover het beeld waarop vertrouwd wordt, ondersteund wordt met objectief vast te stellen feiten.⁶⁷

64 H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 33-34.

65 E.C.M. Wolfert, ‘Bestanddeel of zaak? Over het onderscheid en de samenhang tussen de artikelen 3:4 en 5:20 BW. (II, slot)’, *WPNR* 2003/6525, p. 279-285, voetnoot 3.

66 Hoge Raad 31 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2478, *NJ* 1998/97 (*Portacabin*).

67 M. van der Veen, M. Hulshof, H.D. Ploeger, ‘Cascokoop: wenkend perspectief binnen een circulaire economie’, *WPNR* 2014/7033, p. 857-859.

2.3.3 Motieven voor het eenheidsbeginsel in een circulaire economie?

Welke motieven men ook herkent in de wettelijke regels, het is een feit dat zij botsen met de ideologie van de circulaire economie en de manier waarop die (zie deel 2) in de praktijk worden gebracht.

Ten eerste is in de circulaire economie de eenheid niet altijd meer *waard* dan de som der delen. Bouwstoffen - nu bestanddelen - worden onder het motto VANG (Van afval naar grondstof) tot nieuwe grondstoffen en hebben daarom een waarde op zich. Producten worden modulair gemaakt waardoor alles gemakkelijk uitneembaar, vervangbaar en reparabel is; daardoor worden de kosten van het uiteen halen veel lager dan in de 'lineaire economie' van nu. Naar huidige inzichten is de waarde van een gevel het grootst waar hij de overige muren en het dak dient, zodat er een compleet gebouw ontstaat dat kan worden gekocht, gehuurd, verhuypothekeerd. In de toekomst heeft een gevel meer waarde - als exploitabel, verhuurbaar en herbruikbaar object - in het vermogen van degene die deze kan onderhouden en de duurzame levenscyclus kan bewaken: de producent.⁶⁸ Van der Veen, Hulshof en Ploeger concluderen zelfs dat het waardemotief in de bezitloze leasemaatschappij en circulaire economie volledig achterhaald is.⁶⁹

In de tweede plaats werd genoemd dat afscheiding bij beslag en faillissement *niet hanteerbaar* is. Dit argument gaat denk ik in principe ook in een circulaire economie op voor bestanddelen zoals gipsplaten, isolatiemateriaal of ingemetselde bakstenen: bij verwijdering van dergelijke (artikel 3:4 lid 2-)bestanddelen kan dat tot beschadiging van betekenis leiden. Men kan zich echter voorstellen dat er een bijzondere regeling voor dit type bestanddelen komt, dat ervoor zorgt dat het eigendomsrecht van de producent minder 'absoluut' is als de afscheiding nog niet heeft plaatsgevonden. Men zou de eigendomsuitoefening die met afscheiding gepaard gaat kunnen uitstellen tot het geheel wordt ontmanteld uit duurzaamheidsoverwegingen, zodat de beschadiging van betekenis niet door de afscheiding wordt veroorzaakt.

Het eenheidsbeginsel bleek ten derde samen te hangen met de wens versnippering van eigendomsrechten tegen te gaan.⁷⁰ Wel kan men opstalrechten vestigen en bestaat de discussie tot op welk niveau het opstalrecht 'versnippering' ondersteunt. Kunnen alle bestanddelen met een opstalrecht verzelfstandigd worden? Of is eerst vereist dat een bestanddeel ruimtelijke afgescheiden, individualiseerbaar en zelfstandig is?⁷¹ Het resultaat is dat de versnippering voor zover deze is toegestaan gesteld is in absolute, zakelijke rechten die gevestigd worden via de notaris en ge-

68 *Nederland circulair in 2050*, op: rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2016/09/14/bijlage-1-nederland-circulair-in-2050, p. 53-55.

69 M. van der Veen, M. Hulshof, H.D. Ploeger, 'Cascokoop: wenkend perspectief binnen een circulaire economie', *WPNR* 2014/7033, p. 857-859.

70 Asser/Bartels & Van Velten, 5 - *Eigendom en beperkte rechten*, 2017/69, Asser/Bartels & Van Mierlo, 3-IV *Algemeen goederenrecht*, 2013/65.

71 P.J. van der Plank, *Natrekking door onroerende zaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 52-53.

paard gaan met langlopende overeenkomsten. De versnippering is dus mogelijk. Is in een circulaire economie met concurrerende aanbieders - van groot belang voor de afnemers - niet beter de versnippering contractueel mogelijk te maken en minder vast te klinken om lock-ins te voorkomen? Goed, openbare registers voor zakelijke rechten bieden publiciteit aan de versnippering, maar een nieuw perspectief bieden ICT, het gebouwenpaspoort en het Madaster: deze ontwikkelingen maken kenbaar welke bestanddelen aanwezig zijn in een gebouw en welke rechten daarop bestaan.⁷²

Voorts bleek het eenheidsbeginsel samen te hangen met de vraag of afscheiding van bestanddelen opstalrecht - zoals Vonck⁷³ benadrukt - economisch aanvaardbaar is? Is afzonderlijke exploitatie nuttig en mogelijk? Een nieuw perspectief biedt ook hier ICT, dat 'slimme zaken' op afstand exploitabel maakt. Dankzij sensoren, software en internetverbinding en het ontstaan van een digitale bestuurbaarheid naast de fysieke sfeer is de afzonderlijke exploitatiemogelijkheid eenvoudiger geworden. Dankzij software kan tijdig vervanging en onderhoud worden geboden. Met ontwikkelingen zoals *smart contracting* en blockchain kan de betaling geautomatiseerd worden.

V. Een voorbeeld biedt een duurzame, sociale huurwoning waarin de verhuurder energiezuinige apparatuur - koelkast en wasmachine - inbouwt. De koeling wordt per week betaald, de wasmachine kost 2 € per wasbeurt en wordt afgeschreven van een prepaid tegoed. Er zijn al energieleveranciers die 'prepaid' werken zodat gebruikers mede dankzij de software inzage en controle hebben over hun handelingen.⁷⁴

Tot slot werden de rechtszekerheid en het vertrouwen genoemd. De vraag daarbij was of het vertrouwen volgt uit de wet, of of de wet heeft gecodificeerd waarop

72 In 1996 werd in Amsterdam een nieuwe woonvorm geïntroduceerd: koophuur, waarbij de bewoner het casco van de woning huurt en de binnenkant koopt. De discussie betrof de natrekking en de mogelijkheid tot splitsing, waarover G.J.N. van Reedt Dortland, 'Koophuur: economische eigendom van de binnenkant van huurwoningen', *WPNR* 1997/6258, p. 127-130; B.W.M. Nieskens-Isphording, 'Koophuur ontbeert een deugdelijk fundament', *WPNR* 1997/6258, p. 131-133 en 'Koophuur: een juridische variant van de nieuwe kleren van de keizer', *NJB* 1996/44, p. 1845-1851. S.C.J.J. Kortmann, 'Koophuurperikelen' met naschrift van Nieskens-Isphording, *NJB* 1997/1, p. 6-9 Een verzameling van reacties en naschriften in *NJB* 1997/7, p. 292-296.

73 F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, p. 61-62.

74 K. Straver e.a., *Rapportage Energiearmoede* - Effectieve interventies om energie efficiëntie te vergroten en energiearmoede te verlagen, 2017, p. 23, online op energiearmoede.nl/wp-content/uploads/2016/11/E17002-DEF-Rapportage-Energiearmoede_final.pdf. Energieleverancier EnergieFlex biedt sinds 2014 prepaid energiebundels aan met directe verrekening op basis van het gebruik als alternatief voor het maandelijkse voorschot met jaarlijkse afrekening. Via de slimme meter wordt het energieverbruik dagelijks uitgelezen. De klant krijgt via de online portal 'Mijn EnergieFlex' inzicht in het verbruik en de daaraan gekoppelde kosten. Het werkt vriendelijker dan bij een prepaid telefoon omdat je niet direct wordt afgesloten wanneer het tegoed op is.

men altijd al vertrouwde. Uit de discussie is helder dat er geen noodzaak is om de ruime natrekking waartoe artikel 5:20 BW leidt (door toedoen van het genoemde Portacabinarrest) te handhaven en daarmee voor elke afscheiding naar de notaris te moeten voor een opstalrecht. De langlopende contracten die erbij horen en de derdenwerking van het opstalrecht, kunnen leiden tot een soort ‘lock-in’ van de huiseigenaar en zijn rechtsopvolgers: de huiseigenaar die van een gevelverhuurder een duurzame gevel huurt krijgt te maken met hoge startkosten en moet als consument de mogelijkheid hebben om van de gevel bevrijd te zijn als de verhuurder nalaat om daadwerkelijk onderhoud te plegen of indien deze vele defecten vertoont. Voorts kan handhaving van de ruime natrekking die met opstalrechten moet worden doorbroken leiden tot een soort registervervuiling, doordat een huis een verzameling van goederenrechtelijke rechten kan worden: opstalrechten voor verschillende leveranciers van de gevels, het dak, de binnenmuren, een klimaatsysteem, de isolatie, de slimme inbouwapparatuur, enzovoort. Indien deze circulaire praktijken gangbaarder worden is het wat mij betreft inderdaad de vraag wat nu de maatschappelijke visie op de eenheid van de grond en de daarop aanwezige gebouwen, gevels, zonnepanelen, installaties en dergelijke is.

2.3.4 Naar de ‘minst onaanvaardbare’ consequenties

Het positieve recht is niet gebaseerd op één beginsel, zoals het eenheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel of het rechtszekerheidsbeginsel, maar is opgebouwd uit regels voor elkaar doorkruisende belangen.⁷⁵ Bij de afweging daarvan dient men met Pitlo/Brahn de discussie te reduceren tot wat ‘praktisch’ is en de maatschappij dient. Ik citeer (p. 11): ‘Wie de beoefening van het recht haar dienende functie ontzegt, wie de beoefening van het recht autonoom verklaart, kan op zijn allerbest komen tot de intellectuele en esthetische waarden, die een goede partij schaak oplevert, maar spel blijft het. De jurist hoede er zich voor de beoefening van het recht tot een intellectueel spel te degraderen, doel en middel verwarrend. Wat middel behoort te zijn, miskent men door er doel van te maken. Middel is de wetenschap, doel het maatschappelijk welzijn. Rechtsbeoefening is er uitsluitend ter wille van de praktijk. Zo bouwt de rechtstheoreticus zijn systemen uitsluitend voor de praktijk. Beseffend dat elke regel in uiterste consequenties doorgevoerd tot onaanvaardbare resultaten leidt, is hij bereid zijn systemen niet verder toe te passen dan de praktijk het gedooft. Het is de fout van vorige generaties van juristen geweest, dat zij het zogenaamd wiskundig, logisch denken in de rechtswetenschap hebben willen toepassen. De enige logica in de wetenschap, die ons bezighoudt, is de praktische bruikbaarheid van het resultaat. Angst behoort men te hebben voor het bereiken van onpraktische resultaten, men behoeft geen angst te koesteren voor het verwijt der inconsequentie.’⁷⁶ Zij schrijven: ‘Het beste systeem is datgene, hetwelk in de minste mate tot onaanvaardbare consequenties voert’.⁷⁷

75 H.J. van Eikema-Hommes, ‘De rechtsbeginselen volgens de transcendentiaal-empirische methode’, in: *Rechtsbeginselen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1980, p. 46.

76 Pitlo/Brahn, *Zakenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1980, p. 11.

77 Pitlo/Brahn, *Zakenrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1980, p. 8-10.

Deze bijdrage heeft het zoeken naar de minst onaanvaardbare consequenties tot onderwerp. Het ‘doel’ van het recht is het maatschappelijk welzijn. Het uitgangspunt is dat een circulaire economie dit maatschappelijk welzijn beter én langduriger dient dan de huidige lineaire economie. Kritiek op het huidige recht geef ik daarom daar waar het systeem niet dienstbaar is aan de circulaire economie, toegespitst op de circulaire bouw. De circulaire economie is immers niet alleen een idealistisch toekomstbeeld, maar onderdeel van internationaal en nationaal beleid.⁷⁸

2.4 Het samenspel van de artikelen 3:3, 5:20 en 3:4 BW in het huidige recht

VI. Bij de TU Delft loopt een proef met vier circulaire ‘leasegevels’. Een leasegevel bestaat uit een aluminium basisframe met een levensduur van 75 jaar. Dit raamwerk is technisch eenvoudig in te vullen met verwisselbare modules. Er zijn modules met geïntegreerde zonwering, met een SolarSwing Energy façade met dynamische zonwering die koel licht binnen laat en overtollig licht gebruikt voor energieopwekking. Ook is het mogelijk om van de gevel een verticale tuin te maken of een gigantisch videoscherm. De universiteit leest de gevel voor een vastgesteld aantal jaren. Wanneer de contractperiode is afgelopen, neemt de gevelbouwer de gevel terug. De gevel wordt verhuurd samen met een service- en onderhoudscontract. ICT geeft de producent automatisch een signaal wanneer onderhoud noodzakelijk is.

Huiseigenaren zouden kunnen besluiten om de maandelijkse termijnen die zij verschuldigd zijn aan de energiemaatschappij voor een deel te investeren in een dergelijke leasegevel met verplaatsbare modules. Echter, zelfs al zijn huiseigenaar en gevelleverancier het erover eens dat de gevel een roerende zaak is en dat deze géén eigendom zal worden van de huiseigenaar dan nog zal het dwingende goederenrecht tot een ander oordeel dwingen. Een gevel zal namelijk al snel een gebouw of werk zijn dat ‘duurzaam is verenigd met de grond’ doordat hiervoor het ‘bestemmingscriterium’ geldt. Is de gevel ‘naar zijn aard en inrichting *bestemd* om duurzaam ter plaatse te blijven’, dan is de gevel onroerend in de zin van artikel 3:3 BW. Bovendien wordt de gevel nagetrokken als men geen opstalrecht vestigt: de gevel wordt volgens de hoofdregel van artikel 5:20 lid 1 sub e BW onderdeel van het eigendomsrecht van de grondeigenaar.^{79,80} Aansluitend hierop maakt de kwalificatie van

78 Zie daarover punt 2.3.

79 Asser/Bartels & Van Velten, *5 - Eigendom en beperkte rechten*, 2017/81.

80 Andere consequenties zijn minder belangrijk voor de eigendomsvraag en blijven daarom buiten beschouwing. Het oordeel of een zaak onroerend of roerend is heeft nog vele andere consequenties. De aansprakelijkheid voor de onroerende zaak valt onder het toepassingsbereik van artikel 6:174 BW. Er is overdrachtsbelasting en onroerendezaakbelasting verschuldigd voor onroerende zaken. De koopovereenkomst van onroerende zaken kent een schriftelijkheidsvereiste (art. 7:2), de wijze van levering als onderdeel van de overdracht verschilt (alhoewel, dat onderscheid vaart op het onderscheid tussen niet-registergoederen en registergoederen, zie artikel 3:89 BW jo. artikel 3:10 BW). De fiscus heeft met zijn bodembeslag een voorrecht (volgens

een gevel als onroerende zaak wel weer mogelijk dat er Boek 5-rechten zoals opstal en erfpacht op gevestigd kunnen worden.⁸¹ Wettelijk gezien is het mogelijk om een gevel af te scheiden en aan een ander dan de grondeigenaar te doen toekomen. Maar, in de installatiepraktijk is het haast ondoenlijk én onbetaalbaar om voor alles wat van de leverancier moet blijven opstalrechten te vestigen.

Het uitgangspunt dat artikel 3:3 en 5:20 lid 1 sub e BW werken met het niet veel-eisende ‘bestemmingscriterium’ maakt veel zaken onroerend, leidt vaak tot natrekking en eist zijn tol bij duurzaamheidsinitiatieven. Recentelijk liet Tweehuysen zien dat het recht voor onduidelijkheid zorgt bij de aan populariteit groeiende milieuvriendelijke, verplaatsbare, zelfvoorzienende *tiny houses*. Deze *tiny houses* worden verkocht als roerende zaken. Ze zijn in trek omdat de eigenaar van een *tiny house* een stukje grond kan huren en gemakkelijk ‘verhuist’. Door het bestemmingscriterium worden ze als onroerend worden gezien en wordt de eigenaar/verhuurder van de grond in tegenstelling tot wat *tiny house*-eigenaren verwachtten, ook eigenaar van het *tiny house*. Met een opstalrecht (art. 5:101 BW) kan de natrekking wel worden doorbroken, maar wie de regels niet kent en meent een caravan te kopen en grond te huren, wordt geconfronteerd met deze onwenselijke gevolgen.⁸²

Gevallen over *tiny houses* zijn exemplarisch voor andere duurzaamheidsinitiatieven, zoals modulaire huisjes en gevels die bedoeld zijn om eigendom te blijven van een ander dan de grondeigenaar en al naar gelang de technische ontwikkelingen te worden omgewisseld of elders te worden gebruikt. *Tiny houses* zijn net als het brede scala aan circulaire, modulaire bouwelementen verplaatsbaar. Toch is dat niet wat de doorslag geeft. Hoe is dit ontstaan?

2.4.1 Ontstaan van de wettelijke regeling

Het streven van de wetgever was om het onroerende karakter van een zaak (Artikel 3:3 BW), de eigendomsvraag bij grond en opstallen (artikel 5:20 BW) en de

artikel 21 lid 2 Invorderingswet) op roerende zaken die zich op de bodem van de belastingplichtige bevinden. Zou een circulaire gevel roerend zijn, dan zou dit onder een bodembeslag kunnen vallen, waarna alleen reële eigendom van een gevelproducent wordt ontzien. Zou een gevel onroerend zijn, dan is afscheiding met een opstalrecht mogelijk en zou op de gevel een hypotheekrecht gevestigd kunnen worden, terwijl een roerende zaak verpand wordt. Bovendien kennen onroerende zaken andere wijzen van beslag dan roerende zaken (art. 514-529 725-727 Rv) en een andere regel van relatieve competentie in een civiele procedure (art. 6 onder f Rv en art. 22 EEX-verordening). Verder verschilt de bescherming tegen beschikkingsonbevoegdheid bij overdracht van roerende en onroerende zaken (respectievelijk de artikelen 3:86 en 3:88 BW).

81 P.J. van der Plank, *Natrekking door onroerende zaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 11-12, p. 72 e.v.

82 V. Tweehuysen, ‘Tiny houses. Does size matter?’, *WPNR* 2017/7157, p. 514-520.

opstalaansprakelijkheid (artikel 6:174 BW⁸³) ‘parallel’ te regelen. Dat was echter niet eenvoudig. De reikwijdte van artikel 3:3 en 5:20 BW moest beperkt zijn. De reikwijdte van artikel 6:174 BW daarentegen heel ruim. Woordelijk zijn de drie artikelen na veel discussie met elkaar in overeenstemming gebracht: de ‘duurzaam met de grond verenigde gebouwen en werken’ zijn hun onderwerp. Echter, de wens om enerzijds zo veel mogelijk, anderzijds zo min mogelijk onder het één woordenset te scharen, is van grote invloed gebleken op de natrekkingsproblematiek. Niet alleen tijdens de totstandkoming van het nieuwe BW, maar ook in de latere rechtspraak en praktijk en zelfs nu bij de ontwikkeling van een circulaire economie.

Het Ontwerp Meijers begon de regeling van onroerende zaken met een wel heel ruime beschrijving van wat ‘onroerend’ zou zijn: ‘Onroerend zijn de grond, de nog niet gewonnen delfstoffen, de door hun wortels met de grond verbonden bomen en planten, alsmede de opstallen met hun hulpzaken.’ Ook het begrip ‘opstal’ was breed toepasselijk. Het ontwerp legde uit: ‘In het algemeen kan men zeggen, dat een constructie enige stabiliteit moet vertonen, wil zij als opstal aan te merken zijn; grensgevallen blijven altijd mogelijk. Een tent zal niet als opstal aan te merken zijn. Een directiekeet, een schaapskooi, of een schutting echter wel.’⁸⁴

Redenerende vanuit het oude BW was het noodzakelijk voor slachtofferbescherming om veel zaken onder de opstaldefinitie te scharen.⁸⁵ Het oude BW kende geen algemene bepaling over kwalitatieve aansprakelijkheid voor roerende zaken in het algemeen. Voor aansprakelijkheid wegens schade veroorzaakt met een roerende zaak was volgens artikel 1403 oud BW vereist dat de persoon, die de zaak onder zijn opzicht had, onrechtmatig had gehandeld.⁸⁶ Artikel 1405 oud BW over kwalitatieve aansprakelijkheid voor opstallen was alleen geschreven voor gebouwen. Die regeling zou tevens moeten gelden voor een huis in aan- of verbouw, een losse muur, een brug of een sluis, samengevat ‘werken’. Ook was het streven dit artikel toe te passen op verplaatsbare zaken zoals kranen, masten, hekwerken en industriële installaties.⁸⁷ Illustratief daarvoor is de verwijzing van de wetgever naar het Kraanbalkarrest.⁸⁸ In het Kraanbalkarrest speelde de vraag of de eigenaar van een fabriekshal ex artikel 1405 BW aansprakelijk kon worden gesteld voor letsel ten gevolge van het neerstorten van een kraanbalk die deel uitmaakte van een kraan aan de dakconstructie van de fabrieksruiimte. Zou het geen ‘opstal’ zijn én de onrechtmatige daad van de opzichter ontbreken, dan bestond geen aansprakelijkheid. Het was noodzakelijk de lacune te dichten met een ruim opstalbegrip.

83 Artikel 6:174 BW ziet op schade die door de gebrekkigheid van de opstal aan personen en zaken wordt toegebracht. Parl. Gesch. Boek 6 BW, 1981, p. 343.

84 T.M., Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW, 1981, p. 66.

85 M.O., Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW, 1981, p. 70.

86 Asser/Hartkamp & Sieburgh *6-IV*, 2015/206; F.T. Oldenhuis, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:173 BW, aant. 1.2.

87 T.M., Parl. Gesch. Boek 6 BW, 1981, p. 752; N.v.W. 1 Inv., Parl. Gesch. Inv. 3, 5 en 6 Boek 6 BW, 1990, p. 1403 (nr. 6).

88 Hoge Raad 21 juni 1974, ECLI:NL:PHR:1974:AC5464, NJ 1975/17, m.nt. G.J. Scholten.

Tegelijkertijd waren er andere redenen om véél minder zaken onroerend noemen. In het Voorlopig Verslag (II) bij ontwerpartikel 3.1.1.2.1 (nu 3:3 BW) werd dan ook niet positief gereageerd. Losse constructies werden destijds als roerende zaken aangemerkt, zeker als zij geen fundamenten in de grond hadden. Die moesten niet ineens onroerend zijn, vanwege het rechtsgevolg daaraan verbonden: het kwalificeren van een zaak als ‘onroerend’ liep parallel aan de eigendomstoewijzing als nu beschreven in artikel 5:20 BW. Door veel zaken onroerend te noemen, zouden veel zaken tot de eigendom van de grond gaan horen, zelfs verplaatsbare zaken die men roerend achtte. Uit de Parlementaire Geschiedenis bij artikel 3:3 BW blijkt: ‘De uitbreiding van het begrip [opstal, *RK*], welke het ontwerp voorstaat, voert tot onpraktische consequenties. De aannemer, die werken uitvoert, zal een opstalrecht moeten vestigen op de grond, wil hij voorkomen, dat de directieket gaat toebehooren aan de grondeigenaar en daarmee eventueel valt onder een ten laste van de grond gevestigd recht van hypotheek. Dit lijkt de commissie in te gaan tegen de verkeersopvatting; men denke aan de arbeid en de kosten, die aan het vestigen van een opstalrecht verbonden zijn.’⁸⁹

Om met enerzijds de ruime toepassing en anderzijds de beperkte toepassing om te gaan, had het Ontwerp van Meijers de eenvoudigste oplossing: de artikelen zouden ‘strikt gescheiden moeten worden’. De wetgever wilde echter een ‘parallele regeling’ en die zou er komen. In de aangepaste voorstellen die volgden, werd de term opstallen vervangen door ‘gebouwen en werken’, en werden gaandeweg beperkingen aangebracht. De lacune die daardoor bij de slachtofferbescherming zou ontstaan, zou opgevangen worden door het nieuwe artikel 6:173 BW voor roerende zaken.⁹⁰

2.4.2 De duurzame vereniging met de grond

De eerste beperking die werd aangebracht, is dat de gebouwen en werken om onroerend te zijn voortaan ‘met de grond verenigd’ moesten zijn.⁹¹ Niet verenigd waren volgens de Toelichting ‘tenten, hutten of loodsen, die gemakkelijk verplaatsbaar zijn’.⁹² Niet alleen was het onpraktisch om ze onroerend te noemen vanwege de natrekking, maar ook was het niet wenselijk. De openbare registers voor onroerende zaken waren ingericht aan de hand van een indeling in percelen van de grond. De openbare registers zouden zich niet lenen voor ‘verplaatsbare bouwsels’.⁹³ Onder-

89 V.V. II, Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW, 1981, p. 68.

90 N.v.W. 1 Inv., Parl. Gesch. Inv., p. 1373.

91 De eis van de ‘vereniging’ was in overeenstemming met de in de praktijk gevolgde opvatting destijds verwoord in artikel 562 jo. 656 BW (oud): ‘mits het gebouwde met den grond vereenigd zij’. Evenals artikel 656 BW (oud) bepaalt artikel 3:3 BW dat de eigendom van de grond omvat die van gebouwen, werken en beplantingen die zich op de grond bevinden, voor zover zij daarmee verenigd zijn.

92 T. M., Parlementaire Geschiedenis Boek 5 BW, 1981, p. 120.

93 V.V. II, Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW, 1981, p. 68.

tussen kon ook artikel 6:174 BW worden aangepast. Er werd een gelijkkluidende definitie van ‘opstallen’ toegevoegd in lid 4.⁹⁴

Met het toevoegen van de ‘verenigingseis’ was echter nog niet duidelijk wat de status was van niet-verplaatsbare, met de grond verenigde bouwsels die *voor tijdelijk gebruik* bestemd waren, zoals een directieket met fundering of een railbaan. Deze waren verenigd met de grond, maar geen bestanddeel van de grond vanwege het tijdelijke karakter van hun aanwezigheid ter plaatse. Bovendien was bij verwijdering geen sprake van beschadiging van betekenis omdat het bouwterrein nog geëgaliseerd en ingericht moest worden.⁹⁵

De wetgever besloot daarop om te eisen dat de vereniging met de grond, ‘duurzaam’ diende te zijn. Voor de vraag in hoeverre de vereniging van een constructie met de onderliggende grond *een duurzaam karakter* draagt, kon worden gelet op de bedoeling van de bouwer voor zover deze naar buiten kenbaar is.⁹⁶

2.4.3 Portacabinarrest

Enkele jaren later werd het ‘bestemmingscriterium’ nader ingevuld in het Portacabinarrest.⁹⁷ In deze zaak was een geschil ontstaan tussen de Ontvanger en de hypotheekhouder die een hypotheekrecht had op de grond waarop een portacabin stond. Viel de portacabin onder het hypotheekrecht van de bank? Of kon de fiscus met een bodembeslag het fiscale voorrecht (artikel 21 lid 2 Invorderingswet) op de portacabin als roerende zaken uitoefenen?

De portacabin stond naast het bestaande bedrijfsgebouw en was als bedrijfsruimte in gebruik. De gebouwen waren met een schutting met elkaar verbonden. De portacabin was voorzien van een omlijsting waardoor de portacabin met de grond één geheel leek te vormen. Er lag een tuin omheen en een tegelpad naar toe. Voorts waren er aansluitingen op de nutsvoorzieningen.

Het hof had geoordeeld dat de portacabin onroerend was in de zin van artikel 3:3 BW, met als gevolg dat het hypotheekrecht zich over de portacabin uitstreckte.

94 Parl. Gesch. Boek 6 BW, 1981, p. 752 (nr. 2), artikel 6.3.12: 4. Onder opstal wordt in dit artikel verstaan met de grond verenigde gebouwen en werken.

95 Dit duidt erop dat artikel 5:20 BW gaat over wat naar verkeersopvatting deel uitmaakt van de grondeigendom en een *lex specialis* is van artikel 3:4 lid 1 BW, zodat naast artikel 5:20 ook bestanddelen in de zin van artikel 3:4 lid 2 BW door fysieke verbinding bestaan.

96 M.v.A. II, Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW, 1981, p. 68. Met dat citaat verwees de wetgever naar het ‘Amercentrale’-arrest van de Hoge Raad van 13 juni 1975, *NJ* 1975/509 (Stad Rotterdam/PNEM) waarin werd geopperd dat een gebouw of werk duurzaam met de grond verenigd kan zijn, doordat het naar aard en inrichting bestemd is duurzaam ter plaatse te blijven.

97 Hoge Raad 31 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2478, *NJ* 1998/97 (*Portacabin*).

De Hoge Raad gaf het volgende aan: Een gebouw kan duurzaam met de grond verenigd zijn, doordat het naar aard en inrichting bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven.⁹⁸ De technische mogelijkheid om het bouwsel te verplaatsen is dan niet meer van belang.

De bedoeling van de bouwer of degene in wiens opdracht het bouwwerk is aangebracht, voor zover deze naar buiten kenbaar is, geeft aan of een gebouw of een werk bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven. Voor wat als ‘naar buiten kenbaar’ heeft te gelden, kunnen de verkeersopvattingen worden bevestigd.

Twee onderdelen uit deze uitspraak scheppen verwarring en zijn bekritiseerd in de literatuur.

Allereerst is dat de toetsvolgorde die wordt gehanteerd. Een zaak valt volgens de uitspraak onder een bestaand hypotheekrecht of onder het eigendomsrecht van de grondeigenaar *indien* zij onroerend is in de zin van artikel 3:3 BW? Dat is volgens de totstandkomingsgeschiedenis van de artikelen niet juist. Een zaak valt onder een bestaand hypotheekrecht, als zij deel gaat uitmaken van het eigendomsrecht van de hypotheekgever in de zin van artikel 5:20 BW. Uit artikel 3:227 lid 2 BW volgt namelijk dat het hypotheekrecht zich over het geheel van hoofdzak en bestanddelen uitstrekt.

Ten tweede valt op dat de verplaatsbaarheid van het bouwsel - anders dan in de Parlementaire Geschiedenis nog uitdrukkelijk werd beoogd - niet meer van belang is.⁹⁹ Een verplaatsbare circulaire gevel of *tiny house* zou onroerend zijn in de zin van artikel 3:3 BW én als gevolg daarvan vallen onder het eigendomsrecht van de grondeigenaar in de zin van artikel 5:20 BW. Wie nu denkt dat de bestemming ‘naar buiten toe’ ruimte biedt om met wellicht een groot bord ‘huurgevel’ te laten zien dat er geen duurzame vereniging is beoogd, komt bedrogen uit. Obligatoire afspraken zijn niet van belang, het gaat om de objectieve, voor derden kenbare, invulling van de verkeersopvattingen.¹⁰⁰

Ondanks dat, is de toetsvolgorde van Portacabin meermaals bevestigd en in de verplaatsbaarheid als criterium verdwenen.¹⁰¹

98 Naar deze bewoordingen uit het Amercentrale-arrest werd in de totstandkomingsgeschiedenis al verwezen: Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW, 1981, p. 70 en Boek 6 BW, 1981, p. 760.

99 In latere arresten heeft de Hoge Raad dit herhaald. In het arrest Rijdende havenkranen II ging om rijdende kranen die over een rails konden voortbewegen. In de casus werd bepleit dat als uitgangspunt dient te gelden dat de rijdende kranen in het algemeen roerend zijn, maar daarin ging het hoogste rechtscollege niet mee. De kranen stonden feitelijk voortdurend met de grond ‘in verbinding’, zij het indirect via een rails. Door de voortdurende verbinding waren zij naar bestemming onroerend.

100 Hof Arnhem-Leeuwarden 9 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6958, RVR 2014/117: de door een leverancier geplaatste aanduiding ‘eigendom’ baat hem niet.

101 Asser/Bartels & Van Mierlo, *3-IV Algemeen goederenrecht*, 2013/91 en H.W. Heyman & S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties. Koop*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, nr. 36 e.v.

2.4.4 Uitbreiding naar machines

Enkele jaren later veroorzaakte de Hoge Raad met het WKK-arrest een verdere uitbreiding van de natrekking door een installatie in een gebouw aan de bestemmings-toets van artikel 3:3 BW te onderwerpen. Dat terwijl de wetgever voor die situatie een andere weg had voorzien: die van de bestanddeelvorming uit artikel 3:4 BW.

De wetgever had volgens de wetsgeschiedenis het volgende voor ogen. Allereerst vertelt artikel 5:20 BW wat bij de grondeigendom hoort: volgens de hoofdregel (en als er geen opstalrecht is gevestigd) zijn dat in elk geval de ‘duurzaam met de grond verenigde’ gebouwen en werken.¹⁰² Installaties in een gebouw, of zonnepanelen op een werk kunnen op hun beurt *bestanddeel* worden van het gebouw of werk in de zin van artikel 3:4 BW.¹⁰³ Een eerst nog zelfstandige zaak kan bestanddeel worden van een andere zaak, de hoofdzaak, door *verkeersopvatting* of door *verbinding*. De wetgever wilde restrictief omgaan met bestanddeelvorming. Zo had hij voorzien in een artikel (3.1.1.3) dat bestanddelen van een gebouw geleverd onder een ingeschreven eigendomsvoorbehoud van de leverancier konden blijven.¹⁰⁴

102 Dankzij artikel 5:20 BW zou de discussie over wat bestanddelen van de grond zijn naar verkeersopvatting of door verbinding overbodig zijn. Hoewel, men kan betwisten dat artikel 5:20 BW invult wat naar verkeersopvatting (3:4 lid 1 BW) een bestanddeel is van de grond. Als artikel 5:20 BW dat niet invult kunnen er ook bestanddelen van de grond zijn op grond van artikel 3:4 lid 2 BW bij een sterke fysieke verbinding. Een andere mening is dat artikel 5:20 BW een *lex specialis* is van het gehele artikel 3:4 BW. H.W. Heyman & S.E. Bartels, ‘Is een huis bestanddeel van de grond? Een rechtsgeleerde dialoog tussen H.W. Heyman en S.E. Bartels’, *NTBR* 2006/40.

103 Kijkend naar de (vroegere) determinatie van bestanddelen, werden er drie typen onderscheiden: bijzaken (roerende zaken die materieel werden verbonden met de hoofdzaak zoals tegels en een badkuip in de zin van artikel 3:4 lid 2 BW), bestanddelen (roerende zaken die naar verkeersopvatting een geheel zijn met de hoofdzaak zoals een keuken of dakpannen in de zin van artikel 3:4 lid 1 BW) en hulpzaken. De laatste, de hulpzaken, waren roerende zaken die door bestemming dienstbaar waren aan de onroerende zaak, zoals allerhande machines. C.A. Kraan, ‘Roerend of onroerend (BW en NBW)’, *WPNR* 1991/6022. In het nieuwe recht zijn deze geen afzonderlijke categorie; men spreekt van bestanddelen door verkeersopvatting. De categorie bestanddelen naar verkeersopvatting omvatten nu de meer typische bestanddelen zoals een dakpan en een deur in een huis, én roerende zaken die min of meer bij toeval in een gebouw staan. Van die laatste roerende zaken is het vreemd dat zij naar definitie zowel roerende zaak zijn in de zin van 3:3 BW als bestanddeel in de zin van artikel 3:4 BW ten opzichte van een onroerende zaak, terwijl artikel 5:20 BW over de eigendom ervan zegt, dat deze mede de gebouwen en werken omvat, mijns inziens, onroerende zaken.

104 Het onder eigendomsvoorbehoud geleverde bestanddeel van een gebouw zou eigendom zijn van de leverancier, maar in bezit zijn van de gebouweigenaar. T.M., Parl. Gesch. Boek 6 BW, 1981, p. 752 (nr. 3).

In het WKK-arrest echter concludeert het hof dat een warmtekrachtkoppeliningsinstallatie een onroerende zaak is wegens bestemming.¹⁰⁵ Daarbij hoort de conclusie dat de installatie eigendom is van de grondeigenaar, omdat onroerende zaken eigendom zijn van de grondeigenaar (artikel 5:20 BW).

Vóór dit arrest was een machine (slechts) naar verkeersopvatting of door sterke fysieke verbinding bestanddeel van een gebouw. Het geheel kon vervolgens eigendom zijn van de grondeigenaar. Nu zou de minder stringente weg van artikel 3:3 BW voldoende zijn voor natrekking van de machine aan de grond.¹⁰⁶ Als een installatie in een gebouw, zelfs al is deze eenvoudig verplaatsbaar, naar aard en inrichting bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven, wordt deze eigendom van de grondeigenaar volgens artikel 5:20 lid 1 sub e BW.

Net als het Portacabinarrest verhoudt zich deze uitspraak niet goed tot de geest van de wet. De wetsgeschiedenis laat zien dat de bedoeling van de wetgever niet was om machines die toebehoren aan een ander dan de grondeigenaar, eigendom te maken van de grondeigenaar.

In de Toelichting Meijers op artikel 3:3 BW staat dat men installaties net als de meeste moderne wetboeken niet onroerend moet noemen, omdat het een wettelijke fictie is die vermeden moet worden. Machines en installaties zijn verplaatsbaar en (dus) roerend, zo vond men.

Eén categorie installaties en machines zag de wetgever wel graag ‘onroerend’, onder stringente voorwaarden. Dat waren hulpzaken: verplaatsbare installaties die eigendom waren van de gebouw- of fabriekseigenaar.¹⁰⁷ Belangrijk is de achtergrond van deze wens. Vaak bedingt een bank tot zekerheid van de terugbetaling van een lening voor een bedrijf een hypotheekrecht op het bedrijfsgebouw (of de grond, of dat tezamen). Daarbij bedingt bank voor de roerende zaken aanwezig in het bedrijfsgebouw een pandrecht. De bank die een hypotheekrecht heeft op de onroerende zaak en pandrechten op de machines of installaties diende de onroerende en roerende goederen tezamen te kunnen executeren. Pandrecht en hypotheekrecht kennen een ander regime bij de executie van het onderpand, hetgeen onpraktisch is. Als nu aan het bedrijf dienstbare machines ‘onroerend’ genoemd zouden worden, kon

105 Hoge Raad 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0813 (WKK). Bijzonder is dat het hof deze maatstaven toepast op een installatie in een gebouw waarvan men - met het arrest Dépex/Curatoren van Bergel - eerder zou hebben getoetst of deze bestanddeel is geworden van het gebouw in de zin van artikel 3:4 BW of een zelfstandige roerende zaak is gebleven. De nodige kritiek heeft dit arrest dan ook ontvangen: P.J. van der Plank en M.E. Witting, ‘Bestanddeelvorming op grond van art. 3:3 BW of onroerend in de zin van art. 3:4 BW’, *NTBR* 2014/17.

106 E.F. Verheul, *Eigendomsvoorbehoud* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 268-270.

107 De ontwerp tekst voor artikel 3:3 BW luidde: ‘Onroerend zijn de grond, de nog niet gewonnen delfstoffen, de door hun wortels met de grond verbonden bomen en planten, alsmede de opstallen *met hun hulpzaken*.’

de financierende bank met inachtneming van alleen de regels over hypotheek alles ineens executeren.¹⁰⁸

Duidelijk hieruit is welke voorwaarde hiermee verbonden is. In de toelichting staat dat de onroerende zaak en de ‘hulpzaken’ in één hand moesten zijn. Als de pandgever geen eigendom van de zaak heeft kan hij haar ook niet verpanden (artikel 3:84 jo. 89 BW). Een van een ander gehuurde of geleende zaak kon geen ‘hulpzaak’ zijn. In de Toelichting Meijers staat dat *slechts hij, die de eigendom van een zaak heeft, haar de bestemming van hulpzaak kan geven*, terwijl iedere verplaatsing of vervorming waardoor de zaak haar bestemming van hulpzaak niet meer kan vervullen, haar doet ophouden hulpzaak te zijn.¹⁰⁹

In het recente WKK-arrest komt deze ‘eigendomseis’ niet meer terug. Een machine van een ander kan kennelijk volgens het *bestemmingscriterium van Portacabin* onroerend zijn.

2.4.5 Bestanddelen van onroerende zaken

Ik noemde artikel 3:4 BW slechts kort. Installaties, zonnepanelen, binnenmuren en isolatiemateriaal kunnen bestanddeel worden van een gebouw of werk in de zin van artikel 3:4 BW.¹¹⁰

108 Dit is uitdrukkelijk gemaakt in artikel 3:254 BW. Samengevat luidt dat artikel: ‘Wanneer op roerende zaken die volgens verkeersopvatting bestemd zijn om een bepaalde onroerende zaak duurzaam te dienen [...] of op machinerieën die bestemd zijn om daarmee een bedrijf [...] uit te oefenen een pandrecht is gevestigd voor een vordering waarvoor ook hypotheek is gevestigd op die onroerende zaak, fabriek of werkplaats [...] kan worden bedongen dat de schuldeiser bevoegd is de [...] goederen tezamen [...] te executeren’.

Men leest er niet expliciet dat de hulpzaken ‘eigendom’ moeten zijn van de fabriekseigenaar, maar dat volgt uit het goederenrechtelijk systeem: de fabriekseigenaar kan alleen dankzij zijn eigendom van de hulpzaak beschikkingsbevoegd zijn om het genoemde pandrecht te vestigen (artikel 3:84 jo. 98 BW).

109 M.v.A., Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW, 1981, p. 68.

110 Kijkend naar de (vroegere) determinatie van bestanddelen, werden er drie typen onderscheiden: bijzaken (roerende zaken die materieel werden verbonden met de hoofdzaak zoals tegels en een badkuip in de zin van artikel 3:4 lid 2 BW), bestanddelen (roerende zaken die naar verkeersopvatting een geheel zijn met de hoofdzaak zoals een keuken of dakpannen in de zin van artikel 3:4 lid 1 BW) en hulpzaken. De laatste, de hulpzaken, waren roerende zaken die door bestemming dienstbaar waren aan de onroerende zaak, zoals allerhande machines. C.A. Kraan, ‘Roerend of onroerend (BW en NBW)’, *WPNR* 1991/6022. In het nieuwe recht zijn deze geen afzonderlijke categorie; men spreekt van bestanddelen door verkeersopvatting. De categorie bestanddelen naar verkeersopvatting omvatten nu de meer typische bestanddelen zoals een dakpan en een deur in een huis, én roerende zaken die min of meer bij toeval in een gebouw staan. Van die laatste roerende zaken is het vreemd dat zij naar definitie zowel roerende zaak zijn in de zin van 3:3 BW als bestanddeel in de zin van artikel 3:4

A Bestanddelen door verbinding

Volgens lid 2 worden roerende zaken bestanddeel van een onroerende hoofdzaak door materiële verbinding:

‘Een zaak die met een hoofdzaak zodanig verbonden wordt dat zij daarvan niet kan worden afgescheiden zonder dat beschadiging van betekenis wordt toegebracht aan een der zaken, wordt bestanddeel van de hoofdzaak.’ Het bad dat met tegels is ingebouwd is daarvan een voorbeeld.¹¹¹

Het niet afgescheiden kunnen worden zonder dat beschadiging van betekenis wordt toegebracht, lijkt een helder criterium. Desondanks bestaat de discussie of het begrip ‘beschadiging’ een beschadiging in fysieke zin moet zijn of ook in economische zin kan worden begrepen. Is sprake van een bestanddeel als het arbeidsintensief is om iets te verwijderen?¹¹²

Als gezegd wordt hierover gediscussieerd. De uitbreiding van de bestanddeelvorming naar gevallen waarin het verwijderen arbeidsintensief is en om die reden ‘nodeloos geld’ kost, past niet bij de wens van de wetgever om met bestanddeelvorming restrictief om te gaan. Dit is logisch in het licht van de ongerechtvaardigde verrijking. Wat kan rechtvaardigen dat een zaak van A die zonder beschadiging kan worden verwijderd uit het huis van B, toch ter plaatse moet blijven en moet worden vereffend met een schadevergoeding uit artikel 6:212 BW aan A? Waardebehoud? Wellicht, maar ook hier geeft de Parlementaire Geschiedenis als voorbeeld van waardebehoud een voorbeeld waarin een zaak (het bestanddeel) was aangepast op de hoofdzaak en daardoor voor de leverancier minder waard zou zijn na verwijdering. Hier komt terug wat ik eerder schreef: zaken die standaard zijn en niet specifiek zijn afgestemd op een andere, zouden geen bestanddeel moeten zijn. Indien een bestanddeel af te scheiden is, ook al kost dat enige arbeid, lijkt me de weg van de afscheiding helderder dan de weg van de berekening van de ‘verrijking’ van de gebouweigenaar en de verarming van de leverancier voor artikel 6:212 BW. Zeker in een circulaire economie, waarbinnen veel potentiële bestanddelen modulair en inwisselbaar worden, en de bedoeling is deze te laten terugkeren naar de producent voor hergebruik, is er geen noodzaak om de bestanddeelvorming ‘uit te breiden’ en de vermogensverschuiving met een schadevergoedingsvordering te compenseren.

BW ten opzichte van een onroerende zaak, terwijl artikel 5:20 BW over de eigendom ervan zegt, dat deze mede de gebouwen en werken omvat, mijns inziens, onroerende zaken.

111 Hoge Raad 15 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:AD1791, NJ 1993/316 (*Dépex/ Curatoren*); Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV *Algemeen goederenrecht*, 2013/67.

112 H.W. Heyman & S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties. Koop*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, nr. 20.

B Bestanddelen naar verkeersopvatting

Artikel 3:4 lid 1 BW luidt: ‘Al hetgeen volgens verkeersopvatting onderdeel van een zaak uitmaakt, is bestanddeel van die zaak.’ Bestanddeelvorming kan het gevolg zijn van de verkeersopvatting.

In het arrest *Dépex/Curatoren van Bergel*¹¹³ gaf de Hoge Raad aanwijzingen die helpen bij de beoordeling: wanneer is een roerende zaak naar verkeersopvatting bestanddeel van een gebouw? In dit arrest ging het om een fabrieksgebouw waarin zich een waterdistillatie-inrichting bevond die door *Dépex* geleverd was onder eigendomsvoorbehoud. Vervolgens diende zich de vraag aan of de installatie een bestanddeel was geworden van het fabrieksgebouw. Had de leverancier de eigendom verloren of was de machine eigendom gebleven van de leverancier? De Hoge Raad formuleerde enkele aanwijzingen.

Een aanwijzing dat de installatie bestanddeel is geworden van het gebouw, is dat beide in constructief opzicht *specifiek op elkaar* zijn afgestemd. In een later arrest werd geoordeeld dat een voor een bedrijfspand op maat gemaakte entresolvloer geen bestanddeel was: het pand en de vloer waren niet specifiek *op elkaar* afgestemd.¹¹⁴ Ook een keukeninstallatie die niet speciaal voor het gebouw was vervaardigd, werd geen bestanddeel van een huis.¹¹⁵

Een tweede aanwijzing uit *Dépex/Curatoren van Bergel* is dat de hoofdzaak uit oogpunt van geschiktheid *onvoltooid* is zonder het (vermeende) bestanddeel. In Rechtbank Haarlem 22 juli 1988, ECLI:NL:RBHAA:1988:AD0402, *NJ* 1989/645 werden meterkasten die waren bevestigd op de (onroerende) steigers van een jachthaven bestanddelen geacht. Volgens de rechter waren deze naar verkeersopvatting onmisbaar voor een moderne goed geoutilleerde jachthaven. Bowlingbanen in een bijzonder daartoe geëigend gebouw zijn bestanddelen van het gebouw, gelet op de bouw van het gebouw waarin de bowlingbanen zijn gelegen. Zij vormen daarin een zo wezenlijk deel van het gebouw dat dit zonder de banen niet aan zijn maatschappelijke bestemming kan beantwoorden.¹¹⁶

Tot slot kan het oordeel of iets naar verkeersopvattingen bestanddeel van een onroerende zaak is, worden ingekleurd door het bestaan van *gewoonten* of van *steeds dezelfde overeenkomsten* ten aanzien van bepaalde objecten. Als blijkt uit in zwang geraakte overeenkomsten in bepaalde kringen dat een bepaalde zaak geen bestanddeel is van een andere, is dit een aanwijzing dat die zaak haar zelfstandigheid

113 Hoge Raad 15 november 1991, ECLI:NL:HR:1991:AD1791, *NJ* 1993/316 m.nt. W.M. Kleijn bij *NJ* 1993/317 (*Dépex/Curatoren van Bergel*).

114 Rechtbank Limburg 19 april 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:3343.

115 Rechtbank 's-Hertogenbosch 17 juni 1983, ECLI:NL:RBSHE:1983:AC8028.

116 Hof 's-Hertogenbosch 18 januari 1983, ECLI:NL:GHSHE:1983:AC7837, *NJ* 1984/13: ‘Het komt hierbij niet aan op wat over het bestanddeel zijn van bowlingbanen van het gebouw waarin zij zijn gelegen, aan opvattingen leeft in de kring van personen die zich met bowlingprojecten bezig houden, maar op de wijze waarop het onderhavige pand is gebouwd en afgestemd op de bowlingbanen.’

behoudt.¹¹⁷ Zo werd een heetwaterreservoir naar verkeersopvatting geen bestanddeel van een gebouw geacht, omdat het met vier bouten was bevestigd in een gebouw en door het enkele losschroeven van deze bouten en het loskoppelen van de leidingen van het pand van gedaagde kon worden losgemaakt en vanwege ‘onder meer het feit dat dergelijke heetwaterreservoirs veelvuldig plegen te worden gehuurd van een elektriciteitsmaatschappij zoals eiseres’.¹¹⁸

Belangrijk is dat het bij de ‘constructieve afstemming’, de ‘incompleteid’, ‘gewoonten’ en ‘dezelfde overeenkomsten’ om aanwijzingen gaat.

VII. Artikel 3:4 BW kan een probleem vormen voor duurzaamheidsinitiatieven. Het NIBUD onderzocht dat veel minima relatief vaak schulden hebben door een hoog energieverbruik. Sinds een aantal jaar bestaat daarvoor de term ‘energiearmoede’: na de betaling van kosten voor huisvesting en levensonderhoud blijkt niet voldoende geld over voor de energierekening.¹¹⁹ Ze wonen vaker in slecht geïsoleerde woningen, zijn veel thuis waardoor de woning de hele dag verwarmd wordt en kopen uit geldgebrek energievretende apparatuur. Gemeenten, (energie)bedrijven en Ngo’s ontwikkelden projecten om deze groep bij de energietransitie te helpen. Woningcorporaties huren bijvoorbeeld slimme, energiezuinige koelkasten van de producent en bouwen deze in in de woning.¹²⁰ Zo zuinig koelen had iemand met een minimuminkomen niet gekund omdat hij geen middelen had een dergelijke hoogwaardige koelkast te kopen; een kleine maandelijkse (huur)bijdrage voor de koelkast is dankzij de besparing op de energierekening wél haalbaar.

Als de koelkast wordt ingebouwd in een woning van de woningcorporatie - om te zorgen dat de huurder deze niet kan meenemen - zal deze door fysieke verbinding bestanddeel worden van de woning, waarna de producent de eigendom verliest aan de gebouweigenaar/hoofdhuurder van de koelkast: de woningcorporatie. Indien men natrekking wil voorkomen moet aandacht moeten worden besteed bij het ontwerptraject aan de wijze waarop de verbinding plaatsvindt. Een bevestiging met enkele bouten is niet voldoende om tot bestanddeelvorming in de zin van artikel 3:4 lid 2 BW te concluderen. Maar in dat geval ligt de natrekking aan de grond door artikel 3:3 BW op de loer. De koelkast is immers bestemd om duurzaam ter plaatse te blijven en met de bijbehorende onderhoudscontracten bedoeld om langdurig in de woning te zijn ook als de huurder vertrekt en een ander intrekt.

117 Hoge Raad 16 maart 1979, NJ 1980/600 m.nt. B. Wachter (*Radio Holland*), B.G.P. Rogmans, *Verkeersopvattingen*, Mon. NBW A20, Deventer: Kluwer 2007, p. 44. H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het nieuwe B.W. (Titel 1 t/m 5. Titel 11)*, Deventer: Kluwer 1986, p. 6-7.

118 Rechtbank Roermond 29 september 1977, ECLI:NL:RBROE:1977:AC6057, NJ 1978/428.

119 K. Straver, A. Siebinga, J. Mastop, M. de Lidth, P. Vethman & M. Uyterlinde, *Rapportage Energiearmoede -Effectieve interventies om energie efficiëntie te vergroten en energiearmoede te verlagen*, 2017, p. 13, online op energiearmoede.nl/wp-content/uploads/2016/11/E17002-DEF-Rapportage-Energiearmoede_final.pdf.

120 Verschillende initiatieven worden beschreven in energiesprong.nl/wp-content/uploads/2016/05/Sturen_op_WoonlastenDEF.pdf.

Zelfs zou beargumenteerd kunnen worden dat de woning uit oogpunt van geschiktheid als moderne, energiezuinige woning onvoltooid is zonder de circulaire koelkast. Helemaal als men in het kader van een energieprogramma onderling verbonden ‘smart’ apparaten installeert verbonden met een slimme meter, dreigt de bestanddeelvorming naar verkeersopvatting. Zonder het een zou het geheel niet meer aan zijn maatschappelijke bestemming (van energiezuinige sociale woning) kunnen beantwoorden.

C De afscheiding van materialen met het opstalrecht

Een aantal maal kwam het opstalrecht aan bod. Bij onroerende zaken kunnen grenzen aan rechtsobjecten door de mens kunstmatig worden aangebracht met een opstalrecht. Zou het mogelijk zijn om gipsplaten, isolatiemateriaal of een houten vloer af te scheiden met een opstalrecht?

De wet rept in artikel 5:101 BW over het afscheiden van de eigendom van ‘een gebouw of werk of beplanting’? Vele zaken die geen gebouw of beplanting zijn, kunnen doorgaan als werk, mits ze voldoende zelfstandig zijn. Het punt was nu juist dat bestanddelen - zoals gipsplaten - geen ‘zaken’ zijn, omdat het aan zelfstandigheid voor het recht ontbreekt. Toch zijn er onder de bestanddelen bestanddelen die voldoende individualiseerbaar zijn, relatief zelfstandig zijn en daarmee voldoende zelfstandigheid bezitten om als ‘werk’ door te gaan.¹²¹

De meningen verschillen vervolgens over de mate van zelfstandigheid die noodzakelijk is voor het opstalrecht. De literatuur leert dat sommigen de mogelijkheid een bestanddeel zoals een gipsplaat of isolatiemateriaal af te kunnen scheiden ontkennen, terwijl anderen de mogelijkheden ruimer zien.¹²² Een uiterste grens wordt bereikt als de afsplitsing het soepel verloop van het rechtsverkeer in het gedrang brengt. Maar hoe stellen we dat vast?

Daarvoor is geen eenduidige maatstaf of set aanwijzingen. We zien allereerst dat individualiseerbaarheid voor het bestaan van absoluut werkende rechten noodzakelijk is, als beginsel van het goederenrecht. Een eigenaar of beperkt gerechtigde moet kunnen aantonen op welke specifieke zaak zijn eigendomsrecht of beperkte recht rust. Een baksteen van een huis is onvoldoende geïndividualiseerd.

Ten tweede lezen we dat het kunnen individualiseren van een bestanddeel - waarna het ‘relatief zelfstandig’ wordt genoemd - alleen niet de doorslag geeft. Vonck voegt hier aan toe dat de economische aanvaardbaarheid van de afsplitsing ten behoeve van de exploitatie van het betreffende onderdeel mede bepalend is.¹²³

Een kamer in een huis zou niet voldoende zelfstandig zijn, omdat de gebruiker voor de toegang en het gebruik en de huiseigenaar voor de exploitatie afhankelijk zijn

121 H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 213-215 met overige verwijzingen.

122 E.C.M. Wolfert, ‘Bestanddeel of zaak? Over het onderscheid en de samenhang tussen de artikelen 3:4 en 5:20 BW (I)’, *WPNR* 2003/6523, p. 191-197.

123 F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht*, (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, p. 61-62.

van het huis als geheel met een gezamenlijke toegang, een badkamer en een keuken waardoor de kamer als woning kan worden gebruikt en geëxploiteerd. Aldus redenerend, is het vestigen van een opstalrecht voor bakstenen en gipsplaten niet mogelijk 1) indien zij niet geïndividualiseerd zijn en 2) omdat zij de samenstellende bestanddelen van het huis zijn en niet afzonderlijk kunnen worden geëxploiteerd. Men heeft niets aan de eigendom van die ene baksteen zolang het verband met het gebouw bestaat. Men zou kunnen zeggen: de individualisering is dan wel mogelijk - met een stempel of een chip of een QR-code - maar de rechthebbende kan zijn recht niet geldend maken zolang de baksteen bestanddeel is van een groter geheel.

Aan de andere kant wordt geschreven dat het opstalrecht juist kan worden ingezet om eigendom te verkrijgen van een zaak die anders bestanddeel *zou zijn*. Met die mening is het gemakkelijker om de bakstenen en gipsplaten met het opstalrecht te verzelfstandigen.¹²⁴

De keuze tussen de twee visies heeft zwaarwegende consequenties voor de financierbaarheid van circulaire productie- en consumptiemodellen en daarmee voor de toegang tot de markt van spelers die het 'anders' willen gaan doen.¹²⁵ Als de bank aan een circulaire bakstenenfabrikant slechts een lening wil verstrekken met een zakelijk recht op de herbruikbare bakstenen, dan is de laatste visie wenselijk. Dan kan het opstalrecht de eigendomsverschuiving van de producent naar een gebouw- of grondeigenaar voorkomen, blijft de zaak als zelfstandige zaak bestaan en blijft een zekerheidsrecht van de bank op de bakstenen bestaan.

2.5 Een meer circulaire uitleg van de wet

Wetende dat de ruime natrekking aan de ontwikkeling van de circulaire economie in de weg staat, is de uitdaging te analyseren hoe een meer 'toekomstbestendig' goederenrecht eruit zou zien. Ik kom tot de conclusie dat een striktere omgang met de wettekst en het loslaten van het 'bestemmingscriterium' een oplossing bieden. We moeten terug naar de geest van de wet van de artikelen 3:3 en 5:20 BW zoals die uit de ontstaansgeschiedenis blijkt. Waar het bestanddelen van artikel 3:4 BW betreft, voorkomt het nieuwe modulaire ontwerp tégen bestanddeelvorming door bevestiging (van lid 2) en kan de verkeersopvatting (van lid 1) wijzigen door de opkomende circulaire overeenkomsten in acht te nemen.¹²⁶ Met deze 'maatregelen' worden circulaire producten en verdienmodellen gemakkelijker te financieren -

124 Het opstalrecht is volgens Asser/Bartels & Van Velten, 5 - *Eigendom en beperkte rechten*, 2017/249 'onder omstandigheden bruikbaar is als alternatief zekerheidsrecht voor zaken die bestanddeel (dreigen te) worden van een onroerende zaak'.

125 SER, Verkenning Financiële instrumenten voor een circulaire economie, online op: https://www.ser.nl/~media/db_adviezen/2010_2019/2018/circulaire-economie-fin.ashx.

126 Enzo M. van der Veen, M. Hulshof, H.D. Ploeger, 'Cascokoop: wenkend perspectief binnen een circulaire economie', *WPNR* 2014/7033, p. 857-859

waardoor een transitie sneller gaat - en lock-ins voorkomen, zodat concurrentie ontstaat.

2.5.1 De toetsvolgorde van Portacabin verlaten?

Een eerste stap naar een meer circulair goederenrecht is het verwerpen van de toetsvolgorde die in het Portacabinarrest en het WKK-arrest werd gehanteerd.

In het totstandkomingsgeschiedenis staat dat ‘de werking van de natrekking (artikel 5:20 BW) en het onroerend zijn van een opstal (artikel 3:3 BW) geheel parallel geregeld’ dienen te zijn.¹²⁷ Tegelijkertijd zijn de het onroerende karakter en de eigendomsvraag wel twee strikt gescheiden onderwerpen.¹²⁸ In de literatuur wordt uit de woordelijk parallelle regeling geconcludeerd¹²⁹ dat ‘de jurisprudentie van de Hoge Raad die betrekking heeft op art. 3:3 BW daarom ook relevant is voor art. 5:20 lid 1 sub e BW en vice versa’.

In de Portacabin-zaak bleek ‘parallel geregeld’ maar ‘strikt gescheiden’ voor verwarring te zorgen. In het Portacabinarrest werd immers de vraag of een portacabin onder het hypotheekrecht op de grond¹³⁰ viel, beantwoord met de vraag of het object onroerend was geworden. De 5:20-BW-vraag werd beantwoord met artikel 3:3 BW. In werkelijkheid had beoordeeld moeten worden of de portacabin werd nagetrokken door de grond en daarmee deel uitmaakte van de eigendom van de grond. Dat laatste - niet het onroerend zijn - heeft tot gevolg dat de hypotheek op de grond zich van rechtswege uitstrekt over de portacabin, die daarvan dan immers een (juridisch) onzelfstandig deel uitmaakt, aldus Heyman en Bartels. Treffend schrijven zij dat de vraag of een zeker object toebehoort aan de grondeigenaar (artikel 5:20 BW) is overschaduwd door de vraag of het object onroerend (artikel 3:3 BW) is.

Juist is het eerst te kijken naar de omvang van de zaak - de eenheid. Dat gebeurde in het arrest over een gsm-zendinstallatie. De installatie was geplaatst op een onroerende mast van 37,5 meter hoog. Het Hof toetste - volgens de Hoge Raad terecht - allereerst of de zendinstallatie ten opzichte van de mast een bestanddeel is of een zelfstandige zaak, aan de hand van artikel 3:4 BW.¹³¹ De vraag is immers wat de eigendom van de zaak omvat, zoals artikel 5:3, artikel 5:20 en ook artikel 3:227 BW beschrijven. Artikel 3:3 BW heeft niet van doen met de vraag wat door natrekking eigendom van de grondeigenaar wordt.

127 V.V. II, Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW, 1981, p. 68.

128 T. M., Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW, 1981, p. 66; M.v.A., Parlementaire Geschiedenis Boek 3 1981 BW, p. 68.

129 Asser/Bartels & Van Velten, 5 - *Eigendom en beperkte rechten*, 2017/81.

130 Hierover handelt artikel 3:227 lid 2 BW: ‘Een recht van pand of hypotheek op een zaak sterkt zich uit over al hetgeen de eigendom van de zaak omvat’.

131 Hoge Raad 17 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ2392, *BNB* 2007/51 m.nt. W.J.N.M. Snoijink (Gsm-zendinstallatie).

Een recht dat beter past in de circulaire economie laat de scheidslijn in tact, zoveel zal uit de voorbeelden later in deze paragraaf volgen.¹³² Na vaststelling van de omvang van de eigendom komt de vraag aan de orde of de zaak roerend of onroerend is, zoals verwoord in artikel 3:3 BW.

2.5.2 De vereniging met de grond

Een oorzaak van de veelvuldige natrekking is tevens dat het ‘bestemmingscriterium’ van het Portacabinarrest bepaalt wat ‘duurzaam verenigd’ is met de grond. Voor de verplaatsbaarheid is geen ruimte. Heyman schrijft dat de ruime natrekking ingedamd *kán* worden: dat ‘een wereld gewonnen zou kunnen worden als de Hoge Raad zijn ruime uitleg van de woorden ‘duurzaam met de grond verenigd’ in artikel 3:3 en 5:20 BW zou prijsgeven’.¹³³

Nemen we met Heyman aan dat het bestemmingscriterium moet worden verworpen, dan is de vraag wat daarvoor in de plaats komt.

Mij lijkt een noodzakelijk en passend alternatief dat de *vereniging* in de artikelen 3:3 BW en 5:20 BW taalkundig wordt uitgelegd. Een taalkundige uitleg blijkt bovendien in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever.¹³⁴ Vervolgens gebruikt men het bestemmingscriterium slechts voor de inkleuring van het begrip ‘duurzaam’.¹³⁵ Het resultaat is dat de verticale natrekking aan de grond alleen geschiedt als het

132 Dit past goed bij de Parlementaire Geschiedenis. De wetgever heeft bij het ontwerp van artikel 3:3 BW aan ‘hulpzaken’ een onroerend karakter willen geven maar wilde daarmee niet de natrekking veroorzaken. Hulpzaken moesten een onroerend karakter hebben om bij verhypothekering van de hoofdzaak - grond en gebouw - ook de hulpzaken hypothecair te verbinden. Het werd eenvoudiger geacht hulpzaken het lot van de hoofdzaak te doen delen. Er was echter wel een voorwaarde aan verbonden: deze hulpzaken werden onroerend door bestemming door hun eigenaar. Slechts hij, die de eigendom van een zaak heeft, kon haar de bestemming van hulpzaak kan geven. Het doel van artikel 3:3 BW was niet om ‘hulpzaken’ van een ander via het onroerendezaaks karakter te laten aantrekken door artikel 5:20 BW ten gunste van de grondeigenaar. Artikel 3:3 BW betrof de ruime toekenning van het onroerende karakter van zaken, maar niet de ruime toekenning van eigendom. Zie daarover artikel 3:254 BW. M.v.A. II, Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW, p. 69.

133 H.W. Heyman, ‘Boekaankondiging: KNB-preadviezen 2016 Onderdelen IV, V en VIII’, *WPNR* 2016/7095.

134 Anders: Asser/Bartels & Van Mierlo, *3-IV Algemeen goederenrecht*, 2013/91 en Hoge Raad 31 oktober 1997, *NJ* 1998/97, r.o. 3.3 onder d (Portacabin).

135 In Hoge Raad 15 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9136 (Woonark) en Hoge Raad 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO3644 (Rijdende havenkranen II) werden de ‘vereniging’ en de ‘duurzaamheid’ daarvan ook als twee vragen behandeld, als een tweetrapsraket. Volgens de Hoge Raad is bij de toepassing van art. 5:20 lid 1 sub e BW eerst de vraag of een gebouw of werk ‘verenigd’ is met de grond. Pas indien het antwoord bevestigend luidt, volgt de toets van het duurzame karakter van de vereniging.

nagetrokken object niet verplaatsbaar is, zoals in de Parlementaire Geschiedenis het streven was.

VIII. In de huidige, lagere rechtspraak zijn veel voorbeelden waarin caravans of bungalows, chalets - zelfs op wielen - en woonwagens als onroerend worden aangemerkt, indien deze langdurig aanwezig zijn, aangesloten zijn op nutsvoorzieningen, lijken op een niet-mobiel gebouw, doordat ze voorzien zijn van een tuin, parkeerplaats, berging, terras of omheining en daarmee kennelijk bestemd zijn om langer ter plaatse te functioneren. Vaak komt in de rechtspraak terug dat de wielen - die iets vertellen over de verplaatsbaarheid - aan het zicht onttrokken zijn, zoals bij het Portacabinarrest het geval was, met bijvoorbeeld een plint tot aan de grond. Tweehuysen stelt dat de verplaatsbaarheid, voor zover kenbaar, in de huidige rechtspraak hoogstens een omstandigheid is die iets vertelt over de bestemming van de zaak.¹³⁶ Haar analyse van de rechtspraak leert dat nagenoeg elke feitelijk voortdurende *verbinding* met de grond op dit moment voldoende is om van *vereniging* te spreken, omdat de bestemming maatgevend is. Een feitelijke voortdurende verbinding is al voldoende om te spreken van een 'duurzame vereniging' in de zin van artikel 3:3 en artikel 5:20 BW.¹³⁷

Er zijn meerdere argumenten om te kiezen voor een taalkundige uitleg van het begrip 'verenigd'.

Allereerst is er een groot taalkundig verschil tussen de begrippen 'verenigd met de grond' (artikel 3:3 en 5:20 BW) en 'verbinding' zoals in artikel 3:4 BW staat. Het valt mij op dat in het kader van de artikelen 3:3 en 5:20 die van vereniging spreken, in jurisprudentie en in literatuur wordt gesproken over 'verbinding', 'vastzitten', 'bevestiging'. Volgens de Van Dale is een verbinding 'een samenvoeging of aaneenvoeging'. De vereniging - het wettelijk begrip - is echter 'een samenvoeging of samensmelting'. Van een verbinding is taalkundig gezien sneller sprake dan van een vereniging, niet andersom. In de rechtspraak en literatuur van nu blijkt sneller sprake van een vereniging dan van een verbinding. Taalkundig is dit onjuist.

Ten tweede gaat de Memorie van Antwoord II ervan uit dat artikel 3:4 BW invult wat duurzaam is verenigd met de grond. Dit maak ik op uit het voorbeeld van een in de grond gefundeerde directiekeet op een bouwterrein. De directiekeet is *omdat bij verwijdering geen 'beschadiging van betekenis' aan het nog te vervolmaken bouwterrein wordt toegebracht* niet duurzaam met de grond verenigd.¹³⁸ Of er bij verwijdering een beschadiging ontstaat zoals beschreven in artikel 3:4 BW vult in wat duurzaam is verenigd met de grond in de zin van artikel 3:3 BW. Het is niet andersom.

Keren naar een taalkundige uitleg van het begrip 'vereniging' brengt tot uitdrukking dat artikel 5:20 BW en artikel 3:4 BW verwant zijn. Het zijn die bepalingen die

136 Een uitgebreid overzicht geeft V. Tweehuysen, 'Tiny houses. Does size matter?', *WPNR* 2017/7157, p. 514-520.

137 V. Tweehuysen, 'Tiny houses. Does size matter?', *WPNR* 2017/7157, p. 514-520. Zie Hoge Raad 18 november 1992, *BNB* 1993/49 en 1994/3. Een mobile home zou naar zijn aard slechts onroerend zijn indien duurzaam met de grond verenigd. Van zodanige vereniging is blijkens de door het Hof als vaststaand aangemerkte feiten geen sprake.

138 Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW, p. 69.

samen aangeven wanneer sprake is van een eenheid voor het recht. De hechte verbinding is van oudsher de reden voor het aannemen van zaakseenheid in de vorm van bestanddeelvorming én natrekking.¹³⁹ Voor de vereniging is ‘minimaal’ vereist een ‘zodanige verbinding’ van het bestanddeel met de hoofdzaak dat het niet kan worden afgescheiden ‘zonder dat beschadiging van betekenis wordt toegebracht aan een der zaken’, zoals uitgedrukt in artikel 3:4 BW.

Tot slot wordt de idee dat een vereniging veel ‘losser’ zou mogen zijn dan een verbinding niet ondersteund door de motieven voor het eenheidsbeginsel. Op meta-juridisch niveau bestaat er geen rechtvaardiging om dat wat nagenoeg los staat, zoals een zelfvoorzienende *tiny house* of caravan - bij wijze van hoofdregel - te doen natrekken. De motieven die ten grondslag liggen aan het eenheidsbeginsel - zoals het waardemotief en de rechtszekerheid of het vertrouwen - gaan hier nauwelijks op. De natrekking van op de onroerende zaak afgestemde bestanddelen is gerechtvaardigd, omdat een aangepast bestanddeel elders moeilijker ingepast zal kunnen worden. Er is dan moeite (van het aanpassen) verspild, terwijl na verwijdering dat bestanddeel moeilijk precies zo elders gebruikt kan worden. Bij losse zaken gaat dat waardemotief niet op. Rechtszeker is natrekking ook niet per definitie. Natrekking leidt tot een vermogensverschuiving die moet worden opgelost met een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking (artikel 6:212 BW); het ene probleem zorgt voor het volgende probleem.

Waar het gaat om vertrouwen is de vraag of de hypotheekhouder degene is die beschermd moet worden in die zin, dat zijn hypotheekrecht zich (artikel 3:227 lid 2 BW) uitstrekt over een *tiny house* dat op de grond staat? Kan de hypotheekhouder uit de overeenkomst van geldlening, het hypotheekrecht én de registers niet opmaken wat allemaal onder zijn gevestigde hypotheekrecht valt? Als daarop later een circulair, roerend bouwsel wordt gezet, zal uit de gemaakte overeenkomst en registers niet blijken dat er een onroerende zaak op staat. Bovendien kennen de meeste hypotheekakten een beding (artikel 3:264 BW) waarbij de hypotheekgever in zijn bevoegdheid is beperkt om het bezwaarde goed buiten toestemming van de hypotheekhouder te verhuren of te verpachten, zodat de hypotheekhouder ook in dat opzicht niet een partij is die ten opzichte van een bouwende huurder beschermd moet worden tegen de (wellicht) ontstane indruk dat er op de grond is gebouwd.

IX. Wat betekent een striktere omgang met de wettekst en het begrip ‘verenigd’ voor een circulaire, modulaire gevel die een huis tien jaar zal dienen en eenvoudig verplaatsbaar, afneembaar en elders herplaatsbaar is? Ik ga ervan uit dat een dergelijke gevel wordt gehuurd van de producent en door zijn modulaire vormgeving op verschillende plekken is

139 H.W. Heyman & S.E. Bartels, ‘Is een huis bestanddeel van de grond? Een rechtsgeleerde dialoog tussen H.W. Heyman en S.E. Bartels’, *NTBR* 2006/40. Het argument dat de eenheid meer waard is gaat hier evenmin steeds op. Als men aanneemt dat grond en nauwelijks verbonden bouwsels of werken géén eenheid zijn, doet men niet aan kapitaalvernietiging door beide objecten als afzonderlijke, zelfstandige zaken te zien, daarvoor leek immers uit de Parlementaire Geschiedenis in elk geval vereist dat een beschadiging van betekenis optreedt.

in te zetten. Een dergelijke ontwikkeling gaat vanzelfsprekend gepaard met dat het steeds gewoner zal worden om een huis te bewonen met 'optionele' gevels.

Eerst is de vraag of de gevel wordt omvat door de grondeigendom (5:20 BW). Men zou moeten concluderen dat de gevel in de zin van artikel 3:4 lid 2 BW weliswaar feitelijk contact heeft met de grond, maar dat deze zonder beschadigingen kan worden verwijderd. De gevel is dan ook niet verenigd met de grond in de zin van artikel 5:20 BW. Het bestemmingscriterium komt slechts aan bod indien sprake is van een vereniging met de grond. Het vult dan de vraag in of de vereniging duurzaam is.

Door ook bij artikel 3:3 BW op deze wijze te werken is de gevel tevens roerend. Twee voordelen volgen hieruit: men kan zich de gang naar de notaris voor een opstalrecht en eigendomsafplitsing besparen, hetgeen innovaties betaalbaarder maakt. Belangrijk is dat ook andere rechtsgevolgen die de vestiging van een opstalrecht heeft, kunnen worden omzeild. Een opstalrecht verschaft namelijk niet alleen eigendom aan de opstalgerechtigde maar zorgt ervoor dat de opstalgerechtigde bevoegd is om zijn zaak in eigendom te hebben op het stuk grond dat met het opstalrecht is bezwaard. Het opstalrecht geeft, kortom, goederenrechtelijke bevoegdheden ten aanzien van de locatie, die mede tegenover rechtsopvolgers van de grondeigenaar werken.

X. Het voordeel van de gevel als niet-verenigde, roerende zaak laat zich eenvoudig illustreren met een ander voorbeeld. Stel dat u een woning koopt met een garage waarin een door uw rechtsvoorganger gehuurde auto is achtergelaten. U kunt de huurovereenkomst overnemen. U bent vrij om hierop in te gaan of om elders een auto te kopen of huren. Die vrijheid ontbreekt als uw rechtsvoorganger een gevel huurde en de verhuurder deze in eigendom houdt krachtens een opstalrecht. Het is afhankelijk van de opstalvoorwaarden - waaraan u als rechtsopvolger van de opstalgever bent gebonden - of de verhuurder verplicht is om zijn zaak te komen verwijderen. De kans bestaat dat de geveleigenaar - waarschijnlijk een repeat player die standaardvoorwaarden heeft laten opstellen - in de opstalakte heeft bedongen dat u de gevel moet blijven dulden zelfs als deze defect is. De kans bestaat even goed dat met een kettingbeding in de akte is vastgelegd dat u de huurovereenkomst van uw rechtsvoorganger moet voortzetten. Opgenomen kan ook zijn dat u bij een vroegtijdige beëindiging van het opstalrecht de kosten van de verwijdering van de gevel moet betalen. Kortom, het is voor de gebouweigenaar/gevelhuurder moeilijker om zich te verlossen van (de verhuurder/opstalgerechtigde van) een onroerende gevel, dan om zich te bevrijden van de verhuurder van een roerende zaak. Bij een roerend zaakskarakter kan een gelijkwaardiger relatie tussen producenten en consumenten tot stand komen en is de prikkel voor producenten om hoogwaardige producten en service te blijven leveren, sterker.

Bijkomend voordeel is er aan de kant van de producent van deze te huren gevels: de financiering zal eenvoudiger zijn. Een gevelproducent zal bank A als onderpand voor de financiering van zijn innovaties een pandrecht op de geproduceerde gevels kunnen bieden, dat niet meer door natrekking verloren gaat, omdat rekening wordt gehouden met de verplaatsbaarheid en het onderscheid tussen een verbinding en een ware vereniging. Het is immers zo dat door natrekking de zaak als zelfstandig object ophoudt te bestaan, waardoor ook een pandrecht komt te vervallen. Betere financieringsmogelijkheden en zekerheden voor financiers zouden een transitie van de lineaire naar de circulaire bouw op gang helpen.

Zou de gevel onroerend zijn, dan moet men een hypotheekrecht vestigen waarvoor de gang naar de notaris noodzakelijk is (artikel 3:98 jo. 3:89 jo. 3:3 jo. 3:10 BW). Onwenselijk is daarbij dat in de openbare registers - aldus de Parlementaire Geschiedenis - vele verplaatsbare zaken zouden komen te staan die niet noodzakelijkerwijs aan de grond zijn verbonden.

2.5.3 Het lot van indirect, duurzaam verenigde zaken?

In het WKK-arrest bleek een machine of installatie in een gebouw eveneens duurzaam verenigd met de grond te kunnen zijn naar Portacabin-maatstaven. Hoewel indirect in contact met de grond, was de installatie naar aard en inrichting bestemd om duurzaam ter plaatse te blijven, onroerend en eigendom van de grondeigenaar.¹⁴⁰ Dit past niet goed bij de circulaire ideologie: een badkamer of koelkast die als object kan worden geïdentificeerd, die modulair en constructief onafhankelijk¹⁴¹ als dienst wordt afgenomen, zou roerend moeten blijven en geen eenheid zijn met de grond of een gebouw.¹⁴²

Voor een dergelijke badkamer, koelkast of een modulair dak dat als klimaatsysteem dient op een gebouw en gemakkelijk verplaatsbaar is, geldt dat men natrekking aan de grondeigendom wil voorkomen. Echter, zelfs een groot bord met de term 'lease-dak' of 'leasebadkamer' kan dat niet.¹⁴³ De oplossing is wederom gelegen in het opstalrecht, maar zelfs als men dat zou accepteren (en dat is niet in alle gevallen evident¹⁴⁴) dan blijkt dat in de dagelijkse installatiepraktijk moeizaam en duur.

140 Hoge Raad 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0813 (WKK). Bijzonder is dat het hof deze maatstaven toepast op een installatie in een gebouw waarvan men - met het later te behandelen arrest *Dépex*/Curatoren van Bergel - eerder zou hebben getoetst of deze bestanddeel is geworden van het gebouw in de zin van artikel 3:4 BW of een zelfstandige roerende zaak is gebleven. De nodige kritiek heeft dit arrest dan ook ontvangen: P.J. van der Plank en M.E. Witting, 'Bestanddeelvorming op grond van art. 3:3 BW of onroerend in de zin van art. 3:4 BW', *NTBR* 2014/17.

141 Deze ontwikkelingen waren het onderwerp op de NWO-conferentie "Science for a Circular Economy" te Tilburg, d.d. 15-16 juni 2016.

142 M. van der Veen, M. Hulshof, H.D. Ploeger, 'Cascokoop: wenkend perspectief binnen een circulaire economie', *WPNR* 2014/7033, p. 857-859 bespreken om meer hergebruik te realiseren de cascokoop: particulieren kopen slechts de buitenkant van de woning en huren de binnenkant, inclusief lease- en onderhoudscontracten voor alle huishoudelijke apparaten, elektronica, vloer- en muurbedekking en badkamer en keukeninrichting. Zij maken in hun artikel nog niet de stap naar de internetverbinding en Internet of Things.

143 Hof Arnhem-Leeuwarden 9 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6958, RVR 2014/117: de door een leverancier geplaatste aanduiding 'eigendom' beschermt niet. Obligatoire afspraken zijn niet van belang, het gaat om de objectieve, en dus voor derden kenbare, invulling van de verkeersopvattingen.

144 A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Deventer: Kluwer 2015, p. 61.

Van der Plank zoekt het voorkomen van de natrekking in een beperkende gelding van het bestemmingscriterium: het zou alleen gelden voor gebouwen en werken die *rechtstreeks* met de grond zijn verenigd. De *indirect* verenigde zaken vallen daar niet onder. Om te voorkomen dat de machines en installaties door het bestemmingscriterium natrekken aan de grond, stelt zij voor dat deze roerende machines en installaties in gebouwen niet worden nagetrokken door de grond, maar alleen door een gebouw indien artikel 3:4 jo. 5:3 BW daartoe leidt.¹⁴⁵

De vraag die dan rijst, is waarom de indirect verenigde gebouwen en werken wél in artikel 3:3 en 5:20 vermeld staan. In artikel 5:20 BW zou volgens haar per ongeluk staan dat ‘indirect verenigde gebouwen of werken’ worden nagetrokken. Indirecte verenigde gebouwen en werken zouden wel in artikel 3:3 BW staan, zodat bestanddelen die met een opstalrecht zijn afgescheiden van de grondeigendom toch onroerend zijn.¹⁴⁶

Volgens Heyman en Bartels is de vermelding van de indirecte vereniging in artikel 5:20 BW juist bedoeld om machines die geen bestanddeel van een gebouw zijn (naar artikel 3:4 BW) tot de grondeigendom te rekenen.¹⁴⁷ ‘Het maakt dan niet uit of een incheckpaaltje voor de trein zich op het maaiveld bevindt of op de eerste verdieping in een stationsgebouw; het paaltje wordt hetzij door directe, hetzij door indirecte vereniging eigendom van de grondeigenaar’, aldus een voorbeeld van Vonck.¹⁴⁸

Discussie over het al dan niet opzettelijk of abusievelijk regelen van natrekking van indirect verenigde gebouwen en werken, is overbodig indien men de striktere toets en toetsvolgorde aanhoudt, waarop Heyman en Bartels attendeerden. Eerst bepaalt men de omvang van de eigendom (artikel 5:20 en 3:4 BW) waarbij men de vereniging naar de letter van de wet interpreteert. Vervolgens beoordeelt men het zaaks-karakter.

XI. Wat betekent deze suggestie voor de toekomst van een circulaire binnenmuur die tegelijkertijd als klimaatsysteem fungeert? De vraag is niet, zoals in het WKK-arrest, of de installatie onroerend is en dus wordt nagetrokken door de grondeigendom. De vraag is allereerst wat de omvang van de grondeigendom is zoals bedoeld in artikel 5:20 en 3:4 BW. De binnenmuur heeft feitelijk contact met de vloer (indirect met de grond) maar kan zonder beschadigingen worden verwijderd. Er is geen sprake van een situatie waarin een verwijdering voor beschadiging van betekenis zorgt. Daarmee is ook geen sprake van een ‘vereniging met de grond’. De binnenmuur is evenmin een onroerende zaak in de zin van artikel 3:3 lid 1 BW, omdat de vereniging ontbreekt. Aan de bestemmingsvraag die

145 P.J. van der Plank, ‘De indirecte vereniging van art. 3:3 jo art. 5:20 sub e BW’, *WPNR* 2009/6796, p. 346 e.v.; P.J. van der Plank en M.E. Witting, ‘Bestanddeelvorming op grond van art. 3:3 BW of onroerend in de zin van art. 3:4 BW’, *NTBR* 2014/17. P.J. van der Plank, *Natrekking door onroerende zaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 34-42 en 54 e.v.

146 P.J. van der Plank, *Natrekking door onroerende zaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 34-42 en 54 e.v.

147 H.W. Heyman & S.E. Bartels, *Vastgoedtransacties. Koop*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012, nr. 8.

148 F.J. Vonck, *GS Zakelijke rechten*, art. 5:20 BW, aant. 6.3.

de duurzaamheid van een bestaande vereniging beoordeelt, komt men niet toe. De binnenmuur is een roerende zaak.

De vraag die niet onbesproken mag blijven is of de binnenmuur een bestanddeel is van het gebouw? Dat brengt ons op de volgende alinea over welk lot de bestanddelen van nu beschoren zijn in een meer circulair goederenrecht.

2.5.4 Wat is het lot van bestanddelen?

In de circulaire economie worden demontabele alternatieven ontworpen voor zaken die nu bestanddeel kunnen zijn van een gebouw in de zin van artikel 5:3 jo. 3:4 BW, zoals een lichtstelsel, warmteinstallatie of binnenmuur. Zal de verkeersopvatting veranderen en minder sprake zijn van bestanddeelvorming? Zullen nieuwe manieren van ontwerp en bevestiging voorkomen dat deze ‘bestanddelen’ geen bestanddelen meer zijn?

Een voorbeeld vinden we in de Finch modules. Finch modules zijn modules die als woning kunnen worden ingericht - en dan een met klittenband bevestigde badkamer krijgen - en even gemakkelijk als kantoor dienst doen. Al naar gelang hun functie krijgen ze een andere indeling. In het huidige recht zijn muren en de badkamer ‘bestanddelen’. Herontworpen hoeft noch de klittenbandbadkamer noch de binnenmuur bestanddeel te zijn van de module.

Een ander voorbeeld is het lichtstelsel van Philips: armaturen zijn in het circulaire verdienmodel bedoeld om eigendom te blijven van het bedrijf dat vervolgens licht ‘per use’ levert. Armatuur en lamp worden niet langer in eigendom overgedragen, maar het goederenrecht concludeert ‘gewoon’ tot bestanddeelvorming.¹⁴⁹

Kan hieraan recht worden gedaan?

A Bestanddelen door verbinding en de eenheidswaarde

Een ruime uitleg van artikel 3:4 lid 2 BW zoals in de literatuur werd voorgesteld, dat als ‘beschadiging van betekenis’ ook ‘schade van betekenis’ ziet, zou de ontwikkeling van circulaire initiatieven niet ten goede komen. Erkend wordt al in de praktijk dat de kosten van de arbeid bij het veranderen of verwijderen van een bestanddeel en ‘urban mining’ hoger zijn dan bij sloop. Maar, als milieubelasting, sloopkosten en besparingen van bedrijven die met tweedehands beter af zijn als totaal - binnen de *Donut* - worden uitgerekend, kan het best zijn dat er geen schade is die de eenheid in economische zin rechtvaardigt.¹⁵⁰ Begrijpelijk is mijns inziens wel het standpunt

149 Waarschijnlijk is het Philips geweest die onder het programma Ruimte in Regels - waarover nummer 2.3 - artikel 5:3 BW heeft aangevochten, overigens zonder succes.

150 De werkelijkheid is complex: ‘netjes slopen’ komt nog weinig voor en als bijvoorbeeld houtafval niet wordt gescheiden van ander sloopafval, komt het voor hoogwaardig hergebruik niet in aanmerking. Nieuw hout is nu goedkoper en veel hout belandt in verbrandingsovens door de subsidie op verbranding van biomassa. Dergelijke subsidies vertekenen het kostenplaatje. Besproken tijdens de werksessie van 11

dat ook het in- en uitbouwen gepaard gaat met kosten, maar dit waardemotief - zie deel 3 - verdient in een circulaire economie een nieuw perspectief. Aan de discussie over het behoud van waarde kan in de circulaire economie worden toegevoegd dat 'afval' ook een 'grondstof' is (dit zou zelfs een doel van het recht worden) en dat het bij een totale kostenberekening (energieverbruik daarin meegenomen) wel eens waardevermeerderend kan zijn om elementen te vervangen. Men kan zich voorstellen: door de gevelelementen met bijvoorbeeld geïntegreerde verwarmingssystemen te verwijderen kunnen modernere elementen worden geplaatst die nog meer CO₂-reductie en een verlaging van de energiekosten kunnen bewerkstelligen. Los van de investering van arbeid om de elementen te vervangen en de transactiekosten die met de bijbehorende verschuivingen samenhangen, zal op den duur weer geld (en energie) bespaard worden. Raadzaam is om dan ook vast te houden aan de letter van de wet en alleen van bestanddelen door verbinding te spreken, wanneer afscheiding *beschadiging van betekenis* veroorzaakt.

Dat wat modulair en circulair ontworpen wordt zonder de in artikel 3:4 lid 2 BW genoemde materiële verbinding, kan de 'eenheidsdans' ontspringen. Dit laat zien dat het ontwerptraject van invloed is op het recht. Een ontwerp dat rekening houdt met de eenvoudige losmaking voorkomt de kwalificatie van bestanddeel door fysieke verbinding. Dat wat materieel niet verbonden is in de zin van lid 2 kan echter naar verkeersopvatting bestanddeel van een hoofdzaak worden.

B Bestanddelen naar verkeersopvattingen

XII. Het woonproject van Woningcorporatie Ons Doel in Leiden werkt met flexibele units - 'containers'- waarvan demontage en verplaatsing en hergebruik mogelijk zijn. De wanden van de containers zijn met klittenband aan het casco bevestigd. De restwaarde van het materiaal wordt van tevoren vastgesteld en er wordt een terugnamegarantie van de producent afgegeven.¹⁵¹ Nu is de flexibele unit tijdelijk als woonruimte ingezet, maar met hetzelfde gemak wordt deze een jaar later tot (nood)kantoorhuisvesting 'omgeklittenband' en een andere functie gegeven.

Is een modulaire badkamer die met klittenband is bevestigd aan de containerunit bestanddeel daarvan? We zagen dat volgens de Parlementaire Geschiedenis en de rechtspraak de volgende factoren spelen: of er sprake is van een onderlinge, specifieke constructieve afstemming (en geen standaardwerk) én of de hoofdzaak zonder het bestanddeel uit oogpunt van geschiktheid incompleet is en niet langer aan haar economische of maatschappelijke bestemming kan beantwoorden. Voorts spelen bij de invulling van de verkeersopvattingen de bestaande gewoonten en overeenkomsten die ten aanzien van bepaalde zaken worden gesloten, een rol.¹⁵²

en 25 september 208 van Metropoolregio Amsterdam (MRA) & Dr2 New Economy te Amsterdam.

151 Zie voor voorbeelden platform31.nl/uploads/media_item/media_item/88/13/170628_Praktijkvoorbeelden_circulair_bouwen-1498658397.pdf.

152 Hoge Raad 16 maart 1979, NJ 1980/600 m.nt. B. Wachter (*Radio Holland*), B.G.P. Rogmans, *Verkeersopvattingen*, Mon. NBW A20, Deventer: Kluwer 2007, p. 44;

Men zou over een klittenbandbadkamer als volgt kunnen redeneren: door circulair, modulair ontwerp van de badkamer en de container zijn deze in constructief opzicht specifiek op elkaar afgestemd. Echter, er is geen sprake van dat de module zonder de klittenband-badkamer onvoltooid is, immers de container heeft een meervoudige functie en kan aan de bestemming van flexibele multi-inzetbare unit - soms woonruimte, soms kantoor - voldoen als de badkamer wordt verwijderd. Ook de gezegde overeenkomsten spelen een rol. Omdat de opkomst van huur van vervangbare elementen gepaard zal gaan met de opkomst van nieuwe overeenkomsten, kan zich een andere verkeersopvatting ontwikkelen.

XIII. Stel dat een gebouw een groene, circulaire binnenmuur krijgt die het huis van warmte en koelte voorziet als ware het een klimaatsysteem. De binnenmuur is met enkele bouten bevestigd, waardoor verwijdering geen beschadiging toebrengt. Wat zegt de verkeersopvatting van artikel 3:4 lid 1 BW? De binnenmuur en het gebouw zijn niet specifiek op elkaar afgestemd. Uit oogpunt van geschiktheid als gebouw is het gebouw wellicht incompleet zonder verwarming. De huurovereenkomst tussen de huiseigenaar en de verhuurder van de binnenmuur duidt er echter op dat het klimaatsysteem een roerende zaak is die in eigendom is van de verhuurder. Bovendien blijkt het in de bouw steeds gebruikelijker om huizen op te leveren zonder centraal klimaatsysteem, omdat huizenbezitters vaker voor roerende klimaatinstallatie kiezen en daar een hele nieuwe branche is ontstaan die laat zien hoe gewoon dat is geworden. Mogelijk worden op den duur zo veel gebouwen zonder standaardverwarming zoals we die kennen opgeleverd, maar met de mogelijkheid verschillende soorten klimaatverzorging - in de gevel, in een binnenmuur, op het dak, via de composthoop - te kiezen, dat een klimaatsysteem naar verkeersopvatting geen bestanddeel zal zijn. Dit zou overigens passen bij het Duitse systeem waarin producten die standaard vervaardigd zijn geen bestanddeel worden. Deze zijn na uitneming namelijk gewoon opnieuw te gebruiken. In dergelijke gevallen is evenmin sprake van waardevernietiging.¹⁵³

Niet een onderdeel van de rechtsoverwegingen van de wetgever of rechter, maar een feitelijk gegeven, zijn technische ontwikkelingen. Technische ontwikkelingen laten zien het steeds eenvoudiger wordt om bestanddelen op afstand te exploiteren. Ook dit heeft gevolgen voor de bestanddeelvorming. Wordt immers een 'bestanddeel' door de verhuurder op afstand bestuurd - uitgeschakeld wanneer de maandelijks termijn bijvoorbeeld niet is betaald - dan is de hoofdzaak met dat 'bestanddeel' niet voltooider dan zonder dat bestanddeel. Het functioneren van een lichtstelsel dat kan worden uitgeschakeld bij niet-betaling is zodanig afhankelijk van de betaling dat het stoffelijk object nauwelijks, althans niet vanwege zijn stoffelijke voordelen, het gebouw dient. Het gebouw is zonder functionerend 'bestanddeel' niet voltooider of

H.C.F. Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het nieuwe B.W. (Titel 1 t/m 5. Titel 11)*, Deventer: Kluwer 1986, p. 6-7.

153 Dit systeem wordt uitgebreid besproken door H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 39-40.

bruikbaar dan mét. ICT kan er denk ik dan ook voor zorgen dat bepaalde objecten die voorheen naar verkeersopvatting bestanddeel waren, zelfstandig blijven.¹⁵⁴

C De afscheiding van materialen met het opstalrecht

Bediscussieerd werd tot op welk niveau men kleinere delen, gipsplaten of isolatiemateriaal juridisch kan afscheiden. Onomstreden is volgens Vonck de opvatting dat een baksteen of dakpan daarvoor niet voldoende zelfstandigheid bezit.¹⁵⁵ Heyman en Bartels noemen zelfs de vraag ernaar ‘pure onzin’: ‘Het te verzelfstandigen object moet zijn identiteit en maatschappelijke nutsfunctie hebben behouden. Dat is niet het geval bij de samenstellende delen van een zaak waaruit die is opgetrokken en zonder welke zij naar verkeersopvatting niet compleet is. [...] Dat zou maatschappelijk niet alleen onwenselijk zijn, maar bovendien pure onzin, waar ook geen behoefte aan bestaat. De leverancier onder eigendomsvoorbehoud van de raamkozijnen en de bakstenen zal zijn eigendom niet meer willen opvorderen als die materialen eenmaal in het gebouw zijn verwerkt.’¹⁵⁶ Dit citaat dateert van 2006.

Dit opstalrecht kan men ook in de circulaire economie nodig hebben. Zelfs al zouden nog weinig producten verbonden of naar verkeersopvatting bestanddeel zijn, er blijven bouwmaterialen als samenstellende bestanddelen nodig. Over de mate van zelfstandigheid en individualiseerbaarheid die een object voor het opstalrecht moet hebben verschilden de meningen: kon men met opstal juist ook allerlei bestanddelen afscheiden of was enige zelfstandigheid vereist om een opstalrecht te kunnen vestigen?

Het citaat benoemt twee verschillende punten die daarbij een rol spelen: de individualiseerbaarheid én de maatschappelijke nutsfunctie.

Ten eerste de individualisering. De literatuur leert dat een dak niet volgens iedereen van het huis is af te scheiden.¹⁵⁷ Een opstalrecht vereist dat een object als afzonderlijk ‘werk’ is aan te merken: het moet naar verkeersopvattingen voldoende individualiseerbaar zijn.¹⁵⁸ Er zijn zaken en bestanddelen en kennelijk ook zelfstandige bestanddelen. Met dezelfde criteria waarmee verschillende auteurs bijvoorbeeld deuren of gevelstenen niet te individualiseren achten, wordt verdedigd dat zij dat wel

154 Uitgebreider publiceerde ik hierover in het bijzonder in het WPNR 2018/7194 van 12 mei 2018: ‘Worden ‘slimme’ zaken in de circulaire economie ook nagetrokken?’, p. 396-407. Onlangs verscheen van Anna Berlee het artikel ‘Op afstand bestuurbaar eigendom’, *MvV* 2018, 7-8, p. 255-261 dat ingaat op deze ontwikkeling als beperking van het eigendomsrecht.

155 F.J. Vonck, *GS Zakelijke rechten*, art. 5:20 BW, aant. 6.2.2 met vele verwijzingen.

156 H.W. Heyman & S.E. Bartels, ‘Is een huis bestanddeel van de grond? Een rechtsgeleerde dialoog tussen H.W. Heyman en S.E. Bartels’, *NTBR* 2006/40, voetnoot 8.

157 A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, Deventer: Kluwer 2015, p. 61.

158 K.J.H. Hoofs, *Doorbreking van de natrekking in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Maastricht), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013, p. 97-101.

zijn, omdat ze duidelijk te omschrijven zijn in een akte.¹⁵⁹ Goed en wel beschouwd kan men alles ‘individualiseren’, zeker met technologie. We zagen in de inleiding dat overheden en praktijk ICT zien als een *key enabling technology* op weg naar een circulaire economie en deeleconomie. Internetplatforms kunnen vraag en aanbod op lokaal niveau inzichtelijker maken om ‘urban mining’ tot bloei te brengen. ICT zorgt voor identificatie van grondstoffen, materialen en onderdelen.¹⁶⁰ Als de informatie gepubliceerd is via een Kadaster of Madaster dat materialen een identiteit geeft, kan een derde (liefst alleen met een gerechtvaardigd belang) kennis nemen van het feit dat de eenheidsschijn niet de werkelijkheid is. Evengoed kan kenbaar worden gemaakt dat het goed is uitgerust met inbouwelementen zoals een koelkast, badkamer en een daarmee communicerende koffiezetter die van bijvoorbeeld een abonnement op en een besturingssysteem afhankelijk zijn.¹⁶¹ Identificatie en publiciteit van eigendomsverhoudingen lijken met ICT niet langer obstakels die aan ‘versnippering’ van eigendom in de weg hoeven staan.¹⁶²

XIV. Een gevel bevat een schat aan informatie. De gevel voldoet aan het Bouwbesluit, een CE-Markering en een Prestatieverklaring, heeft stoffelijke kenmerken ten aanzien van de afmetingen, onderhoudsvoorschriften, de producent, de gebruikte materialen, brandwerendheid, inbraakwerendheid. Zoals het in het begin geschetste voorbeeld van de Delftse leasegevel is een gevel te voorzien van een FIS, Façade Identification System. De digitale informatie die in het ontwerp en productieproces wordt gebruikt is van belang indien men de gevel wil gaan hergebruiken of indien de gevel op een urban mining platform terecht zou komen en kan dienen ter identificatie van bouwmaterialen.

-
- 159 Om die reden werkt men ook wel met verschillende erfpachtrechten, zie F.J. Vonck, *GS Zakelijke rechten*, art. 5:20 BW, aant. 6.2.2 en F.J. Vonck, *GS Zakelijke rechten*, art. 5: 101 BW, aant. 1.8 en 1.9; K.J.H. Hoofs, *Doorbreking van de natrekking in rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Maastricht), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2013, p. 97-101.
- 160 Een demonstratie staat op productinformation.nl/. VMRG, ‘Eerste demonstratie van Façade Identification System aan de markt’, vmrg.nl/nieuws-publicaties/nieuws/vmrg-nieuws/eerste-demonstratie-van-facade-identification-system-aan-de-markt/ d.d. 5 oktober 2017.
- 161 Over de met meer informatie uitgebreide BIM (bouwinformatiemodellen) die het mogelijk maken naast geometrie en positie van een object ook informatie te geven over gebruikte materialen - het ‘materialenpaspoort’- uitgebreid A.J. Mes, H.D. Ploeger, B.A.M. Jansen, *Preadvies KNB: Boek 5 van de toekomst*, Den Haag: Sdu 2016, p. 165 e.v.
- 162 Met de invoering van de nieuwe Pandwet in België kan een leverancier die zijn eigendomsvoorbehoud registreert in een register, de natrekking van die zaak voorkomen. Dit lijkt op het door Meijers voorgestelde artikel 3:4 lid 3 BW. De verkoper kon door inschrijving van een akte in de openbare registers voorkomen dat de verkochte zaak voor afbetaling bestanddeel van een onroerende zaak werd. Later woog het eenheidsbeginsel zwaarder. In artikel 8:1 lid 5 BW blijft scheepstoebehoren na inschrijving ook zelfstandig, waarover E.F. Verheul, ‘Eigendomsvoorbehoud, bestanddeelvorming en natrekking’, *WPNR* 2015/7053, p. 237-244. Er zijn m.a.w. woorden voorbeelden voorkoming van eigendomsverschuivingen door registratie van roerende zaken.

VMRG deed in 2003 onderzoek naar de mogelijkheden om dergelijke informatie op te staan in een gevelement door gebruik te maken van een Radio Frequency Identification chip (RFID); technologie om van een afstand informatie op te slaan in en af te lezen van zogenaamde RFID-tags die op of in objecten of levende wezens zitten. Hierbij wordt een 'tag' gemonteerd in een gevelement via RF-straling (Radio Frequentie) die uitgelezen kan worden met een hand-held reader. De passieve 'tag' geeft een unieke code terug waarmee in een centrale database de gegevens van het betreffende gevelement achterhaald kunnen worden. Door middel van proeven is aangetoond dat deze techniek daadwerkelijk functioneert met metalen gevelementen. Met AluEco onderzoekt de VMRG nu de ontwikkeling van een centraal systeem waar gevelbouwers gebruik van kunnen maken om informatie te koppelen aan een chip en aan engineeringsoftware. Gebruikers van gebouwen kunnen bepaalde informatie zien.¹⁶³ Ook identificatie van producten op afstand kan mogelijk worden gemaakt.¹⁶⁴

Meent men dat het opstalrecht zelfstandigheid 'schept', dan is de aanvaarding van het opstalrecht op het kleinste niveau mogelijk. De visie die zelfstandigheid vereist als voorwaarde voor het opstalrecht, kan zich met de huidige technologische ontwikkelingen nog nauwelijks verzetten tegen rechtsversnippering omdat alles 'geïndividualiseerd' kan worden.¹⁶⁵

Het obstakel schuilt echter in 'de maatschappelijke nutsfunctie', de economische aanvaardbaarheid of exploitabiliteit. Al met al is een soepel verloop van het rechtsverkeer een doel. De technische ontwikkelingen laten allereerst zien dat de exploitabiliteit van bestanddelen dankzij ICT ook mogelijk wordt. Lastig is echter te voorspellen hoe de bouw(rechts)praktijk - het rechtsverkeer - eruit zal zien als men eigendomsverdelingen op baksteenniveau toestaat.

Zou men met technologie bestanddelen individualiseren en menen dat voldoende zelfstandigheid ontstaat voor een opstalrecht dat bakstenen 'verzelfstandigt', dan heeft dit voordelen voor de financierbaarheid van circulaire productie- en consumptiemodellen. Ook wordt daarmee de toegang tot de markt van spelers die het 'anders' willen gaan doen eenvoudiger. Als de bank aan een circulaire bakstenenfabrikant slechts een lening wil verstrekken in ruil voor een zakelijk recht op de herbruikbare bakstenen, dan is wenselijk dat het zekerheidsrecht op de bakstenen kan blijven bestaan en bakstenen verzelfstandigd kunnen worden. De leverancier en financier kunnen dan ook gebaat zijn bij deze mogelijkheid. Voorzichtig schrijf ik 'kunnen', omdat het af zal hangen van het type bestanddeel en de zelfstandige exploitatiebaarheid daarvan. Zo is binnen het programma Ruimte in Regels geklaagd over de aantrekking van lichtarmaturen die via het light-as-a-service-model worden aangeboden. In dat geval heeft het bedrijf met de bank en kredietverstrekkers over het aantrekkingsrisico gesproken, waarna werd geconcludeerd dat het onderpand van de

163 https://www.vmr.nl/files/9114/6977/3454/Eleke_gevel_een_unieke_ID.pdf.

164 G.J. Zwenne & B. Schermer, *Privacy en andere juridische aspecten van RFID: unieke identificatie op afstand van producten en personen*, <http://zwenneblog.weblog.leiden-univ.nl/files/2006/05/rfid-tekst.pdf>.

165 H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 213-215.

lichtarmaturen niet het belangrijkste was. Er werd bij het verstrekken van een krediet gekeken naar de kasstromen van het bedrijf. Het bedrijf heeft het eigen kredietrisico zo goed mogelijk afgedicht door ervoor te zorgen dat de banken de servicelening financieren. Het Ministerie van Justitie en Veiligheid concludeert in het daarover opgestelde rapport dat de natrekking als belemmering wél voort bestaat voor kleinere MKB bedrijven die met een dergelijk concept de markt op willen en niet kapitaalcrachtig genoeg zijn om dit risico zelf te dragen.¹⁶⁶

Er is ook een keerzijde. Ik schreef al dat noch de circulaire economie, noch het rechtsverkeer gebaat is bij meer opstalrechten. Opstalrechten zijn moeizaam en ondoenlijk in de dagelijkse installatiepraktijk en daarom niet efficiënt. Tevens ontstaat er registervervuiling als al die opstalrechten worden gedocumenteerd. Eerder zou ik pleiten voor meer circulair ontwerp, zodat bestanddeelvorming kan worden voorkomen.

De discussie naar de wenselijkheid van verzelfstandiging van materialen op baksteenniveau moet niet alleen op basis van de juridische dogmatiek, maar tevens op basis van de praktische uitvoerbaarheid worden gevoerd. De stelling van Heyman dat verzelfstandiging van bakstenen maatschappelijk onwenselijk en onzinnig is én dat daaraan geen behoefte bestaat is een belangrijke stelling om aan te praktisch te toetsen: is het opvorderen van materialen als zij eenmaal in het gebouw zijn verwerkt wel de meest gewenste vorm van circulair bouwen, of bieden de ‘urban mining’ platforms een oplossing die juridisch eenvoudiger en praktisch wenselijker is? ‘Een dode papegaai wordt niet afgebroken en weer opgebouwd tot een papegaai’, maar misschien kunnen sommige papegaaien wel zanglijsters worden. Kortom: een ‘cross-sectorale’ benadering kan nuancering aanbrengen in die stelling.

2.6 Aanbevelingen voor een meer circulair goederenrecht

In mijn verhaal deed ik enkele aanbevelingen die de circulaire economie sterken zonder dat wetswijziging of invoering van een regeling over partijautonomie bij eigendomsomvang noodzakelijk is. In het algemeen pleit ik voor een striktere omgang met de wettekst; dat lijkt voldoende bescherming te bieden tegen natrekking en bestanddeelvorming. Er is dan geen ruimte voor partijautonomie nodig; die ontstaat als vanzelf.

1. Het begrip ‘verenigd’ in artikel 3:3 en 5:20 BW dient daartoe als vereiste te worden getoetst. Daarna wordt de vraag beantwoord of die vereniging duurzaam is. Daarbij is belangrijk te zien dat de vereniging op zijn minst een verbinding is die bij verwijdering tot beschadiging van betekenis leidt, als bedoeld in artikel 3:4 BW. Niet elke verbinding is een vereniging.

XV. Stel dat op de grond een circulair gebouw wordt gerealiseerd bestaande uit vier verplaatsbare gevels en een modulair, groen dak. Alle onderdelen van het huis vervul-

166 <http://www.ruimteinregels.nl/wp-content/uploads/2017/07/274-Licht-als-dienst-extern.pdf>.

len samen de functie van een gebouw. Er is echter geen sprake van aantrekkingskracht door de grondeigendom in de zin van artikel 5:20 BW, omdat de verplaatsbaarheid weer een rol speelt: de *vereniging* met de grond ontbreekt. Bij het ontbreken van een vereniging, wordt de vraag naar de duurzaamheid niet meer gesteld. De verschillende objecten zijn, nu men Portacabin voor de invulling van de ‘duurzame vereniging’ verlaten heeft, roerende zaken in de zin van artikel 3:3 BW. De bank die de producent van het dak financiert en pandrecht op het dak verkreeg, zal het pandrecht op het dak niet verliezen.

2. Het loslaten van het ‘bestemmingscriterium’ voor de invulling van het ‘duurzameverenigingsbegrip’ is noodzakelijk, maar de bestemming mag invullen of de vereniging duurzaam is. Gewerkt kan worden met ‘de kenbaarheid van de bedoeling van de bouwer’. Een plakkaat waarop staat geschreven dat een zaak gehuurd is en technologische ontwikkelingen, zoals een gebouwenpaspoort of Madaster, zorgen voor die kenbaarheid. Een register van gehuurde zaken dient voor degenen met een gerechtvaardigd belang toegankelijk te zijn per adres zodat een koper van een huis weet wat hij koopt en welke overeenkomsten daarbij horen en of hij daaraan gebonden is of niet.¹⁶⁷

XVI. Een voordeel van het uitgangspunt dat niet snel sprake is van aantrekkingskracht, is dat weinig opstalrechten noodzakelijk zijn, waarmee weer *lock-ins* worden voorkomen. De huiseigenaar kan met zijn onafhankelijke positie - macht - bijdragen aan gezonde concurrentie op de markt. Diens rechtsoptvolgers zijn vrijer om een eigen producent te kiezen dan wanneer ze aan een opstalrecht gebonden zouden zijn. Bovendien blijft de openbare registers vervuiling bespaard doordat de verplaatsbare zaken die eigendom van een opstaller zouden zijn, er niet in staan. Een laatste voordeel is dat een transitie sneller op gang kan komen. Innovaties zijn niet altijd gemakkelijk te financieren. Een gevelproducent zal zijn bank A weinig onderpand te bieden hebben in het huidige systeem, wanneer alle geproduceerde en verhuurde gevels worden nagetrokken door de grond ‘omdat zij onroerend zijn door bestemming’ en vallen onder het hypotheekrecht op de grond van bank B. Een pandrecht op de geproduceerde gevels zou teniet gaan in het huidige systeem als men geen opstalrecht vestigt, omdat de gevel als zelfstandige zaak zou ophouden te bestaan.¹⁶⁸ Zou men een hypotheekrecht willen vestigen, dan is wederom de gang naar de notaris en de vestiging van een opstalrecht noodzakelijk. Indien een gevel niet valt onder de grondeigendom, nu deze niet daarmee verenigd is, en een zelfstandige zaak kan blijven, kan de financierende bank A met een pandrecht op de gevel als onderpand met een geruster hart de productie van innovaties financieren. De totale opstartkosten naar een circulair verdienmodel zullen wegens het kunnen ‘vermijden’ van de gang naar de notaris, later liggen.

3. Voor de bestanddelen is van belang met artikel 3:4 lid 2 vast te houden aan het vereiste dat pas van een bestanddeel sprake is indien verwijdering van het

167 Met inachtneming van privacywetgeving en de belangen van bewoners, waarover voorbeeld II. onder 2.2.2. Een recent voorbeeld van de nadelen van generalisering door data biedt het nieuws: ‘Verzekeraars misbruiken bigdata-informatie voor hoge woonhuispremies’, <https://nos.nl/1/2254505>.

168 Asser/Bartels & Van Velten, 5 - *Eigendom en beperkte rechten*, 2017/12.

‘bestanddeel’ tot beschadiging van betekenis leidt. Aannemen dat elke ‘schade van betekenis’ een zaak tot bestanddeel maakt, doet geen recht aan het feit dat met een circulaire economie niet alleen de financiële kant van de eigendomsverhoudingen van belang is, maar dat waarde en waardebehoud mede worden ingekleurd door duurzaamheidsoverwegingen en kringloopontwerp. Ofwel: ontmanteling kost geld, maar levert ook wat op. Ontmanteling zou niet de pas afgesneden moeten worden, met de stelling dat arbeidskosten voor verwijdering een schadepost zijn.

Sommige bestanddelen zoals bakstenen kennen een zo sterke fysieke verbinding dat zij bestanddeel zijn naar artikel 3:4 lid 2 BW en dat men het er niet over eens is of zij kunnen worden gezien als zelfstandig. Zou men omwille van de duurzaamheid eigendom door afsplitsing met opstalrechten op dit niveau aanvaarden, dan zal men de revindicatiemogelijkheid die inherent is aan het eigendomsrecht (artikel 5:2 BW) moeten beperken tot bepaalde momenten en wanneer aan stringente voorwaarden is voldaan. Het mag niet zo zijn dat een baksteneneigenaar op elk gewenst moment kan revindiceren, maar acceptabel is het als dat wel kan bij het einde van de levensduur van het geheel. Een soort ‘circulair eigendomsvoorbehoud’ dat niet dient als zekerheidsrecht met een ‘verhaalsoel’ gekoppeld aan de financieringsovereenkomst tussen producent en bank is het waard om over na te denken. De revindicatie en uitwinning van het circulaire eigendomsvoorbehoud zullen de duurzaamheid moeten respecteren.

4. In welke gevallen een circulair eigendomsvoorbehoud soelaas biedt, is een praktijkvraag: moet de papegaai weer een papegaai worden? De stellingen van Heyman dat versnippering op bestanddelenniveau onpraktisch, onwenselijk en onzinnig is, verdient het nader onderzocht te worden vóórdat de continuïteit van het recht wordt doorbroken. Is een tegelproducent of baksteenleverancier daadwerkelijk de meest aangewezen partij om aan het einde van de levenscyclus van een gebouw zijn eigen tegels of bakstenen te revindiceren en te hergebruiken.

Daarbij is van belang oog te houden voor de omvang van de circulaire deelnemers. De onderneming die binnen het programma ‘Ruimte in Regels’ artikel 5:3 BW heeft laten onderzoeken als belemmering voor haar light-as-a-service, leek in eerste instantie last te hebben van artikel 5:3 BW, maar bleek later zelf in staat een andere financieringsstructuur voor het businessmodel te vinden: een financiering op basis van de *cash flow*, de maandelijkse inkomsten uit het verhuursysteem. De Minister van Justitie onderkent in het rapport dat het MKB veel sterker afhankelijk is van de welwillendheid van de bank.¹⁶⁹ Dat laat zien dat de mogelijkheden om circulariteit te omarmen er wel zijn, maar alleen voor een beperkte groep spelers op de markt. Dit geeft hun een bevoorrechte positie en staat concurrentie in de weg.

169 <http://www.ruimteinregels.nl/wp-content/uploads/2017/07/274-Licht-als-dienst-extern.pdf>.

5. Bij de verkeersopvatting van artikel 3:4 lid 1 BW dienen zowel de nieuwe, modulaire kringloopontwerpen als de overeenkomsten die modulaire, circulaire producten begeleiden, in acht te worden genomen.

XVII. Stel dat een klimaatinstallatie wordt gehuurd ten behoeve van een gebouw en daarin wordt bevestigd met vier keilbouten aan de vloer. Er is geen sprake van een echte ‘vereniging’, noch van een sterke fysieke verbinding als bedoeld in artikel 3:4 lid 2 BW. Dankzij de bijbehorende overeenkomsten en het modulaire ontwerp en het feit dat hiervan steeds meer gebruik gemaakt wordt, zijn dergelijke klimaatinstallaties evenmin naar verkeersopvatting bestanddeel volgens artikel 3:4 lid 1 BW. Als zelfstandige zaak is de klimaatinstallatie roerend, omdat de bestemming niet richtinggevend is en de vereniging ontbreekt (artikel 3:3 BW).

6. Zorgwekkend is dat de huurder/gebouweigenaar die - indien zich dit op grote schaal ontwikkelt - nauwelijks meer heeft dan een casco. Hij zal belast zijn met een grote hoeveelheid ‘as a service’-verplichtingen en dreigt in een kwetsbare positie te geraken. Gevaarlijk is de ‘lock-in’: wegens een gebrek aan concurrentie of door onevenwichtige overeenkomsten zit de consument vast aan een gehuurde gevel, terwijl de prijzen kunnen worden opgedreven in die afhankelijkheid, waarmee het besteedbaar inkomen onder druk komt te staan.¹⁷⁰ De ontwikkeling van nieuwe overeenkomsten zal dan ook met het nodige toezicht op ‘waardecreatie’ voor alle betrokkenen - lees: het maatschappelijk welzijn - moeten gaan.

Een laatste woord

De blik van het recht dient gericht te zijn op het maatschappelijk welzijn. Als het maatschappelijk welzijn is gediend met een circulaire economie, dan dient het recht dat te faciliteren. Onderdeel van maatschappelijk welzijn zijn echter ook de zekerheid over eigendom en beperkte rechten en het bestaan van mededinging en enigszins uitgebalanceerde, betaalbare rechtsverhoudingen.

Rechtsbeginselen, waaronder het eenheidsbeginsel, zijn uitingen van morele, culturele normen of van historische of economische verhoudingen.¹⁷¹ Beginselen zijn daarom aan de tand des tijds onderworpen. Als het aan de Europese en Nederlandse overheden ligt, zijn wij aan een nieuwe toekomst begonnen met andere economische verhoudingen.¹⁷² Die toekomst zal uitwijzen of het eenheidsbeginsel in

170 Een voorbeeld is dat Booking.com de Franse hotels in een wurggreep nam door nadat de digitale tussenpersoon een machtspositie had opgebouwd, de percentages die hoteliers moesten afdragen successievelijk te verhogen. Terecht kwamen de hoteliers ondersteund door de minister van Economische Zaken en de Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) in opstand: artiref.com/commercialisation-hotel/arnaud-montebourg-assigne-booking-com-en-justice.html.

171 G.J. Scholten, D.F. Scheltens, H.J. van Eikema Hommes, *Rechtsbeginselen*, Deventer: Tjeenk Willink 1980, p. 54-58. Op p. 69 zijn zij een ‘relatieve constante’.

172 Zie de verwijzingen naar de beleidsstukken in de inleiding.

het rechtsvormingsproces slechts paste bij de lineaire, economische verhoudingen en werd overschaduwd door, wellicht, een 'duurzaamheidsbeginsel'.

ISBN: 978-94-6315-042-2
NUR: 822-823



9 789463 150422 >