

TBR 2019/89

Het bevorderen van circulair bouwen

Een alternatief voorstel

– Mr. dr. P.J. van der Plank¹

1. Inleiding

Circulair bouwen is een thema waar veel over wordt geschreven.² Zo verscheen eind vorig jaar het preadvies van de Vereniging voor Bouwrecht over dit onderwerp³ en recent het KNB preadvies met als thema 'Duurzaam wonen'.⁴ Veelal wordt het bevorderen van circulair bouwen gezocht in de beperking van de regels wanneer natrekking plaatsvindt. Zo ook in de zojuist genoemde preadviezen. In deze bijdrage staat de vraag centraal of het mogelijk is circulair bouwen te bevorderen, zonder het goederenrechtelijke systeem ingrijpend te wijzigen.

2. Waarom is circulair bouwen thans goederenrechtelijk een uitdaging?

Er zijn twee contraire rechtsverschijnselen in het Nederlandse goederenrecht die circulair bouwen bemoeilijken: enerzijds vindt natrekking snel plaats, terwijl anderzijds de mogelijkheden om natrekking te doorbreken beperkt zijn. Dit vormt een obstakel voor circulair bouwen, waarbij een leverancier eige-

naar blijft van hetgeen hij levert ten behoeve van de ontwikkeling van een gebouw.

De oplossing om circulair bouwen te bevorderen wordt veelal gezocht in het beperken van de gevallen waarin natrekking plaatsvindt, óf in het verruimen van de doorbrekingsmogelijkheden, dan wel in een combinatie van beide. Zo doet Koolhoven in het Preadvies Circulair Bouwen van de Vereniging voor Bouwrecht een aantal aanbevelingen om de huidige natrekkingsregels te beperken. Onder meer door bij toepassing van art. 3:3 BW (in verband met de vraag of een gebouw of werk als onroerend is aan te merken en daardoor nagetrokken wordt door de grond op grond van art. 5:20 lid 2 sub e BW) een dubbele toets te hanteren: 1. is er sprake van een vereniging, en 2. is deze vereniging duurzaam. Van een vereniging is pas sprake, zo bepleit zij, als verwijdering tot een beschadiging van betekenis leidt. 'Niet elke verbinding is een vereniging', stelt zij.⁵ Het bestemmingscriterium dient in haar opvatting gehanteerd te worden voor de vraag of (indien er sprake is van een vereniging) deze vereniging *duurzaam* is. Indien duidelijk is – bijvoorbeeld door gebruik van een gebouwenpaspoort of een Madaster – dat iets wat niet zonder beschadiging afgescheiden kan worden van een gebouw in eigendom toebehoort aan iemand anders, vindt in haar voorstel geen natrekking plaats, als ik het goed begrijp. Het oordeel hiervan zou zijn dat een modulaire gevel of een modulair dak niet langer nagetrokken wordt door het gebouw. Voor een koper van een gebouw betekent dit echter dat hij zal moeten kijken in een register van gehuurde zaken (zo stelt Koolhoven voor) om te kijken wat wel en wat niet valt onder de eigendom van het gebouw en welke overeenkomsten eventueel horen bij de gehuurde zaken.

Ik heb grote twijfels bij deze aanbeveling: ten eerste gaat Koolhoven er hier mijns inziens aan voorbij dat als iets zodanig verenigd is dat het niet zonder

¹ Pernille is als adviseur verbonden aan de praktijkgroep Real Estate van Houthoff. Daarnaast is zij werkzaam als universitair docent aan de Universiteit Utrecht en als onderzoeker verbonden aan het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law (UCWOSL). Dit artikel is verschenen mede vanwege de Stichting Fundatie Bachiene welke stichting onder meer ten doel heeft het stimuleren van publicaties omtrent onroerende zaken en andere registergoederen.

² Zie onder meer: P.J. van der Plank & D. De Jong, 'Instrumenteel gebruik van het recht van erfpacht in het kader van circulair bouwen', *WPNR* 2019/7224, N.C. Streep, 'De eigendom voorbij', *Ars Aequi* 2018/612, R. Koolhoven, 'Worden 'slimme' zaken ook nagetrokken in de circulaire economie?', *WPNR* 2018/7194, M.A.B. Chao-Duisvis, 'Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel I)', *TBR* 2017/154, A.M. Schmidt, 'Diensten in de circulaire economie en enkele mogelijke privaatrechtelijke belemmeringen', *M en R* 2017/120, A.J. Mes, H.D. Ploeger, B.A.M. Janssen, 'Eigendom van onroerende zaken, met name natrekking', in: *Boek 5 van de Toekomst*, KNB Preadvies 2016, Den Haag: Sdu 2016, p. 158 en M. van der Veen, M. Hulshof, H.D. Ploeger, 'Cascokoop: wenkend perspectief binnen een circulaire economie', *WPNR* 2014/7033.

³ Ch.W. Backes, M.N. Boeve, R. Koolhoven en D.R. Versteeg, *Circulair bouwen*, Preadvies Vereniging voor Bouwrecht, Den Haag: VBR 2018.

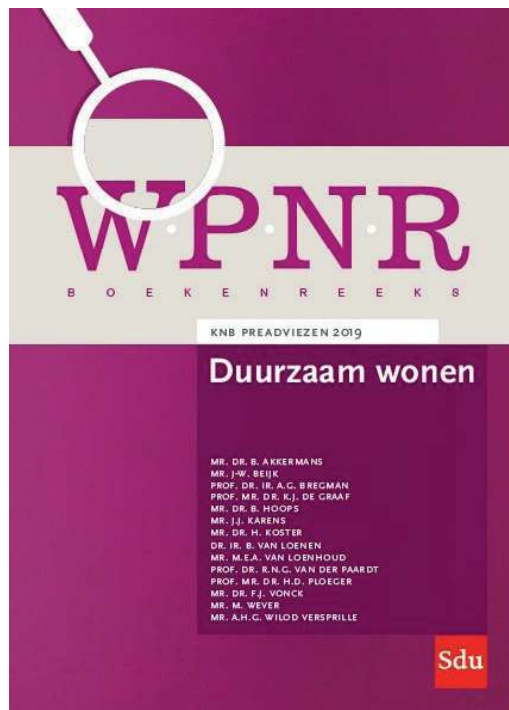
⁴ L.C.A. Verstappen, F.J. Vonck, *Duurzaam Wonen*, KNB Preadvies 2019, Den Haag: SDU 2019.

⁵ Ch.W. Backes, M.N. Boeve, R. Koolhoven en D.R. Versteeg, *Circulair bouwen*, Preadvies Vereniging voor Bouwrecht, Den Haag: VBR 2018, p. 50.

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

Circulair bouwen

Publicatie van de Vereniging voor Bouwrecht
 Nr. 46



behoort tot de eigendom van een registergoed. Het kan immers nog steeds zo zijn dat iemand op basis van een gevestigd opstalrecht eigenaar is van een ander onderdeel van het gebouw. Het raadplegen van meerdere registers lijkt omslachtig.

Belangrijker is mijns inziens nog dat de regels omtrent natrekking er niet voor niets zijn. Art. 5:3 BW bevat het eenheidsbeginsel: de regel dat de eigenaar van een zaak, ook eigenaar is van haar bestanddelen (voor zover de wet niet anders bepaalt). In mijn proefschrift⁷ besprak ik reeds de verschillende opvattingen in de literatuur omtrent de motieven achter dit eenheidsbeginsel en heb ik uiteengezet dat de belangrijkste reden voor het bestaan van het eenheidsbeginsel rechtszekerheid is. Regels omtrent natrekking zorgen ervoor dat datgene wat er fysiek uitziet als één zaak, rechtens ook als één zaak behandeld wordt. Het voorstel van Koolhoven leidt mijns inziens tot grote rechtsonzekerheid, nu het ertoe kan leiden dat iemand een huis verkrijgt en zich later iemand meldt die aantoonde eigenaar te zijn van alle tussenwanden, zonder dat de verkrijger hiervan op de hoogte was. Deze wanden worden dan immers niet nagetrokken. Ik vraag mij ten eerste af of dit een ontwikkeling is die men voor moet staan.

beschadiging van betekenis afgescheiden kan worden, dit reeds aan te merken is als bestanddeel in de zin van art. 3:4 lid 2 BW, zodat niet langer getoetst hoeft te worden aan 3:3 BW. Daarbij zorgt zo een systeem ervoor dat men bij de koop van een gebouw van al hetgeen af te scheiden is zonder beschadiging van betekenis dit wel of niet in de koop betrokken is of niet: deuren, lichtknopjes, tussenwanden: Het onderzoek doen hiernaar en het vervolgens in kaart brengen waar de koop wel of niet op ziet, lijkt me onder meer vanwege de arbeidsintensiviteit ervan niet alleen onpraktisch, maar ook onwenselijk. Daarbij lijkt het creëren van een register voor gehuurde zaken mij ook om een andere reden onwenselijk: als een modulaire gevel niet geregistreerd staat in dit register, is het niet zo dat alsnog natrekking plaatsvindt. De gevelleverancier is nog steeds eigenaar van de door hem geplaatste gevel en kan deze desgewenst verwijderen, c.q. revindicieren (art. 5:2 BW). Het register is immers niet bepalend voor de vraag of natrekking plaatsvindt of niet: de gevel is af te scheiden zonder beschadiging van betekenis, dus de gevelleverancier is eigenaar ervan gebleven. Dit leidt mijns inziens tot grote rechtsonzekerheid.⁶ Daarbij lijkt het mij ongewenst naast de openbare registers voor registergoederen nog andere registers in het leven te roepen, die kunnen bepalen of iets wel of niet

⁶ Of zoals Koolhoven het noemt: in strijd met het vertrouwensbeginsel.

⁷ P.J. van der Plank, *Natrekking door onroerende zaken* (diss. Nijmegen) Kluwer: Deventer 2016, p. 136, paragraaf 4.2.

3. Verruiming van de toepassing van het opstalrecht

Thans is het zo dat alleen natrekking door een onroerende zaken doorbroken kan worden. Het belangrijkste middel hiertoe is door het vestigen van een opstalrecht.⁸ Doordat zo een opstalrecht ingeschreven wordt in de openbare registers, wordt rechtszekerheid gediend: iemand kan immers alleen eigenaar zijn van een onderdeel van een zaak, als dit kenbaar is uit de openbare registers. Circulair bouwen kan mijns inziens relatief eenvoudig bewerkstelligd worden, indien de toepassing van het opstalrecht verruimd wordt. Thans geldt dat een gebouw of werk 'voldoende individualiseerbaar' dient te zijn, wil men hiervoor een opstalrecht kunnen vestigen. Ik heb al eerder bepleit het criterium van voldoende individualiseerbaarheid, te verruimen in die zin dat datgene wat met voldoende bepaaldheid omschreven kan worden in de akte van vestiging van het opstalrecht, kan dienen als object dat door middel van de vestiging zelfstandig wordt.⁹ Het in de doctrine veelvuldig aangehaalde contra-argument dat dit zou leiden tot een te grote versnippering van het eigendomsrecht, moet mijns inziens geplaast worden in het licht van de tijd waarin dit aangevoerd werd: in die tijd waren de openbare registers nog een fysieke kaartenbak, waarin men handmatig moest zoeken. Vandaag de dag kan men met een druk op de knop, eventueel met aangehechte 3D-tekening, inzicht krijgen in de gehele goederenrechtelijke situatie van een gebouw. Maar dit is wellicht niet de plaats om deze discussie over te doen.

Om die reden zal deze bijdrage zich richten op de volgende vraag: is het niet mogelijk circulair bouwen te bevorderen, zonder aantasting van het huidige systeem van natrekkingsregels en de mogelijkheden om opstalrechten te vestigen?

Hiervoor is het allereerst van belang in te gaan op de vraag *waarom* het eigenlijk belangrijk is om circulair te gaan bouwen.

4. Waarom circulair bouwen bevorderen?

In de literatuur worden verschillende argumenten genoemd ten faveure van circulair bouwen: hergebruik van materialen leidt tot minder afval, daarbij wordt door hergebruik grondstoffschaarste tegengegaan en circulair bouwen leidt tot zaken van een hogere kwaliteit met een langere levensduur.

⁸ Andere manieren waarop natrekking kan worden doorbroken zijn door de wettelijke mandeligheid (art. 5:62) en art. 5:20 lid 2 BW bevat een speciale regeling ten aanzien van kabels en leidingen, op grond waarvan deze een zelfstandige onroerende zaak kunnen vormen.

⁹ P.J. van der Plank, 'Is het mogelijk art. 3:4 BW bestanddelen te zelfstandigen door middel van het vestigen van een recht van opstal?', *WPNR* 2016/7108.

Kort gezegd wordt circulair bouwen veelal gelijkgesteld aan *duurzaam bouwen*.

Het hergebruiken van bouwmaterialen is hetgeen circulair bouwen duurzaam maakt: het leidt tot minder afval, grondstoffen worden hergebruikt, waardoor schaarste minder snel op zal treden¹⁰ en het hergebruiken van materialen zal de producent een prikkel (kunnen) geven producten te ontwerpen die een langere levensduur hebben.

Voor dit alles is het echter niet noodzakelijk dat een leverancier eigenaar blijft van hetgeen hij heeft geleverd heeft, zo lang zijn product nog onderdeel uitmaakt van een gebouw. Het is wel begrijpelijk dat een leverancier eigenaar zou *willen* blijven van hetgeen hij geleverd heeft: het levert immers een zekere inkomstenstroom op gedurende een lange tijd en het feit dat een leverancier eigenaar zou blijven van hetgeen hij heeft geleverd, verschaft hem in belangrijke mate een machtspositie ten opzichte van de eigenaar van het gebouw (in dit scenario de casco-eigenaar). De gebruiker van het gebouw is immers afhankelijk van de leverancier om zijn onderhoudsverplichtingen na te komen en bij geschillen kan het zo zijn dat de leverancier de overeenkomst opzegt en zijn eigendom wil revindiceren. Daarbij bestaat er het risico dat de casco-eigenaar financieel in een soort wurgpootje komt te zitten (Koolhoven gebruikt hiervoor de term 'lock-in'¹¹) door het bestaan van talrijke leaseovereenkomsten, voor zaken die onderdeel van het gebouw uitmaken. Is dit waar we naartoe willen? Is dit een reden om het goederenrecht geheel op de schop te nemen? Mijns inziens niet. Datgene wat circulair bouwen duurzaam maakt, te weten het hergebruiken van bouwmaterialen, kan ook bewerkstelligd worden zonder te tornen aan de bestaande regels omtrent natrekking. De oplossing ligt in het ontwikkelen van een systeem om de leverancier van een product de gelegenheid te geven bij ontmanteling van het gebouw een en ander weer af te scheiden en hiervan (weer) eigenaar te worden.

¹⁰ Wat betreft bouwmaterialen is de vraag in hoeverre schaarste daadwerkelijk iets is wat in ogenschouw genomen moet worden. Henckens deed onderzoek naar de schaarste van grondstoffen. Hij concludeert dat met name goud, zink en antimon in de komende tientallen jaren op zullen geraken. Dit zal met name invloed hebben op bijvoorbeeld de productie van mobiele telefoons. Van koper wordt verwacht dat het in de volgende eeuw schaarser wordt en van chroom, lood, tin en zilver weer een eeuw later. IJzer wordt tegen 2400 schaars. Schaarste van grondstoffen voor bouwmaterialen is om die reden niet iets wat in de komende eeuwen zal spelen. Zie: M.L.C.M. Henckens, *Managing raw materials scarcity: safeguarding the availability of geologically scarce mineral resources for future generations*, (diss. Utrecht) 2016.

¹¹ 'Gevaarlijk is de 'lock-in': wegens gebrek aan concurrentie of door onevenwichtige overeenkomsten zit de consument vast aan een gehuurde gevel, terwijl de prijzen kunnen worden opgedreven die afhankelijkheid, waarmee het besteedbaar inkomen onder druk komt te staan', zie Koolhoven in: Backes, Boeve, Koolhoven en Versteeg, *Circulair bouwen*, Preadvies Vereniging voor Bouwrecht), Den Haag: VBR 2018, p. 53.

Hiertoe zou gebruik gemaakt kunnen worden van een *ius tollendi*: een wegneemrecht.

5. *Ius tollendi*

Het Burgerlijk Wetboek kent een aantal *ius tollendi*, c.q. wegneemrechten, op grond waarvan iemand de bevoegdheid heeft een zaak die door hem aangebracht is (en veelal ook nagetrokken wordt door de hoofdzaak) af te scheiden.¹² Zo een bepaling ziet men voor de erfpachter in art. 5:89 lid 3 BW die onverplicht¹³ gebouwen, werken en beplantingen heeft aangebracht; zowel tijdens de duur van de erfpacht als bij het einde ervan mag hij deze wegnemen, mits hij de zaak in oude toestand terugbrengt. Maar dit geldt ook voor een opstaller (art. 5:105 BW), een pachter (art. 7:349 BW), een hypotheekhouder (art. 3:266 BW), maar ook bijvoorbeeld voor een huurder. Art. 7:216 BW geeft een huurder het recht om door hem aangebrachte veranderingen en toevoegingen ongedaan te maken, mits het gehuurde door hem teruggebracht wordt in de oorspronkelijke toestand. Stel dat de huurder in de tuin een tuinhuisje heeft aangebracht. Aan het einde van de huurperiode heeft hij het recht het tuinhuisje uit elkaar te halen en mee te nemen. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor door hem aangebrachte zonwering, overkappingen, een kookeiland etc. Dat al deze zaken op grond van de natrekkingsregels van art. 3:3 jo 5:20 lid 1 en art. 3:4 jo 5:3 BW thans nagetrokken worden door de onroerende (hoofd)zaak, staat er derhalve niet aan in de weg dat deze op grond van een *ius tollendi* afgescheiden mogen worden, en deze zaak na afscheiding als zelfstandige roerende zaak in eigendom toebehoort aan degene die de zaak op grond van dit wegneemrecht mocht afscheiden.

Wat nu als we in het kader van circulair bouwen een wegneemrecht in het leven roepen voor een leverancier, op grond waarvan hij bij ontmanteling het recht krijgt het door hem geleverde af te scheiden en te hergebruiken? Een vraag die in dit kader rijst is hoe men bepaalt wie welk wegneemrecht heeft. Hiertoe zie ik een rol voor het Madaster.

6. Een rol voor het Madaster?

Een Madaster is een materialenkadaster, waarin precies bijgehouden wordt welk onderdeel

waar in een gebouw gebruikt is. Hierdoor blijven ze 'ongelimiteerd beschikbaar' zo stellen zij zelf en 'krijgen materialen en identiteit, waardoor ze nooit meer in de anonimiteit als afval kunnen verdwijnen'.¹⁴ In de literatuur is aan de orde komen of zo een materialenkadaster geschikt zou zijn om natrekking te doorbreken. Dit zou op twee manieren kunnen: ofwel dat registratie in een materialenpaspoort tot gevolg heeft dat zaken niet nagetrokken worden. Registratie zou dan als in wezen dienen als een soort opstalrecht. Of dat registratie in zo een register wellicht de verkeersopvatting van art. 3:4 lid 1 BW inkleurt, zodat bestanddeelvorming wellicht minder snel plaats zou vinden.

Ik voel hier weinig voor. Ten eerste omdat veel van de zaken die naar huidig recht nagetrokken worden door een gebouw, niet nagetrokken worden op grond van art. 3:4 (jo 5:3 BW), maar op grond van art. 3:3 jo 5:20 lid 1 sub e BW: doordat zij indirect verenigd zijn met de grond en om die reden nagetrokken worden door de eigendom van de grond.¹⁵ En voorts omdat het mijns inziens zoals gezegd rechtsonzekerheid met zich brengt. Daar komt nog bij dat het Madaster een private organisatie is. Aan de registratie komt geen notaris te pas, waardoor men mijns inziens terughoudend moet zijn om natrekkingsregels afhankelijk te stellen van de registratie in dit register.

Zo een materialenregister zou wellicht wel een rol kunnen spelen om vast te leggen wie bij ontmanteling van het gebouw gerechtigd is tot het wegnemen van welk onderdeel en daarmee het *ius tollendi* van de leverancier vast te leggen. Op die manier wordt de belangrijkste doelstelling van circulair bouwen gehaald, te weten het hergebruiken van materialen, zonder het bestaande goederenrechtelijke systeem in belangrijke mate te wijzigen.

Maar er zijn ook andere voordelen te noemen: gebouweigendom wordt niet gereduceerd tot casco-eigendom en de gebruiker van een gebouw niet ongewild aan allerlei leaseovereenkomsten vast hoeft te komen zitten, hetgeen een zogenaamde 'lock-in' voorkomt. Daarbij is het voorgestelde wegneemrecht van de leverancier aan te merken als een vorderingsrecht. Het is om die reden als vermogensrecht overdraagbaar en bezwaarbaar. Indien de leverancier van een bestanddeel van het gebouw bijvoorbeeld failliet gaat, kan in zijn faillissement het wegneemrecht overgedragen worden, bijvoorbeeld door de wijziging van de registratie in het Madaster. Indien de leverancier niet langer be-

¹² Asser/Bartels & Van Mierlo stelt dat de gedachte die ten grondslag ligt aan het *ius tollendi* is dat ongerechtvaardigde verrijking moet worden voorkomen (of ongedaan moet worden gemaakt). Zie: Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/66.

¹³ Hoewel de wet spreekt van 'onverplicht' aangebrachte gebouwen, blijkt uit de Parlementaire Geschiedenis dat men in de akte van vestiging ook kan bepalen dat de erfpachter verplicht aangebrachte zaken mag wegnemen bij het einde van het erfpachtrecht, zie: TM, PG Boek 5, p. 308. Ik besprak dit eerder in: P.J. van der Plank & D. De Jong, 'Instrumenteel gebruik van het recht van erfpacht in het kader van circulair bouwen', *WPNR* 2019/7224.

¹⁴ Zie <www.madaster.nl>.

¹⁵ Zie over natrekking door de grond op grond van de indirecte vereniging van art. 3:3 lid 1 BW de arresten: HR 31 oktober 1997, ECLI: NL:HR:1997:ZC2478 (Portacabinarrest) en HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0813 (WKK-arrest) en hierover uitgebreid: P.J. van der Plank, *Natrekking door onroerende zaken* (diss. Nijmegen) Kluwer: Deventer 2016, p. 136, paragraaf 1.3, 1.4 en 1.5.

staat bij ontmanteling van het gebouw, is het wegneemrecht teniet gegaan en kan de eigenaar van het gebouw bij ontmanteling de zaken die af te scheiden zijn, óf zelf afscheiden en overdragen, óf aan iemand het recht verlenen deze zaken af te scheiden en na afscheiding toe te eigenen.

7. Wegneemrecht of wegneemplicht

Tot nu toe is gesproken van een wegneemrecht. Men kan zich echter ook de vraag stellen of dit niet een wegneemplicht zou moeten zijn. Een veel gehoord argument is immers dat circulair bouwen leidt tot zaken van hogere kwaliteit, nu de leverancier 'niet meer gebaat is bij vroegtijdige productveroudering'.¹⁶ Wanneer de leverancier een wegneemplicht heeft, is te verwachten dat dit een stimulans is voor een producent een product te ontwikkelen dat van hoge(re) kwaliteit is, omdat het lang genoeg mee dient te gaan om aan het einde van de levensduur van een gebouw nog waarde te vertegenwoordigen.

8. Conclusie

Tot nu toe wordt in de literatuur het bevorderen van circulair bouwen veelal gezocht in het beperken van de regels omtrent natrekking, verruiming van het opstalrecht of in een combinatie van beide. In deze bijdrage is bepleit dat regels omtrent natrekking niet voor niets een belangrijk onderdeel

uitmaken van het goederenrecht en is opgeroepen terughoudend te zijn de huidige natrekkingsregels geheel op de schop te nemen teneinde circulair bouwen te bevorderen. Met name omdat datgene wat circulair bouwen duurzaam maakt, te weten het hergebruiken van bouwmaterialen aan het einde van de levensduur van een gebouw, niet noodzakelijkerwijs betekent dat een leverancier eigenaar blijft van hetgeen geleverd is bij de ontwikkeling van een gebouw gedurende de levensduur van het gebouw. Voldoende is een leverancier het recht te geven, hetgeen hij geleverd heeft bij ontmanteling van het gebouw terug te nemen en te hergebruiken. Dit kan gerealiseerd worden door een *ius tollendi*, c.q. een wegneemrecht in het leven te roepen voor leveranciers van bouwmaterialen. Hiervoor is uiteraard van belang een gedegen registratie bij te houden, wie welk onderdeel geleverd heeft. Hiertoe is mogelijk een rol weggelegd voor het Madaster.

De belangrijkste voordelen hiervan zijn dat gebouw-eigendom niet langer gedegradeerd wordt tot casco-eigendom, de casco-eigenaar niet ongewild vastzit aan allerlei leaseovereenkomsten ten aanzien van onderdelen van het gebouw, waardoor een 'lock-in' voorkomen wordt, het wegneemrecht een overdraagbaar en bezwaarbaar vorderingsrecht kan zijn en het bestaande goederenrecht geen ingrijpende wijzigingen hoeft te ondergaan. Het introduceren van zo een wegneemrecht kan om die reden relatief snel geschieden. ●

¹⁶ Koolhoven in: Backes, Boeve, Koolhoven en Versteeg, *Circulair bouwen*, Preadvies Vereniging voor Bouwrecht), Den Haag: VBR 2018, p. 6.