

# **Wensen en mogelijkheden voor een circulaire bouwpraktijk met "products as a service" als verdienmodel**

**P.H. Tieskens**  
**5 augustus 2021**  
**MRE 2019/2021**  
**Begeleider: mr. dr. R. Koolhoven**

# Inhoudsopgave

1.	Products as a service in de bouwpraktijk binnen een circulaire economie .....	7
2.	Het juridisch kader van het PaaS model in de bouwpraktijk .....	9
2.1.	Inleiding	9
2.2.	De gebruiksovereenkomst .....	10
2.3.	Eenheidsbeginsel, bestanddeelvorming en natrekking .....	11
2.4.	Juridische implicaties bestanddeelvorming en/of natrekking .....	12
3.	De wensen van de (bouw)praktijk bij toepassing van het PaaS model.....	14
3.1.	Inleiding en onderzoeksmethode .....	14
3.2.	Belangrijkste wensen van de (bouw)praktijk .....	14
3.2.1.	Wegneemrecht.....	14
3.2.2.	Mogelijkheid tot vestiging van zekerheidsrechten .....	16
3.2.3.	Duidelijkheid .....	17
3.2.4.	Kosten.....	17
3.2.5.	Belangen gebouweigenaar en derden.....	17
4.	Rechtsfiguren die passen bij de wensen van de (bouw)praktijk .....	18
4.1.	Opstalrecht .....	18
4.1.1.	Korte omschrijving van het opstalrecht .....	18
4.1.2.	Wegneemrecht.....	19
4.1.3.	Mogelijkheid tot vestiging van zekerheidsrechten .....	19
4.1.4.	Duidelijkheid .....	19
4.1.5.	Kosten.....	20
4.1.6.	Belangen gebouweigenaar en derden.....	20
4.1.7.	Conclusie .....	20
4.2.	Erfpachtrecht.....	21
4.2.1.	Korte omschrijving van het erfpachtrecht .....	21
4.2.2.	Wegneemrecht.....	22
4.2.3.	Mogelijkheid tot vestiging van zekerheidsrechten .....	23
4.2.4.	Duidelijkheid .....	23
4.2.5.	Kosten.....	24
4.2.6.	Belangen gebouweigenaar en derden.....	24
4.2.7.	Conclusie .....	24
4.3.	Contractueel wegneemrecht .....	25
4.3.1.	Korte omschrijving van een contractueel wegneemrecht .....	25
4.3.2.	Wegneemrecht.....	25
4.3.3.	Mogelijkheid tot vestiging van zekerheidsrechten .....	27
4.3.4.	Duidelijkheid .....	28
4.3.5.	Kosten.....	28
4.3.6.	Belangen gebouweigenaar en derden.....	28
4.3.7.	Conclusie .....	28
4.4.	Huurconstructie met een wegneemrecht .....	29
4.4.1.	Korte omschrijving van de huurconstructie met een wegneemrecht.....	29

4.4.2.	Wegneemrecht.....	29
4.4.3.	Mogelijkheid tot vestiging van zekerheidsrechten .....	30
4.4.4.	Duidelijkheid .....	30
4.4.5.	Kosten.....	30
4.4.6.	Belangen gebouweigenaar en derden.....	30
4.4.7.	Conclusie .....	30
5.	De beste match .....	32
6.	Vooruitblik en slot.....	35

## Managementsamenvatting

In Nederland en Europa wordt sterk ingezet op de transitie van een lineaire economie naar een circulaire economie. De bebouwde omgeving en de bouwpraktijk hebben een aanzienlijk effect op materiaalgebruik, afvalproductie en broeikasgasemissies en zijn daarom een belangrijk onderdeel van deze transitie. Een van de manieren om de transitie in de bouwpraktijk te bevorderen, is de overgang naar nieuwe verdienmodellen, waarbij een producent een gebouwonderdeel aan een gebouweigenaar aanbiedt als dienst. Dit verdienmodel wordt ook wel het product-as-a-service verdienmodel genoemd, of het PaaS model. In het PaaS model blijft de producent de eigenaar van zijn product en is de producent verantwoordelijk voor het onderhoud, de vervanging en de prestaties van zijn product. De gedachte is dat de producent hierdoor geprikkeld wordt om een product te ontwerpen dat langer meegaat en om over de restwaarde van het product na te denken.

In de bouwpraktijk wordt geëxperimenteerd met toepassing van het PaaS model, bijvoorbeeld met gevels, zonnepanelen, luchtinstallaties, klimaatinstallaties of draaideuren. De praktijk en de literatuur worstelen met de vraag op welke juridische wijze het PaaS model het beste kan worden vormgegeven. Het juridische probleem is in de kern dat ons goederenrecht bepaalt dat (kortgezegd) onderdelen van een zaak worden beschouwen als één gehele zaak voor wat betreft het eigendomsrecht. Dit wordt het eenheidsbeginsel genoemd. Op basis van de regels die voortvloeien uit het eenheidsbeginsel wordt een gevel, zonnepaneel of luchtinstallatie al snel van rechtswege eigendom van de eigenaar van het gebouw zodra het onderdeel is aangebracht. Dit staat echter haaks op de gedachte van het PaaS model, waarbij het juist de bedoeling is dat de producent de eigenaar blijft van zijn product.

In hoeverre het eenheidsbeginsel echt een obstakel vormt voor toepassing van het PaaS model in de bouwpraktijk is de vraag. Bestaande rechtsfiguren bieden mogelijk oplossingen die aan de wensen van de (bouw)praktijk tegemoet kunnen komen. De hoofdvraag die centraal staat in dit onderzoek is welke bestaande rechtsfiguren het beste passen bij de wensen van de (bouw)praktijk in de transitie van verdienmodellen gebaseerd op eigendomsoverdracht naar verdienmodellen waarbij het 'product as a service' wordt aangeboden als onderdeel de circulaire bouweconomie. Op deze vraag zocht ik een antwoord door de wensen van de bouwpraktijk bij toepassing van het PaaS model te vergelijken met de vervolgvraag hoe deze wensen zijn te verenigen met de mogelijkheden en rechtsfiguren die ons rechtssysteem biedt. Het doel van mijn onderzoek is om aan de hand van mijn bevindingen de praktijk te kunnen aanbevelen welke mogelijkheden en rechtsfiguren het beste passen bij de praktijkwensen. De combinatie van interviews met ervaringsdeskundigen uit de bouwpraktijk en literatuuronderzoek naar de grenzen van de bestaande rechtsfiguren leidt tot nieuwe kennis die voor de notariële praktijk én aanbieders van het PaaS model van waarde is.

Ik heb interviews gehouden om te achterhalen wat de wensen van de bouwpraktijk zijn bij toepassing van het PaaS model. Samengevat zijn dit er vijf:

- (i) beschikbaarheid van een juridische mogelijkheid voor een producent om zijn product bij de gebouweigenaar te kunnen wegnemen, of kortgezegd: een wegneemrecht;
- (ii) de mogelijkheid voor een producent om zekerheidsrechten te vestigen ten behoeve van een financier;
- (iii) duidelijkheid over de geldigheid van de toe te passen rechtsfiguren en juridische structuren;
- (iv) betaalbaarheid van de toe te passen rechtsfiguren en juridische structuren; en
- (v) dat (ook) rekening wordt belangen van de gebouweigenaar en derden.

Aan de hand van literatuuronderzoek heb ik vervolgens getoetst hoe deze wensen passen bij de in de praktijk toegepaste rechtsfiguren en juridische structuren. Dit zijn de volgende rechtsfiguren en juridische structuren:

- (i) de vestiging van een opstalrecht (5:101 BW);
- (ii) de vestiging van een erfpachtrecht (5:85 BW);
- (iii) een contractueel wegneemrecht; en
- (iv) een huurconstructie met een wegneemrecht.

Uit mijn onderzoek komt naar voren dat iedere rechtsfiguur bepaalde nadelen en voordelen heeft. Schematisch ziet mijn conclusie er als volgt uit, waarbij een + betekent dat een rechtsfiguur of juridische structuur voldoet aan de desbetreffende wens uit de bouwpraktijk en een – betekent dat de een rechtsfiguur of juridische structuur niet voldoet aan de desbetreffende wens uit de bouwpraktijk.

	<b>Opstalrecht</b>	<b>Erfpachtrecht</b>	<b>Contractueel Wegneemrecht</b>	<b>Huurconstructie met wegneemrecht</b>
<b>Wegneemrecht</b>	+	+	-+	+
<b>Zekerheid voor financier</b>	+	+	- +	- +
<b>Duidelijkheid</b>	-	-	-	- +
<b>Kosten</b>	-	-	+	+
<b>Belangen gebouweigenaar en derden</b>	+	+	-	-

Mijn conclusie is dat bij toepassing van het PaaS model het opstalrecht en erfpachtrecht de producent het meeste zekerheid bieden over zijn juridische positie. Het opstalrecht en het erfpachtrecht geven de producent een wegneemrecht en bieden de mogelijkheid om zekerheden te vestigen. Voor derden is het voordeel dat het opstalrecht en erfpachtrecht kenbaar is uit de openbare registers. Een nadeel van het opstalrecht en het erfpachtrecht is echter dat het relatief kostbaar is om deze rechten te vestigen. Een ander nadeel is dat er in de juridische literatuur nog veel onduidelijkheid bestaat over het toepassingsbereik van het opstalrecht en het erfpachtrecht, met name voor onzelfstandige delen van een gebouw zoals ingebouwde lichtarmaturen voor light-as-a-service of gevels.

Het voordeel van het contractuele wegneemrecht en een huurconstructie met een wegneemrecht is dat de kosten relatief laag zijn en er geen beperkingen zijn ten aanzien van het toepassingsbereik. Een nadeel is echter dat er juridische gezien minder zekerheid bestaat over de mogelijkheid om het wegneemrecht uit te oefenen bij faillissement van de gebouweigenaar. Daarnaast is het voor een producent niet mogelijk om goederenrechtelijke zekerheden te vestigen. Voor derden is bovendien het nadeel dat niet openbaar is of een gebouweigenaar een contractueel wegneemrecht of een huurconstructie met een wegneemrecht is overeengekomen.

Samengevat zijn mijn aanbeveling voor de praktijk als volgt:

1. Indien (i) de kosten gedragen kunnen worden en (ii) het (aan te brengen) gebouwonderdeel onder het toepassingsbereik van het erfpachtrecht of opstalrecht valt, heeft het de voorkeur om een opstalrecht of erfpachtrecht te vestigen. Het erfpachtrecht heeft mogelijk een groter toepassingsbereik dan het opstalrecht, maar inhoudelijk zijn de verschillen tussen het opstalrecht en het erfpachtrecht beperkt.
2. Indien op basis van de onder 1. genoemde voorwaarden geen gebruik kan worden gemaakt van een erfpachtrecht of opstalrecht, dan ligt een contractuele oplossing voor de hand.
3. Van de contractuele oplossingen heeft het de voorkeur om te werken met een huurconstructie in plaats van een zuiver contractueel wegneemrecht omdat een huurconstructie meer zekerheid biedt in geval van faillissement van de gebouweigenaar.

## 1. Products as a service in de bouwpraktijk binnen een circulaire economie

Het winnen en verwerken van grondstoffen in de afgelopen twee decennia is de oorzaak van meer dan 90 procent van het totale verlies van onze biodiversiteit, van onze waterproblemen en ongeveer de helft van onze klimaatveranderingsimpact.<sup>1</sup> Volgens prognoses bestaat de wereldbevolking in 2050 uit 9,7 miljard mensen.<sup>2</sup> Om onze huidige levensstijl te behouden voor een wereldbevolking van die omvang zijn er in 2050 nagenoeg drie van onze planeten nodig.<sup>3</sup>

Het is duidelijk dat we zo niet verder kunnen. We moeten anders en zuiniger omgaan met onze planeet en het verbruik of gebruik van onze grondstoffen. Een belangrijke ontwikkeling in dit kader is de transformatie van een lineaire economie, waarin grondstoffen eenmalig worden gebruikt en daarna worden afgedankt, naar een circulaire economie, waarin het uitgangspunt is dat grondstoffen of producten deel uitmaken van een kringloop en worden behouden en hergebruikt.

In het kader van de klimaatdoelstellingen wordt er zowel in Nederland als in de Europese Unie sterk ingezet op de ontwikkeling van een circulaire economie. De Nederlands overheid heeft de ambitie om de huidige economie voor 2050 te transformeren naar een volledig circulaire economie<sup>4</sup> en de Europese Commissie presenteerde recent een nieuw actieplan voor een circulaire economie.<sup>5</sup>

Het actieplan van de Europese Commissie vermeldt onder andere dat de bebouwde omgeving een enorme hoeveelheid middelen vereist en ongeveer 50% van de gewonnen materialen vertegenwoordigt. De bouwsector is daarnaast verantwoordelijk voor 35% van de totale afvalproductie en 5% tot 12% van de totale nationale broeikasgasemissies, waarvan 80% zou kunnen worden voorkomen door grotere materiaalefficiëntie.<sup>6</sup> Kortom, de bebouwde omgeving en de bouw hebben een aanzienlijk effect op materiaalgebruik, afvalproductie en broeikasgasemissies. De Nederlandse overheid heeft de bouwsector daarom aangewezen als een van de vijf toprioriteiten in de transitie naar een circulaire economie.<sup>7</sup>

De transitie naar een circulaire economie in de bouwsector kan op verschillende manieren bevorderd worden. Zo zijn er (Europese) regels en normen gesteld aan de duurzaamheid van materialen of gebouwen of de mate waarin materialen recyclebaar zijn, worden standaarden voor de beoordeling van en het rapporteren over duurzaamheid van gebouwen gecreëerd<sup>8</sup>, worden er digitale logboeken van gebouwen en/of materialen ontwikkeld<sup>9</sup> en wordt gedacht aan het uitvoeren van verplichte levenscyclus beoordelingen van gebouwen bij overheidsopdrachten. Daarnaast worden nieuwe verdienmodellen onderzocht en ontworpen die de ontwikkeling van de circulaire bouweconomie bevorderen, waaronder verdienmodellen waarbij onderdelen van een gebouw worden aangeboden als een dienst. Deze product as a service (PaaS) modellen staan centraal in dit onderzoek. Daarbij stel ik niet hun wenselijkheid en de noodzaak in ecologisch perspectief ter discussie, maar richt ik me op enkele juridische vragen die zij met zich meebrengen.

---

<sup>1</sup> IRP, 2019.

<sup>2</sup> United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division, 2019. World Population Prospects 2019: Highlights (ST/ESA/SER.A/423).

<sup>3</sup> <https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-consumption-production/> (laatst geraadpleegd op 30 mei 2021)

<sup>4</sup> Rijksbreed Programma Circulaire Economie, *Nederland Circulair in 2050*, 2016.

<sup>5</sup> Europese Commissie, *Een nieuw actieplan voor een circulaire economie, Voor een schoner en concurrerender Europa*, 2020.

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> Nederland Circulair in 2050, *Rijksbreed Programma Circulaire Economie*, 2016.

<sup>8</sup> Zie bijvoorbeeld het Europese raamwerk voor duurzame gebouwen Level(s): [https://ec.europa.eu/environment/to-pics/circular-economy/levels\\_en](https://ec.europa.eu/environment/to-pics/circular-economy/levels_en) (laatst geraadpleegd op 30 mei 2021)

<sup>9</sup> Zie bijvoorbeeld het Madaster: <https://madaster.nl/> (laatst geraadpleegd op 30 mei 2021)

Het "product as-a-service" model (hierna aangeduid als het PaaS model) is een verdienmodel waarbij het uitgangspunt is dat de eigendom van een product bij de producent blijft, die verantwoordelijk is voor het onderhoud en de prestaties van het product. De producent stelt het product aan de gebruiker ter beschikking. De gedachte is dat dit verdienmodel de producent een prikkel geeft om een duurzaam product te ontwerpen en rekening te houden met de restwaarde van het product.<sup>10</sup> De producent heeft er immers belang bij dat zijn product lang mee gaat, weinig onderhoud behoeft en dat de restonderdelen gebruikt kunnen worden.

Ik schets een vereenvoudigde casus ter illustratie:

De ontwikkelaar wenst een lift in zijn gebouw te plaatsen en benadert liftproducent Lift BV. Lift BV heeft de keuze om de lift aan te bieden:

- Variant A: op basis van het gangbare verdienmodel waarbij eigendomsoverdracht centraal staat en Lift BV niet of beperkt verantwoordelijk is voor het onderhoud en/of de vervanging van de lift; of
- Variant B: op basis van het PaaS verdienmodel waarin Lift BV de eigendom van de lift behoudt en wel verantwoordelijk is voor het onderhoud en/of de vervanging van de lift.

In Variant A heeft Lift BV er belang bij om een lift te produceren die op prijs kan concurreren met de liften van andere producenten. Dat de lift geen of weinig onderhoud behoeft is in beginsel niet in het financiële belang van Lift BV. Integendeel, het biedt juist kansen voor Lift BV om te verdienen aan onderhoudswerkzaamheden of het aanbieden van een nieuwe lift. Hoe de materialen van de lift na de levensduur van de lift gebruikt worden is niet relevant voor Lift BV, omdat Lift BV niet de eigenaar is van deze materialen.

In Variant B heeft Lift BV er belang bij om een lift te produceren die weinig onderhoud behoeft en niet snel aan vervanging toe is. De extra kosten die Lift BV maakt om een lift van relatief betere kwaliteit te produceren kunnen mogelijk worden terugverdiend door besparingen op onderhoud en vervanging. Lift BV moet ook nadenken over de vraag hoe de materialen van de lift na de levensduur gebruikt kunnen worden en kan dit in munt omzetten door zelf de materialen her te gebruiken of de inspanningen van het onderhoud terug te verdienen met de verkoop van de materialen met de hogere restwaarde.

Deze casus geeft een voorbeeld hoe een transitie van het klassieke verdienmodel, dat gebaseerd is op eigendomsoverdracht, naar een verdienmodel dat gebaseerd is op dienstverlening (PaaS model) kan bijdragen aan een meer duurzame en circulaire economie. In de bouwpraktijk zien we dat de mogelijkheden van het PaaS model al onderzocht worden voor gevels, zonnepanelen, luchtinstallaties, klimaatinstallaties, draaideuren en nog veel meer.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> J. Jonker, H. Stegeman, N. Faber, *De circulaire economie – Denkbeelden, ontwikkelingen en businessmodellen*, Nijmegen: Whitepaper 2018.

<sup>11</sup> Dit onderzoek gaat uitsluitend over het aanbieden van specifieke onderdelen van een gebouw als een dienst, maar het is ook denkbaar dat partijen in veel bredere zin samenwerken en diensten aanbieden. Zo is bijvoorbeeld het Duo gebouw in Groningen opdracht van de Rijksgebouwendienst gerealiseerd op basis van een *Design Build Finance Maintain en Operate* overeenkomst met een looptijd van 20 jaar. Dit bredere concept laat ik onbesproken.



## 2. Het juridisch kader van het PaaS model in de bouwpraktijk

### 2.1. Inleiding

In de juridische literatuur is veel geschreven over de toepassing van het PaaS model in de bouwpraktijk.<sup>12</sup> De praktijk en de literatuur worstelen met de vraag op welke juridische wijze het PaaS model het beste kan worden vormgegeven. De aandacht gaat in het bijzonder uit naar de vraag of het eenheidsbeginsel in het goederenrecht een obstakel vormt voor toepassing van het PaaS model. Het eenheidsbeginsel komt erop neer dat meerdere onderdelen van een zaak voor het recht worden beschouwd als één gezamenlijke zaak.<sup>13</sup>

Een voorbeeld is een gevel van een gebouw. De gevel maakt volgens de verkeersopvatting onderdeel uit van het gebouw.<sup>14</sup> Op basis van de regels die voortvloeien uit het eenheidsbeginsel is de eigenaar van het gebouw daarom ook van rechtswege de eigenaar van de gevel. In beginsel lijkt deze regel een obstakel te zijn voor het aanbieden van gevels op basis van het PaaS model, omdat in het PaaS model het uitgangspunt is dat de (gevel)producent niet de eigendom overdraagt aan de gebruiker (gebouweigenaar), maar slechts een gebruiksrecht verschaft. Het PaaS model gaat ervan uit dat de producent de eigenaar blijft van zijn product.

In hoeverre het eenheidsbeginsel echt een obstakel vormt voor toepassing van het PaaS model in de bouwpraktijk is de vraag. Bestaande rechtsfiguren bieden mogelijk oplossingen die aan de wensen van de (bouw)praktijk tegemoet kunnen komen.

De hoofdvraag die centraal staat in dit onderzoek is welke bestaande rechtsfiguren het beste passen bij de wensen van de (bouw)praktijk in de transitie van verdienmodellen gebaseerd op eigendomsoverdracht naar verdienmodellen waarbij het 'product as a service' wordt aangeboden als onderdeel de circulaire bouwconomie. In de literatuur wordt de juridische werking van de verschillende rechtsfiguren veelal separaat besproken, maar een vergelijking van de verschillende rechtsfiguren en integrale toetsing aan de wensen van de bouwpraktijk ontbreekt.

Ik probeer de hoofdvraag te beantwoorden aan de hand van de volgende deelvragen:

Deelvraag 1: *Wat zijn de belangrijkste wensen van de (bouw)praktijk in de transitie van eigendomsoverdracht naar 'product as a service'?*

---

<sup>12</sup> Zie bijvoorbeeld R. Koolhoven, 'Gebouwen en hun bestanddelen in een meer circulair goederenrecht', in: *Circulair bouwen*, Preadviezen Vereniging voor Bouwrecht, Den Haag 2018; M.A.B. Chao-Duivis, 'Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel II)', *TBR* 2017/154; R.M. Wibier, 'Servitization en goederen- en insolventierecht', *WPNR* 2021/7326; P.J. van der Plank, 'Het bevorderen van circulair bouwen. Een alternatief voorstel' *TBR* 2019/89; B. Legger, 'De circulaire economie en het product als dienstmodel in het Nederlandse goederenrecht', *Tijdschrift voor Zakenrecht*, 2018/3-4; A.M. Schmidt, 'Diensten in de circulaire economie en enkele mogelijke privaatrechtelijke belemmeringen' *Men R* 2017/120; A.J. Mes, H.D. Ploeger, B.A.M. Jansen: Preadvies KNB: Boek 5 BW van de toekomst, Den Haag: Sdu 2016; S. van Gulijk, 'De juridische kwalificatie van verdienstelling in de gebouwde omgeving', *WPNR* 2021/7326.

<sup>13</sup> Zie hierna over het eenheidsbeginsel paragraaf 2.3. Zie ook R. Koolhoven, 'Gebouwen en hun bestanddelen in een meer circulair goederenrecht', in: *Circulair bouwen*, Preadviezen Vereniging voor Bouwrecht, Den Haag 2018, die het eenheidsbeginsel als volgt omschrijft: "het meerdere objecten worden als één geheel gezien voor de toepassing van het (eigendoms)recht". Het eenheidsbeginsel komt voort uit artikel 5:3 BW. Zie ook V. Tweehysen, *Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht (Onderneming en recht nr. 92)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 183.

<sup>14</sup> Zie ook P.J. van der Plank en D. de Jong, 'Instrumenteel gebruik van het recht van erfpacht in het kader van circulair bouwen' *WPNR* 2019/7224. Van der Plank en de Jong merken daarbij op dat indien de gevel op grond van de verkeersopvatting van artikel 3:4 BW toch geen bestanddeel van het gebouw is, de gevel door natrekking als een onroerende zaak moet worden aangemerkt.

Voor het onderzoeken van deze deelvraag heb ik drie interviews afgenomen. De interviews zijn van verkennende aard. Twee van de interviews heb ik afgenomen bij (kandidaat)notarissen uit mijn eigen organisatie. De reden daarvoor is dat beide (kandidaat)notarissen een breed scala aan cliënten adviseren die het PaaS model in de praktijk toepassen of daarmee experimenteren. Zij hebben daarom een goed algemeen beeld van de wensen van de (bouw)praktijk op dit gebied. Dit is een efficiëntere aanpak dan een directe afname van interviews bij partijen die het PaaS model toepassen, waarbij meer interviews nodig zouden zijn om een algemeen beeld te krijgen. Daarnaast heb ik een directeur van een commerciële onderneming geïnterviewd die een bredere blik heeft op de ontwikkeling naar een circulaire economie dan uitsluitend een juridische invalshoek.

Uit de verschillende interviews heb ik een prima beeld van de wensen van de bouwpraktijk gekregen. Het was mooi geweest als ik meer interviews had kunnen afnemen om een nog duidelijker beeld te krijgen, maar gezien de beperkte tijd is mij dat niet gelukt.

Ik heb deze deelvraag beantwoord in hoofdstuk 3.

*Deelvraag 2: In hoeverre voldoen bestaande rechtsfiguren aan de wensen van de (bouw)praktijk?*

Deze deelvraag heb ik onderzocht aan de hand van de literatuur en de rechtspraak. Met name in de literatuur is de laatste tijd veel geschreven over dit onderwerp, waardoor bronnen redelijk eenvoudig te vinden waren. Ik heb deze deelvraag beantwoord in hoofdstuk 4.

*Deelvraag 3: Welke rechtsfiguur of rechtsfiguren passen concluderend het beste bij de wensen van de (bouw)praktijk?*

Deze deelvraag heb ik onderzocht aan de hand van mijn bevindingen in deelvraag 1 en deelvraag 2. Ik heb deze deelvraag beantwoord in hoofdstuk 5.

In dit hoofdstuk 2 schets ik eerst kort het juridisch kader bij toepassing van het PaaS model door in te gaan op (i) de (gebruiks)overeenkomst tussen de producent en de gebruiker, (ii) het eenheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende regels over bestanddeelvorming en natrekking en (iii) de juridische implicaties van de omstandigheid dat de producent door bestanddeelvorming en natrekking de eigendom van zijn product verliest.

## 2.2. De gebruiksovereenkomst

In het PaaS model is het uitgangspunt dat een producent zijn product ter beschikking stelt aan een gebruiker tegen betaling van een periodieke vergoeding. In de bouwpraktijk zal de gebruiker van het product vaak de gebouweigenaar zijn. In het vervolg duid ik de gebruiker daarom steeds aan als de gebouweigenaar.

De afspraken tussen de producent en gebouweigenaar worden vastgelegd in een overeenkomst, die ik hierna voor de leesbaarheid aanduid als de gebruiksovereenkomst. De verplichtingen van de producent uit hoofde van de gebruiksovereenkomst bestaan in hoofdlijnen uit het ter beschikking stellen van het product en het onderhouden en/of vervangen van het product. De verplichting van de gebouweigenaar bestaat in hoofdzaak uit de betaling van een periodieke vergoeding aan de producent.

Verder wordt in gebruiksovereenkomsten doorgaans afgesproken dat:

- bij vervreemding van het gebouw, de gebouweigenaar verplicht is om zijn positie door contractovername over te laten nemen door de opvolgend gebouweigenaar; en

- bij het einde van de looptijd van de gebruiksovereenkomst, de producent het recht heeft om het product weg te nemen. Ik noem dit hierna het contractuele wegneemrecht.

De gebruiksovereenkomst wordt gekwalificeerd als huurovereenkomst in de zin van artikel 7:201 BW. Deze kwalificatie heeft onder andere tot gevolg dat titel 4 van boek 7 op de gebruiksovereenkomst van toepassing is en dat een curator, in geval van faillissement van de gebouweigenaar, de gebruiksovereenkomst kan opzeggen op grond van artikel 37Fw. Ik kom daar later in paragraaf 4.3.2 nog op terug.

### 2.3. Eenheidsbeginsel, bestanddeelvorming en natrekking

Uit het eenheidsbeginsel vloeien de regels over bestanddeelvorming en natrekking voort. Kort gezegd bepalen de regels over bestanddeelvorming en natrekking onder welke omstandigheden verschillende onderdelen van een zaak als één (hoofd)zaak worden beschouwd. De regels gaan versnippering van eigendom tegen en voorkomen rechtsonzekerheid.<sup>15</sup>

De in dit onderzoek belangrijkste wetsartikelen over bestanddeelvorming en natrekking zijn:

- Artikel 5:3 BW: "Voor zover de wet niet anders bepaalt, is de eigenaar van een zaak eigenaar van al haar bestanddelen."
- Artikel 5:20 lid 1 BW sub e: "De eigendom van de grond omvat, voor zover de wet niet anders bepaalt: [...] gebouwen en werken die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen en werken, voor zover ze geen bestanddeel zijn van eens anders onroerende zaak."
- Artikel 3:4 lid 1 BW: "Al hetgeen volgens verkeersopvatting onderdeel van een zaak uitmaakt, is bestanddeel van die zaak."
- Artikel 3:4 lid 2 BW: "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."

Een onderdeel van een zaak dat op basis van artikel 3:4 lid 1 BW en/of 3:4 lid 2 BW kwalificeert als bestanddeel van die zaak, is uit hoofde van artikel 5:3 BW eigendom van de eigenaar van de zaak, tenzij de wet anders bepaalt.

In paragraaf 2.1 gaf ik het voorbeeld van een gevel van een gebouw. Uit hoofde van artikel 3:4 lid 1 BW, en waarschijnlijk ook uit hoofde van artikel 3:4 lid 2 BW, is de gevel van een gebouw een bestanddeel van een gebouw.<sup>16</sup> Dit betekent dat de gebouweigenaar ook de eigenaar is van de gevel, tenzij de wet anders bepaalt (artikel 5:3 BW). De eigenaar van de grond is uit hoofde van artikel 5:20 lid 1 sub e BW op zijn beurt weer eigenaar van het gebouw dat duurzaam met de grond is verenigd. De eigendom van grond omvat op basis van deze regels dus zowel de eigendom van het gebouw, als de eigendom van de gevel.

<sup>15</sup> Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/ 69. Zie over de ratio van het eenheidsbeginsel dat hieraan ten grondslag ligt R. Koolhoven, 'Gebouwen en hun bestanddelen in een meer circulair goederenrecht', in: *Circulair bouwen*, Preadviezen Vereniging voor Bouwrecht, Den Haag 2018 en Van der Plank, Natrekking door onroerende zaken (O&R nr. 94) 2016/4.2.

<sup>16</sup> Mogelijk kwalificeert de gevel ook als gebouw of werk dat duurzaam is verenigd met de grond zoals bedoeld in artikel 5:20 lid 1 sub e BW en is de gevel om die reden al onderdeel van de eigendom van de grond. R. Koolhoven, 'Gebouwen en hun bestanddelen in een meer circulair goederenrecht', in: *Circulair bouwen*, Preadviezen Vereniging voor Bouwrecht, Den Haag 2018. Zie over de verhouding tussen artikel 3:4 BW en 5:3 BW en 5:20 BW anderzijds Van der Plank, Natrekking door onroerende zaken (O&R nr. 94) 2016/4.4.

#### 2.4. Juridische implicaties bestanddeelvorming en/of natrekking

Het uitgangspunt in het PaaS model is dat de producent de juridisch eigenaar is van een product en dit product tijdelijk ter beschikking stelt aan de gebouweigenaar. Zoals hiervoor aangegeven kunnen de regels van bestanddeelvorming en natrekking er echter toe leiden dat de producent de juridisch eigendom van zijn product verliest aan de gebouweigenaar.

Ik stel voorop dat het eigendomsverlies bij de producent het aangaan van de gebruiksovereenkomst niet in de weg staat. Het staat partijen vrij om af te spreken dat de gebouweigenaar gedurende de looptijd van de overeenkomst een product tegen een vergoeding gebruikt, en dat het product daarna toekomt aan de producent. In mijn optiek doet het feit dat het product eigendom is van de gebouweigenaar ook niet af aan de kwalificatie van de gebruiksovereenkomst als huurovereenkomst. De gebruiksovereenkomst voldoet nog steeds aan de omschrijving van artikel 7:201 BW en voor de kwalificatie van een overeenkomst als huurovereenkomst is het niet relevant of de huurder eigenaar is van het verhuurde.<sup>17</sup>

Het eigendomsverlies heeft derhalve geen gevolgen voor de gebruiksovereenkomst en de rechten die de producent onder deze overeenkomst jegens de gebouweigenaar heeft. Het eigendomsverlies heeft daarentegen wel het gevolg dat de producent zijn rechten en bevoegdheden verliest die hij als eigenaar (jegens een ieder) zou kunnen uitoefenen.

De rechten en bevoegdheden die een eigenaar jegens een ieder heeft volgen onder andere uit artikelen 5:1 BW en 5:2 BW. Eigendom is het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben (artikel 5:1 lid 1 BW). Het staat de eigenaar in beginsel vrij om met uitsluiting van een ieder vrij van de zaak gebruik te maken (artikel 5:1 lid 2 BW). Verder is de eigenaar bevoegd haar van een ieder die haar zonder recht houdt op te eisen (artikel 5:2 BW).

Het verlies van de eigendom en daarmee van bovenstaande rechten en bevoegdheden heeft gevolgen voor de positie van de producent bij toepassing van het PaaS model. De relevante gevolgen van het eigendomsverlies zijn kort samengevat:

1. de producent is niet langer bevoegd om zijn product te vervreemden of te bezwaren. Dit betekent bijvoorbeeld dat de producent op het product geen goederenrechtelijk zekerheidsrecht meer kan vestigen.<sup>18</sup>
2. de producent is niet langer bevoegd om met uitsluiting van een ieder vrij van de zaak gebruik te maken en het product op te eisen van een ieder die haar zonder recht houdt. Dit betekent bijvoorbeeld dat een producent niet langer de mogelijkheid heeft om in faillissement van de gebouweigenaar het product op te eisen. Ook indien de gebouweigenaar (in weerwil van gemaakte afspraken) het product vervreemdt aan een derde, kan de producent het product niet langer van deze derde opeisen.

Ons rechtssysteem kent een aantal mogelijkheden die de producent zou kunnen beschermen tegen (de gevolgen van) het eigendomsverlies. De producent kan bijvoorbeeld een opstalrecht vestigen voor het door hem geproduceerde product waardoor hij toch eigenaar van zijn product blijft. Andere mogelijkheden zijn bijvoorbeeld het vestigen van een erfpachtrecht of het werken met contractuele bedingen. Deze rechtsfiguren en mogelijkheden hebben ieder echter ook nadelen, zoals

---

<sup>17</sup> Vgl. Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2017/20. Zie anders R.M. Wibier, 'Servitization en goederen- en insolventie-recht', *WPNR* 2021/7326 die meent dat de gebruiksovereenkomst in dit geval niet als huurovereenkomst kan worden gekwalificeerd.

<sup>18</sup> Bovendien gaan bestaande zekerheden door de bestanddeelvorming en/of natrekking teniet aangezien de verkrijging van de producent een originele wijze van eigendomsverkrijging is. Zie ook C.H.A. van Oostrum, '(On)zekerheden bij het financieren van het product-als-dienst model', *Onderneming en Financiering* 2020 (28) die er op wijst dat de Hoge Raad het uitgangspunt van onbezwaarde verkrijging bij originele eigendomsverkrijgingen nuanceert in het *Zalco III*-arrest.

bijvoorbeeld hoge kosten of juridische onduidelijkheden in de toepassing. In hoofdstuk 4 toets ik deze rechtsfiguren en mogelijkheden aan de wensen van de bouwpraktijk. In hoofdstuk 3 onderzoek ik eerst wat de wensen uit de bouwpraktijk zijn bij toepassing van het PaaS model.

### 3. De wensen van de (bouw)praktijk bij toepassing van het PaaS model

#### 3.1. Inleiding en onderzoeksmethode

In dit hoofdstuk onderzoek ik wat de wensen in de bouwpraktijk zijn bij toepassing van het PaaS model. Voor dit onderdeel van mijn onderzoek gebruik ik als methode het afnemen van interviews. De interviews zijn aangehecht als bijlagen.

Ik heb interviews afgenomen met Dolf de Jong en Marco Witmer uit mijn eigen organisatie. Dolf en Marco adviseren een breed scala aan cliënten die het PaaS model in de praktijk toepassen of daarmee experimenteren. Dolf en Marco hebben daarom een goed algemeen beeld van de wensen van de (bouw)praktijk op dit gebied.

Ik heb daarnaast Rolf Koops geïnterviewd, de directeur van BuildinG, een onafhankelijk kennis- en innovatieplatform voor toekomstbestendige bouw en infra in Noord-Nederland. Rolf Koops heeft een brede blik op de ontwikkeling van lineaire processen in de bouw naar een meer circulaire benadering.

#### 3.2. Belangrijkste wensen van de (bouw)praktijk

De worsteling van de praktijk met het volledig inzetten op het PaaS model blijkt duidelijk uit de interviews. De daadwerkelijke toepassingen lijken op dit moment beperkt<sup>19</sup>, terwijl de bouwpraktijk wel volop experimenteert. Als mogelijke redenen daarvoor werd in de interviews onder andere genoemd dat ondernemingen nog niet zijn ingesteld op een overgang naar een nieuw businessmodel.<sup>20</sup> Het nieuwe businessmodel vereist onder andere nieuwe overeenkomsten, andere competenties, een andere liquiditeit en een andere balans van de onderneming. Voor veel ondernemingen is dat een grote verandering en is het niet mogelijk om ineens het oude businessmodel op te geven om een nieuw businessmodel toe te passen. De reden om wel te experimenteren met het PaaS model is tweeledig. Enerzijds is milieu en duurzaamheid een beweegreden en anderzijds is er de verwachting dat het nieuwe businessmodel de toekomst is en het verstandig of zelfs noodzakelijk is om daar vroeg op voor te sorteren.<sup>21</sup>

Uit de interviews komt naar voren dat de bouwpraktijk een aantal wensen heeft bij toepassing van het PaaS model. In het kort gaat het om de wens van producenten (i) om de mogelijkheid te hebben het product weg te nemen<sup>22</sup>, (ii) om de mogelijkheid te hebben om zekerheidsrechten te kunnen vestigen<sup>23</sup>, (iii) dat er duidelijkheid bestaat over de geldigheid van eventueel toe te passen juridische structuren<sup>24</sup>, (iv) dat het optuigen van juridische structuren betaalbaar is<sup>25</sup> en (v) dat (ook) rekening wordt belangen van de gebouweigenaar en derden<sup>26</sup>. Ik ga hier nu kort op in. In hoofdstuk 4 bespreek ik vervolgens in hoeverre bestaande rechtsfiguren of mogelijkheden aan deze wensen voldoen.

##### 3.2.1. Wegneemrecht

---

<sup>19</sup> Zie hierover Interview R. Koops, p. 44.

<sup>20</sup> Zie hierover Interview R. Koops, p 45.

<sup>21</sup> Zie hierover Interview D. de Jong p. 38. Zie vergelijkbaar het interview met M. Witmer p. 41.

<sup>22</sup> Zie hierover Interview D. de Jong p. 38.

<sup>23</sup> Zie hierover Interview D. de Jong p. 39 en interview M. Witmer p. 42.

<sup>24</sup> Zie hierover Interview D. de Jong p. 40 en interview M. Witmer p. 42 en 43.

<sup>25</sup> Zie hierover Interview D. de Jong p. 40.

<sup>26</sup> Zie hierover interview D. de Jong p. 40 en M. Witmer p. 43..

De producent die een product als dienst aanbiedt ontvangt daarvoor een periodieke vergoeding. Daarnaast heeft de producent aan het einde van de gebruikstermijn recht op het product dat een bepaalde restwaarde vertegenwoordigt.

Uit de interviews komt naar voren dat in de praktijk een belangrijke wens is dat de producent de mogelijkheid heeft om zijn product weg te nemen om de producent een (druk)middel te geven om de periodieke vergoeding af te dwingen.<sup>27</sup> Daarnaast kan de producent met een wegneemrecht de restwaarde van het product te verzekeren. Ik licht dit hieronder toe.

De periodieke vergoeding is verschuldigd uit hoofde van de gebruiksovereenkomst tussen de producent en de gebouweigenaar. Indien de gebouweigenaar zijn betalingsverplichting niet nakomt, kan de producent nakoming vorderen. Een (druk)middel om nakoming van de betalingsverplichting van de gebouweigenaar af te dwingen bestaat uit het feit dat een producent de mogelijkheid heeft om een product weg te nemen.<sup>28</sup> In het bijzonder als het gaat om essentiële onderdelen van een gebouw, zoals een lift of een gevel, kan de dreiging om het product weg te nemen, de gebouweigenaar (of de curator in geval van faillissement van de gebouweigenaar) aanmoedigen om de gebruiksovereenkomst na te komen. Een wegneemmogelijkheid verzekert daarnaast dat de producent na het einde van de gebruikstermijn (de restwaarde van) het product kan gebruiken.<sup>29</sup>

Een eigenaar van een product kan op grond van artikel 5:2 BW zijn product revindiceren en heeft op die basis een wegneemrecht. Zonder nadere regeling is de producent in de bouwpraktijk door bestanddeelvorming en/of natrekking echter vaak niet de eigenaar van het product. De producent kan in dat geval geen gebruik maken van een wegneemrecht op grond van artikel 5:2 BW op het moment dat hij dat als drukmiddel wil gebruiken om betaling van de gebouweigenaar af te dwingen of om (de restwaarde van) het product te gebruiken.

Een wegneemrecht kan ook specifiek voortvloeien uit de wet. Voorbeelden zijn het wegneemrecht van de erfpachter op grond van artikel 5:89 lid 3 BW, van de opstalhouder op grond van artikel 5:105 lid 2 BW of van een huurder op grond van artikel 7:216 BW.<sup>30</sup> Door gebruik te maken van deze wegneemrechten wordt de persoon die de bevoegdheid uitoefent, eigenaar van de zaak die daarvoor een bestanddeel was van de hoofdzaak.<sup>31</sup> De (originare) eigendomsverkrijging vindt plaats op grond van de wet. Indien bestanddelen worden weggenomen zonder de wettelijke bevoegdheid, dan wordt de eigenaar van de nieuwe zaak, degene die eigenaar is van de hoofdzaak waarvan de nieuwe zaak als bestanddeel is afgescheiden.<sup>32</sup> Het wettelijke wegneemrecht heeft

---

<sup>27</sup> Zie verder interview D. de Jong p. 39.

<sup>28</sup> Zie ook Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/188 waarin wordt opmerkt dat een wegneemrecht een onderhandelingspositie schept. Zie verder interview D. de Jong p. 39.

<sup>29</sup> In de interviews is naar voren gekomen dat in economische zin het verzekeren van teruggave van het product overigens waarschijnlijk minder belangrijk is dan het verzekeren van de periodieke vergoedingen. Vanuit duurzaamheidsoptiek is het echter wel belangrijk dat aan het einde van de levensduur, het product terecht komt bij de producent (ervan uitgaande dat een producent beter weet hoe de grondstoffen van het product efficiënt kunnen worden hergebruikt). Ik schrijf dat het verlies van restwaarde in economische zin waarschijnlijk minder belangrijk is dan het verlies van de periodieke vergoedingen. Uit de interviews begrijp ik dat in het algemeen de kosten van het verwijderen van producten erg hoog zijn, waardoor het wegnemen niet rendabel zou zijn. Bovendien is een product vaak niet één op één herplaatsbaar in een ander gebouw en is de restwaarde van de grondstoffen beperkt. Mogelijk verandert dit in de toekomst indien meer modulair gebouwd wordt, demontage en herplaatsing van producten eenvoudiger wordt en grondstofprijzen stijgen.

<sup>30</sup> Zie over het de verschillende wegneemrechten ook P.J. van der Plank, 'Het bevorderen van circulair bouwen. Een alternatief voorstel' *TBR* 2019/89.

<sup>31</sup> Spath, Zaaksvervanging (*O&R* nr. 55) 2010/ 4.3.9. Bij het opstalrecht is het de vraag of sprake is van een nieuw eigendomsrecht, juist omdat de opstalhouder door het opstalrecht al de eigenaar was van het (afgescheiden) bestanddeel.

<sup>32</sup> Spath, Zaaksvervanging (*O&R* nr. 55) 2010/ 4.3.9.

derdenwerking.<sup>33</sup> Ook in geval van faillissement van de blooteigenaar kan de opstalhouder of erfpachter zijn wegneemrecht blijven uitoefenen. Aangezien het opstalrecht en erfpachtrecht goederenrechtelijke rechten zijn, raakt het faillissement van de blooteigenaar deze rechten niet. Het is minder duidelijk of een faillissement van de verhuurder het wegneemrecht van een huurder op grond van artikel 7:216 BW raakt (zie daarover paragraaf 4.4.2).

Het wegneemrecht wordt doorgaans ook contractueel vastgelegd in de gebruiksovereenkomst. Het is echter de vraag of de producent van het contractuele wegneemrecht gebruik kan maken in geval van faillissement van de gebouweigenaar (zie daarover paragraaf 4.3.2). Daarnaast kan een contractueel wegneemrecht niet worden afgedwongen tegen een opvolgend eigenaar van een gebouw, die niet de gebruiksovereenkomst heeft overgenomen.<sup>34</sup>

### 3.2.2. Mogelijkheid tot vestiging van zekerheidsrechten

Een belangrijke wens in de praktijk is de financierbaarheid van het Paas model. Voor een financiering worden door een financier vaak zekerheden gevraagd.<sup>35</sup> Vanuit de financier bezien is grip op het product van belang omdat een financier de inkomsten die het product genereert probeert veilig te stellen.<sup>36</sup> Deze inkomsten in het PaaS model bestaan uit de periodieke vergoeding en de restwaarde van het product.

In het PaaS model dient de financier zowel rekening te houden met het (risico van) faillissement van de gebouweigenaar als het (risico van) faillissement van de producent.

In geval van faillissement van de gebouweigenaar zijn de belangen van de financier van de producent gelijk aan de belangen van de producent. De financier zal willen dat de producent gebruik kan maken van zijn wegneemrecht om de periodieke vergoeding en restwaarde van het product zoveel mogelijk te verzekeren (zie paragraaf 3.2.1).

In geval van faillissement van de producent zal de financier de mogelijkheid willen hebben om het product aan een andere producent (executoriaal of onderhands) te kunnen verkopen. Klassiek wordt ten behoeve van financiers goederenrechtelijke zekerheidsrechten gevestigd. Een goederenrechtelijk zekerheidsrecht geeft de mogelijkheid voor de financier om het recht waarvoor het zekerheidsrecht is gevestigd (executoriaal of onderhands) verkopen.<sup>37</sup> Indien de producent door bestanddeelvorming en/of natrekking echter geen eigenaar is van zijn product, dan is het niet mogelijk om een goederenrechtelijk zekerheidsrecht te vestigen omdat het product geen zelfstandige zaak meer is (zie paragraaf 2.4).

Belangrijker echter nog dan de mogelijkheid om het product te kunnen verkopen, is de mogelijkheid voor de financier om de gebruiksovereenkomst voort te (laten) zetten. De financier regelt dit vaak door in de gebruiksovereenkomst een step-in-recht overeen te komen, op basis waarvan de financier, of een door de financier aan te wijzen derde, de positie van de producent kan innemen in geval van (dreigend) faillissement van de producent. Op deze wijze kan de financier de continuïteit van de periodieke vergoeding waarborgen.<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/189.

<sup>34</sup> Zie over bedingen om de overname van de gebruiksovereenkomst zo goed mogelijk te verzekeren R. M. Wibier, 'Servitization en goederen- en insolventierecht', *WPNR* 2021/7326.

<sup>35</sup> Zie over financiering van het PaaS model uitgebreid C.H.A. van Oostrum, '(On)zekerheden bij het financieren van het product-als-dienst model', *Onderneming en Financiering* 2020 (28).

<sup>36</sup> Rik Aertsen, Powerpoint presentatie Financiering van verduurzaming in de gebouwde omgeving, Nederlands Genootschap Bedrijfsjuristen, 27 november 2020.

<sup>37</sup> Ook in geval van faillissement van de producent. Zie artikel 57 Fw.

<sup>38</sup> Zie over het step in right in het kader van financieringen M.M.G.B. van Drunen en M.E. Hinskens van Neck, 'Financiering van duurzame energieprojecten: opstalrecht vs huur', *WPNR* 2021/7311.



### 3.2.3. Duidelijkheid

In de praktijk worden bestaande rechtsfiguren of juridische structuren gebruikt om eigendomsverlies door bestanddeelvorming of natrekking te voorkomen (denk aan het opstalrecht) of de nadelige gevolgen daarvan te beperken (denk aan een erfpachtrecht, of een contractueel wegneemrecht). Deze rechtsfiguren en juridische structuren zijn omschreven in hoofdstuk 4. Een belangrijke wens van de bouwpraktijk is dat deze rechtsfiguren duidelijkheid bieden.<sup>39</sup> Dat is niet altijd het geval. Zo zijn er veel onduidelijkheden over het toepassingsbereik van het opstalrecht en erfpachtrecht en in onzeker in hoeverre een contractueel wegneemrecht de producent beschermt in geval van faillissement van de gebouweigenaar. Ik neem dit mee in hoofdstuk 4.

### 3.2.4. Kosten

Bij het gebruik van de in hoofdstuk 4 omschreven rechtsfiguren en juridische structuren zijn de kosten voor de praktijk ook een belangrijk element.<sup>40</sup> Een opstalrecht moet bijvoorbeeld worden gevestigd door de notaris en daar zijn kosten aan verbonden. Indien de investeringskosten van een product relatief laag zijn, bijvoorbeeld bij het plaatsten van een van tourniquetdeur, dan zijn de kosten voor het vestigen van een opstalrecht relatief te hoog om een opstalrecht aantrekkelijk te maken. Bij het beoordelen van de bestaande rechtsfiguren en juridische structuren in hoofdstuk 4 moet daarom ook rekening gehouden worden met de kosten voor toepassing van deze rechtsfiguren en juridische structuren.

### 3.2.5. Belangen gebouweigenaar en derden

Tot slot merk ik op dat de bovenstaande wensen van de (bouw)praktijk voornamelijk wensen zijn van de producent van de onderdelen die zijn product als dienst aanbiedt. De gebouweigenaar heeft andere belangen en zal het bijvoorbeeld niet erg vinden als de producent geen wegneemrecht heeft. Daarnaast bestaat het gevaar dat bij grote toename van het gebruik van het PaaS model, de gebouweigenaar in feite niet meer is dan eigenaar van een casco gebouw en in grote mate afhankelijk is van service-overeenkomst en daarom kwetsbaar.<sup>41</sup>

Vanuit derden bezien is het verder van belang dat bij toepassing van het PaaS model zichtbaar is, dan wel achterhaald kan worden, welke rechten een gebouweigenaar heeft. In het algemeen zal een derde ervan uit kunnen gaan dat een gebouweigenaar, de eigenaar is van het gehele gebouw. Indien dat niet het geval is, dan zou het goed zijn als een voor een derde duidelijk zou zijn welke onderdelen van het gebouw geen eigendom zijn van de gebouweigenaar.

De vraag is of de wensen van de bouwpraktijk leidend moeten zijn, of de notaris met de wetgever moet waken voor een gebalanceerde oplossing. Niet rekening houden met belangen van de gebouweigenaar of derden kan er uiteindelijk toe leiden dat de vraag van gebouweigenaren naar PaaS model steeds kleiner wordt, of niet voldoende van de grond komt. Dat is uiteindelijk ook niet in het belang van de bouwpraktijk. Een gebalanceerde regeling, waarbij een "aantrekkelijke dienst" wordt aangeboden is daarom ook voor de bouwpraktijk van belang.

---

<sup>39</sup> Zie hierover Interview D. de Jong p. 40 en interview M. Witmer p. 42 en 43.

<sup>40</sup> Zie hierover Interview D. de Jong p. 40.

<sup>41</sup> Te veel macht bij de producenten kan eventueel leiden tot "lock-ins". Zie daarover R. Koolhoven, 'Gebouwen en hun bestanddelen in een meer circulair goederenrecht', in: *Circulair bouwen*, Preadviezen Vereniging voor Bouwrecht, Den Haag 2018.

## 4. Rechtsfiguren die passen bij de wensen van de (bouw)praktijk

In hoofdstuk 3 zijn de wensen uit de bouwpraktijk bij toepassing van het PaaS model in kaart gebracht. In dit hoofdstuk onderzoek ik in hoeverre deze wensen het beste kunnen worden verenigd met de volgende rechtsfiguren of juridische structuren: het opstalrecht (4.1), het erfpachtrecht (4.2), een contractueel wegneemrecht (4.3) en een huurconstructie met een wegneemrecht (4.4).

Voor elk van deze rechtsfiguren of juridische structuren beschrijf ik eerst kort de belangrijkste kenmerken en de wettelijke regeling. Vervolgens toets ik of de vijf belangrijkste wensen van de bouwpraktijk die volgen uit hoofdstuk 3 te verenigen zijn met deze rechtsfiguren of juridische structuren.

### 4.1. Opstalrecht

#### 4.1.1. Korte omschrijving van het opstalrecht

Het recht van opstal is een zakelijk recht om in, op of boven een onroerende zaak van een ander gebouwen, werken of beplantingen in eigendom te hebben of verkrijgen (artikel 5:101 BW).

Het opstalrecht biedt de wettelijke mogelijkheid om een uitzondering te maken op de natrekkingsregeling van artikel 5:20 lid 1 sub e en f BW, op basis waarvan de eigendom van de grond mede de gebouwen en werken omvat die duurzaam met de grond zijn verenigd, alsmede de met de grond verenigde beplantingen. Door het vestigen van een opstalrecht heeft de houder van het opstalrecht een volledig eigendomsrecht op de gebouwen, werken of beplantingen waar het opstalrecht voor is gevestigd.<sup>42</sup>

Een voorbeeld is een opstalrecht dat voor een liftinstallatie wordt gevestigd door een eigenaar van de grond en het gebouw ten behoeve van een liftproducent. Zonder vestiging van het opstalrecht zou de eigenaar van de grond en het gebouw, ook de eigenaar van de liftinstallatie zijn uit hoofde van artikel 5:20 lid 1 sub e BW. Door de vestiging van het opstalrecht wordt echter bewerkstelligd dat de liftproducent eigenaar van de liftinstallatie is.

De houder van het opstalrecht heeft in beginsel alle rechten en bevoegdheden met betrekking tot het gebouw, werk of de beplanting waarvoor de opstal is gevestigd.<sup>43</sup> Tenzij in de akte van vestiging anders is bepaald, horen daarbij ook het recht om tot gebruik, tot aanbreng en tot wegnemen.<sup>44</sup> Daarnaast heeft de opstalhouder bij het einde van zijn recht de bevoegdheid de gebouwen, werken en beplantingen die door hemzelf of een rechtsvoorganger onverplicht zijn aangebracht, dan wel van de eigenaar tegen vergoeding der waarde zijn overgenomen, weg te nemen, mits hij de onroerende zaak waarop het recht rustte in oude toestand terugbrengt (artikel 5:105 lid 2 BW).

Bij het opstalrecht bestaat onduidelijkheid over de vraag waar een opstalrecht voor kan worden gevestigd.<sup>45</sup> Op basis van de wettekst kan een opstalrecht worden gevestigd voor gebouwen, werken of beplantingen. De vraag is of een opstalrecht ook kan worden gevestigd voor producten die bestanddelen van een zaak zullen worden. Over het antwoord op deze vraag is de literatuur verdeeld.<sup>46</sup> Indien wordt aangenomen dat het wel mogelijk is om een opstalrecht te vestigen voor

---

<sup>42</sup> Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/ 248.

<sup>43</sup> Ploeger & Bounjouh, Erfpacht en opstal (Mon. BW nr. B28) 2019/ 72.

<sup>44</sup> Artikel 5:102 BW.

<sup>45</sup> Zie hierover uitgebreid met een overzicht en verdere literatuurverwijzingen: P.J. van der Plank, 'Is het mogelijk art. 3:4 BW bestanddelen te verzelfstandigen door middel van het vestigen van een recht van opstal?' *WPRN* 2016/7108.

<sup>46</sup> Idem.

een bestanddeel, dan geldt in ieder geval de eis dat het bestanddeel moet kwalificeren als gebouw of werk en daarom over voldoende economische zelfstandigheid moet beschikken.<sup>47</sup> Of dit laatste het geval is wordt bepaald aan de hand van de verkeersopvatting.<sup>48</sup>

Een opstalrecht is een beperkt recht en wordt gevestigd bij notariële akte, gevolgd door inschrijving daarvan in de openbare registers (artikelen 3:84 BW jo. 3:98 BW jo. 3:89 BW).

#### 4.1.2. Wegneemrecht

Door het vestigen van het opstalrecht is het wegneemrecht van de producent verzekerd. De opstalhouder blijft door vestiging van het opstalrecht eigenaar van het product en kan het product wegnemen (artikel 5:102 BW). In geval van faillissement van de gebouweigenaar blijft het opstalrecht in stand en kan de opstalhouder zijn wegneemrecht jegens de curator uitoefenen. Ook jegens een opvolgend gebouweigenaar die niet de gebruiksovereenkomst heeft overgenomen kan de opstalhouder zijn wegneemrecht uitoefenen.

#### 4.1.3. Mogelijkheid tot vestiging van zekerheidsrechten

De houder van een niet afhankelijk opstalrecht kan ten behoeve van een financier een recht van hypotheek op een opstalrecht vestigen.<sup>49</sup> Indien de producent in verzuim is of in staat van faillissement verkeert geeft het hypotheekrecht de financier de mogelijkheid om het opstalrecht (en daarmee indirect het onderliggende product waarvoor het opstalrecht is gevestigd) openbaar te verkopen.<sup>50</sup>

In de gebruiksovereenkomst zal de financier doorgaans een step-in-right overeenkomen op basis waarvan de opvolgend hypotheekhouder gerechtigd is om de gebruiksovereenkomst voor te (laten) zetten.<sup>51</sup> Het opstalrecht, in combinatie met het step-in-right biedt de financier zekerheid om bij faillissement van de producent, het opstalrecht (en onderliggende product) te verkopen met de positie onder de gebruiksovereenkomst.

#### 4.1.4. Duidelijkheid

In paragraaf 4.1.1 omschreef ik dat het onduidelijk is of een opstalrecht kan worden gevestigd voor producten die bestanddeel van een zaak worden.<sup>52</sup> Indien wordt aangenomen dat het wel mogelijk is om een opstalrecht te vestigen voor een bestanddeel, dan geldt nog de eis dat het bestanddeel moet kwalificeren als gebouw of werk en daarom over voldoende economische zelfstandigheid moet beschikken.<sup>53</sup> De vraag of en wanneer een product aan deze eisen voldoet is een feitelijke vraag waarover per definitie gediscussieerd kan worden. Dat scheidt ook onduidelijkheid. Deze onduidelijkheden leveren onzekerheid op en dat is in de praktijk ongewenst.

---

<sup>47</sup> Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/ 248c.

<sup>48</sup> P.J. van der Plank, 'Is het mogelijk art. 3:4 BW bestanddelen te verzelfstandigen door middel van het vestigen van een recht van opstal?' *WPRN* 2016/7108.

<sup>49</sup> Artikel 3:227 lid 1 BW bepaalt dat op registergoederen een recht van hypotheek kan worden gevestigd. Een opstalrecht is een registergoed (artikel 3:10 BW jo. 5:101 BW jo. 3:98 BW jo. 3:89 BW).

<sup>50</sup> Artikel 3:268 lid 1 BW en artikel 57 Fw.

<sup>51</sup> Zie over het step in recht M.M.G.B. van Drunen en M.E. Hinskens van Neck, 'Financiering van duurzame energieprojecten: opstalrecht vs huur', *WPNR* 2021/7311.

<sup>52</sup> Zie hierover uitgebreid met een overzicht en verdere literatuurverwijzingen: P.J. van der Plank, 'Is het mogelijk art. 3:4 BW bestanddelen te verzelfstandigen door middel van het vestigen van een recht van opstal?' *WPRN* 2016/7108.

<sup>53</sup> Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/ 248c.

#### 4.1.5. Kosten

Een opstalrecht moet worden gevestigd voor de notaris.<sup>54</sup> Daar zijn kosten aan verbonden. Zelfs als gewerkt wordt met standaard akten zullen de kosten al snel 1.500 euro tot 2.500 euro per akte bedragen.<sup>55</sup>

Daar komt bij dat het in bepaalde gevallen additionele werkzaamheden verricht zullen moeten worden. Indien bijvoorbeeld de gebouweigenaar reeds een hypotheekrecht heeft gevestigd op het gebouw, dient een rangwisseling plaats te vinden op basis waarvan het opstalrecht voor het hypotheekrecht gaat.<sup>56</sup> Een ander voorbeeld is de situatie waarin een gebouw al is gesplitst in appartementsrechten. In dat geval zou de splitsing in appartementsrechten moeten worden opgeheven en gewijzigd.<sup>57</sup>

Deze additionele werkzaamheden kunnen bewerkelijk en daarmee kostbaar zijn. De vraag is in hoeverre deze kosten gedragen kunnen worden in het PaaS model. Voor relatief goedkopere producten zal de kostenpost relatief hoger zijn en is kan het mogelijk niet uit om een opstalrecht te vestigen.<sup>58</sup>

#### 4.1.6. Belangen gebouweigenaar en derden

Bij een grote toename van het gebruik van het PaaS model en gebruik van het opstalrecht, loopt de gebouweigenaar het risico om in feite niet meer te zijn dan de eigenaar van een casco gebouw, waardoor de gebouweigenaar afhankelijk wordt van de opstalhouders.<sup>59</sup> In de praktijk verwacht ik dat dit wel mee zal vallen, omdat een opstalrecht relatief kostbaar is om te vestigen en het opstalrecht bovendien niet zomaar voor elk deel van het gebouw kan worden gevestigd. Verder is de tussenkomst van de notaris onder meer bedoeld om partijen op de risico's te wijzen en kan de notaris de gebouweigenaar waarschuwen over de eventuele gevolgen van het vestigen van het opstalrecht.

Voor derden is het voordeel van het opstalrecht dat het opstalrecht blijkt uit de openbare registers, waardoor voor derden duidelijk is welk deel van het gebouw in eigendom is van de gebouweigenaar en welk deel van de houders van de opstalrechten.

#### 4.1.7. Conclusie

Door het vestigen van een opstalrecht kan het wegneemrecht worden verzekerd. Het opstalrecht biedt ook de mogelijkheid om aan de financier de gewenste zekerheid te verschaffen. Een nadeel van het opstalrecht is dat het onduidelijk is of het opstalrecht kan worden gevestigd voor bestanddelen van een zaak. Een ander nadeel is dat het vestigen van een opstalrecht relatief kostbaar kan zijn. Mede door de gesignaleerde onduidelijkheden en de kosten verwacht ik niet dat het opstalrecht zo veelvuldig gebruikt zal worden dat de gebouweigenaar in de positie terecht komt waarin hij feite niet meer is dan eigenaar van een casco gebouw, en daarmee te sterk afhankelijk

---

<sup>54</sup> Artikelen 3:84 BW jo. 3:98 BW jo. 3:89 BW.

<sup>55</sup> Zie hierover het interview met D. de Jong p. 40.

<sup>56</sup> Zonder rangwisseling zou de hypotheekhouder bij executoriale verkoop van het gebouw geen rekening hoeven te houden met het opstalrecht. Zie artikel 3:273 lid 1 BW. De rangwisseling kan plaatsvinden op basis van artikel 3:262 lid 1 en lid 2 BW.

<sup>57</sup> Zie ook het interview D. de Jong p. 38.

<sup>58</sup> Zie ook het interview D. de Jong p. 40.

<sup>59</sup> Zie hierover ook Zie daarover R. Koolhoven, 'Gebouwen en hun bestanddelen in een meer circulair goederenrecht', in: *Circulair bouwen*, Preadviezen Vereniging voor Bouwrecht, Den Haag 2018 die waarschuwt voor 'lock-ins'.

is van de opstalhouders. Voor derden biedt het opstalrecht duidelijkheid door de registratie in de openbare registers.

Hieronder volgt een tabel met een overzicht van de conclusie:

Tabel 1: conclusie paragraaf 4.1:

	Beoordeling	Opmerkingen
<b>Wegneemrecht</b>	+	Werkt in geval van faillissement gebouweigenaar
<b>Zekerheid voor financier</b>	+	Goederenrechtelijke zekerheid mogelijk
<b>Duidelijkheid</b>	-	Onduidelijkheid over toepassingsbereik
<b>Kosten</b>	-	Relatief hoge kosten
<b>Belangen gebouweigenaar en derden</b>	-	Positie gebouweigenaar waarschijnlijk niet in geding. Situatie duidelijk voor derden.

## 4.2. Erfpachtrecht

### 4.2.1. Korte omschrijving van het erfpachtrecht

Het recht van erfpacht is een zakelijk recht dat de erfpachter de bevoegdheid geeft eens anders onroerende zaak te houden en te gebruiken (artikel 5:85 lid 1 BW). Voor zover in de akte van vestiging niet anders is bepaald heeft de erfpachter hetzelfde genot van de zaak als een eigenaar (artikel 5:89 lid 1 BW).

In tegenstelling tot de houder van een opstalrecht, wordt de erfpachter geen eigenaar van de zaak waarvoor het erfpachtrecht is gevestigd en kunnen de natrekkingsregels van artikel 5:20 lid 1 sub e en f BW niet worden doorbroken door vestiging van een erfpachtrecht.<sup>60</sup>

Bij het vestigen van een erfpachtrecht in de PaaS modellen is de gedachte dat de gebouweigenaar de grond in erfpacht uitgeeft en het recht van erfpacht in ruimte beperkt tot een onderdeel van het gebouw.<sup>61</sup> Een veel gebruikt voorbeeld is een erfpachtrecht dat beperkt wordt tot het genot van de gevel van het gebouw.

<sup>60</sup> Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/ 221.

<sup>61</sup> Zie hierover P.J. van der Plank en D. de Jong, ' Instrumenteel gebruik van het recht van erfpacht in het kader van circulair bouwen' *WPNR* 2019/7224.

Het is onzeker of de inperking van het erfpachtrecht zover mag gaan.<sup>62</sup> Duidelijk is dat in de akte van vestiging het gebruiksrecht van de erfpachter ruimtelijk kan worden beperkt.<sup>63</sup> Asser/Bartels & Van Velten menen dat de afgebakende ruimten wel voldoende mate van economische zelfstandigheid moeten hebben.<sup>64</sup> Van der Plank en de Jong wijzen erop dat deze eis niet in de wet, noch in de parlementaire geschiedenis is te vinden en menen daarentegen dat de eis van "voldoende zelfstandigheid" niet geldt.<sup>65</sup>

De toepasbaarheid van een constructie waarbij een genotsrecht op een gehele zaak kan worden gevestigd, maar waarbij het genot in ruimte wordt beperkt, is door de Hoge Raad bevestigd voor het recht van vruchtgebruik.<sup>66</sup> In deze arresten betrof het vruchtgebruik gedeelten van het gebouw die niet als zelfstandige zaak waren aan te merken. De eis van "voldoende zelfstandigheid" werd niet gesteld. Ik zou menen dat voor een erfpachtrecht, ook een genotsrecht, dit niet anders is.<sup>67</sup> Indien deze opvatting juist is, biedt het erfpachtrecht meer mogelijkheden dan een opstalrecht. Voor het opstalrecht wordt immers algemeen aangenomen dat de eis van "voldoende zelfstandigheid" wel geldt en is er verschil van mening over de vraag of het opstalrecht wel of niet voor een bestanddeel van een zaak kan worden gevestigd (zie paragraaf 4.1.1).

Een erfpachtrecht is een beperkt recht en wordt gevestigd bij notariële akte, gevolgd door inschrijving daarvan in de openbare registers (artikelen 3:84 BW jo. 3:98 BW jo. 3:89 BW).

#### 4.2.2. Wegneemrecht

De vraag is of de erfpachter een wegneemrecht heeft bij het einde van het erfpachtrecht. Streep merkt op dat de erfpachter een recht heeft op vergoeding van de waarde van hetgeen op zijn kosten is aangebracht, maar niet om bijvoorbeeld de gevel weg te nemen (artikel 5:99 lid 1 BW).<sup>68</sup> Van der Plank en de Jong zien dit anders en zien in artikel 5:89 lid 3 BW de mogelijkheid om in de akte van vestiging te bepalen dat de erfpachter een wegneemrecht heeft.<sup>69</sup>

Artikel 5:89 lid 3 BW bepaalt dat voor zover niet in de akte van vestiging anders is bepaald, de erfpachter, zowel tijdens de duur van de erfpacht als bij het einde daarvan, de bevoegdheid heeft gebouwen, werken en beplantingen die door hemzelf of een rechtsvoorganger onverplicht zijn aangebracht, of van de eigenaar tegen een vergoeding der waarde zijn overgenomen, weg te nemen, mist hij de erfpacht gegeven zaak in de oude toestand terugbrengt.

In artikel 5:89 lid 3 BW wordt weliswaar gesproken over het recht om "onverplicht" aangebrachte gebouwen, werken of beplantingen weg te nemen, maar Van der Plank en de Jong merken op dat uit de parlementaire geschiedenis volgt dat in de akte van vestiging kan worden bepaald dat het wegneemrecht ook op verplicht aangebrachte gebouwen, werken of beplantingen van toepassing

---

<sup>62</sup> N.C. Streep, 'De eigendom voorbij', *Ars Aequi* 2018/612.

<sup>63</sup> Ploeger & Bounjouh, *Erfpacht en opstal* (Mon. BW nr. B28) 2019/ 34.

<sup>64</sup> Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/ 221.

<sup>65</sup> P.J. van der Plank en D. de Jong, 'Instrumenteel gebruik van het recht van erfpacht in het kader van circulair bouwen' *WPNR* 2019/7224. Van der Plank en De Jong merken wel op dat deze eis zou gelden voor de vestiging van het erfpachtrecht op een gedeelte van een onroerende zaak.

<sup>66</sup> HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3350 BNB 2006/22 en HR 10 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:5 BNB 2014/68.

<sup>67</sup> Zie zo ook P.J. van der Plank en D. de Jong, 'Instrumenteel gebruik van het recht van erfpacht in het kader van circulair bouwen' *WPNR* 2019/7224 en H. Stolz, 'De flexibiliteit van het recht van erfpacht', *MvV* 2015. Zie iets terughoudender F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het erfpachtrecht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, p. 64 e.v.

<sup>68</sup> N.C. Streep, 'De eigendom voorbij', *Ars Aequi* 2018/612.

<sup>69</sup> P.J. van der Plank en D. de Jong, 'Instrumenteel gebruik van het recht van erfpacht in het kader van circulair bouwen' *WPNR* 2019/7224.

kan zijn, mits dit in de akte van vestiging wordt bepaald. De passage in de parlementaire geschiedenis is helder op dit punt:

*"Het derde lid veronderstelt dat, als aan de erfpachter een verplichting tot het aanbrengen van gebouwen, werken en beplantingen is opgelegd, dit inhoudt dat hij deze zaken niet mag wegnemen, ook niet bij het einde van het erfpachtrecht. Bij de akte van vestiging kan echter voor dit geval een bevoegdheid tot wegneming worden bedongen."*<sup>70</sup>

Het is de vraag of de uitbreiding van het wegneemrecht in de erfpachtvoorwaarden onderdeel uitmaakt van het erfpachtrecht, en daarmee goederenrechtelijke werking heeft, of uitsluitend een verbintenisrechtelijke afspraak is, en daarmee geen goederenrechtelijke werking heeft. Uitsluitend indien het beding onderdeel uitmaakt van het erfpachtrecht en derhalve goederenrechtelijke werking heeft, kan het beding worden ingeroepen tegen rechtsopvolgers van de gebouweigenaar. Indien het beding geen goederenrechtelijke werking heeft, dan is het beding te beschouwen als een contractueel wegneemrecht (zie hierna in paragraaf 4.3). Voor de beantwoording van de vraag of het beding onderdeel van het erfpachtrecht is, moet de vraag beantwoord worden of het beding voldoende verband houdt met het wezen van het erfpachtrecht. Ik acht het goed verdedigbaar dat dit het geval is.<sup>71</sup> Indien dit niet het geval zou zijn, dan had het voor de hand gelegen dat dit expliciet in de parlementaire geschiedenis was vermeld, maar dat is niet het geval.

Wat mij betreft is het daarom verdedigbaar dat het wegneemrecht van de erfpachter met goederenrechtelijke werking in de akte van vestiging uitgebreid kan worden tot "verplicht" aangebrachte onderdelen van het gebouw. In geval van faillissement van de gebouweigenaar blijft het erfpachtrecht in stand en kan de opstalhouder zijn wegneemrecht jegens de curator uitoefenen. Ook jegens een opvolgend gebouweigenaar die niet de gebruiksovereenkomst heeft overgenomen kan de erfpachter zijn wegneemrecht uitoefenen.

#### 4.2.3. Mogelijkheid tot vestiging van zekerheidsrechten

Een erfpachter kan ten behoeve van een financier een recht van hypotheek op een erfpachtrecht vestigen.<sup>72</sup> Indien de producent in verzuim is of in staat faillissement verkeert, geeft het hypotheekrecht de financier de mogelijkheid om het erfpachtrecht (en daarmee indirect het onderliggende product waar het erfpachtrecht het genot op geeft) openbaar te verkopen.

In de gebruiksovereenkomst zal de financier doorgaans een step-in-right overeenkomen op basis waarvan de opvolgend hypotheekhouder gerechtigd is om de gebruiksovereenkomst voor te (laten) zetten. Het erfpachtrecht, in combinatie met het step-in-right biedt de financier zekerheid om bij faillissement van de producent, het erfpachtrecht en het genot op het onderliggende product) te verkopen met de gebruiksovereenkomst.

#### 4.2.4. Duidelijkheid

In paragraaf 4.2.1 omschreef ik dat het onduidelijk is in hoeverre het genot van een erfpachter in ruimte kan worden beperkt. Het is de vraag of er een eis is dat de ruimte een voldoende mate van economische zelfstandigheid heeft. In de literatuur wordt hierover verschillend gedacht.<sup>73</sup> Ik meen

---

<sup>70</sup> E.M. Meijers, Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, Toelichting, Tweede gedeelte (boek 5), 's-Gravenhage 1954, p. 436.

<sup>71</sup> Zie ook C.H.A. van Oostrum, '(On)zekerheden bij het financieren van het product-als-dienst model', *Onderneming en Financiering* 2020 (28).

<sup>72</sup> Artikel 3:227 lid 1 BW bepaalt dat op registergoederen een recht van hypotheek kan worden gevestigd. Een recht van opstal is een registergoed (artikel 3:10 BW jo. 5:85 BW jo. 3:98 BW jo. 3:89 BW).

<sup>73</sup> Zie paragraaf 4.2.1 met een omschrijving van de discussie en literatuurverwijzingen.

dat deze eis niet gesteld wordt. De Hoge Raad heeft zich hier echter niet over uitgesproken ten aanzien van het erfpachtrecht, waardoor er in de praktijk een zekere onduidelijkheid bestaat over bijvoorbeeld de mogelijkheid om een erfpachtrecht te vestigen voor een gevel. Deze onzekerheid is in de praktijk ongewenst.

#### 4.2.5. Kosten

Een erfpachtrecht moet worden gevestigd voor de notaris.<sup>74</sup> Daar zijn kosten aan verbonden, vergelijkbaar met de kosten voor een opstalrecht.<sup>75</sup> Net als bij het opstalrecht kan het bij het vestigen van het erfpachtrecht nodig zijn dat additionele werkzaamheden verricht moeten worden en dus additionele kosten gemaakt moeten worden. Dit is bijvoorbeeld het geval indien rangwisseling moet plaatsvinden ten opzichte van het hypotheekrecht op het gebouw, of als de splitsing in appartementsrechten moet worden opgeheven en gewijzigd om de vestiging van het erfpachtrecht mogelijk te maken. De kosten van een erfpachtrecht zijn gelijk aan de kosten van een opstalrecht. Ik verwijs naar paragraaf 4.1.5.

#### 4.2.6. Belangen gebouweigenaar en derden

Bij een grote toename van het gebruik van het PaaS model en gebruik van het erfpachtrecht, loopt de gebouweigenaar het risico om in feite niet meer te zijn dan de eigenaar van een casco gebouw en dat de andere onderdelen in erfpacht zijn uitgegeven aan erfpachters, waardoor de gebouweigenaar afhankelijk wordt van de erfpachters. In de praktijk zal dit wel meevallen, omdat een erfpachtrecht relatief kostbaar is om te vestigen. Er bestaat bovendien discussie over de vraag of het genot van het erfpachtrecht kan worden beperkt tot elk onderdeel van het gebouw. Verder is de tussenkomst van de notaris onder meer bedoeld om partijen op de risico's te wijzen en kan de notaris de gebouweigenaar waarschuwen over de eventuele gevolgen van het vestigen van het erfpachtrecht.

Voor derden is het voordeel van het erfpachtrecht dat het erfpachtrecht blijkt uit de openbare registers, waardoor voor derden duidelijk is welk deel van het gebouw in erfpacht is uitgegeven van de erfpachters.

#### 4.2.7. Conclusie

Door het vestigen van een erfpachtrecht kan het wegneemrecht van de producent worden verzekerd. Het erfpachtrecht biedt ook de mogelijkheid om aan de financier de gewenste zekerheid te verschaffen. Een nadeel van het erfpachtrecht is dat het onduidelijk is in hoeverre de ruimte waarvoor het genot van het erfpachtrecht wordt gegeven, kan worden beperkt. Een ander nadeel is dat het vestigen van een erfpachtrecht relatief kostbaar kan zijn. Mede door de gesignaleerde onduidelijkheden en de kosten verwacht ik niet dat het erfpachtrecht zo veelvuldig gebruikt zal worden dat de gebouweigenaar in de positie terecht komt waarin hij feite niet meer is dan eigenaar van een casco gebouw, en daarmee te sterk afhankelijk is van de opstalhouders. Voor derden biedt het erfpachtrecht duidelijkheid door de registratie in de openbare registers.

Hieronder volgt een tabel met een overzicht van de conclusie:

*Tabel 2: conclusie paragraaf 4.2:*

	Beoordeling	Opmerkingen
--	-------------	-------------

<sup>74</sup> Artikelen 3:84 BW jo. 3:98 BW jo. 3:89 BW.

<sup>75</sup> Zie over de kosten ook het interview met D. de Jong p. 40.



<b>Wegneemrecht</b>	+	Werkt in geval van faillissement gebouweigenaar
<b>Zekerheid voor financier</b>	+	Goederenrechtelijke zekerheid mogelijk
<b>Duidelijkheid</b>	-	Onduidelijkheid over toepassingsbereik
<b>Kosten</b>	-	Relatief hoge kosten
<b>Belangen gebouweigenaar en derden</b>	-	Positie gebouweigenaar waarschijnlijk niet in geding. Situatie duidelijk voor derden.

#### 4.3. Contractueel wegneemrecht

##### 4.3.1. Korte omschrijving van een contractueel wegneemrecht

In de gebruiksovereenkomst tussen de producent en de gebouweigenaar zal doorgaans een contractueel wegneemrecht zijn overeengekomen op basis waarvan de producent aan het einde van de looptijd, of bijvoorbeeld bij wanprestatie van de gebouweigenaar, het recht heeft om het product weg te nemen.

##### 4.3.2. Wegneemrecht

Het is de vraag of de producent in geval van faillissement van de gebouweigenaar gebruik kan maken van zijn contractuele wegneemrecht. Het faillissement van de gebouweigenaar heeft in beginsel geen invloed op de geldigheid van de gebruiksovereenkomst. De vraag is echter of de curator van de gebouweigenaar gehouden is de gebruiksovereenkomst na te komen, of mag wanpresteren. Ik bespreek dit hieronder.

Indien de curator onbeperkt zou kunnen wanpresteren, dan heeft hij de mogelijkheid te stoppen met het betalen van de periodieke vergoedingen en is hij niet verplicht om het contractuele wegneemrecht te respecteren. In het voorbeeld van de liftinstallatie (die door bestanddeelvorming en/of natrekking eigendom is geworden van de gebouweigenaar) zou de curator in dat geval ervoor kunnen kiezen om de gebruiksovereenkomst niet na te komen en met een andere (goedkopere) exploitant een serviceovereenkomst kunnen aangaan voor het onderhoud van de lift. De liftproducent zou dan met lege handen staan.

Uit het Nebula-arrest leek te volgen dat de curator inderdaad zou vrijstaan om wanprestatie te plegen ten aanzien van alle verbintenissen uit wederkerige overeenkomsten.<sup>76</sup> Bij wanprestatie heeft de wederpartij alsdan alleen de mogelijkheid om zijn vorderingen ter verificatie in te dienen.<sup>77</sup>

<sup>76</sup> HR 3 november 2006, NJ 2007/155 m.nt. P. Van Schilfgaarde (Nebula, Van den Bos q.q./Mulders & Welleman)

<sup>77</sup> Artikel 26 Fw.

In het Berzona-arrest heeft de Hoge Raad het recht van de curator om wanprestatie te plegen onder wederkerige overeenkomsten echter beperkt.<sup>78</sup> Op basis van dit arrest kan de curator in beginsel alleen wanprestatie plegen als het gaat om actieve prestaties, maar niet om passieve prestaties. Een voorbeeld van een actieve prestatie is de verplichting tot betaling van de periodieke vergoeding onder de gebruiksovereenkomst. De curator kan ervoor kiezen om deze verplichting niet na te komen. Een voorbeeld van een passieve prestatie is bijvoorbeeld het ter beschikking stellen van een gehuurde ruimte. De curator kan de verhuurde zaak niet opeisen.<sup>79</sup>

Het is duidelijk dat de curator de verplichting tot het voldoen van de periodieke vergoeding naast zich neer kan leggen. Het is echter niet duidelijk of dit ook geldt voor het wegneemrecht. Indien het wegneemrecht passief wordt geformuleerd, zoals bijvoorbeeld een verplichting tot het gedogen dat een product door de producent kan worden weggenomen, dan lijkt het op basis van het Berzona-arrest voor de curator niet mogelijk te zijn om dit recht van de producent actief te frustreren.<sup>80</sup> Indien het wegneemrecht op deze wijze wordt geformuleerd, is het bovendien mogelijk om het wegneemrecht vast te leggen als kwalitatieve verplichting zodat ook rechtsopvolgers van de gebouweigenaar aan het beding gebonden zijn.<sup>81</sup>

Het wegneemrecht dat voor de gebouweigenaar als gedoogplicht is geformuleerd lijkt dus faillissementsbestendig. Ik zie echter nog twee mogelijke obstakels. Het eerste obstakel is dat de gebruiksovereenkomst als huurovereenkomst kwalificeert. De curator van de gebouweigenaar heeft op basis van artikel 39 Fw de mogelijkheid om de huurovereenkomst op te zeggen. De vraag is echter of de opzegging ook het wegneemrecht raakt, of dat het wegneemrecht los van de huurovereenkomst gezien kan worden en niet door de opzegging geraakt wordt. Hoe dan ook, tot de opzegging effectief is kan in ieder geval nog door de producent gebruik gemaakt worden van het wegneemrecht, dus het is met name de vraag of dat praktisch genoeg tijd geeft om het product weg te nemen.

Een mogelijk tweede obstakel is het feit dat de eigendom van het hoofdrecht waarvan het bestanddeel wordt afgescheiden een onderdeel is van de boedel van de failliet. Wibier merkt op dat de kwestie nog niet door de Hoge Raad is uitgemaakt en dat het onzeker is, maar hij meent dat dit feit niet in de weg staat aan het wegneemrecht.<sup>82</sup> De belangrijkste reden is volgens Wibier dat de Hoge Raad in het Berzona-arrest (en opvolgende arresten) het uitgangspunt heeft verlaten dat iedere verbintenis ter verificatie moet worden ingediend. Een ander argument is dat het eigendomsverlies onbedoeld was en niet strookt met de partijbedoeling. Wibier ziet niet in waarom het conflict tussen verbintenissenrecht en goederenrecht in dit geval in het voordeel van het goederenrecht beslist moet worden.

Ik kan de redentatie van Wibier volgen, maar een belangrijke vraag die ik nog heb, is op welke wijze, na de afscheiding van het bestanddeel, de producent de eigendom van de afgescheiden zaak verkrijgt. Van een overdracht in de zin van artikel 3:84 BW zal geen sprake zijn. Een overdracht vereist bovendien een levering en daarom actief handelen van de curator. Daar is de curator juist niet toe gehouden. Eigendom wordt verkregen op basis van de wet genoemde wijze van eigendomsverkrijging.<sup>83</sup> Voor een eigendomsverkrijging op basis van een contractueel wegneemrecht zie ik in beginsel geen wettelijke basis. Ook als het contractuele wegneemrecht de titel voor eigendomsoverdracht in de zin van artikel 3:84 BW is, dan is alsnog levering en

---

<sup>78</sup> HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, *NJ* 2014/407 m.nt. F.M.J. Verstijlen (ABN AMRO/Berzona).

<sup>79</sup> Zie ook met een uitgebreidere toelichting: R.M. Wibier, 'Servitization en goederen- en insolventierecht', *WPNR* 2021/7326.

<sup>80</sup> Zie ook R.M. Wibier, 'Servitization en goederen- en insolventierecht', *WPNR* 2021/7326.

<sup>81</sup> Artikel 6:252 BW.

<sup>82</sup> R.M. Wibier, 'Servitization en goederen- en insolventierecht', *WPNR* 2021/7326

<sup>83</sup> Artikel 3:80 BW.

beschikkingsbevoegdheid vereist. De bevoegdheid tot afscheiding moet voortvloeien uit de wet. Door een uitsluitend een contractuele afspraak kan in ons rechtssysteem geen eigendom worden verkregen. Een mogelijke redenatie is nog dat door afscheiding van het bestanddeel, de afgescheiden zaak van niemand eigendom is, dat de producent de afgescheiden zaak vervolgens in bezit neemt en op basis van artikel 5:4 BW de eigendom verkrijgt. Echter, het product wordt niet actief prijsgegeven door de gebouweigenaar. Algemeen wordt aangenomen dat bij onbevoegde afscheiding van de hoofdzaak, de eigendom van het afgescheiden deel toebehoort aan de eigenaar van de hoofdzaak.<sup>84</sup> Toepassing van artikel 5:4 BW ligt daarom niet erg voor de hand.

Ik zie eenzelfde probleem met de kwalitatieve verplichting waarbij de gebouweigenaar moet gedogen dat een onderdeel van zijn gebouw wordt afgescheiden. Hoe wordt de producent vervolgens eigenaar van het afgescheiden product? De gebouweigenaar kan op grond van de kwalitatieve verplichting immers niet gedwongen worden om mee te werken aan een eigendomsoverdracht van de afgescheiden zaak, aangezien voor een levering actief handelen is vereist. Uitsluitend een overeenkomst waarbij bedongen wordt dat de verplichting van een der partijen bestaat uit iets te dulden of niet te doen kan gelden als kwalitatieve verplichting in de zin van artikel 6:252 BW.

Kortom, ik denk niet dat een contractueel wegneemrecht er in faillissement toe kan leiden dat de producent de eigendom van het afgescheiden product verwerft, ook indien het wegneemrecht wordt vastgelegd als kwalitatieve verplichting.

Tot slot merk ik voor de volledigheid nog op dat de huurder (gebouweigenaar) op basis van artikel 7:224 BW een verplichting heeft om het gehuurde aan het einde van de huur ter beschikking te stellen aan de verhuurder (producent). Aangezien dit een actieve verplichting betreft, lijkt het voor de hand te liggen dat de curator van de gebouweigenaar ervoor kan kiezen om de verplichting niet na te komen. Indien dit juist is heeft de producent derhalve niets aan artikel 7:224 BW bij faillissement van de gebouweigenaar. Het is echter de vraag of artikel 7:224 BW niet moet worden gelezen als een recht van de verhuurder in plaats van een verplichting van de huurder.<sup>85</sup> De ligt wat mij betreft niet voor de hand bij een tekstuele uitleg van artikel 7:224 BW. Bovendien spreekt de Hoge Raad in het arrest Smit / Van Hees ook expliciet over een verplichting van de huurder (en niet van de curator).<sup>86</sup>

#### 4.3.3. Mogelijkheid tot vestiging van zekerheidsrechten

De financier kan geen goederenrechtelijk zekerheidsrecht vestigen op het product. In de literatuur is de vraag aan de orde gekomen of het mogelijk is om het contractuele wegneemrecht te verpanden.<sup>87</sup> Ik meen dat dit wel mogelijk is aangezien het wegneemrecht een vorderingsrecht is dat overdraagbaar is.<sup>88</sup> De vraag is echter wat een financier heeft aan een pandrecht op een wegneemrecht. Voor een financier is het in geval van faillissement van de gebouweigenaar het belangrijkste dat de producent zelf gebruik kan maken van zijn wegneemrecht. In geval van faillissement van de producent heeft de financier doorgaans het recht om de positie van de producent in de gebruiksovereenkomst over te (laten) nemen. Uit dien hoofde zal de financier (of

---

<sup>84</sup> Spath, Zaaksvervang (O&R nr. 55) 2010/4.3.9.

<sup>85</sup> Als ik het goed beschouwen Van der Bunt en Visser artikel 7:224 BW eerder als een recht voor de verhuurder dan een verplichting van de boedel en menen zij dat in geval van faillissement van de gebouweigenaar wel gebruik gemaakt kan worden van het wegneemrecht op basis van artikel 7:224 BW. Zie B.J. van de Bunt en P.L. Visser, 'Huur als alternatief voor opstal en een concrete casus voor zonnepanelen', *Tijdschrift voor zakenrecht* 2019 /1.

<sup>86</sup> HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9234, NJ 2006/ (Smit/Van Hees) r.o. 3.5.2.

<sup>87</sup> Zie R.M. Wibier, 'Servitization en goederen- en insolventierecht', *WPNR* 2021/7326 en C.H.A. van Oostrum, '(On)zekerheden bij het financieren van het product-als-dienst model', *Onderneming en Financiering* 2020 (28).

<sup>88</sup> Artikel 3:228 BW jo. 3:383 BW.

andere partij die de overeenkomst overneemt) rechtstreeks een contractueel wegneemrecht jegens de gebouweigenaar hebben.

#### 4.3.4. Duidelijkheid

Zoals hierboven geschetst twijfel ik of een contractueel wegneemrecht voldoende is voor een producent in geval van faillissement van de gebouweigenaar. De Hoge Raad heeft zich nog niet over deze kwestie uitgelaten. Deze onduidelijkheid brengt rechtsonzekerheid die in de praktijk ongewenst is.

#### 4.3.5. Kosten

Het voordeel van een contractueel wegneemrecht is dat er naast de gebruiksovereenkomst geen andere rechten moeten worden gevestigd voor de notaris. Bovendien blijven eventuele rangwisselingen of opheffingen of wijzigingen van splitsingen achterwege. Vanuit het kostenperspectief is een contractueel wegneemrecht daarom aantrekkelijk.

#### 4.3.6. Belangen gebouweigenaar en derden

Bij een grote toename van het gebruik van het PaaS model en gebruik van het contractuele wegneemrecht loopt de gebouweigenaar het risico dat hij te veel afhankelijk is van producenten die een wegneemrecht hebben. Juridisch gezien heeft de gebouweigenaar dan de eigendom van het gehele gebouw, maar door het wegneemrecht heeft de gebouweigenaar toch een afhankelijke positie jegens de producenten. Voor derden is het nadeel dat niet openbaar is in hoeverre de gebouweigenaar afspraken heeft gemaakt met producenten op basis waarvan de producenten een contractueel wegneemrechten hebben.

#### 4.3.7. Conclusie

Het is de vraag of een contractueel wegneemrecht voor de producent voldoende is in geval van faillissement van de gebouweigenaar. Het grootste obstakel is dat onduidelijk is hoe en of de eigendomsverkrijging door de producent in dit geval tot stand komt. Deze onduidelijkheid is ongewenst. Het voordeel van een contractueel wegneemrecht zou zijn dat de kosten van het wegneemrecht beperkt zijn, aangezien het contractuele wegneemrecht kan worden neergelegd in de gebruiksovereenkomst en het niet nodig is om kosten bij de notaris te maken. Het mogelijke gevaar van grote toename van het PaaS model en gebruik van het contractuele wegneemrecht, is dat de eigenaar te veel afhankelijk kan worden producenten als vrijwel voor zijn gehele gebouw een wegneemrecht is overeengekomen. Voor derden is bovendien niet duidelijk in hoeverre de gebouweigenaar deze afspraken heeft gemaakt.

Hieronder volgt een tabel met een overzicht van de conclusie:

*Tabel 3: conclusie paragraaf 4.3:*

	<b>Beoordeling</b>	<b>Opmerkingen</b>
<b>Wegneemrecht</b>	-+	Werkt waarschijnlijk niet in geval van faillissement gebouweigenaar
<b>Zekerheid voor financier</b>	-	Geen goederenrechtelijke zekerheid

<b>Duidelijkheid</b>	-	Niet uitgemaakt door Hoge Raad, waarschijnlijk houdt de structuur niet
<b>Kosten</b>	+	Beperkte kosten
<b>Belangen gebouweigenaar en derden</b>	-	Mogelijk afhankelijke positie gebouweigenaar. Situatie onduidelijk voor derden.

#### 4.4. Huurconstructie met een wegneemrecht

##### 4.4.1. Korte omschrijving van de huurconstructie met een wegneemrecht

In de praktijk wordt ook een constructie toegepast waarbij de producent niet de verhuurder is, maar de huurder van een gedeelte van een gebouw. De gebouweigenaar verhuurt dan bijvoorbeeld de liftschacht van het gebouw. De liftproducent kan in de liftschacht dan de lift aanbrengen. Voor het gebruik, het onderhoud en de vervanging van de lift gaan de gebouweigenaar en de producent een gebruiksovereenkomst aan.

##### 4.4.2. Wegneemrecht

Uit hoofde van artikel 7:216 lid 1 BW is de huurder (in dit geval dus de producent) bevoegd door hem aangebrachte veranderingen en toevoegingen ongedaan te maken, mits daarbij het gehuurde in de toestand wordt gebracht, die bij het einde van de huur redelijkerwijs in overeenstemming met de oorspronkelijke toestand kan worden gebracht. Op basis van dit artikel zou de liftproducent bijvoorbeeld aan het einde van de huurtermijn, de liftinstallatie kunnen wegnemen.

In geval van faillissement van de gebouweigenaar, blijft de huurovereenkomst in stand. Op basis van het in paragraaf 4.3.2 besproken Berzona-arrest is de curator verplicht om de liftschacht ter beschikking te blijven stellen aan de producent en kan de curator niet actief wanpresteren, uiteraard alleen zolang de liftproducent de vergoeding van de huur blijft voldoen. Het feit dat de liftschacht gebruikt mag blijven worden door de liftproducent, biedt de liftproducent al een goed middel om af te dwingen dat de gebruiksovereenkomst gestand wordt gedaan. Het is immers voor de curator niet mogelijk om de liftschacht door een ander te laten gebruiken en bijvoorbeeld in zee te gaan met een andere (goedkopere) liftproducent.

De vraag is of de huurder (de producent) in geval van faillissement van de verhuurder (de gebouweigenaar) gebruik kan maken van het wegneemrecht. Aangezien artikel 7:216 lid 1 BW is geformuleerd als een actief recht van de huurder (producent) en niet als een actieve verplichting van de verhuurder (gebouweigenaar) meen ik dat het Berzona-arrest zich verzet tegen het frustreren door de curator van de uitoefening van het wegneemrecht door de producent. De producent zal dan uiteraard wel moeten voldoen aan het overige in artikel 7:216 lid 1 BW bepaalde, te weten dat het verhuurde bij het einde van de huur redelijkerwijs in overeenstemming met de oorspronkelijke toestand moet worden gebracht.

Aangezien de bevoegdheid tot wegnemen voortvloeit uit de wet, meen ik dat de producent die als huurder een onderdeel van het gehuurde wegneemt, van de afgescheiden zaak de eigenaar wordt.

Dit is in die zin niet anders dan de wettelijke wegneemrechten bij het erfpachtrecht (artikel 5:89 lid 3 BW) en het opstalrecht (artikel 5:105 lid 2 BW). Zie hierover paragraaf 3.2.1.

#### 4.4.3. Mogelijkheid tot vestiging van zekerheidsrechten

De financier kan geen goederenrechtelijk zekerheidsrecht vestigen op het product. Voor een financier is het in geval van faillissement van de gebouweigenaar het belangrijkste dat de producent zelf gebruik kan maken van zijn wegneemrecht. In geval van faillissement van de producent heeft de financier doorgaans het recht om de positie van de producent in de gebruiksovereenkomst over te (laten) nemen. Uit dien hoofde zal de financier (of andere partij die de overeenkomst overneemt) de gebruiksovereenkomst overnemen en een rechtstreeks contractueel wegneemrecht hebben jegens de gebouweigenaar.<sup>89</sup>

#### 4.4.4. Duidelijkheid

Het is door de Hoge Raad niet bevestigd dat de curator op basis van het Berzona-arrest niet bevoegd is om het wegneemrecht van een huurder op basis van artikel 7:216 BW te frustreren. Wat mij betreft ligt het wel voor de hand dat de curator daar niet toe bevoegd is, maar dit is niet met zekerheid te zeggen.

#### 4.4.5. Kosten

De kosten voor de hierboven geschetste huurconstructie zijn beperkt. Er zal met twee overeenkomsten gewerkt moeten worden (de huurovereenkomst en de gebruiksovereenkomst), maar het is niet nodig om rechten te vestigen voor de notaris. Bovendien blijven eventuele rangwisselingen of opheffingen of wijzigingen van splitsingen achterwege. Vanuit het kostenperspectief is een contractueel wegneemrecht daarom aantrekkelijk.

#### 4.4.6. Belangen gebouweigenaar en derden

Bij een grote toename van het gebruik van het PaaS model en gebruik van het de hierboven geschetste huurconstructie, loopt de gebouweigenaar het risico dat hij te veel afhankelijk is van producenten die een wegneemrecht hebben. Juridisch gezien heeft de gebouweigenaar dan de eigendom van het gehele gebouw, maar door het wegneemrecht heeft de gebouweigenaar toch een afhankelijke positie jegens de producenten. Voor derden is het nadeel dat niet openbaar is in hoeverre de gebouweigenaar afspraken heeft gemaakt met producenten op basis waarvan de producenten een contractueel wegneemrecht op basis van de huurconstructie hebben.

#### 4.4.7. Conclusie

In de hierboven geschetste huurconstructie lijkt het wegneemrecht voor de producent gegarandeerd te zijn. Aangezien de Hoge Raad zich hier nog niet over heeft uitgesproken is het niet geheel zeker. Het voordeel van de hierboven geschetste huurconstructie is dat de kosten beperkt zijn. Het mogelijke gevaar van grote toename van het PaaS model en gebruik van het deze constructie, is dat de eigenaar te veel afhankelijk kan worden producenten als vrijwel alle onderdelen van het gebouw een wegneemrecht is overeengekomen. Voor derden is bovendien niet duidelijk in hoeverre de gebouweigenaar deze afspraken heeft gemaakt.

Hieronder volgt een tabel met een overzicht van de conclusie:

---

<sup>89</sup> Zie voor een uitgebreide vergelijking over de positie van de financier bij een opstalrecht en bij een huursituatie uitgebreid M.M.G.B. van Drunen en M.E. Hinskens van Neck, 'Financiering van duurzame energieprojecten: opstalrecht vs huur', *WPNR* 2021/7311.

Tabel 4: conclusie paragraaf 4.4:

	<b>Beoordeling</b>	<b>Opmerkingen</b>
<b>Wegneemrecht</b>	<b>+</b>	Werkt waarschijnlijk ook in geval van faillissement gebouweigenaar
<b>Zekerheid voor financier</b>	<b>- +</b>	Geen goederenrechtelijke zekerheid
<b>Duidelijkheid</b>	<b>- +</b>	Niet uitgemaakt door Hoge Raad, maar aannemelijk dat de structuur houdt
<b>Kosten</b>	<b>+</b>	Beperkte kosten
<b>Belangen gebouweigenaar en derden</b>	<b>-</b>	Mogelijk afhankelijke positie gebouweigenaar. Situatie onduidelijk voor derden.

## 5. De beste match

In hoofdstuk 3 heb ik aan de hand van interviews onderzocht wat de wensen van de bouwpraktijk zijn bij toepassing van het PaaS model. Deze wensen bestaan uit: (i) beschikbaarheid van een juridische mogelijkheid voor de producent om het product te kunnen wegnemen, ook in geval van faillissement van de gebouweigenaar, (ii) de mogelijkheid om zekerheden te vestigen, (iii) duidelijkheid over de geldigheid van de toe te passen rechtsfiguren en juridische structuren, (iv) betaalbaarheid van de toe te passen rechtsfiguren en juridische structuren en (v) dat (ook) rekening wordt gehouden met de belangen van de gebouweigenaar en derden.

In hoofdstuk 4 heb ik verschillende rechtsfiguren en juridische structuren getoetst aan deze wensen. Deze door mij getoetste structuren zijn (i) de vestiging van een opstalrecht (5:101 BW), (ii) de vestiging van een erfpachtrecht (5:85 BW), (iii) een contractueel wegneemrecht en (iv) een huurconstructie met een wegneemrecht.

De hoofdvraag die centraal staat in dit onderzoek is welke bestaande rechtsfiguren het beste passen bij de wensen van de (bouw)praktijk in de transitie van verdienmodellen gebaseerd op eigendomsoverdracht naar verdienmodellen waarbij het 'product as a service' wordt aangeboden als onderdeel de circulaire bouweconomie. Uit mijn onderzoek komt naar voren dat iedere rechtsfiguur bepaalde nadelen en voordelen heeft. Schematisch ziet het antwoord op de hoofdvraag en de conclusie er als volgt uit:

Tabel 5:

	Opstalrecht	Erfpachtrecht	Contractueel Wegneemrecht	Huurconstructie met wegneemrecht
<b>Wegneemrecht</b>	+	+	-+	+
<b>Zekerheid voor financier</b>	+	+	- +	- +
<b>Duidelijkheid</b>	-	-	-	- +
<b>Kosten</b>	-	-	+	+
<b>Belangen gebouweigenaar en derden</b>	+	+	-	-

Ik licht dit kort toe.

Het valt op dat het opstalrecht en het erfpachtrecht in het schematisch overzicht gelijk worden beoordeeld. Dit is niet vreemd omdat het opstalrecht en het erfpachtrecht op hoofdlijnen dezelfde



rechtsfiguren zijn.<sup>90</sup> De voordelen van deze goederenrechtelijke rechtsfiguren zijn duidelijk: (i) opstal en erfpachtrecht geven een duidelijk wegneemrecht dat ook kan worden uitgeoefend in geval van faillissement van de gebouweigenaar, (ii) op het opstalrecht en erfpachtrecht kan een goederenrechtelijk zekerheidsrecht worden gevestigd, (iii) het gebruik van deze rechten zal waarschijnlijk niet snel een grote toevlucht nemen, waardoor de gebouweigenaar niet in de situatie terecht komt dat hij te veel afhankelijk wordt van producenten, en (iv) voor derden is duidelijk voor welke onderdelen van een gebouw wel of niet een opstalrecht of erfpacht recht is gevestigd. Het nadeel van het opstalrecht en erfpachtrecht is dat (i) het toepassingsbereik van beide rechtsfiguren onduidelijk is, waarbij bij het erfpachtrecht meer ruimte voor flexibiliteit lijkt te bestaan dan voor het opstalrecht<sup>91</sup> en (ii) dat de kosten voor het opstalrecht en het erfpachtrecht relatief hoog kunnen zijn.

Vanwege de hierboven genoemde nadelen is een erfpachtrecht of opstalrecht in de praktijk een mogelijke oplossing indien (i) de kosten van de vestiging van het erfpachtrecht of opstalrecht gedragen kunnen worden, hetgeen doorgaans eerder het geval zal zijn bij de meer kostbare onderdelen van een gebouw en (ii) het product waarvoor het erfpachtrecht of opstalrecht wordt gevestigd binnen het toepassingsbereik van het opstalrecht valt. Over dit tweede punt bestaat de nodige onduidelijkheid.<sup>92</sup>

Vanuit het perspectief van de gebouweigenaar zijn de kosten van een erfpachtrecht en opstalrecht mogelijk een voordeel, aangezien de kosten voorkomen dat voor elk gebouwonderdeel een erfpachtrecht en opstalrecht wordt gevestigd, waardoor de gebouweigenaar te afhankelijk zou kunnen worden van de beperkt gerechtigden. De verplichte notariële tussenkomst biedt bovendien het voordeel dat de gebouweigenaar, onder andere, op dit risico wordt gewezen. Dat een gerechtvaardigde regeling tot stand komt waarin ook de belangen van de gebouweigenaar is uiteindelijk ook in het belang van producenten. Indien daar geen rekening mee wordt gehouden is het risico dat de vraag van gebouweigenaren naar PaaS model steeds kleiner wordt, of niet voldoende van de grond komt.

De hierboven weergegeven voordelen en nadelen van het opstalrecht en het erfpachtrecht lijken op veel onderdelen precies anders uit te werken bij de contractuele structuren, waarbij gebruik wordt gemaakt van een (uitsluitend) contractueel wegneemrecht of van een huurconstructie met een wegneemrecht.

De kosten voor deze structuren zijn beperkt omdat het voor de implementatie niet nodig is om naar de notaris te gaan (zoals hierboven aangegeven is dit echter juist een mogelijk nadeel voor gebouweigenaren). Het toepassingsbereik is groter doordat partijen de contractuele vrijheid hebben om voor elk onderdeel van het gebouw een afspraak te maken. Het nadeel van deze contractuele constructies zit hem echter allereerst in de onduidelijkheid of het wegneemrecht werkt in geval van faillissement van de gebouweigenaar. Ik vind het niet aannemelijk dat het (uitsluitend) contractuele wegneemrecht de producent beschermt bij faillissement van de gebouweigenaar, maar wel dat deze bescherming er is bij de huurconstructie met het wegneemrecht. Ten tweede is nadelig dat de financier geen goederenrechtelijke zekerheid kan vestigen, hoewel de vraag is hoe erg dat is indien de financier de gebruiksovereenkomst kan overnemen.<sup>93</sup> Een derde nadeel is het feit dat indien het PaaS model een grote toevlucht neemt, de gebouweigenaar mogelijk in een te afhankelijke positie van de producenten terecht kan komen. Tot slot is negatief dat het voor derden niet zichtbaar is welke contractuele afspraken er gemaakt zijn.

---

<sup>90</sup> In artikel 5:104 lid 2 BW worden ook veel wettelijke bepalingen over het erfpachtrecht van overeenkomstige toepassing verklaard op het opstalrecht.

<sup>91</sup> Zie hierover paragraaf 4.1.1 en 4.2.1.

<sup>92</sup> Zie hierover paragraaf 4.3.3 en 4.4.3.

<sup>93</sup> Zie hierover paragraaf 4.3.3 en 4.4.3.

Met name vanwege de onduidelijkheid bij toepassing van de contractuele structuren over de vraag of het wegneemrecht standhoudt in geval van faillissement van de gebouweigenaar, zie ik de contractuele opties vooral als een alternatief in de gevallen dat het vestigen van een erfpachtrecht of opstalrecht te kostbaar is of dat het desbetreffende (aan te brengen) gebouwonderdeel niet onder het toepassingsbereik van het erfpachtrecht of opstalrecht valt.

Van de contractuele opties heeft de huurconstructie het voordeel boven de constructie met (uitsluitend) een contractueel wegneemrecht, aangezien ik de kans groter acht dat de huurconstructie standhoudt in geval van faillissement van de gebouweigenaar.<sup>94</sup>

De aanbevelingen voor de praktijk zijn samengevat:

1. Indien (i) de kosten gedragen kunnen worden en (ii) het (aan te brengen) gebouwonderdeel onder het toepassingsbereik van het erfpachtrecht of opstalrecht valt, heeft het de voorkeur om een opstalrecht of erfpachtrecht te vestigen. Het erfpachtrecht heeft mogelijk een groter toepassingsbereik dan het opstalrecht, maar inhoudelijk zijn de verschillen tussen het opstalrecht en het erfpachtrecht beperkt.
2. Indien op basis van de onder 1. genoemde voorwaarden geen gebruik kan worden gemaakt van een erfpachtrecht of opstalrecht, dan ligt een contractuele oplossing voor de hand.
3. Van de contractuele oplossingen heeft het de voorkeur om te werken met de in paragraaf 4.4 omschreven huurconstructie omdat die meer zekerheid biedt in geval van faillissement van de gebouweigenaar dan de in paragraaf 4.3 omschreven constructie met (uitsluitend) contractueel wegneemrecht.

---

<sup>94</sup> Zie paragraaf 4.4.1.

## 6. Vooruitblik en slot

Het recht biedt wat mij betreft al goede mogelijkheden om het PaaS model in de praktijk toe te passen. Er zijn wel belangrijke zaken die beter kunnen. De praktijk zou in mijn optiek met name gebaat zijn bij meer duidelijkheid over het toepassingsbereik van het opstalrecht en het erfpachtrecht. Deze duidelijkheid kan worden gegeven in rechtspraak, maar het feit dat de Hoge Raad op een aantal essentiële vragen nog (steeds) geen oordeel heeft gegeven, zegt mij dat we daar nu niet op moeten wachten. De klimaatproblemen zijn nu en die moeten nu aangepakt worden. Wat mij betreft is het daarom aan de wetgever om nu duidelijkheid te geven over zaken die toepassing van het PaaS model kunnen bevorderen, waarvan de belangrijkste is dat aangegeven wordt wat het toepassingsbereik van het opstalrecht en het erfpachtrecht is. Andere zaken die onduidelijk zijn is in hoeverre het contractuele wegneemrecht of artikel 7:216 BW standhoudt in geval van faillissement van de gebouweigenaar. Ook op deze punten zou het mooi zijn om snel duidelijkheid te krijgen.

Een interessante vraag die onderwerp kan zijn van vervolgonderzoek is daarnaast of het gewenst is dat er nieuwe mogelijkheden worden gecreëerd om het PaaS model te faciliteren, naast de bestaande rechtsfiguren en juridische mogelijkheden. Een mogelijkheid zou zijn om bijvoorbeeld een nieuw wegneemrecht te creëren en daarbij te bepalen dat het wegneemrecht werkt in geval van faillissement.<sup>95</sup> Er moet dan wel geregistreerd worden wie het wegneemrecht heeft en voor welke onderdelen dit geldt. Dat zou bijvoorbeeld kunnen worden geregistreerd door een apart register, maar misschien biedt een drie dimensionaal kadaster ook kansen.<sup>96</sup>

Hoe dan ook, tot de tijd dat er meer duidelijkheid is of nieuwe mogelijkheden zijn, moet de praktijk het doen met de mogelijkheden die zij reeds heeft. In mijn onderzoek heb ik proberen aan te geven wat de mogelijkheden zijn en hoe deze mogelijkheden passen bij de wensen van de praktijk. Ik hoop dat mijn onderzoeken en aanbevelingen producenten in de praktijk kunnen helpen de juiste afweging te maken bij het kiezen van de juridische structuur bij toepassing van het PaaS model.

---

<sup>95</sup> Zie hierover P.J. van der Plank, 'Het bevorderen van circulair bouwen. Een alternatief voorstel' *TBR* 2019/89.

<sup>96</sup> Zie ook het interview met M. Witmer, p. 43.

## BIJLAGE 1 LITERATUUR, RAPPORTEN EN RECHTSPRAAK

### Bibliografie

- S.E. Bartels & A.I.M. van Mierlo (m.m.v. H.D. Ploeger), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel IV. Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2013.
- S.E. Bartels & A.A. van Velten, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5. Zakenrecht, Eigendom en beperkte rechten*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.
- B.J. van de Bunt en P.L. Visser, 'Huur als alternatief voor opstal en een concrete casus voor zonnepanelen', *Tijdschrift voor zakenrecht* 2019 /1.
- M.A.B. Chao-Duivis, 'Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel II)', *TBR* 2017/154.
- M.M.G.B. van Drunen en M.E. Hinskens van Neck, 'Financiering van duurzame energieprojecten: opstalrecht vs huur', *WPNR* 2021/7311.
- S. van Gulijk, 'De juridische kwalificatie van verdienstelijking in de gebouwde omgeving', *WPNR* 2021/7326.
- J. Jonker, H. Stegeman, N. Faber, *De circulaire economie – Denkbeelden, ontwikkelingen en business modellen*, Nijmegen: Whitepaper 2018.
- R. Koolhoven, 'Gebouwen en hun bestanddelen in een meer circulair goederenrecht', in: *Circulair bouwen*, Preadviezen Vereniging voor Bouwrecht, Den Haag 2018.
- B. Legger, 'De circulaire economie en het product als dienstmodel in het Nederlandse goederenrecht', *Tijdschrift voor Zakenrecht*, 2018/3-4.
- C.H.A. van Oostrum, '(On)zekerheden bij het financieren van het product-als-dienst model', *Onderneming en Financiering* 2020 (28).
- P.J. van der Plank, 'Het bevorderen van circulair bouwen. Een alternatief voorstel' *TBR* 2019/89.
- P.J. van der Plank, 'Is het mogelijk art. 3:4 BW bestanddelen te verzelfstandigen door middel van het vestigen van een recht van opstal?', *WPNR* 2016/7108.
- P.J. van der Plank en D. de Jong, 'Instrumenteel gebruik van het recht van erfpacht in het kader van circulair bouwen', *WPNR* 2019/7224.
- P.J. van der Plank, *Natrekking door onroerende zaken*, (diss.) (Radboud Universiteit Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- H.D. Ploeger & H. Bounjouh, *Erfpacht en opstal (Monografieën. BW nr. B28)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

- H.J. Rossel & A.H.T. Heisterkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel II. Huur*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.
- J.B. Spath, *Zaaksvervangning (Onderneming en Recht nr. 55) (diss. Nijmegen)*, Deventer: Kluwer 2010.
- H. Stolz, 'De flexibiliteit van het recht van erfpacht', *MvV* 2015.
- N.C. Streep, 'De eigendom voorbij', *Ars Aequi* 2018/612.
- A.M. Schmidt, 'Diensten in de circulaire economie en enkele mogelijke privaatrechtelijke belemmeringen' *M en R* 2017/120.
- V. Tweehuysen, *Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht (Onderneming en recht nr. 92)*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.
- V. Tweehuysen, 'Tiny houses. Does size matter?', *WPNR* 2017/7157.
- M. van der Veen, M. Hulshof, H.D. Ploeger, ' Cascokoop: wenkend perspectief binnen een circulaire economie', *WPNR* 2014/7033.
- F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het erfpachtrecht (diss. Groningen)*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013.
- R.M. Wibier, 'Servitization en goederen- en insolventierecht', *WPNR* 2021/7326.
- A.J. Mes, H.D. Ploeger, B.A.M. Jansen: *Preadvies KNB: Boek 5 BW van de toekomst*, Den Haag: Sdu 2016.

## Rapporten

- Nederland Circulair in 2050, Rijksbreed Programme Circulaire Economie 2016, raadpleegbaar via <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/circulaire-economie/nederland-circulair-in-2050>
- Een nieuw actieplan voor een circulaire economie, Voor een schoner en concurrerender Europa, mededeling van de commissie aan het Europees parlement, de raad, het Europees economisch en sociaal comité en het comité van de regio's, Brussel, 11.3.2020, COM(2020) 98 final, te raadplegen via [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9903b325-6388-11ea-b735-01aa75ed71a1.0023.02/DOC\\_1&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9903b325-6388-11ea-b735-01aa75ed71a1.0023.02/DOC_1&format=PDF)
- United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2019). *World Population Prospects 2019: Highlights (ST/ESA/SER.A/423)*.
- IRP 2019: Global Resources Outlook 2019: Natural Resources for the Future We Want. Oberle, B., Bringezu, S., Hatfield-Dodds, S., Hellweg, S., Schandl, H., Clement, J., and Cabernard, L., Che, N., Chen, D., Droz-Georget, H., Ekins, P., Fischer-Kowalski, M., Flörke, M., Frank, S., Froemelt, A., Geschke, A., Haupt, M., Havlik, P., Hübner, R., Lenzen, M., Lieber, M., Liu, B., Lu, Y., Lutter, S., Mehr, J., Miatto, A., Newth, D., Oberschelp, C., Obersteiner, M., Pfister, S., Piccoli, E., Schaldach, R., Schüngel, J., Sonderegger, T., Sudheshwar, A., Tanikawa, H., van der Voet, E., Walker, C., West, J., Wang, Z., Zhu, B. A

Report of the International Resource Panel. United Nations Environment Programme.  
Nairobi, Kenya

### Rechtspraak

- HR 3 november 2006, *NJ* 2007/155 m.nt. P. Van Schilfgaarde (Nebula, Van den Bos q.q./Mulders & Welleman)
- HR 30 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3350 BNB 2006/22
- HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9234 (Smit/Van Hees)
- HR 10 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:5 BNB 2014/68.
- HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681`, *NJ* 2014/407 m.nt. F.M.J. Verstijnen (ABN AMRO/Berzona).

## BIJLAGE 2 INTERVIEW D. DE JONG

Datum: 21 mei 2021

***Dolf is notaris en partner bij Houthoff. Dolf is gespecialiseerd in goederenrecht, contractenrecht en notarieel recht. Hij adviseert cliënten bij projectontwikkeling, de aan- en verkoop van vastgoed, het aangaan van samenwerkingsverbanden, goederenrechtelijke structureringen, financiering van vastgoed en circulaire toepassingen in de bouw.***

### **1. Welke van jouw cliënten zijn bezig met "product as a service"?**

Dat zijn leveranciers van onderdelen van gebouwen in het algemeen en onderzoeksinstituten. De leveranciers van onderdelen zijn bijvoorbeeld leveranciers van liften, tourniquets, betonelementen of gevelleveranciers. De onderzoeksinstituten zijn branche-organisaties of universiteiten die onderzoeken in hoeverre onderdelen 'as a service' kunnen worden aangeboden. Van beleggers of ontwikkelaars krijg ik minder vragen over 'product as a service'.

### **2. Waarom zijn jouw cliënten bezig met "product as a service"?**

Dat is tweeledig. Als eerste wordt vaak genoemd dat er maar één planeet is en dat leveranciers duurzaam willen zijn. Milieu is een drijfveer. Ten tweede is "product as a service" een nieuw businessmodel dat in de toekomst steeds interessanter zal zijn. Er is een tendens naar duurzaamheid, en het als je daar als eerste bij bent, dan kun je daar je voordeel mee doen.

Een mooi voorbeeld is een client die liftinstallaties levert. Deze client levert liftinstallaties die in het algemeen van betere kwaliteit zijn dan andere liftinstallaties. Zo zijn er bijvoorbeeld minder storingen per jaar en minder stilstand van de liften dan gemiddeld bij andere liften. De kwaliteit van de liften is zo goed dat de client garandeert dat liften over 40 jaar nog steeds voldoen. Voor de liften van deze cliënt worden meer en andere materialen gebruikt dan door concurrenten van andere liften, waardoor de liften van deze client in het algemeen duurder zijn als je naar de aanschafwaarde kijkt, maar ook van betere kwaliteit. De client heeft echter onderzoek gedaan naar de daadwerkelijke kosten van zijn liftinstallatie voor een huurder en de gebouweigenaar over de jaren. Uit dit onderzoek blijkt dat de liften van client over de jaren heen qua kosten wel degelijk concurrerend zijn met andere liften van concurrenten. Het probleem voor de client is echter dat bij het gewone businessmodel, dat is gebaseerd op eigendomsoverdracht, een ontwikkelaar van een gebouw doorgaans de lift kiest met de laagste aanschafwaarde om de kosten laag te houden. De ontwikkelaar, die het gebouw verkoopt aan een belegger, heeft immers vooral belang bij een lage aanschafwaarde van de liftinstallatie.

Indien echter de lift 'as a service' wordt aangeboden, dan zijn er in principe geen aanschafkosten en kan de ontwikkelaar voor de lift van de client kiezen, die uiteindelijke van betere kwaliteit is voor concurrerend kosten. Door de lift 'as a service' aan te bieden kan de client dus wel zijn liften aan een ontwikkelaar ter beschikking stellen. Geen aanschafkosten zijn voor ontwikkelaar namelijk heel interessant. Het is daarbij natuurlijk wel de vraag of dit voordeel volledig toekomt aan de ontwikkelaar. Vaak moet aan het einde van de leasetermijn namelijk een restwaardevergoeding worden betaald, dus daarover moeten partijen dan afspraken maken.

### **3. Welke juridische structuur kiezen jouw cliënten als ze "product as a service" aanbieden en waarom?**

Cliënten kiezen voor verschillende juridische structuren.

Bij liftinstallaties wordt vaak een opstalrecht gevestigd om ervoor te zorgen dat de leverancier van de lift eigenaar van de liftinstallatie blijft. De leverancier en de gebruiker of gebouweigenaar gaan dan ook een gebruiksovereenkomst aan op basis waarvan de gebouweigenaar of gebruiker de lift mag gebruiken.

Het is echter niet altijd mogelijk om een opstalrecht te vestigen. Het kan bijvoorbeeld zijn dat er sprake is van een gebouw dat al gesplitst is in appartementsrechten. Voor het vestigen van een opstalrecht kan het dan nodig zijn om de splitsingsstructuur te wijzigen. Dat is doorgaans veel werk en kostbaar. In dit soort gevallen zie je daarom dat er gekozen wordt voor structuren zonder opstalrecht. De leverancier van de liftinstallatie en de gebruiker of gebouweigenaar komen dan overeen dat de liftinstallatie economisch, dus niet juridisch, in eigendom blijft van de leverancier van de liftinstallatie. In feite accepteert de leverancier van de liftinstallatie dan het risico dat bijvoorbeeld de eigendom van de liftinstallatie in de boedel valt als de gebouweigenaar failliet gaat, of dat de gebouweigenaar de liftinstallatie vervreemd of bezwaard.

Er zijn ook nog varianten waarbij gewerkt wordt met een huurconstructie en een wegneemrecht voor de leverancier van de liftinstallatie. De leverancier huurt dan de liftschacht van de gebouweigenaar en geeft vervolgens de liftinstallatie in gebruik aan de gebruiker of gebouweigenaar op grond van een leaseovereenkomst. In de huurovereenkomst voor de liftschacht kom de leverancier van de liftinstallatie dan ook met de gebouweigenaar overeen dat de leverancier van de liftinstallatie een wegneemrecht heeft voor alle onderdelen en materialen die zich in de liftschacht bevinden.

In hoeverre de leverancier van de liftinstallatie echt wat heeft aan een wegneemrecht is maar de vraag. Ik begrijp namelijk dat in de praktijk het verwijderen van een liftinstallatie kostbaar is. Bovendien is het onwaarschijnlijk dat de lift één op één kan worden overgeplaatst in een ander gebouw. Het is dus maar de vraag of het voor de leverancier interessant is om een lift weg te nemen op grond van een wegneemrecht, of het feit dat hij eigenaar is van de liftinstallatie, bijvoorbeeld op grond van het gevestigde opstalrecht. Ook bij gevels kun je je afvragen of het verwijderen van een gevel interessant is voor de gevelleverancier. Het verwijderen van een gevel is arbeidsintensief en kost veel manuren en is daardoor kostbaar. Nu is het daarom waarschijnlijk niet interessant om een gevel weg te halen, maar in de toekomst mogelijk wel, als bijvoorbeeld de grondstofprijzen verder stijgen en we verder zijn met modulair bouwen waardoor de gevel eenvoudiger op een ander gebouw kan worden aangebracht.

Kortom, het is de vraag in hoeverre je op dit moment echt wat hebt aan het recht om je producten terug te nemen. In de praktijk bestaan de om nakoming van een gebouweigenaar af te dwingen zijn vaak contractueel en bestaan uit boetes, maar ook uit het feit dat een liftleverancier op afstand de liften uit kan zetten.

#### **4. Waarom is een opstaleigendom of een wegneemrecht dan toch relevant?**

Eigendom op basis van een opstalrecht of een wegneemrecht kan wel dienen als een soort drukmiddel jegens een gebouweigenaar of gebruiker. Verder maakt eigendom de businessmodellen waarbij het product 'as a service' wordt aangeboden beter financierbaar. Bij de verschillende pilots die ik met onderzoeksinstituten heb gedaan was financiering ook een belangrijk element. Bij financieringen zijn het wel vaak ingewikkelde structuren omdat er allerlei bijkomende zaken geregeld moeten worden, zoals bijvoorbeeld mogelijkheden voor de financier om de gebruiksovereenkomst of leaseovereenkomst over te nemen als de leverancier in gebreke is. Wie onder welke omstandigheden de gebruiksovereenkomst of leaseovereenkomst kan overnemen is overigens ook vaak punt een van discussie. De gebouweigenaar zal zijn gebruiksovereenkomst willen kunnen overdragen aan een nieuwe eigenaar van het gebouw, maar de leverancier van onderdelen eist dan bijvoorbeeld wel dat de nieuwe eigenaar voldoet aan de compliance eisen die de leverancier aan zijn klanten



stelt. Aan de andere kant wil de leverancier van onderdelen de mogelijkheid hebben om zijn overeenkomst over te dragen aan een financier of andere partij. Dat is vaak weer niet aantrekkelijk voor gebouweigenaren omdat zij een rechtstreekse positie jegens de leverancier van het product willen hebben, mocht er iets aan de hand zijn. Dat is natuurlijk ook het idee bij het aanbieden van een product 'as a service' door een leverancier.

#### **5. Wat zijn de nadelen van de verschillende structuren?**

Een ander algemeen gehoord nadeel van het 'product as a service' is dat leveranciers de balansvergroting nadelig vinden. De producten van de leveranciers blijven eigendom van de leveranciers waardoor de balansen van de leveranciers groter en ingewikkelder worden. Leveranciers proberen daarom de balans weer te verkleinen door de producten over te dragen aan een derde of financier, maar dat is juist niet de bedoeling bij het aanbieden van product 'as a service'.

Een nadeel van het vestigen van opstalrechten of erfpachtrechten zijn de kosten. De kosten voor het vestigen van een opstalrecht zijn in het meest voordelige geval, op basis van standaardmodellen, misschien terug te brengen tot 1.500 euro. Indien de aanschafwaarde van producten relatief laag is, zijn de kosten voor het vestigen van een opstalrecht dan alsnog te hoog. Een tourniquet kost bijvoorbeeld ongeveer 30.000 euro. Een kostenpost additionele kostenpost van 1.500 euro per tourniquet is dan te veel.

De vraag is of de juridische structuren allemaal niet eenvoudiger kunnen, bijvoorbeeld zonder zakelijkrecht dat bij de notaris moet worden gevestigd. Een idee is mogelijk om een verzekering af te sluiten tegen verlies van producten, door bijvoorbeeld faillissement van de gebouweigenaar of ongewenste vervreemding of bezwaring door de gebouweigenaar. Een andere en vergelijkbare optie is dat leveranciers zelf met deze risico's rekening houden in hun marges.

#### **6. Wat zijn volgens knelpunten in wet- en regelgeving om "product as a service" aan te kunnen bieden?**

Belangrijk is dat bepaalde onduidelijkheden omtrent de flexibiliteit van het erfpachtrecht en het opstalrecht worden opgelost. Verder zou het goed zijn als het makkelijk zou zijn om ongewenste bestanddeelvorming tegen te gaan. Door bestanddeelvorming is het soms niet mogelijk of onduidelijk of een opstalrecht kan worden gevestigd. Het zou mooi zijn als er een mogelijkheid was om goedkoper en eenvoudiger eigendom voor te behouden, eventueel een soort light variant van het opstalrecht die door een leverancier zelf geregistreerd kan worden of een wegneemrecht dat geregistreerd kan worden, bijvoorbeeld via koppeling aan het Madaster. Er ontstaat dan wel erg versnipperde eigendom en ik weet niet in hoeverre dat aantrekkelijk is.

## BIJLAGE 3 INTERVIEW M. WITMER

Datum: 19 mei 2021

**Marco is werkzaam als kandidaat-notaris in de praktijkgroep Real Estate. Hij houdt zich voornamelijk bezig met duurzame energieprojecten, vestiging beperkte rechten voor kabels en leidingen, netregistratie, commerciële vastgoedtransacties, vastgoedfinanciering en vastgoed gerelateerde contracten.**

### 1. Welke van jouw cliënten zijn bezig met "product as a service"?

Ik adviseer onder andere warmteleveranciers en leveranciers van elektriciteit. Bij warmteleveranciers gaat het dan om levering van warmte en koude aan gebouwen op basis van door de leverancier geëxploiteerde WKO installaties. Bij leveranciers van elektriciteit gaat het om de levering van energie die wordt opgewerkt door bijvoorbeeld zonnepanelen. Overigens zie je dat warmteleveranciers soms ook zonnepanelen exploiteren naast de warmte en koude om ervoor te zorgen dat projecten over het geheel gezien energieneutraal kunnen zijn of kunnen voldoen aan bepaalde normen van de gemeente. Binnenstedelijk is dat vaak lastig om dit op te lossen met zonnepanelen vanwege een gebrek aan ruimte. In dat geval worden bijvoorbeeld rechten op panelen op afstand gekocht, groen certificaten of garanties van oorsprong.

### 2. Waarom zijn jouw cliënten bezig met "product as a service"?

De hoofdreden is dat products as a service een verdienmodel is, maar cliënten hebben ook wel een vergroeningsgedachte.

Bij warmteleveranciers is het businessmodel de exploitatie van de WKO installatie en de levering van warmte en koude tegen een vergoeding. Voor de hoogte van de vergoedingen die de warmteleverancier bestaan allemaal regels, onder andere maximum tarieven. De warmte / koude wordt in bronnen opgewekt door de WKO installatie en via leidingen naar technische ruimte van een of meer gebouwen verplaatst. De warmteleverancier is verantwoordelijk voor de WKO installatie en de leidingen en het onderhoud daarvan tot de afleverset. Een afleverset is de verbinding tussen de warmtedistributieleidingen en de binneninstallatie in het gebouw.

Bij leveranciers van elektriciteit is het businessmodel vaak dat zij vierkante meters huren (bijvoorbeeld een dank) en daar panelen op plaatsen die energie opwekken die vervolgens weer verkocht wordt door de leverancier van de zonnepanelen. Dit businessmodel werkt voornamelijk overigens alleen omdat er subsidies worden verleend voor zonnepanelen. Ander kan het niet uit.

### 3. Welke juridische structuur kiezen jouw cliënten als ze "product as a service" aanbieden en waarom? Wat zijn volgens jou / jouw client de voordelen / nadelen van deze structuur?

Zowel de warmteleveranciers als de exploitanten van zonnepanelen werken met opstalrechten.

Bij warmteleveranciers wordt er gewerkt met een hoofd- en onderopstalrecht structuur. Het hoofdopstalrecht voor de WKO installatie wordt vaak gevestigd voor een stichting. De stichting handelt dan in het belang van de gebruikers of gebouweigenaar. De warmteleverancier krijgt vervolgens een onderopstalrecht onder de ontbindende

voorwaarde dat de raamwerkovereenkomst wordt ontbonden. In de raamwerkovereenkomst staan afspraken over de exploitatie van de installatie, meestal voor 20 of 30 jaar. Als de raamovereenkomst eindigt dan vervalt ook het onderopstalrecht en vervalt daarmee het eigendomsrecht van de warmteleverancier. De raamovereenkomst kan ook worden beëindigd als de warmteleverancier zijn verplichtingen niet nakomt. Natuurlijk niet bij kleine overtredingen, maar als de warmteleverancier het echt niet goed doet, dan kan de overeenkomst worden beëindigd en verliest hij zijn opstalrecht. Dat geeft zekerheid voor de gebouweigenaar en de gebruikers. Zij moeten dan natuurlijk wel een nieuwe warmteleverancier zoeken. Daarnaast eindigt de raamovereenkomst ook na de exploitatietermijn, tenzij anders wordt overeengekomen. In beginsel is het dus ook zo dat het opstalrecht en het eigendomsrecht van de warmteleverancier vervalt na verloop van deze termijn.

De reden dat de warmteleverancier tijdelijk een opstalrecht wil heeft te maken met de financiering. Het opstalrecht maakt het mogelijk om een hypotheekrecht op de WKO installatie en de leidingen te vestigen, maar overigens niet op de bron zelf. Er moeten overigens nog wel bijkomende afspraken gemaakt worden met een financier, bijvoorbeeld wat er gebeurt als de raamovereenkomst eindigt. Een andere reden om met opstalrecht te werken is niet strikt juridisch, maar dat is dat het hebben van eigendom een beter gevoel geeft. Het grote nadeel van het werken met deze opstal en onderopstalstructuur met allemaal bijkomende overeenkomsten is dat het heel complex is en een enorme juridische kostenpost. Die komt overigens niet voor rekening van de warmteleverancier, want die beding meestal dat de ontwikkelaar van een project deze kosten op zich neemt.

Verder speelt ook het niet strikt juridische argument dat eigendom een beter gevoel geeft.

Bij zonneleveranciers werkt het anders. Daar huurt de leverancier ruimte, bijvoorbeeld op een dak. Het opstalrecht wordt dan huuraanvullend gevestigd. Huuraanvullend is wat anders dan huurafhankelijk, want een huurafhankelijk opstalrecht kun je niet financieren. Aan het einde van de huurtermijn zie je vaak dat de exploitant van de zonnepalen een wegneemplicht heeft, maar er zijn ook regelingen denkbaar op basis waarvan de eigendom van de zonnepanelen aan het einde van de termijn toekomt aan de gebouweigenaar, maar dit komt minder vaak voor.

#### **4. Wat zijn de belangrijkste (andere) (juridische) wensen van jouw cliënten bij het aanbieden van "product as a service"?**

De belangrijkste wens van cliënten is dat er in wet- en regelgeving zaken niet duidelijk zijn die verduidelijkt zouden moeten worden. De belangrijkste onduidelijkheden in mijn praktijk bestaan uit de vraag of een systeem, zoals een WKO installatie met leidingen, wel of niet als netwerk kwalificeert. Dat is nu niet duidelijk, maar wel heel belangrijk. Als een systeem als netwerk kwalificeert dan is het systeem namelijk automatisch eigendom van de bevoegde aanlegger op grond van de wet. De natrekkingsregels van lid 1 artikel 20 van boek 5 geldt dan niet. Een andere belangrijke onduidelijkheid in de praktijk is in hoeverre je opstalrechte kan vestiging op bepaalde onderdelen van een gebouw, zoals de leidingen in een gebouw. Volgens de wet kun je alleen gebouwen, werken en beplantingen met een opstalrecht bezwaren. Als een onderdeel van een gebouw bestanddeel is van dat gebouw, zit bestanddeelvorming in de weg aan de mogelijkheid om een opstalrecht te vestigen, want een bestanddeel is geen zelfstandig object waar een opstalrecht voor kan worden gevestigd. Je kan je bijvoorbeeld afvragen of leidingen een bestanddeel zijn van een gebouw, omdat een gebouw zonder leidingen niet compleet zou zijn. Als dat zo is, dan is het maar de vraag of je een opstalrecht kan vestigen voor de leidingen. In de praktijk doen we dat overigens wel altijd gewoon. Voor zonnepanelen lijkt het mij overigens wat duidelijker

dat deze minder snel bestanddeel zijn en heb ik minder twijfel over de mogelijkheid om een opstalrecht te vestigen. Dat hangt er wel weer vanaf hoe de zonnepanelen zijn aangebracht op het gebouw, want dat kan op allerlei verschillende manieren.

**5. In hoeverre vind jij de volgende rechtsfiguren geschikt voor het aanbieden van 'product as a service': opstal, erfpacht, kwalitatieve verplichting, wegneemrecht.**

Ik vind erfpacht een goed alternatief voor een opstalrecht, want voor een erfpachtrecht is het niet nodig om een zelfstandig onderdeel van een zaak te kunnen onderscheiden. Dat biedt meer flexibiliteit en voorkomt onzekerheid. Verder lijkt erfpacht en opstal in juridische zin heel veel op elkaar. In de praktijk komt erfpacht toch minder voor. Waarschijnlijk omdat het zijn van erfpachter van een onderdeel toch een ander gevoel geeft dan het zijn van eigenaar van een onderdeel.

**6. Zie jij nog andere opties / rechtsfiguren om product as a service aan te bieden?**

Wat mij betreft biedt een driedimensionaal kadaster mooie kansen. Een driedimensionaal kadaster biedt mogelijkheden om precies aan te geven welk onderdeel van een gebouw of ander werk eigendom is van wie. Het is dan openbaar zodat iedereen het kan inzien. Dat biedt duidelijkheid voor derden. Nu is de duidelijkheid soms lastig te verkrijgen aangezien op basis van de verschillende opstalakten met onderopstalakten, etcetera het als derde toch vaak heel moeilijk blijkt om een goed beeld te krijgen hoe een structuur nu precies in elkaar zit.

## BIJLAGE 4 INTERVIEW R. KOOPS

Datum: 29 mei 2021

***Rolf Koops is directeur van BuildinG, een onafhankelijke kennis- en innovatieplatform voor toekomstbestendige bouw en infra in Noord-Nederland. BuildinG helpt ondernemers, onderzoekers, bewoners en overheden bij innovatie voor een betere gebouwde omgeving en een vitale regionale bouweconomie.***

### 1. Zijn in de (bouw)praktijk veel partijen bezig met het concept "product as a service"?

Niet heel veel, terwijl dit wel een belangrijke kans is om circulair bouwen verder te ontwikkelen. De huidige bouwpraktijk is heel project georiënteerd en gaat uit van lineaire processen met opdrachtgevers, architecten, aannemers, etc. Uiteindelijk wordt dan het product opgeleverd en dan zijn deze partijen klaar. Er worden natuurlijk wel een aantal garanties afgegeven, maar dat is het dan. Het gebouw wordt na oplevering overgenomen door gespecialiseerde management, beheer en onderhoudspartijen. Dat is een separate markt. In mijn ogen is dit een van de belangrijkste punten die moet veranderen om de circulaire economie verder te ontwikkelen. Circulair is natuurlijk heel hip en de eerste associatie gaat over herbruik van materialen en de bouwmethode. Het gaat om recyclen, demontabele bouw of gebruik van andere materialen. In mijn ogen is dit maar een deel van de transitie naar een circulaire economie en is het minstens zo belangrijk dat er veel meer aandacht is voor de totale levensduur van een gebouw en dat wordt gekeken naar de total costs of ownership, door bijvoorbeeld lifecycle analyses te doen.

Een punt is dat je in de vastgoedpraktijk te maken hebt met verschillende partijen uit verschillende marktsegmenten, bijvoorbeeld woningcorporaties, beleggers, particulieren, de overheid of zorginstellingen. De vastgoedmarkt is versnipperd en gesegmenteerd. Dat vertraagt innovatie. Dat is bijvoorbeeld anders bij de consumentenmarkt, waar innovatie veel sneller gerealiseerd kan worden, denk bijvoorbeeld aan de iPhone.

### 2. Worden in de markt lifecycle analyses uitgevoerd?

Ik zie wel dat bij nieuwe investeringen adviseurs worden ingeschakeld om dit type analyse te doen, maar dat werkt vervolgens niet door in de markt. Er worden wel berekening gedaan en gekeken of aan bepaalde milieu eisen voldaan wordt, bijvoorbeeld om aan BREEM normen te voldoen, maar in mijn ogen wordt dit niet vertaald naar de markt.

### 3. Hoe zie jij dat "product as a service" dienst de circulaire economie kan helpen?

Processen in het vastgoed zijn nu gescheiden. Er is sprake van ontwerp, bouw en vervolgens beheer en onderhoud. Indien je wenst toe te bewegen naar een meer circulaire economie is het belangrijk dat deze domeinen meer in elkaar overlopen. Als je de betrokkenen in deze domeinen vraagt eenmalig in hun eigen domein iets doen, dan gaat verdienstelijking in mijn ogen ook geen grote vormen aannemen. Er zijn wel voorbeelden waarin er meer overloop is tussen de verschillende domeinen. Een voorbeeld is het Duo gebouw in Groningen. Dit gebouw is ontwikkeld en gerealiseerd volgens het Design Build Finance Maintain en Operate (DBFMO) principe. Dat was toen heel revolutionair, maar ook heel kostbaar. In het algemeen zie je dat grote opdrachtgevers zoiets maar eenmalig doen en dan weer overgaan tot de orde van de dag. De eerste ervaringen zijn ook vaak dat het erg lastig is. Het is ook een leerproces en lastig prestaties te definiëren en ingewikkeld om af te spreken hoe je met verantwoordelijkheden omgaat. Bij het Duo gebouw nam dit

allemaal de meest verregaande vorm aan, en dat was best spannend. Je sluit bijvoorbeeld een contact met marktpartij voor 20 jaar, ervan uitgaande dat een gebouw 20 jaar een bepaalde functie heeft. Dat moet je die functie definiëren en dat is heel ingewikkeld.

In het lineaire proces wordt gebouwd voor de laagste prijs en gezocht naar goedkopere spullen en materialen. Belangrijk is dat bouwers anders naar projecten gaan kijken. Als een gebouw 20 jaar onderhouden moet worden, dan wordt er anders naar materialen gekeken. Er wordt dan meer gestuurd op kwaliteit en op minder onderhoud. Het is daarbij ook belangrijk om modulair te denken. Als de energietechniek om de zoveel jaar compleet verandert, dan moet je dus zo bouwen dat je de energietechniek eenvoudig modulair kan vervangen. De partij die de service verzorgt, moet verder doen waar hij goed in is. Een serviceprovider kan verantwoordelijk zijn voor de gebouwfuncties, bijvoorbeeld klimaatbeheersing of onderhoud, maar niet voor niet gebouw specifieke functies, zoals de inrichting van operatiekamers.

Uiteindelijk moeten er langlopende portefeuilles worden opgebouwd waarin partijen zich richten op kwaliteit van service en zich niet meer hoeven te richten op meer bouwen. Ketenintegratie is belangrijk. Het is belangrijk dat partijen in de keten verantwoordelijkheid nemen van het eindproduct. Voor ondernemers betekent dit dat het risicoprofiel enorm wordt opgeblazen, dus komt dit lastig van de grond. Wat mij betreft is het aan de grote beleggers om deze ontwikkeling aan te jagen.

#### **4. Hoe snel denk je dat de ontwikkeling naar product as a service gaat?**

Je moet je realiseren dat voor bouwbedrijven dit een totaal businessmodel is. Dit betekent heel veel voor je organisatie. Je hebt andere overeenkomsten nodig, intern andere competenties en ook een andere liquiditeit. Dit betekent een hele grote verandering. Bestaande bedrijven kunnen niet opeens het oude verdienmodel opgeven en in deze nieuwe markt stappen. Dit zorgt voor vertraging.

Er wordt al jaren over gepraat, maar het gaat langzaam. Wat ik denk dat er ook achter zit is dat de huidige structuur van de bouw is ontstaan tijdens de wederopbouw. Toen was er behoefte aan groei en productie. Dat heeft geleid tot enorme bedrijven in de bouw. Dat waren toen allemaal verschillende bedrijven die gericht waren op realisatie. Tegenwoordig is er juist vraag naar kwaliteit, duurzaamheid, een prettige leefomgeving, flexibiliteit, etc. De vraag naar kwaliteit maakt plaats voor de vraag naar volume. Dat zit nog niet in de structuur van de markt. Je komt in de rare kip ei toestand, namelijk dat bouwers die hiermee aan de gang willen zeggen dat er geen vraag is, maar opdrachtgevers zeggen dat het niet wordt aangeboden. Toch is mijn stelling dat we door verschillende elementen onherroepelijk versneld in transitie terecht zullen komen. Dit heeft onder andere te maken met eisen omtrent gebruik en strengere milieu eisen, materiaal wordt schaars, vaklieden in de bouw zijn schaars, de consument wordt kritischer, er zijn technologische veranderingen, etc. De juridische wereld moet daarop inspelen.

Er zijn tal van zaken waarop ingespeeld kan worden, zoals bouwcontracten, aanbestedingen, vragen over wie de eigenaar van data is. Het is allemaal buitengewoon complex, maar het moet allemaal kunnen. Modulair bouwen wordt ook steeds serieuzer. Je ziet dat er nieuwe prefab fabrieken worden opgezet. Dit is een onvermijdelijke beweging waar de dienstensector op in moet spelen, want de huidige contracten zijn daar nog niet op toespitst.

Natuurlijk is de transitie lastig voor partijen in de bouw, die erop gericht zijn om van project naar project te bewegen. Transities kosten tijd en geld. Indien partijen zich echter nu niet

oriënteren en aanpassen, dan doen andere markspelers dat, zoals bijvoorbeeld een Google of Ikea. Interessant is ook dat we naar een andere omgevingswet toegaan met andere bouwplantoetsing. Het idee van de wetgever is dat de bouwer zelf zijn eigen kwaliteit moet aantonen. Dat is in andere sectoren, bijvoorbeeld de auto-industrie, al heel normaal. In Engeland is dit overigens al lang het geval en dat heeft een hele nieuwe business opgeleverd, zoals servicebureaus en bouwmanagementbureaus.