

88. Natrekkingsperikelen in de circulaire bouwpraktijk: het huurrechtelijke wegneemrecht als verbintenisrechtelijke oplossing?

MR. W. NOOTEBOOM

In de transitie naar een circulaire bouwpraktijk wordt onder meer nagedacht over het aanbieden van gebouwonderdelen *as-a-service*, waarbij gebouwonderdelen niet langer worden verkocht, maar worden geleased aan grond- en gebouweigenaren. Een juridisch obstakel voor het verhuren van gebouwonderdelen is onder meer dat deze gebouwonderdelen door bestanddeelvorming in eigendom worden nagetrokken door het gebouw waaraan ze worden gemonteerd, waardoor de verhuurder risico loopt zijn verhuurde gebouwonderdelen niet (altijd) te herkrijgen. In deze bijdrage bespreek ik de wijze waarop het huurrechtelijke wegneemrecht een oplossing voor dit probleem zou kunnen bieden.

Inleiding: circulair bouwen en gevel-as-a-service

In de transitie naar een circulaire bouwpraktijk wordt geëxperimenteerd met verschillende initiatieven die kunnen bijdragen aan meer hergebruik van (bouw)materialen en het hoogwaardig(er) inzetten van grondstoffen. Daarbij wordt onder meer nagedacht over het aanbieden van gebouwonderdelen *as-a-service*, waarbij gebouwonderdelen zoals gevels niet langer worden verkocht, maar worden geleased aan grond- en gebouweigenaren.¹ De gevelbouwer blijft in dat geval (economisch) eigenaar van de gevel en is verantwoordelijk voor onderhoud, service en eventuele vervanging. In ruil daarvoor betaalt de grond- of gebouweigenaar een periodieke gebruiksvergoeding aan de gevelbouwer. Het idee is dat dit enerzijds hoogwaardig hergebruik van de gevel mogelijk maakt: de gevel keert na de gebruikperiode weer terug bij de gevelbouwer, waarna hij de gevelonderdelen opnieuw kan verhuren, of kan hergebruiken in de productie van nieuwe gevels. Anderzijds geeft het de gevelbouwer een prikkel om een zo duurzaam mogelijke gevel te maken. De gevelbouwer heeft bij het aanbieden van zijn gevel als dienst immers geen baat meer bij een snelle vervangingsnoodzaak of productveroudering – wat

hij wel heeft bij een verdienmodel bestaande uit eenmalige verkooptransacties – maar wordt (zo is de belofte) gestimuleerd om met een efficiënte inzet van grondstoffen een hoogwaardige gevel te produceren met een zo lang mogelijke levensduur, die zo min mogelijk onderhoud nodig heeft.²

Het aanbieden van gevels (en andere gebouwonderdelen) *as-a-service* kan aldus vanuit circulariteitsoogpunt interessant zijn, maar juridisch roept het de nodige vragen op. Eén van de vragen is hoe voldoende kan worden gewaarborgd dat de gevelbouwer zijn verhuurde gevel aan het einde van de leaseperiode herkrijgt, nu hij de eigendom van zijn gevel na plaatsing in beginsel zal verliezen als gevolg van bestanddeelvorming en het in eigendom herkrijgen van de gevel niet volledig is gewaarborgd op grond van de enkele leaseovereenkomst die de gevelbouwer en de gebouweigenaar ten behoeve van deze gevellease zouden sluiten. Dit zit als volgt.

Bestanddeelvorming en de (ontoereikende) teruggaveverplichting ex art. 7:224 lid 1 BW

Zodra de gevelbouwer de gevel plaatst, zal deze gevel op grond van art. 3:4 lid 1 BW in beginsel een bestanddeel

1 Zie bijv. Philips' 'Light as a service' waarbij Philips eigenaar blijft van de armaturen en lichtinstallaties en de gebruiker slechts betaalt voor de dienst 'licht'; zie <https://www.philips.nl/a-w/about/news/archive/standard/about/news/press/2015/20150416-Philips-introduceert-circulaire-verlichting-voor-Schiphol.html> (laatst geraadpleegd 3 augustus 2023). Ook de lease-lift 'M-Use' van Mitsubishi Elevator Europe, waarbij Mitsubishi eigenaar blijft van de lift en de gebruiker maandelijks betaalt voor het gebruik van de geplaatste lift, is hier een voorbeeld van; zie <https://www.mitsubishi-liften.nl/m-use/#> (laatst geraadpleegd 3 augustus 2023).

2 R. Koolhoven, 'Gebouwen en hun bestanddelen in een meer circulair goederenrecht', in: R. Koolhoven, C.W. Backes/M.N. Boeve & D.R. Versteeg, *Circulair bouwen. VBR Preadvies nr. 46*, Den Haag: IBR 2018, p. 6 en 8; E.C.A. Vermeulen, *Circulair bouwen: knelpunten en oplossingen in het goederenrecht. Van eigendom naar product-as-a-service*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2020, p. 19; M.A.B. Chao-Duivis, 'Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel II)', *TBR* 2017/154, par. 6.2.1.

worden van het gebouw waaraan de gevel wordt gemon- teerd.³ De gevelbouwer verliest zijn eigendomsrecht en de gebouweigenaar wordt eigenaar van de aan het gebouw bevestigde gevel.⁴ Wanneer de gevel vervolgens wordt afge- scheiden van het gebouw, bijvoorbeeld na afloop van de leaseperiode of bij tussentijdse vervanging door een ander exemplaar, zal de gebouweigenaar als eigenaar van de oorspronkelijke hoofdzaak ook eigenaar zijn van de gevel als afgescheiden bestanddeel.⁵ De gevelbouwer herkrijgt de gevel dus niet van rechtswege op het moment dat de gevel wordt gedemonteerd. Wel heeft de gebouweigenaar, als huurder van de gevel, ingevolge art. 7:224 lid 1 BW de verplichting om de gehuurde gevel aan het einde van de huur weer ter beschikking te stellen aan de gevelbouwer.

Om circulaire initiatieven zoals gevel- as-a-service te realiseren is een juri- dische vormgeving vereist, waarmee het in eigendom herkrijgen van de gevel meer is gewaarborgd

Hiermee is het herkrijgen van de gevel door de gevelbou- wer echter niet volledig gewaarborgd. Het herkrijgen van de gevel wordt namelijk in de eerste plaats gefrustreerd wanneer de gebouweigenaar het gebouw (inclusief gevel) overdraagt aan een derde. Nog los van het feit dat de ex-gebouweigenaar dan feitelijk niet meer in staat is om aan de teruggaveverplichting te voldoen, ontbreekt bij hem de beschikkingsbevoegdheid die is vereist om de eigendom van de (af te scheiden) gevel terug over te dragen aan de gevelbouwer. De teruggaveverplichting van art. 7:224 lid 1 BW vormt immers slechts de titel tot terug-overdracht in

de zin van art. 3:84 lid 1 BW, wat maakt dat de terugge- vende gebouweigenaar ook aan de overige vereisten van art. 3:84 lid 1 BW zal moeten voldoen om een geldige eigendomsoverdracht te bewerkstelligen.⁶ Daartoe is hij na een overdracht van het gebouw echter niet meer in staat. De gevelbouwer zal de gevel vervolgens evenmin terugkrijgen van de opvolgende gebouweigenaar, aangezien er door het ontbreken van een contractuele huurrelatie op de opvol- gende gebouweigenaar geen verplichting rust om de gevel aan de gevelbouwer ter beschikking te stellen.⁷ Hetzelfde geldt wanneer het gebouw inclusief gevel door een beslag- legger of hypotheekhouder wordt geëxecuteerd. Indien het gebouw ten gevolge van overdracht of executie in handen komt van een derde, zal de gevelbouwer zijn gevel niet in eigendom herkrijgen. Het herkrijgen van de gevel op grond van de teruggaveverplichting is bovendien problematisch indien de gebouweigenaar faillieert. De gebouweigenaar is dan door zijn beschikkingsonbevoegdheid zelf niet meer in staat om de gevel over te dragen en de curator is niet gehouden om mee te werken aan de teruggaveverplichting van art. 7:224 lid 1 BW.⁸ De gevelbouwer heeft in dat geval ter zake van de teruggaveverplichting slechts een concu- rente vordering die hij op grond van art. 133 Fw voor de geschatte waarde kan indienen in het faillissement.⁹ Het herkrijgen van de gevel zelf – daar waar het hem in een

- 3 Nu in een circulaire bouwpraktijk in beginsel demontabel en modulair wordt gebouwd, zal een 'circulaire gevel' hoogstwaarschijnlijk geen onverbreekelijke verbondenheid hebben met het gebouw waaraan het is bevestigd, waardoor geen sprake is van bestanddeelvorming op grond van art. 3:4 lid 2 BW.
- 4 Dat de gebouweigenaar dan een gevel huurt waarvan hij zelf eigenaar is, doet aan de geldigheid van de huurovereenkomst niet af. Voor een geldige huurovereenkomst is immers niet vereist dat de verhuurder eigenaar is van hetgeen hij verhuurt. De huurovereenkomst zou mogelijk slechts door vermenging in de zin van art. 6:161 BW teniet kunnen gaan, maar gelet op o.m. de te leveren service- en onderhoudsdiensten lijkt het mij onaannemelijk dat de verhuurder en huurder zich in één persoon hebben verenigd. Ook kom ik in de jurisprudentie deze gevolgtrekking niet tegen. Zie in gelijke zin K. Hilwerda & A.M. Bos, 'Te huur: duurzame apparatuur – goederenrechtelijke, verbintenisrechtelijke en huurrechtelijke kansen en obstakels', *VGR* 2020/6, p. 217.
- 5 Dit volgt uit een analoge toepassing van de regels van vruchttrekking, waarbij de eigenaar van de vruchtdragende zaak volgens art. 5:1 lid 3 BW ook (van rechtswege) eigenaar wordt van de afgescheiden vruchten. Deze analoge toepassing brengt mee dat de gebouweigenaar – de eigenaar van de oorspronkelijke hoofdzaak waar de gevel, net als de afgescheiden vrucht, vóór afscheiding een bestanddeel van vormde – ook eigenaar wordt van de afgescheiden gevel. Zie in gelijke zin J.B. Spath, *Zaaksvervanging* (Onderneming en recht nr. 55) (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010, p. 177; J.C.T.F. Lokin, *Afscheiding van bestanddelen. Een studie naar Romeins, Duits en Nederlands burgerlijk recht* (Onderneming en Recht nr. 134), Deventer: Kluwer 2022/4.7.7; Vermeulen 2020, p. 36.

- 6 Hoewel ik dit standpunt in de literatuur niet tegenkom, valt mogelijk te betogen dat de verplichting van art. 7:224 lid 1 BW geen titel vormt voor terug-overdracht in de zin van art. 3:84 lid 1 BW. Art. 7:224 lid 1 BW brengt immers slechts de verplichting met zich om de feitelijke macht over de zaak terug te geven, maar niet om de eigendom van de gehuurde zaak over te dragen, waardoor het mogelijk niet kwalificeert als een 'rechtsverhouding die aan de overdracht ten grondslag ligt en haar rechtvaardigt' (zie Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013/274 voor deze definitie van een titel). Dat zou ertoe leiden dat het voldoen aan art. 7:224 lid 1 BW überhaupt niet leidt tot het herkrijgen van de eigendom van de gevel door de gevelbouwer, aangezien een geldige titel die deze overdracht rechtvaardigt, ontbreekt. De gebouweigenaar zou in dat geval ook na teruggave eigenaar van de gevel blijven. Mijns inziens kan echter worden betoogd dat zodra de huurovereenkomst betrekking heeft op een gehuurde zaak die gedurende de huurperiode door de eigendom van de huurder wordt nagetrokken, in de verplichting om de zaak aan het einde van de huur weer aan de verhuurder ter beschikking te stellen ook een verplichting moet worden gelezen om de eigendom van de gehuurde zaak terug over te dragen. Het doel van deze teruggaveverplichting is immers om de verhuurder terug te brengen in de toestand waarin hij verkeerde voordat hij de zaak aan de huurder verhuurde. In dat geval zou de teruggaveverplichting wel eigendomsoverdracht rechtvaardigen en derhalve een geldige titel voor terug-overdracht kunnen vormen. Om discussie op dit punt te voorkomen zouden partijen er goed aan doen om in de leaseovereenkomst expliciet overeen te komen dat de gebouweigenaar-huurder aan het einde van de leaseperiode niet alleen de verplichting heeft om de gevel weer aan de gevelbouwer ter beschikking te stellen, maar dat hij deze ook in eigendom dient over te dragen.
- 7 Het moge duidelijk zijn dat art. 7:226 BW in een dergelijke situatie geen toepassing vindt, nu dit artikel slechts van toepassing is indien de verhuurder de verhuurde zaak overdraagt aan een derde. In dit geval draagt de gebouweigenaar-gevelhuurder (het gebouw met) de leasegevel in eigendom over aan een derde. Van een voortzetting van de huurovereenkomst door de opvolgend gebouweigenaar is derhalve geen sprake.
- 8 HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9234 (Smit/Van Hees).
- 9 Th.S.M. Fraai & T.F.M. Wijggers, 'Het nut en de noodzaak van het vestigen van een recht van opstal bij verhuurde roerende zaken', *TvHB* 2018/1, p. 18.

circulaire bouwpraktijk juist om te doen is – zal echter niet meer lukken.

Om circulaire initiatieven zoals gevel-*as-a-service* te realiseren, is dan ook een zekere aanvullende juridische vormgeving vereist, waarmee het in eigendom verkrijgen van de gevel wel (of in ieder geval, meer) is gewaarborgd. In de literatuur rondom dit onderwerp wordt tot nu toe veelal onderzocht of, en zo ja op welke wijze, goederenrechtelijke rechtsfiguren zouden kunnen worden ingezet om dit probleem te overkomen.¹⁰ In deze bijdrage bespreek ik de (vooralsnog onderbelichte) wijze waarop het huurrecht, in het bijzonder het huurrechtelijke wegneemrecht van art. 7:216 lid 1 BW, een relatief eenvoudige verbintenrechtelijke oplossing kan bieden om het verkrijgen van verhuurde, in eigendom nagetrokken gebouwonderdelen te waarborgen. Ik bespreek dit aan de hand van het reeds geïntroduceerde concept van gevel-*as-a-service*, waarbij ik opmerk ik dat het door mij besprokene logischerwijs op eenzelfde wijze toepassing kan vinden bij het verhuren van andere gebouwonderdelen die het risico lopen door bestanddeelvorming in eigendom te worden nagetrokken.

Een tweede huurovereenkomst: de gevelbouwer als huurder van de ophangpunten

Om het verkrijgen van de gevel te waarborgen kunnen partijen naast de leaseovereenkomst een tweede huurovereenkomst sluiten, op grond waarvan de gevelbouwer van de gebouweigenaar het gedeelte van het gebouw huurt waar(aan) de leasegevel zal worden gemonteerd.¹¹ Ik duid dit gehuurde gedeelte korthedshalve aan als ‘de ophangpunten’. De gevelbouwer bevestigt zijn gevel aan deze gehuurde ophangpunten. De gevelbouwer heeft vervolgens als huurder van de ophangpunten op grond van art. 7:216 lid 1 BW een wettelijk wegneemrecht om de door hem aan de gehuurde ophangpunten aangebrachte zaken te verwijderen, ook wanneer deze zaken door bestanddeelvorming of natrekking eigendom zijn geworden van de verhuurder.¹² Zoals uit het navolgende zal blijken, kan de gevelbouwer dit wegneemrecht gebruiken om de door hem aan de ophangpunten aangebrachte gevel aan het einde van de leaseperiode weg te nemen en (in alle voornoemde gevallen) in eigendom te verkrijgen.

Om van dit huurrechtelijke wegneemrecht gebruik te kunnen maken is wel vereist dat de huur van de ophangpunten kwalificeert als een huurovereenkomst in de zin van art. 7:201 BW. In dat kader wijs ik op twee aandachtspunten. Allereerst is het van belang dat de ophangpunten voldoende concreet en geïdentificeerd zijn, zodat de contouren van ‘het gehuurde’ voldoende vaststaan.¹³ Indien het object van het gehuurde willekeurig is – bijvoorbeeld omdat aan de gevelbouwer slechts het recht wordt verleend om de leasegevel aan het gebouw aan te brengen, zonder dat hiertoe een concreet gedeelte van het gebouw wordt aangewezen – is geen sprake van een huurovereenkomst in de zin van art. 7:201 BW en komt de gevelbouwer het huurrechtelijke wegneemrecht niet toe.¹⁴ Verder is van belang dat de gevelbouwer-huurder zich verbindt tot een tegenprestatie.

Vanaf het moment van bevestiging verliest de gevelbouwer de eigendom van de gevel en hij verkrijgt dit niet van rechtswege wanneer de gevel wordt gedemonteerd

Zijn tegenprestatie kan geldelijk zijn, maar zou ook kunnen bestaan uit het leveren van service- en onderhoudsdiensten ten aanzien van de door hem aan de gehuurde ophangpunten aangebrachte leasegevel. Dat de gevelbouwer (ook) op grond van de leaseovereenkomst verplicht is deze service- en onderhoudsdiensten te verrichten, staat niet in de weg aan het zijn van een tegenprestatie voor het gebruik van de ophangpunten. Een tegenprestatie – die wel bepaalbaar moet zijn – kan immers heel goed vermengd zijn in andere prestaties of in het geheel van de uit de twee overeenkomsten voortvloeiende verplichtingen en daardoor niet direct als ‘de’ tegenprestatie voor het huurgenot identificeerbaar zijn.¹⁵ Wel is van belang dat de bij wijze van tegenprestatie te verrichten service- en onderhoudsdiensten verder gaan dan het onderhoud waartoe de gevelbouwer reeds op grond van de wet verplicht is. Anders is het als tegenprestatie waarschijnlijk (te) mager.¹⁶ Indien partijen de huur van

10 Zie bijv. P.J. van der Plank & D. de Jong, ‘Instrumenteel gebruik van het recht van erfpacht in het kader van circulair bouwen’, *WPNR* 2019/7224, p. 65-70; E.C.A. Vermeulen, *Circulair bouwen: knelpunten en oplossingen in het goederenrecht. Van eigendom naar product-as-a-service*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2020; N.C. Streep, ‘De eigendom voorbij’, *Ars Aequi* 2018/612; C.H.A. van Oostrum, ‘(On)zekerheden bij het financieren van het product-als-dienstmodel’, *Onderneming & Financiering* 2020, afl. 1, p. 27-46; B. Legger, ‘De circulaire economie en het product als dienstmodel in het Nederlandse goederenrecht’, *Tijdschrift voor Zakenrecht* 2018, afl. 3, p. 29-31.

11 De gevelbouwer en de gebouweigenaar zijn in deze vormgeving dus beiden zowel huurder als verhuurder van respectievelijk de leasegevel en de ophangpunten.

12 HR 25 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP4773 (*Dupomex/De Haas-Duijvelaar*), r.o. 3.3.

13 A.M. Kloosterman, H.J. Rossel & M.H. Rozeboom, *Hoofdpijnen in het huurrecht. Met vragen en antwoorden*, Deventer: Kluwer 2020, p. 27; A.R. de Jonge, *Huurrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 48.

14 In dat geval is slechts sprake van een onbenoemde overeenkomst waarop uitsluitend de algemene verbintenrechtelijke bepalingen van Boek 6 BW van toepassing zijn, zie De Jonge 2019, p. 48; E.T. de Boer, annotatie bij rb. Amsterdam 17 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1651, *TvHB* 2015/12, afl. 3, p. 202. In deze uitspraak gaf de voorzieningenrechter ook (terloops) aan te twijfelen of er sprake is van een huurovereenkomst, omdat aan de ‘huurder’ van een gedeelte van een gebouw slechts het recht was verleend om in, aan, op of boven een gebouw apparatuur te installeren en te exploiteren, zonder dat daartoe een concreet gedeelte van het gebouw was aangewezen.

15 Concl. A-G Huydecoper, ECLI:NL:PHR:2011:BQ8111, bij HR 9 september 2011, r.o. 22.

16 Concl. A-G Huydecoper, ECLI:NL:PHR:2009:BI4205, bij HR 10 juli 2009 (*Impala auto's*), r.o. 20.

de ophangpunten (met inachtneming van het voorgaande) zijn overeengekomen, is sprake van een huurovereenkomst betreffende de huur van een gedeelte van een gebouwde onroerende zaak in de zin van art. 7:230a BW.¹⁷

Het wegneemrecht van art. 7:216 lid 1 BW

Wanneer de gevelbouwer het wegneemrecht uitoefent en de gevel wegneemt, wordt de gevel door afscheiding (weer) een zelfstandige zaak en ontstaat hierop een nieuw eigendomsrecht.¹⁸ Hoewel dit niet expliciet uit de wet volgt, komt dit (nieuwe) eigendomsrecht op de weggenomen gevel mijns inziens toe aan de gevelbouwer-huurder als wegneemge-

rechtigde.¹⁹ De gevelbouwer-huurder verkrijgt de eigendom van rechtswege na afscheiding van de gevel, mits aan de voorwaarden van het wegneemrecht wordt voldaan.²⁰

Art. 7:216 lid 1 BW vereist onder meer dat sprake is van een door de huurder aangebrachte zaak en dat het gehuurde bij wegneming in de toestand wordt gebracht die bij het einde van de huur redelijkerwijs in overeenstemming met de oorspronkelijke kan worden geacht. Strikt genomen zou dit meebrengen dat de huur van de ophangpunten moet aanvangen vóórdat de gevel is geplaatst en nadat een eventueel te vervangen gevel(deel) is verwijderd. Dit om te voorkomen dat de leasegevel en het te vervangen geveldeel onderdeel uitmaken van 'de oorspronkelijke toestand' en daardoor respectievelijk met het wegneemrecht niet zou kunnen weggenomen of aan het einde van de huur zou moeten worden teruggeplaatst. In praktijk luistert de feitelijke aanvangstoestand van het gehuurde echter minder nauw, omdat partijen op grond van art. 7:224 lid 2 eerste volzin BW een beschrijving van het gehuurde kunnen opmaken. De toestand van het gehuurde die in een gezamenlijk opgemaakte beschrijving is opgenomen, is de 'redelijkerwijs oorspronkelijke toestand' waarin de gevelbouwer-huurder het gehuurde bij uitoefening van het wegneemrecht moet terugbrengen.²¹ Nu het partijen is toegestaan om in deze

17 De vraag zou kunnen rijzen of de in HR 11 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:899 (*Vliegvelde Valkenburg*), r.o. 3.5.1, geformuleerde uitzondering op het 230a-regime zich in dit geval voordoet. Volgens dat arrest is het 230a-regime niet van toepassing wanneer het gebouw 'als onderdeel van het gehuurde van verwaarloosbare betekenis is'. In rb. Amsterdam 17 maart 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:1651, werd geoordeeld dat dit het geval was, toen een telecomaandbieder een gedeelte van een dak (een antenne-opstelpunt) huurde om hierop een telefoonmast aan te brengen. Volgens de voorzieningenrechter was het 230a-regime niet op de huur van toepassing, omdat het gebouw (als gebouw) volledig irrelevant was voor de telecomaandbieder. Daardoor was het gebouw als onderdeel van het gehuurde (kennelijk) van verwaarloosbare betekenis. Mijns inziens doet deze uitzondering zich in dit geval niet voor. Voor de gevelbouwer is het gebouw waarvan hij de ophangpunten huurt (anders dan voor de telecomaandbieder) niet inwisselbaar voor elk ander punt waaraan de gevel zou kunnen worden aangebracht. Bovendien is gevel die de gevelbouwer aan de gehuurde ophangpunten monteert dienstbaar aan het gebouw waarvan hij de ophangpunten huurt; het dient immers ter vervollediging van dat gebouw. Het gebouw is (als onderdeel van het gehuurde) dus wel degelijk van betekenis, aangezien juist de kennelijke noodzaak tot complementering van het gebouw met een leasegevel ten grondslag ligt aan het huren van de ophangpunten. Verder is voornoemde uitspraak bij mijn weten de enige uitspraak waarin is geoordeeld dat ruimte op of aan een gebouw die is verhuurd ten behoeve van het aanbrengen van apparatuur of andere zaken, niet kwalificeert als de huur van een gedeelte van een gebouwde onroerende zaak in de zin van art. 7:230a BW. In de overige rechtspraak die ik in dit kader heb kunnen vinden wordt er, veelal zonder dat daaraan een overweging wordt gewijd, van uitgegaan dat in een dergelijk geval sprake is van de huur van een gedeelte van een gebouwde onroerende zaak, zie rb. Arnhem 6 april 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BA5470, en rb. Arnhem 6 augustus 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN5756.

18 Het eenheidsbeginsel brengt immers mee dat op de afgescheiden zelfstandige gevel een afzonderlijk eigendomsrecht komt te rusten. Het eigendomsrecht dat op de afgescheiden gevel komt te rusten kan niet hetzelfde eigendomsrecht zijn als het oorspronkelijke eigendomsrecht dat bestond vóór de bestanddeelvorming. Het BW kent, anders dan in het Romeinse recht, immers geen 'slappende' eigendomsrechten die kunnen ontwaken op het moment dat de gevel weer een zelfstandige zaak wordt. Het eigendomsrecht dat op de gevel rust is derhalve een nieuw eigendomsrecht. Zie ook Lokin 2022/4.7.12.

19 Zie in gelijke zin Spath 2010/4.3.9; Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2021/190. Hierover zou echter ook anders kunnen worden gedacht indien de wegneemgerechtigde een zaak wegneemt waarvan hij niet de oorspronkelijke eigenaar is, bijv. omdat hij een zaak heeft aangebracht die aan hem onder eigendomsvoorbehoud was geleverd. Betoogd kan worden dat de oorspronkelijke eigenaar in dat geval (weer) eigenaar wordt van de weggenomen zaak. Zie in deze zin Wichers 2002, p. 274 (noot 12), en Lokin 2022/4.8.8.2-4.8.9. Het bestek van dit artikel laat een uiteenzetting van deze discussie niet toe. Ter onderbouwing van de stelling dat uitoefening van het wegneemrecht leidt tot eigendomsverwerving door de wegneemgerechtigde huurder wijs ik daarom voor nu slechts op de wetteksten van het oude huurrechtelijke wegneemrecht van art. 7A:1603 BW (oud), waaruit lijkt te volgen dat het de wegneemgerechtigde huurder is die na wegneming de eigendom van de weggenomen zaken verkrijgt en niet een (andere) oorspronkelijke eigenaar. Het artikel bepaalde dat de huurder '[aangebrachte zaken mag] afbreken en naar zich nemen'. Het 'naar zich mogen nemen' geeft de wegneemgerechtigde een zekere bevoegdheid om de zaken na wegneming onder zich te houden. Dit lijkt een contra-indicatie te zijn voor eigendomsverwerving door een eventuele oorspronkelijke eigenaar, nu deze bevoegdheid verhindert dat een oorspronkelijke eigenaar de door hem te verkrijgen zaken onder de wegneemgerechtigde zou kunnen opeisen. Eigendomsverwerving door de oorspronkelijke eigenaar lijkt daardoor onder art. 7A:1603 BW (oud) (zeer) onwaarschijnlijk. Nu uit de wetsgeschiedenis op geen enkele wijze volgt dat de wetgever een andere werking heeft willen toekennen aan het wegneemrecht van art. 7:216 lid 1 BW (hetgeen in dat geval wel voor de hand had gelegen), meen ik dat moet worden aangenomen dat uitoefening van het wegneemrecht van art. 7:216 lid 1 BW (net als zijn voorganger) leidt tot eigendomsverwerving door de wegneemgerechtigde huurder. Zie voor andere argumenten en een uitgebreide bespreking van deze discussie Spath 2010/4.3.9, nr. 115.

20 Spath 2010/4.3.9; rb. Zeeland-West-Brabant 22 mei 2013, ECLI:NL:RBZWB:CA1252 (*Carwash*), r.o. 3.5.1.

21 *Kamerstukken II* 2000/01, 26089, nr. 9, p. 2; Den Engelsen & Jaspers, in: *Sdu Practice Notes*, 'Klusrecht en oplevering van het gehuurde', onder 'Inleiding' (online, bijgewerkt 15 maart 2022); Concl. A-G Huydecoper, ECLI:NL:PHR:2004:AP4373, bij HR 25 juni 2004 (*Dupomex/De Haas-Duijve-laar*), r.o. 20.

beschrijving een toestand vast te leggen die afwijkt van de daadwerkelijke aanvangstoestand,²² kunnen partijen met het opmaken van een beschrijving in de zin van art. 7:224 lid 2 BW relatief eenvoudig bewerkstelligen dat de voorwaarde tot herstel in de redelijkerwijs oorspronkelijke toestand bij wegneming wordt vervuld. Indien partijen geen beschrijving van het gehuurde opmaken is de feitelijke toestand bij aanvang van de huur wel van belang, met dien verstande dat het wettelijke bewijsvermoeden van art. 7:224 lid 2 tweede volzin BW meebrengt dat, behoudens bewijs van het tegendeel, de toestand bij het einde van de huur wordt vermoed gelijk te zijn aan de oorspronkelijke toestand.²³ Dit heeft tot gevolg dat de gevelbouwer-huurder ook bij afwezigheid van een beschrijving in beginsel aan deze voorwaarde van het wegneemrecht voldoet, tenzij de gebouweigenaar-verhuurder aantoont dat de feitelijke oorspronkelijke toestand anders was.

Werking van het wegneemrecht in geval van overdracht, executie en faillissement

Interessant is dat de gevelbouwer met het huurrechtelijke wegneemrecht de verhuurde gevel ook kan herkrijgen in de situaties waarin de uit de leaseovereenkomst voortvloeiende teruggaveverplichting van art. 7:224 lid 1 BW niet leidt tot het herkrijgen van de gevel. Zo kan de gevelbouwer het wegneemrecht allereerst inroepen tegenover opvolgende gebouweigenaren. Bij een overdracht van het gebouw – of beter gezegd, bij overdracht van de verhuurde ophangpunten – wordt de huurovereenkomst ingevolge het dwingend-rechtelijke²⁴ art. 7:226 lid 1 BW namelijk van rechtswege voortgezet door de verkrijger onder bijzondere titel.²⁵ De rechtsoptvolgend verhuurder wordt daarbij op grond van art. 7:226 lid 3 BW gebonden aan de bepalingen van de huurovereenkomst die ‘onmiddellijk verband houden met het doen hebben van het gebruik van de zaak tegen een door de (gevelbouwer-)huurder te betalen tegenprestatie’.²⁶ Het wegneemrecht lijkt mij, als een van de rechten en verplichtingen die uitdrukkelijk zijn opgenomen in de wettelijke regeling, hiertoe te behoren.²⁷ In de rechtspraak is bovendien geoordeeld dat een beding dat regels geeft voor het *aanbrengen* van veranderingen aan het gehuurde ‘zeker’ behoort tot de bedingen die op grond van art. 7:226

lid 3 BW een verkrijger onder bijzondere titel binden.²⁸ Nu het wegneemrecht hiermee nauw verband houdt – het ziet immers op het weer ongedaan maken en herkrijgen van deze aangebrachte veranderingen aan het gehuurde – is het aannemelijk dat voor het wegneemrecht hetzelfde geldt.

De gevelbouwer kan met het huurrechtelijke wegneemrecht de gevel ook herkrijgen in de situaties waarin de teruggaveverplichting van art. 7:224 lid 1 BW niet leidt tot het herkrijgen van de gevel

Daarnaast houdt het wegneemrecht in de tussen de gevelbouwer en gebouweigenaar gesloten huurovereenkomst in het bijzonder onmiddellijk verband met het gebruik van de gehuurde ophangpunten tegen de door de gevelbouwer te betalen tegenprestatie, nu het verkrijgen en kunnen uitoefenen van dit wegneemrecht voor de gevelbouwer redengevend was om de ophangpunten te huren. Het wegneemrecht is mijns inziens dan ook een beding dat op grond van art. 7:226 lid 3 BW ook tegenover een opvolgend gebouweigenaar-verhuurder kan worden uitgeoefend.²⁹ De gevelbouwer is daarmee verzekerd van het herkrijgen van zijn gevel indien het gebouw inclusief gevel ten gevolge van overdracht door de gebouweigenaar of executie door een beslaglegger in handen komt van een derde.

De gevelbouwer hoeft ook niet te vrezen voor een executie van het gebouw door een hypotheekhouder met een ouder recht op het gebouw, nu hij het wegneemrecht ook tegenover hem kan uitoefenen. Indien de huurovereenkomst bevoegdlijk is aangegaan, kan de hypotheekhouder door de werking van art. 7:226 BW (het gebouw met) de gehuurde ophangpunten slechts executeren met behoud van de huurovereenkomst.³⁰ De executiekoper wordt in dat geval de nieuwe verhuurder, tegenover wie de gevelbouwer zijn wegneemrecht kan uitoefenen. Indien de huurovereenkomst is gesloten in strijd met een in de hypotheekakte opgenomen huurbeding, kan de hypotheekhouder de huurovereenkomst voorafgaand aan de executie vernietigen.³¹ Hoewel de gevelbouwer-huurder in dat geval zijn huurrecht en zijn wegneemrecht verliest, is het hem volgens het *Christenhusz/Brunsveld*-arrest wel toegestaan om vóór executie zijn wegneemrecht tegenover de hypotheekhouder en diens koper uit te oefenen.³² Het huurbeding staat daaraan

22 Six-Hummel, in: *GS Huurrecht*, art. 7:224 BW, aant. 54.1 en 54.3.

23 Art. 7:224 lid 2 tweede volzin BW spreekt weliswaar van ‘tegenbewijs’, maar uit de wetsgeschiedenis blijkt dat bedoeld is dat de verhuurder het tegendeel van het (ten gunste van de huurder opgenomen) wettelijke vermoeden moet bewijzen. De verhuurder draagt het bewijsrisico, zie *Kamerstukken II* 2000/01, 26089, nr. 9, p. 2.

24 Art. 7:226 lid 4 BW.

25 Hetzelfde geldt bij vestiging of overdracht van een zelfstandig recht van vruchtgebruik, erfpacht of opstal op het gebouw met de verhuurde ophangpunten, in welk geval de verkrijger van dat recht de huurovereenkomst voortzet, zie art. 7:226 lid 1 BW.

26 Art. 7:226 lid 3 BW.

27 Zie in gelijke zin Asser/Rossel & Heisterkamp, 7-II, 2021/157; F.M.J. Verstijlen, E.F. Verheul & M.T.P. van Dijken, *Duurzame financieringsstructuur. Obligatorie zekerheid?*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2021, p. 15.

28 Hof Amsterdam 23 december 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BJ3732, r.o. 4.3.

29 Zie ook B.J. van de Bunt & P.L. Visser, ‘Huur als alternatief voor opstal en een concrete casus voor zonnepanelen’, *TvZ* 2019/1, p. 13; Lokin 2022/4.9.10, die er allen (impliciet) van uitgaan dat een opvolgend gebouweigenaar/rechtsoptvolgend verhuurder gebonden raakt aan het wegneemrecht van de huurder die een deel van het gebouw huurt.

30 De huurovereenkomst is bevoegdlijk aangegaan als in de hypotheekakte geen huurbeding is opgenomen of, indien dit wel het geval is, de hypotheekhouder toestemming heeft verleend voor de verhuur.

31 Art. 3:264 lid 1 jo. lid 2 BW.

32 HR 2 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB8025 (*Christenhusz/Brunsveld*), NJ 1990/253.

volgens de Hoge Raad niet in de weg, omdat wegneming van hetgeen na vestiging van het hypotheekrecht is aangebracht de waarde van het onderpand van de hypotheekhouder niet negatief beïnvloedt. Ook bij executie van het gebouw door een oudere hypotheekhouder is het verkrijgen van de gevel dus gewaarborgd.³³

Tot slot kan de gevelbouwer met het huurrechtelijke wegneemrecht zijn gevel verkrijgen indien de gebouweigenaar in staat van faillissement komt te verkeren. Voorop staat dat de huurovereenkomst betreffende de huur van de ophangpunten en het daaruit voortvloeiende wegneemrecht in beginsel blijven bestaan wanneer de gebouweigenaar failliet. Het faillissement heeft immers geen invloed op bestaande wederkerige overeenkomsten³⁴ en bij het faillissement van de gebouweigenaar-verhuurder heeft de curator op grond van de wet geen bijzondere bevoegdheid om de huurovereenkomst tussentijds te beëindigen.³⁵ Of het verbintenisrechtelijke wegneemrecht kan worden uitgeoefend in het faillissement van de gebouweigenaar hangt af van de wijze waarop in faillissement met de huurovereenkomst, meer in het bijzonder met contractuele verplichtingen tot een dulden of nalaten, moet worden omgegaan.³⁶ Het wegneemrecht van de gevelbouwer-huurder is immers in feite een verplichting van de gebouweigenaar tot het dulden dat de gevelbouwer-huurder de door hem aangebrachte gevel wegneemt. Uit vaste rechtspraak volgt dat de curator op grond van art. 37 Fw slechts 'passief' verbintenis die uit of ten laste van de boedel moeten worden voldaan niet na mag komen,³⁷ maar niet 'actief' mag wanpresteren op verplichtingen tot dulden of nalaten. Dergelijke verplichtingen moet de curator respecteren.³⁸

Er bestaat echter discussie over de reikwijdte van deze door de Hoge Raad geformuleerde rechtsregel, omdat dit (kort gezegd) gedeeltelijk op gespannen voet staat met het fixatiebeginsel, dat juist verhindert dat verbintenisrechtelijke

rechten worden uitgeoefend ten aanzien van boedelbestanddelen indien daardoor het verhaal van de gezamenlijke schuldeisers wordt geschaad.³⁹ De curator hoeft daarvoor waarschijnlijk (toch) niet iedere verbintenisrechtelijke aanspraak tot dulden of nalaten te respecteren.⁴⁰ Mijns inziens is het huurrechtelijke wegneemrecht echter een aanspraak tot dulden die de curator van de gebouweigenaar in ieder geval moet respecteren, omdat de rechtsbetrekking waaruit deze verplichting tot dulden voortvloeit (de huurverhouding) niet zuiver verbintenisrechtelijk is, maar ook kan worden tegengeworpen aan rechtsopvolgers van het gebouw die onder bijzondere titel verkrijgen.⁴¹

De gevelbouwer kan met het huurrechtelijke wegneemrecht zijn gevel verkrijgen indien de gebouweigenaar in staat van faillissement komt te verkeren

De curator kan het gebouw door de werking van art. 7:226 BW slechts 'bezwaard' met het huurrecht en het daaruit voortvloeiende wegneemrecht verkopen. Ook bij een niet-uitoefening van het wegneemrecht kan de curator dus geen 'onbezwaarde verkoopwaarde' realiseren ten gunste van de gezamenlijke schuldeisers. Uitoefening van het wegneemrecht leidt daardoor niet tot een verminderd verhaal voor de gezamenlijke schuldeisers, nu verkoop van het gebouw bezwaard met het huurrecht en het (nog uit te oefenen) wegneemrecht hetzelfde waardedrukkende effect heeft als uitoefening van het wegneemrecht tijdens faillissement. Het respecteren van deze verbintenisrechtelijke aanspraak schaadt de waarde van de boedel dus niet en staat dan ook niet op gespannen voet met het fixatiebeginsel. Het ligt naar mijn mening derhalve in de rede dat de curator het huurrechtelijke wegneemrecht van de gevelbouwer (evenals andere verplichtingen tot dulden en nalaten met een zekere 'derdenwerking') in ieder geval dient te respecteren en het wegneemrecht (dus) uitgeoefend kan worden tijdens het

33 Een executie van het gebouw door een 'jongere' hypotheekhouder, d.w.z. een hypotheekhouder wiens recht is gevestigd nadat de gevelbouwer de ophangpunten heeft gehuurd, staat evenmin niet in de weg aan het verkrijgen van de gevel, nu deze jongere hypotheekhouder het gebouw slechts kan executeren met behoud van de huurovereenkomst en het wegneemrecht van de gevelbouwer-huurder.

34 G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Faillissementswet*. Heruitgave Van der Feltz I 1896 (*Onderneming en Recht* nr. 2-II), Deventer: Kluwer 2016, p. 409.

35 Art. 39 Fw is immers alleen van toepassing bij het faillissement van de huurder. De curator kan ook geen ontruiming van de verhuurde ophangpunten vorderen, zie HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681 (*ABN AMRO/Berzona*); HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424 (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*). Het faillissement van de gebouweigenaar heeft (behoudens contractuele opzegbevoegdheden) dus geen gevolgen voor het voortbestaan van de huurovereenkomst. De leaseovereenkomst daarentegen, waarbij de gebouweigenaar gevelhuurder is, kan de curator wel op grond van art. 39 Fw opzeggen. Het is daarom in het bijzonder van belang dat de gevelbouwer zijn gevel kan wegnemen en verkrijgen wanneer de gebouweigenaar failliet.

36 Verstijlen, Verheul & Van Dijken 2021, p. 12.

37 Asser/Rossel & Heisterkamp, 7-II, 2021/140.

38 HR 3 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX8838 (*Nebula*) jo. HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424 (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*).

39 Van Zanten, *Tvl* 2014/36, par. 4. Dergelijke verbintenisrechtelijke aanspraken met betrekking tot een goed moeten uitgevochten worden op het niveau van de verificatievergadering, zie ook Van Boom, *WPNR* 2019/7232, p. 253.

40 Anders zou een schuldenaar ook de gehele faillissementsprocedure kunnen doorkruisen door simpelweg af te spreken dat hij zijn goederen niet zal verkopen, hetgeen (logischerwijs) onacceptabel zou zijn. Zie ook Verheul, Verstijlen & Van Dijken 2021, p. 21; T.T. van Zanten, *Classificatie van verplichtingen in faillissement*, Deventer: Kluwer 2022/2.5.

41 Zie in gelijk zin Van Boom, *WPNR* 2019/7232, p. 255, die in het algemeen meent dat voor het antwoord op de vraag of de curator 'actief' mag wanpresteren beslissend is of het gaat om een rechtsbetrekking tussen de gefailleerde en de wederpartij, op grond waarvan de gefailleerde iets moest doen, dulden of nalaten met betrekking tot dat goed én of die rechtsbetrekking ook tegengeworpen zou kunnen worden aan rechtsopvolgers van het goed die onder bijzondere titel zouden verkrijgen. Als dat laatste niet het geval is, moet de curator volgens hem in staat worden gesteld om het betreffende goed te executeren en zo nodig op te eisen van die wederpartij, in welk geval de curator dus ook 'actief' mag wanpresteren op verplichtingen tot dulden of nalaten.

faillissement van de gebouweigenaar.⁴² Het wegneemrecht lijkt daarmee faillissementsbestendig. Wanneer het toch niet mogelijk zou zijn om het wegneemrecht uit te oefenen tijdens het faillissement van de gebouweigenaar, kan de gevelbouwer het faillissement altijd nog ‘uitzitten’, om vervolgens, na afloop van het faillissement of zodra het gebouw is overgedragen, tot uitoefening van het wegneemrecht over te gaan. Bij het faillissement van de gebouweigenaar verliest de gevelbouwer zijn grip op de leasegevel dus in ieder geval niet. Het herkrijgen van de gevel is met het huurrechtelijke wegneemrecht dan ook gewaarborgd, ook wanneer de gebouweigenaar failliet.

Afsluiting

Met het huurrechtelijke wegneemrecht kan worden gewaarborgd dat een circulaire bouwer de door hem verhuurde, in eigendom nagetrokken gebouwonderdelen na afloop van de huurperiode in eigendom herkrijgt, in het bijzonder in de gevallen waarin de op de gebouweigenaar rustende de teruggaveverplichting van art. 7:224 lid 1 BW geen effect sorteert. Het sluiten van de beschreven ‘tweede’ huurovereenkomst (waarbij de circulaire bouwer het gedeelte van het gebouw huurt waaraan hij zijn circulaire gebouwonderdeel aanbrengt) en gebruikmaking van het huurrechtelijke wegneemrecht dat daaruit voortvloeit, kan aldus een

interessante verbintenisrechtelijke oplossing zijn voor de bestanddeelvorming die in het kader van circulair bouwen als problematisch wordt ervaren. Niet alleen omdat de eventuele goederenrechtelijke oplossingen zo hun eigen problemen en onzekerheden kennen, maar in het bijzonder omdat deze constructie – in tegenstelling tot goederenrechtelijke oplossingen – relatief snel en goedkoop te realiseren is. Voor de totstandkoming van de huurovereenkomst betreffende de huur van de ophangpunten is immers slechts wilsovereenstemming tussen de circulaire bouwer en de gebouweigenaar vereist. Ook kan het, in vergelijking met goederenrechtelijke alternatieven, fiscale voordelen hebben.⁴³ Uiteraard kan de constructie op onderdelen ook vragen oproepen – bijvoorbeeld in het kader van de financierbaarheid, nu een financier genoeg zal moeten nemen met obligatoire zekerheid in de vorm van instaprechten op de tweede huurovereenkomst in plaats van (bijvoorbeeld) hypothecaire zekerheid – maar het is een interessant alternatief dat overweging verdient wanneer men natrekkingsperikelen bij een circulair bouwproject wenst te overkomen.

Dit artikel is afgesloten op 3 augustus 2023.

Over de auteur

Mr. W. (Willianne) Nooteboom

Advocaat te Arnhem bij Nysingh advocaten-notarissen.

42 In de literatuur wordt ook door verschillende auteurs aangenomen dat het huurrechtelijke wegneemrecht kan worden uitgeoefend in faillissement van de verhuurder, alhoewel deze standpunten niet door alle auteurs (uitgebreid) worden onderbouwd. Zie K. Hilwerda & A.M. Bos, ‘Te huur: duurzame apparatuur – goederenrechtelijke, verbintenisrechtelijke en huurrechtelijke kansen en obstakels’, *VGR* 2020/6, p. 220; Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II/140; T.T. van Zanten, ‘Negatieve verplichtingen in faillissement’, *Tv* 2019/3, par. 4 en (twijfelend) Verstijnen, Verheul & Van Dijken, p. 21-22. In *rb. Noord-Holland* 20 december 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:11385, werd geoordeeld dat het huurrechtelijke wegneemrecht kon worden uitgeoefend in het faillissement van de (onder)verhuurder. Hierbij moet echter worden aangetekend dat dit punt in die zaak niet in geschil was en de (onder)verhuurder geen eigenaar was van de verhuurde zaak, waardoor een uitoefening van het wegneemrecht het verhaal van de gezamenlijke schuldeisers sowieso niet zou schaden.

43 Indien gebruik wordt gemaakt van een opstal- of erfpachtrecht is men bijvoorbeeld bij de vestiging, overdracht en opzegging overdrachtsbelasting verschuldigd op grond van art. 2 jo. art. 6 lid 1 Wet op belastingen van rechtsverkeer, hetgeen bij gebruikmaking van het huurrecht niet aan de orde is.