

Publiek- en privaatrecht in dialoog: 'fit for purpose' als het gaat om verduurzaming?

Eigendom en duurzaamheid in het Nederlandse privaatrecht

Prof. mr. dr. B. (Björn) Hoops

Hoogleraar Privaatrecht en duurzaamheid

Rijksuniversiteit Groningen

Samenvatting

Eigendom en privaatrechtelijke eigendomsregulering bevorderen duurzaamheid voor zover zij onduurzaam gedrag desnoods tegen de wil van de eigenaar beperken tot een aanvaardbaar niveau (de 'sturende rol'), een juridische infrastructuur ter beschikking stellen die duurzaam gedrag mogelijk maakt en vergemakkelijkt (de 'faciliterende rol'), en prikkels schept voor duurzaam gedrag. Aangezien specifieke privaatrechtelijke regels voor duurzaamheid in het Nederlandse privaatrecht grotendeels ontbreken, zijn voor de integratie van duurzaamheid in de eigendomsregulering open normen essentieel. Door de indirecte horizontale werking van mensenrechten die worden bedreigd door onduurzaam gedrag, moet binnen deze open normen doorgaans rekening worden gehouden met duurzaamheid. Het draagvlak hiervoor is weliswaar nog beperkt, maar de rechtvaardiging voor de weerstand tegen de herinterpretatie van open normen snijden bij nader inzien geen hout.

Privaatrechtelijke eigendomsregulering heeft via open normen als onrechtmatige daad, onrechtmatige hinder, rechtsmisbruik en het huurrechtelijke gebrek het potentieel om de sturende rol te vervullen. Om dit potentieel daadwerkelijk te benutten moeten rechtswetenschappers samen met de praktijk relevante vraagstukken behandelen, zoals de rol van emissies van de eindverbruikers van fossiele brandstoffen. Bij de faciliterende rol loopt de eigendomsregulering aan tegen de fragmentatie van belangen die regelmatig optreedt bij de overgang naar de circulaire economie en de energietransitie in de gebouwde omgeving. Een herinterpretatie van de natrekking en de hervorming van de verhoudingen tussen appartementseigenaars zijn noodzakelijk voor het vergemakkelijken van verduurzaming en de uitvoering van publiekrechtelijke verduurzamingsverplichtingen in het privaatrecht. Wat het scheppen van gunstige prikkels betreft, lost bijvoorbeeld het Nederlandse huurrecht het probleem dat de verhuurder geen prikkel en de huurder geen recht heeft om te verduurzamen (*split incentives*) in veel gevallen op. Het zou wenselijk zijn als bij een renovatie de huurprijs automatisch zou worden verhoogd en huurders meer mogelijkheden zouden hebben om de verduurzaming af te dwingen.

Samenvattend heeft het Nederlandse privaatrecht het potentieel om eigendom met het oog op duurzaamheid passend te reguleren. Advocaten, notarissen en rechters spelen een cruciale rol bij het gebruik van dit potentieel, aangezien de wetgever aangespoord moet worden om de nodige stappen te zetten. Rechters tonen zich in staat om de nodige belangenafwegingen degelijk uit te voeren, ook al zal nog wel een cultuuromslag nodig zijn voordat het vanzelfsprekend is dat voldoende rekening wordt gehouden met duurzaamheid. Terwijl specifieke duurzaamheidsvriendelijke rechtsfiguren ontbreken, ontwikkelen advocaten en notarissen innovatieve constructies om verduurzamingsprojecten, zoals warmtegemeenschappen, van de grond te krijgen. De verduurzaming van eigendom via

rechterlijke herinterpretatie en juridische vormgeving is echter duur – nieuwe wetgeving en standaardisatie van contracten, statuten en vestigingsakten zouden wenselijk zijn.

1. Inleiding

De eigenaar van een zaak heeft volgens het Nederlands Burgerlijk wetboek het meest omvattende recht dat je op een zaak kunt hebben.¹ Privaatrechtelijke eigendom beschermt de woning en andere privéruimtes en geeft de eigenaar macht over kapitaal zoals grond, gebouwen, machines en andere productiemiddelen. Binnen bepaalde grenzen kan hij autonoom beslissen over het gebruik van en de beschikking over deze zaken en anderen hiervan uitsluiten.² Op deze manier verzekert het eigendomsrecht de eigenaar (en niemand anders) van een materiële basis voor het vervullen van eigen behoeften³ alsmede de bescherming en verhandelbaarheid van kapitaal als een hoeksteen van het kapitalisme.⁴

In deze bijdrage wordt duurzaamheid gedefinieerd aan de hand van het begrip ‘duurzame ontwikkeling’ zoals gehanteerd door de *Brundtland*-commissie van de Verenigde Naties in 1987: “*development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs.*”⁵ Deze definitie laat zien dat de huidige generaties hun verbruik van hulpmiddelen zodanig moeten reguleren dat toekomstige generaties ook nog voldoende hulpmiddelen ter beschikking hebben om aan hun eigen behoeften te voldoen. Aangezien onze hulpmiddelen direct of indirect van natuurlijke oorsprong zijn, doelt deze definitie aan de ene kant op ecologische duurzaamheid met het behoud van natuur en een gezonde leefomgeving, een moderaat gebruik van natuurlijke grondstoffen in het kader van een zo circulair mogelijke economie en de bescherming van het klimaat door de decarbonisering van onze samenleving.⁶ Aan de andere kant duidt deze definitie ook op sociale duurzaamheid waarin iedereen toegang moet hebben tot de hulpbronnen die nodig zijn voor de vervulling van fundamentele behoeften. In deze bijdrage ga ik alleen in op ecologische duurzaamheid.

Vanuit niet-juridisch perspectief is de verhouding tussen eigendom en (een transitie tot) duurzaamheid ingewikkeld. Private eigendom is een instrument om het beheer van hulpbronnen in te richten en wordt afgebakend van gemeenschapseigendom (*Commons*) en overheidseigendom.⁷ *Garrett Hardin* zag private eigendom als een oplossing van het probleem van overexploitatie van hulpbronnen die door groepen gezamenlijk worden gebruikt (de zogenaamde *Tragedy of the Commons*). Als elke veehouder zijn vee alleen op

¹ Art. 5:1 lid 1 BW.

² Art. 5:1 lid 2 BW.

³ G.S. Alexander & E. Peñalver, *An Introduction to Property Theory*, Cambridge: CUP, 2012, p. 172 *et seq.*

⁴ K. Pistor, *The Code of Capital*, Princeton: Princeton University Press, 2019.

⁵ World Commission on Environment and Development, *Our Common Future*, Oxford: OUP, 1987, p. 43.

⁶ F. Ekdardt, *Sustainability: Transformation, Governance, Ethics, Law*, 2e druk, München: Springer, 2024, pp. 28 *et seq.*

⁷ H. Dagan & M.A. Heller, ‘The Liberal Commons’, 110(4) *Yale Law Journal* 2001, 549-623, 556-557.

één bepaald deel van het hele grasveld kan laten grazen en de andere veehouders daarvan kan uitsluiten, dan zal de veehouder niet te veel vee aanschaffen zodat zijn vee ook op lange termijn kan grazen op zijn deel van het grasveld.⁸ Private eigendom kan dus duurzaamheid bevorderen door macht over hulpbronnen duidelijk af te bakenen als deze structuur een gevoel van verantwoordelijkheid voor de hulpbron kweekt ('dit is van mij, dus zorg ik er goed voor') en een slechte beheerder laat opdraaien voor de kosten daarvan.

Dankzij *Elinor Ostrom* weten wij dat het wantrouwen van *Hardin* tegen gemeenschappelijk beheer niet gerechtvaardigd was. De *Tragedy of the Commons* treedt alleen onder bepaalde voorwaarden op.⁹ Bovendien blijkt private eigendom in veel gevallen juist duurzaam gedrag niet te bevorderen of zelfs tegen te werken. Als de veehouder zijn winst op korte termijn wil of moet maximaliseren en het grasveld slechts een tijdelijk hulpmiddel is, dan gaat hij zijn grasveld koste wat het kost uitputten. Het financiële kapitalisme, aandeelhouders als private eigenaars van bedrijven en het doel van het maximaliseren van *shareholder value* hebben op deze manier in veel sectoren geleid tot onduurzame beslissingen.¹⁰ Als de veehouder kosten van zijn gedrag kan afwentelen op andere veehouders of de samenleving, dan houdt hij geen rekening met deze kosten en is onduurzaam gedrag waarschijnlijker. Denk bijvoorbeeld aan de vervuiling van water door het vee waarvan de veehouders stroomafwaarts en waterbedrijven last hebben of de stikstofuitstoot die natuurgebieden teistert. Het belangrijkste voorbeeld is dezer dagen de uitstoot van broeikasgassen door de hele mensheid die de gevaarlijke globale opwarming teweegbrengt. Economen noemen de kosten van de vervuiling 'negatieve externaliteiten', die de markt verstoren en doen falen omdat de vervuiling niet wordt ingeprijsd.¹¹

Het Nederlandse recht kent slechts één juridische vorm van eigendom: de eigendom van Boek 5 van het Burgerlijk Wetboek (BW), die doorgaans de kenmerken heeft van private eigendom in de economische literatuur. Echter, gemeenschappen en de overheid kunnen wél juridische eigenaar worden van zaken. Meer beheer door betrokken gemeenschappen (*stakeholders*) als eigenaar of door de overheid als eigenaar of regelgever en toezichthouder had het aangehaalde korte-termijn-denken en het negeren van schadelijke milieueffecten kunnen voorkomen. Vanuit juridisch perspectief is hiervoor met name het publiekrecht verantwoordelijk. De kerntaak van het omgevingsrecht is het inperken van negatieve externaliteiten; het fiscaal recht zorgt er idealiter voor dat de vervuiler belasting betaalt voor de veroorzaakte kosten zodat de markt niet wordt verstoord. De privaatrechtelijke eigendom is aan deze publiekrechtelijke regels ook gebonden en de eigenaar dient zich hieraan te houden.¹²

⁸ G. Hardin, 'The Tragedy of the Commons', *Science* 1968, 1243-1248.

⁹ E. Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge: CUP, 2015.

¹⁰ F. Capra & U. Mattei, *The Ecology of Law*, San Francisco: Berrett-Koehler, 2015; K. Bosselmann, 'Property Rights and Sustainability: Can They Be Reconciled?', in: P. Taylor & D.P. Grinlinton (red.), *Property Rights and Sustainability: The Evolution of Property Rights to Meet Ecological Challenges*, Leiden: Brill/Nijhoff, 2011, p. 23-42.

¹¹ A. Endres, *Environmental Economics*, Cambridge: CUP, 2010.

¹² Art. 5:1 lid 2 en art. 3:14 BW.

Ook het privaatrecht heeft wel degelijk een taak in de bevordering van duurzaamheid. Het ondernemingsrecht bepaalt hoe ondernemingen worden ingericht en in hoeverre zij rekening moeten houden met de belangen van *stakeholders*.¹³ Hierdoor kan de uitoefening van de gemeenschapseigendom door aandeelhouders worden gekoppeld aan de belangen van stakeholders buiten de groep van aandeelhouders en onduurzaam gedrag eerder worden voorkomen, ook al gebeurt dit tot nu toe slechts in heel beperkte mate.¹⁴ De privaatrechtelijke regulering van eigendom door het Nederlandse BW, die in deze bijdrage centraal staat, kan ook externaliteiten inperken. De voorbeelden die het meest in het oog springen, zijn 'onrechtmatige daad',¹⁵ 'onrechtmatige hinder'¹⁶ en 'misbruik van bevoegdheid'.¹⁷ Met name waar het publiekrecht niet in regels voorziet of handhaving uitblijft, kan de privaatrechtelijke regulering van eigendom een belangrijke aanvullende rol vervullen.

De privaatrechtelijke regulering van eigendom vervult echter niet alleen deze sturende rol, die verduurzaming tegen de wil van de eigenaar bevordert. Zij stelt de juridische infrastructuur ter beschikking voor transacties met betrekking tot zaken: wat is het object van de eigendom? Hoe kan de eigendom worden overgedragen? In hoeverre en onder welke voorwaarden kunnen de bevoegdheden en verplichtingen van de eigenaar met andere mensen worden gedeeld? Dit is de faciliterende rol van privaatrechtelijke regulering, die de autonomie van de eigenaar helpt te verwezenlijken en rechtszekerheid waarborgt. Bij transacties die duurzaamheid kunnen bevorderen, rijst de vraag of deze transacties toereikend worden gefaciliteerd – het uitvoerige debat over bestanddeelvorming en verticale natrekking van warmtesystemen,¹⁸ zonnepanelen¹⁹ en circulaire producten²⁰ in het Nederlandse recht laat zien dat dit te betwijfelen valt. Naast de sturende en faciliterende rol van privaatrechtelijke regulering kan zij ten slotte ook de bron zijn van prikkels die

¹³ Asser/Nieuwe Weme & Saleminck 2-IIb 2025/124-135.

¹⁴ B.M. Katan, 'Duurzaamheid via aansprakelijkheid? Verwacht er niet te veel van', *MvO* 2024(5&6), 127-140.

¹⁵ Art. 6:162 BW.

¹⁶ Art. 5:37 BW.

¹⁷ Art. 3:13 BW.

¹⁸ E.M. Groeneweg, 'Eigendom van duurzame energie-installaties: Natrekking, bestanddeelvorming, beperkte rechten en netwerken', in: E.M. Groeneweg, L. de Hoog & B. Hoops, *Goederenrecht in de energietransitie*, Den Haag: vbr, 2025, p. 5-42.

¹⁹ B. Akkermans, 'Duurzaam goederenrecht: Naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel', *TPR* 2018, 1437-1470.

²⁰ R. Koolhoven, 'Gebouwen en hun bestanddelen in een meer circulair goederenrecht. Van een wegwerpeconomie naar een kringloop van hoogwaardige, modulaire producten die worden verdienstelijk', in: R. Koolhoven, C.W. Backes, M.N. Boeve & D.R. Versteeg, *Circulair bouwen*, Den Haag: Vereniging voor Bouwrecht, 2018, 5-54.

duurzaamheid aanmoedigen of juist tegenwerken. De discussie over *split incentives* bij de verduurzaming van huurwoningen is hiervan een voorbeeld.²¹

Deze bijdrage bespreekt allereerst in het algemeen de rol van open normen bij het ontstaan van een duurzaam eigendomsrecht en in hoeverre duurzaamheid invloed kan uitoefenen op de interpretatie van open normen (par. 2). Vervolgens gaat deze bijdrage diepgaand in op de vraag in hoeverre de rechtsfiguren en criteria rond het eigendomsrecht toegesneden zijn op duurzaamheid of obstakels opwerpen voor de verduurzaming van onze samenleving, in het kader van de sturende (par. 3) en faciliterende rol (par. 4) van de privaatrechtelijke regulering van eigendom en met het oog op de prikkels die zij teweegbrengt (par. 5). Hierbij wordt ook ingegaan op wenselijkheid van privaatrechtelijke ten opzichte van publiekrechtelijke regulering en de obstakels die kunnen voortvloeien uit de interactie tussen privaat- en publiekrecht. Ten slotte wordt gereflecteerd op de vraag in hoeverre de privaatrechtelijke regulering toegesneden is op duurzaamheid en welke stappen kunnen worden genomen om het privaatrecht in dit opzicht te verbeteren (par. 6).

2. Algemene beschouwingen over duurzaamheid en open normen in het privaatrecht

De regels rond het eigendomsrecht kennen veel open normen. Dit verbaast enigszins omdat met name het goederenrecht gericht is op stabiliteit. De bevoegdheden van de eigenaar worden omlind door open normen als ‘misbruik van bevoegdheid’²² en ‘onrechtmatige hinder’ in verband met ‘maatschappelijke betamelijkheid’.²³ Bestanddeelvorming²⁴ en verticale natrekking²⁵ bepalen de omvang van het object van het eigendomsrecht en leunen hierbij op de open normen ‘verkeersopvatting’ resp. ‘duurzame verbinding’. ‘Redelijke grond’ bepaalt in hoeverre een appartementseigenaar zich kan verzetten tegen plannen van zijn mede-eigenaars.²⁶ Deze open normen vormen de ingang voor publieke belangen als duurzaamheid in het privaatrecht en hun herinterpretatie is, zoals de volgende hoofdstukken nader uiteenzetten, essentieel voor de sturende resp. faciliterende rol van het privaatrecht met het oog op duurzame eigendom.

Duurzaamheid krijgt juridische relevantie in de vorm van het publiek belang bij onder andere biodiversiteit, klimaatbescherming en een gezonde leefomgeving, én de bescherming van mensenrechten. De mensenrechten vertalen als het ware het collectieve

²¹ B. Hoops, ‘Het recht en de transitie naar duurzaam wonen’, in: L.C.A. Verstappen & F.J. Vonck (red.), *Duurzaam wonen*, Den Haag: SDU, 2019, p. 141-174.

²² Art. 3:13 BW.

²³ Art. 5:37 jo. art. 6:162 lid 2 BW.

²⁴ Art. 3:4 jo. art. 5:3 BW.

²⁵ Art. 5:20 lid 1 jo. art. 3:3 BW.

²⁶ Art. 5:121 en art. 5:140 BW.

belang bij duurzaamheid naar de logica van individuele rechten van ons rechtstelsel.²⁷ In het recente *KlimaSeniorinnen*-arrest heeft het EHRM onderschreven dat de globale opwarming het recht op leven (art. 2 EVRM) en het recht op privéleven (art. 8 EVRM) bedreigt en leidt het uit de bescherming van deze rechten af dat op de overheid een verplichting rust om de uitstoot van broeikasgassen actief te verminderen.²⁸

In principe heeft het publiek belang noch een mensenrecht onmiddellijke werking in privaatrechtelijke verhoudingen. Bij de 'redelijkheid en billijkheid' moeten volgens art. 3:12 BW maatschappelijke belangen worden betrokken, maar deze bepaling is de uitzondering op de regel. De indirecte horizontale werking van mensenrechten zorgt echter ervoor dat bij de invulling van open normen en de interpretatie van vage begrippen rekening moet worden gehouden met de mensenrechten.²⁹ Als een voorbeeld kan de invulling van 'maatschappelijke betamelijkheid' dienen bij de aansprakelijkheid van de overheid (*Urgenda*)³⁰ en grote private vervuilers (*Shell*)³¹ voor de uitstoot van broeikasgassen. De indirecte horizontale werking is daarentegen niet van toepassing als de open norm zelf het publiek belang uitsluit van de af te wegen belangen. Een voorbeeld is de overbouwregeling van art. 5:54 BW, waarvan de bewoordingen de te betrekken belangen beperken tot de belangen van de twee eigenaars.

De invulling van open normen met het publiek belang bij duurzaamheid is derhalve geldend recht. De uitdaging zit in het doordenken van de gevolgen hiervan voor de interpretatie en toepassing van open normen. Hiervoor is essentieel dat alle betrokken belangen met de mate waarin zij worden beïnvloed door de interpretatie van de open norm, in kaart worden gebracht. Zowel rechters als de rechtswetenschap dienen hierbij open te staan voor inzichten uit andere disciplines, in het bijzonder de gedrags- en natuurwetenschappen.³²

²⁷ E.L.L. De Clercq, S. Dethier & P. Gillaerts, 'Klimaatrechtspraak na Urgenda, de Belgische klimaatzaak en KlimaSeniorinnen: het blijft erom spannen', *NTBR* 2025/3, 18-36.

²⁸ EHRM 9 april 2024, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e.a. tegen Zwitserland*, nr. 53600/20, hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-14304.

²⁹ A. Hartkamp, *European Law and National Private Law*, Antwerpen: Intersentia, 2016, par. 220-225.

³⁰ HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *AB* 2020/24, m.nt. G.A. van der Veen & C.W. Backes, i.h.b. r.o. 5.2.1-5.6.4.

³¹ Hof Den Haag 12 november 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:2099, *M en R* 2025/12, m.nt. T.R. Bleeker.

³² J.E. Schirmer, *Nachhaltiges Privatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2023, p. 81 e.v.; B. Hoops, 'Property Law and (More Than One Notion of) Sustainability: A New Field', in: M. Santos Silva, A. Nicolussi, C. Wendehorst, P.S. Coderch, M. Clément & F. Zoll (red.), *Routledge Handbook of Private Law and Sustainability*, Abingdon: Routledge, 2024, p. 259-275; E. Van Gool, 'Learning from Sustainability Science and Systems Thinking for More Sustainability in Legal Research and Education', in: D. Gruyaert (red.), *Law and Sustainability*, Antwerpen: Intersentia, 2025, p. 3-53.

Vervolgens kan een afwegingskader worden geformuleerd,³³ dat grote gelijkenis vertoont met de noodzakelijkheidstoets en de finale afweging binnen het evenredigheidsbeginsel in het publiekrecht.³⁴ Als uitgangspunt kiest de rechter of wetenschapper de interpretatie van de open norm die duurzaamheid het meest bevordert. Vervolgens onderzoekt de rechter of wetenschapper of een interpretatie bestaat die duurzaamheid even effectief bevordert, maar andere belangen minder hard raakt. Alleen het minst vergaande even effectieve middel kan worden gebruikt voor de interpretatie. Ten slotte kijkt de rechter of wetenschapper of het belang bij duurzaamheid opweegt tegen de veroorzaakte nadelen. Met het oog op duurzaamheid geldt bij de afweging een vuistregel. Hoe meer een interpretatie in een gegeven geval de verduurzaming bevordert of een bron van vervuiling wegneemt, hoe eerder de baten van de nieuwe interpretatie opwegen tegen de nadelen.

Bij de finale afweging moet aan elk af te wegen belang een bepaald gewicht worden toegekend. Hierbij moet aansluiting worden gezocht bij de in het rechtssysteem geldende waardeoordelen, zoals het grote belang van duurzaamheid in het licht van het *KlimaSeniorinnen*-arrest. Ons rechtssysteem bevat echter geen volledig of hanteerbaar systeem van waardeoordelen en hoe verschillende waardeoordelen zich tot elkaar verhouden. Dit laat veel ruimte voor subjectieve oordelen en elke rechter of wetenschapper kan bewust of onbewust verschillende theorieën over het gewicht van verschillende belangen aanhangen. Wat hierbij opvalt, is dat de Nederlandse rechtswetenschap noch de Nederlandse jurisprudentie houvast biedt of voldoende pogingen onderneemt om eigendomstheorie in ons land te ontwikkelen.³⁵ Eigendomstheorieën verklaren onder andere het gewicht van eigendom in verhouding tot andere belangen en bieden zodoende meer houvast.

Zonder empirisch onderzoek naar de meningen van juristen in Nederland is het draagvlak voor deze invulling moeilijk te meten. Evenmin is het mogelijk om een kantelpunt vast te stellen waar de privaatrechtelijke mainstream begint het 'normaal' te vinden om duurzaamheid te betrekken bij de interpretatie van open normen. Wat wel geconstateerd kan worden, is dat een aantal rechters open normen rond onrechtmatige daad,³⁶

³³ Ontleend aan B. Akkermans, B. Hoops, E. Van der Sijde & B. Verheye, 'Duurzaam privaatrecht voor de 21ste eeuw: het leven van een rechtswetenschappelijke subdiscipline', 60(1) *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2023, 199-256.

³⁴ ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, AA 2022, 306, m.nt. K.J. de Graaf & A.T. Marseille, r.o. 7.7-7.10; J.J. Karens, *Verduurzamingsverplichtingen in het omgevingsplan: Juridische begrenzing van gemeentelijke sturing op de energietransitie in de gebouwde omgeving* (diss. Groningen), Den Haag: IBR, 2024, p. 194-196; A.J.C. de Moor-van Vugt, *Maten en gewichten: Het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief* (diss. Tilburg), Tilburg: Schoordijk Instituut, 1995, p. 10 en 211; R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford: OUP, 2002, p. 67 e.v. Deze aansluiting bij het publiekrecht ligt ook voor de hand omdat een beperking van de bevoegdheden van een eigenaar door herinterpretatie van het privaatrecht moet worden gelegd langs de meetlat van art. 1 EP.

³⁵ Zie echter E.E. Vermeulen, *Doing Justice to Property. A Capability Theory for Legal Property Design* (diss. UvA), 2025; B. Hoops, B. Akkermans & W. von Samsonow, 'Obligations for Owners to Climate-Proof Buildings: A Theoretical and Comparative Analysis', 13(1) *European Property Law Journal* 2024, 4-30.

³⁶ Zie bijv. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, AB 2020/24, m.nt. G.A. van der Veen & C.W. Backes, i.h.b. r.o. 5.2.1-5.6.4.

onrechtmatige hinder,³⁷ rechtsmisbruik³⁸ en gebrek in het huurrecht³⁹ heeft ingevuld met behulp van het publiek belang bij duurzaamheid. Andere rechters bleken daarentegen huiveriger.⁴⁰ In de rechtswetenschap groeien de gebieden van ‘normative private law’ en ‘law and sustainability’, die het eigendomsrecht en de rest van het privaatrecht met het oog op duurzaamheid willen hervormen.⁴¹ Aan de andere kant toont de verontwaardiging van rechtswetenschappers over de *Urgenda*- en *Shell*-uitspraken, en de aansprakelijkheid van de Staat resp. Shell voor de uitstoot van broeikasgassen volgens art. 6:162 BW, aan dat nog geen consensus is bereikt over het betrekken van duurzaamheid bij open normen.⁴²

Nuttiger dan een verkenning van welk kamp momenteel sterker is of over een aantal jaren zal zijn, lijkt mij de bespreking van de argumenten tegen een invulling van open normen met het publiek belang bij duurzaamheid. Een groep argumenten richt zich tegen deze invulling omdat zij de stabiliteit van het eigendomsrecht of andere rechtsposities in het gedrang brengt,⁴³ bijvoorbeeld als vergunninghouders niet erop kunnen vertrouwen dat de vergunning hen beschermt voor aansprakelijkheid. Deze groep argumenten miskent mijns inziens dat een transitie naar een andere, in dit geval duurzame samenleving verandering voor alle rechtsposities met zich moet brengen, het publiekrecht bepaalde aspecten ongereguleerd heeft gelaten en het privaatrecht juist vanwege de bestaande open normen openstaat voor transities en het aanvullen van het publiekrecht.⁴⁴

Een andere groep argumenten brengt in de strijd dat het privaatrecht substantieel minder geschikt is dan het publiekrecht om beperkingen van eigenaars en de rest van de transitie juridisch vorm te geven. Deze argumenten richten zich met name tegen de sturende rol van het privaatrecht via onrechtmatige daad en onrechtmatige hinder. Maar ook deze argumenten snijden over het algemeen geen hout. Rechters zouden ten eerste de machtscheiding doorbreken en de democratische legitimatie ontberen om controversiële

³⁷ Rb. Den Haag 8 november 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:16568, r.o. 4.5.

³⁸ Rb. Amsterdam 13 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA0869.

³⁹ Rb. Amsterdam 2 februari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:619, *BR* 2024/35, m.nt. M.J.E. Boudesteijn, r.o. 5.

⁴⁰ Hof Amsterdam 11 november 2025, ECLI:NL:GHAMS:2025:3137, *BR* 2026/12, m.nt. M.J.E. Boudesteijn, r.o. 4.10.

⁴¹ Hoops 2024; Akkermans e.a. 2023 met een overzicht; B. Akkermans, *Sustainable Property Law*, Den Haag: Eleven, 2022; B. Akkermans, ‘(Normative) Models of Property Law, Using Van Erp’s Framework to Advance Sustainable Property Law’, in: B. Akkermans & A. Berlee (red.), *‘Sjef-Sache’, Essays in Honour of Prof. mr. dr. J.H.M. (Sjef) van Erp on the Occasion of his Retirement*, Den Haag: Eleven, 2021, p. 3-15.

⁴² Zie bijv. L. Smeehuijzen, ‘De veroordeling van Shell tot 45% CO₂-reductie in 2030’, *NJB* 2022, 540-548; B. Mayer, ‘The Duty of Care of Fossil-Fuel Producers for Climate Change Mitigation’, 11(2) *Transnational Environmental Law* 2022, 407-418; en het overzicht in de noot van G.A. van der Veen bij Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337, *AB* 2022/258.

⁴³ Zie bijv. de noot van M.J.E. Boudesteijn bij Hof Amsterdam 11 november 2025, ECLI:NL:GHAMS:2025:3137, *BR* 2026/12.

⁴⁴ E.R. de Jong & M.G. Faure, ‘De autonomie van het civiele recht en het strafrecht bij normstelling voor ernstige risico’s voor de fysieke leefomgeving’, *NJB* 2022(14), 1028-1039.

socio-economische vraagstukken te behandelen.⁴⁵ Dit argument overtuigt niet omdat de privaatrechtelijke open normen waarop de beslissingen worden gebaseerd, door de democratische wetgever zijn gelegeitimeerd en het parlement achteraf altijd normen kan aannemen die in de plaats van de rechterlijke beslissing treden.⁴⁶ Een tweede argument is dat rechters anders dan bestuursorganen niet de nodige informatie en vaardigheden hebben om adequaat te reguleren.⁴⁷ Hiertegen wordt ingebracht dat bestuursorganen vaak met generalisten en niet met specialisten op het betreffende terrein zijn bemenst en onvoldoende informatie hebben vanwege lobbyisme en het terughouden van informatie door de betrokken bedrijven.⁴⁸ Precies deze gebreken binnen het regelgevingsproces maken dat het privaatrecht aanvullend moet reguleren en de aandacht van bestuursorganen op misstanden moet vestigen. Bovendien tonen de arresten in de *Urgenda*- en *Shell*-zaken aan dat de Nederlandse rechter zich goed laat voorlichten en met een zeer grondige aanpak te werk gaat.

Overtuigender is dat klimaat- en andere duurzaamheidsproblemen complexe en veelzijdige problemen zijn die het best kunnen worden opgelost door coherente regulering op globaal, Europees en/of nationaal niveau. Punctuele privaatrechtelijke ingrepen kunnen rechtsonzekerheid scheppen en ineffectief blijken omdat zij alleen leiden tot verschuivingen van marktaandelen van de veroordeelde naar een concurrent, maar niet tot een vermindering van vervuiling.⁴⁹ Door blokkades op internationaal en Europees niveau en in de Staten-Generaal is het tot stand komen van de beste oplossing echter in de voorzienbare toekomst niet waarschijnlijk.⁵⁰ Daarom moet juist worden gekeken naar *second-best solutions* zoals rechterlijk ingrijpen, dat bovendien regelgevers kan aansporen om in actie te komen.

Een hiermee samenhangend argument is dat privaatrechtelijke normen niet stelselmatig worden gehandhaafd, bepaalde bedrijven hierdoor worden benadeeld en met name welvarende burgers van private handhaving gebruik kunnen maken. De handhaving hangt af van het initiatief van belanghebbenden, de te verwachten opbrengst en juridische kosten.⁵¹ Dit argument miskent echter het uitstralingseffect van rechterlijke regulering. Niet alleen kan

⁴⁵ Zie bijv. Smeehuijzen 2022, p. 548.

⁴⁶ Schirmer 2023, p. 390-393.

⁴⁷ Zie bijv. Smeehuijzen 2022, p. 547-548; Mayer 2022, p. 414-145.

⁴⁸ Schirmer 2023, p. 392, 404-406; E.R. de Jong & M.G. Faure, 'De corrigerende rol van het aansprakelijkheidsrecht bij bedrijfsmatige vervuiling van de leefomgeving', 49(4) *Justitiële verkenningen* 2023, 75-85, 78; De Jong & Faure 2022, p. 1032 e.v.

⁴⁹ Zie bijv. Smeehuijzen 2022, p. 545-546; Mayer 2022, p. 412-415.

⁵⁰ Schirmer 2023, p. 369 e.v.

⁵¹ B. Hoops, 'Abuse of Rights: A Sensible Last Resort to Save the Planet from Ownership?', 33(4) *European Review of Private Law* 2025, 947-980, par. 6.1-6.4.

zij een (beperkte) afschrikkende werking hebben, maar vooral ook een bewustzijn en debatten over het onderwerp aanzwengelen en regelgevers tot actie aansporen.⁵²

3. De sturende rol

Privaatrechtelijke regulering van eigendom heeft een sturende rol wanneer zij onduurzaam gedrag van eigenaars gedeeltelijk of helemaal verbiedt of hen dwingt tot meer duurzaam gedrag. De functie van de sturende rol is het bieden van oriëntatie op hetgeen wenselijk wordt geacht en het afdwingen van duurzaam handelen als de eigenaar vanuit onwil of een economische afweging onduurzaam handelt of duurzame handelingen nalaat. Bij de verkenning van deze sturende rol moet de hele breedte van het privaatrecht worden bekeken, niet alleen het goederenrecht.

3.1. Onrechtmatige daad

Het onrechtmatigedaadsrecht bleek in de afgelopen jaren een rijke bron van beperkingen van eigendom in het belang van duurzaamheid. Onrechtmatigheid kan niet alleen voortvloeien uit inbreuken op subjectieve rechten en het niet-naleven van wettelijke verplichtingen, maar ook uit de schending van maatschappelijke betamelijkheid.⁵³ Deze open norm maakt het voor rechters mogelijk om los van het publiekrecht te reageren op nieuwe maatschappelijke uitdagingen als de verduurzaming. In de zaak van Milieudefensie tegen Shell concluderen Haagse rechters dat Shell een verplichting heeft om haar uitstoot van broeikasgassen te verminderen en anders een onrechtmatige daad zou plegen,⁵⁴ ook al heeft dit in hoger beroep niet meer geleid tot een reductiebevel.⁵⁵ De privaatrechtelijke verplichting om de uitstoot van broeikasgassen te verminderen, beperkt de bevoegdheid van Shell om als eigenaar van olie- en gasvelden, raffinaderijen en tankstations te doen of na te laten wat zij kan. In deze zin is deze jurisprudentie rechterlijke eigendomsregulering.

Aan de andere kant bleek bij het Hof Den Haag de beperkte reikwijdte en effectiviteit van onrechtmatige daad als bron van regulering voor de uitstoot van broeikasgassen van grote bedrijven.⁵⁶ Het Hof betrok rond 95% van de uitstoot van Shell niet bij zijn beoordeling, namelijk de door de gebruikers van de producten van Shell veroorzaakte broeikasgassen, zoals de CO₂-uitstoot van benzineauto's.⁵⁷ Na een reductie van het aanbod van olieproducten door Shell kunnen andere bedrijven immers het marktaandeel van Shell

⁵² J. de Vogel, T. van Zuijlen, J. Voorter & D. van Maurik, 'Bevordering van duurzaamheid via het geldende privaatrecht', *NTBR* 2024(7)/12, 174-188; E. Engelhard, T. Arons, S. van Deursen, E.R. de Jong, B.A. Kuiper-Slendeboek, D. van Maurik, 'Urgenda, Milieudefensie/Shell and beyond: Over de invloed van klimaatzaken', *NTBR* 2024(2), 28-39; Katan 2024; Schirmer 2023, p. 378-382 en 411 e.v.

⁵³ Art. 6:162 lid 2 BW.

⁵⁴ Rb. Den Haag 8 november 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:16568, r.o. 4.5.

⁵⁵ Hof Den Haag 12 november 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:2099, *M en R* 2025/12, m.nt. T.R. Bleeker.

⁵⁶ A.G. Castermans & J.A. Lukkes, 'Norm en effectiviteit bij klimaataansprakelijkheid', *AV&S* 2025(3)/14, 75-81.

⁵⁷ Hof Den Haag 12 november 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:2099, *M en R* 2025/12, m.nt. T.R. Bleeker, r.o. 7.110.

overnemen en dan zou de globale uitstoot niet omlaaggaan. Verder achtte het Hof een op reductie gericht beleid voldoende om een reductiebevel te voorkomen.⁵⁸

In meerdere opzichten bijt de slang hier in zijn eigen staart. Als de emissies van bedrijven met lange vervuilende *supply chains* niet of slechts gedeeltelijk kunnen worden aangepakt, dan is het waarschijnlijk dat niemand aansprakelijk gesteld kan worden voor een groot deel van de emissies. Kleinere vervuilers, zoals de bestuurder van een benzineauto, zullen immers geen onrechtmatige daad plegen omdat zij weinig schade veroorzaken en tot nu toe weinig niet-vervuilende alternatieven hebben.⁵⁹ Als elke rechter zich erachter verschuilt dat marktaandelen verschuiven, dan zal dit aansprakelijkheid altijd tegenhouden. Verder zijn twijfels aan de betrouwbaarheid van het beleid van grote vervuilers op hun plaats. Wil onrechtmatige daad effectieve eigendomsregulering teweegbrengen, dan dienen rechters meer doortastendheid te tonen.

3.2. Onrechtmatige hinder

Als een toepassing van het onrechtmatigedaadsrecht, is het leerstuk van onrechtmatige hinder (art. 5:37 BW) een belangrijke bron in het goederenrecht van eigendomsbeperkingen met het oog op het belang van de eigenaars van naburige erven. Wie het genot van andermans grondeigendom onevenredig beperkt door geluid, gevaarlijke stoffen, trillingen of andere hinder, kan zich niet beroepen op zijn eigendomsrecht.

Voor de verduurzaming is onrechtmatige hinder aan de ene kant een instrument om gevaarlijke uitstoot tegen te houden. Denk aan de staalfabriek Tata Steel of het chemische bedrijf Chemours. Tata Steel stoot een groot aantal gevaarlijke stoffen uit die tot grote gezondheidsschade bij omwonenden leiden. De Stichting Frisse heeft Tata Steel dan ook in december 2025 voor de rechter gedaagd en hieraan art. 5:37 BW ten grondslag gelegd, naast art. 6:175 BW en andere relevante bepalingen in het onrechtmatigedaadsrecht.⁶⁰ Het privaatrecht en publiekrecht vullen elkaar bij de bestrijding van dergelijke uitstoot aan. Het omgevingsrecht bevat grenswaarden voor gevaarlijke uitstoot en bestuursorganen leggen voorschriften vast in de doorgevoerde vereiste vergunningen. Inzake Tata Steel zijn veelvuldig overschrijdingen van vergunningvoorschriften gerapporteerd.⁶¹ Bij de beoordeling van de hinder vergemakkelijkt dit de taak van de burgerlijke rechter omdat de schending van

⁵⁸ Hof Den Haag 12 november 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:2099, *M en R* 2025/12, m.nt. T.R. Bleeker, r.o. 7.63 e.v.

⁵⁹ B. Hoops, 'The Duty of Care of Individuals for ghg Emissions under Dutch Tort Law: Has Shell Opened the Floodgates?', 10(3-4) *European Journal of Comparative Law and Governance* 2023, 310-329.

⁶⁰ Stichting Frisse Wind, Dagvaarding d.d. 19 december 2025, te raadplegen en downloaden via https://github.com/frissewindnu/docs/blob/0f24069063df3f9f43a0d904bdc35c673039a4b0/2025_Frissewindnu_Uittreksel_dagvaarding_TataSteel.pdf.

⁶¹ Zie bijv. Rb. Amsterdam 6 maart 2025, ECLI:NL:RBAMS:2025:1410.

publiekrechtelijke regels doorgaans leidt tot onrechtmatigheid, tenzij het door de regels beschermde belang niet door de hinder wordt geraakt.⁶²

Tegelijkertijd biedt het privaatrecht aanvullende bescherming en het publiekrecht een steuntje in de rug. Waar publiekrechtelijke handhaving tekortschiet, kunnen belanghebbenden onrechtmatige hinder inzetten om de publiekrechtelijke regels af te dwingen.⁶³ Mocht het publiekrecht geen regels bevatten, dan kan onrechtmatige hinder volledig autonoom eigendomsbeperkingen teweegbrengen. Waar regels verouderd zijn, kan onrechtmatige hinder aansluiten bij nog niet in werking getreden normen die op wetenschappelijke inzichten berusten.⁶⁴ Stelt Tata Steel of een andere uitstoter zijn toezichthouder niet op de hoogte van nieuwe gevaren, dan dreigt privaatrechtelijke aansprakelijkheid en ontstaat een prikkel om voortvarend informatie te verschaffen.⁶⁵

Een rechter kan in een zaak tegen Tata Steel het afwegingskader uit paragraaf 2 volgen. De met het oog op (lokale) duurzaamheid verstgaande interpretatie zou zijn dat onrechtmatige hinder de staking met zich brengt van alle gevaarlijke activiteiten van Tata Steel. Minder vergaand dan een verbod van gevaarlijke activiteiten, maar mogelijk zelfs even effectief om gezondheidsschade te beperken zou de verplichting kunnen zijn tot het aanbrengen van een effectieve filter voor gevaarlijke stoffen. De rechter kan alleen het minst vergaande even effectieve middel gebruiken. Ten slotte kijkt de rechter of het belang bij duurzaamheid opweegt tegen de veroorzaakte nadelen. Hierbij dient de rechter rekening te houden met de precieze gevolgen van de voorgestelde interpretatie en het grote belang van de bescherming van mensenrechten bij duurzaamheid.

Aan de andere kant kan onrechtmatige hinder verduurzaming ook dwarsbomen als het beperkingen oplegt aan eigenaars van duurzame installaties die hinder kunnen veroorzaken. Denk bijvoorbeeld aan warmtepompen die geluidsoverlast veroorzaken.⁶⁶ Op warmtepompen zijn geluidsnormen van toepassing. Vandaag geplaatste warmtepompen mogen niet meer dan 40 decibel (db) geluid veroorzaken op de erf grens met een perceel waarop een woning zich bevindt.⁶⁷ Vanuit het oogpunt van duurzaamheid is het verontrustend dat rechters deze geluidsnorm niet altijd centraal stellen in de beoordeling of

⁶² J.G. Gräler, *Burenrecht (Mon. BW nr. B26)*, Deventer: Kluwer, 2019, par. 7.5.2; HR 21 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8823, BR 2006/60, m.nt. M.A.B. Chao-Duivis, r.o. 3.5.1-3.5.3.

⁶³ HR 18 december 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0808, NJ 1994, 139, m.nt. M. Scheltema & C.J.H. Brunner.

⁶⁴ HR 16 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1106, JB 2017/150, m.nt. A.G.A. Nijmeijer, r.o. 3.3.4.

⁶⁵ HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8782, NJ 2009/103; Rb. Rotterdam 27 september 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:8987.

⁶⁶ B. Hoops, 'Bescherming van en tegen gebruikers van aangrenzende erven', in: E.M. Groeneweg, L. de Hoog & B. Hoops, *Goederenrecht in de energietransitie*, Den Haag: vbr, 2025, p. 129-155, par. 5.3.1. Dit hoofdstuk bevat ook een bespreking van de schaduw van bomen, schitteringen van zonnepanelen en het onttrekken van warmte-energie door duurzame warmte-installaties.

⁶⁷ Art. 4.107 lid 2 Bbl.

de veroorzaakte geluidshinder onrechtmatig is.⁶⁸ Hierdoor kunnen andere omstandigheden van het geval, zoals de bijzondere gevoeligheid van burens voor geluidshinder, tot aansprakelijkheid leiden, terwijl de eigenaar van de warmtepomp zich aan het publiekrecht houdt. Dit vermindert de rechtszekerheid voor deelnemers aan de energietransitie, miskent dat warmtepompen over een aantal jaren in veel buurten standaard aanwezig *moeten* zijn en geeft blijk van een ontoereikend gewicht dat wordt toegekend aan duurzaamheid in de belangenafweging.

Soms wordt duurzaamheid – onterecht – helemaal niet betrokken bij de belangenafweging. Op 16 juli 2025 heeft de Rechtbank Noord-Holland de eigenaar van een zonnepark rond Schiphol veroordeeld tot verwijdering van een derde van de zonnepanelen.⁶⁹ De schitteringen van de zonnepanelen hadden piloten bij de landing verblind en hierdoor veiligheidsrisico's veroorzaakt. Het zonnepark had wél een vergunning, maar Schiphol was niet betrokken bij de vraag of het zonnepark ook panelen met dergelijke schitteringen mocht gebruiken. Het bevel tot verwijdering – het resultaat van de belangenafweging – is mijns inziens verdedigbaar, maar wat wel verbaast is dat niemand, niet eens de advocaat van het zonnepark, het feit naar voren heeft gebracht dat het zonnepark bijdraagt aan de energietransitie en Schiphol een van 's lands grootste vervuilers is. Dit laat een onvoldoende bewustzijn zien van het juridische belang van duurzaamheid.

3.3. Rechtsmisbruik

Naast onrechtmatige daad en onrechtmatige hinder kan ook rechtsmisbruik eigendom ten behoeve van duurzaamheid reguleren. Als voorbeeld dienen zaken uit de Duitse hoofdstad Berlijn, waarbij de muren van een gebouw door toegevoegd isolatiemateriaal komen te staan op het erf van een andere eigenaar.⁷⁰ Zou deze eigenaar – in Nederland – de verwijdering van het isolatiemateriaal kunnen vorderen? Mocht de grensoverschrijding opzettelijk of met grove onoplettendheid zijn gebeurd, dan zou art. 5:54 BW geen soelaas bieden en moet art. 3:13 BW worden toegepast. In het kader van het leerstuk van rechtsmisbruik dient hierbij rekening te worden gehouden met het grote belang van de energietransitie bij de isolering van gebouwen.

3.4. Gebrekenregeling

Een laatste voorbeeld van privaatrechtelijke eigendomsregulering is de gebrekenregeling in het huurrecht.⁷¹ Een huurder heeft recht op het gebruik van een goed onderhouden gebouw van het verhuurde soort. Beantwoordt het gebouw niet aan deze objectieve maatstaf, dan is

⁶⁸ Hof Arnhem-Leeuwarden 15 november 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:9854, *JM* 2023/16, m.nt. F. Arents, r.o. 7.11-7.22; Rb. Midden-Nederland 24 april 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:2643.

⁶⁹ Rb. Noord-Holland 16 juli 2025, ECLI:NL:RBNHO:2025:7998.

⁷⁰ Bundesgerichtshof 1 juli 2022, V ZR 23/21; Bundesgerichtshof 2 juni 2017, V ZR 196/16.

⁷¹ Art. 7:204 BW e.v.

sprake van een gebrek.⁷² De verhuurder dient gebreken volgens art. 7:206 lid 1 BW te verhelpen. In een recente zaak moest de Amsterdamse rechter beoordelen of enkel glas in een monumentaal pand een gebrek oplevert. Gebrek en goed onderhoud zijn vage begrippen die kunnen meebewegen met maatschappelijke ontwikkelingen en zich lenen voor een invulling door de mensenrechten en het publieke belang bij duurzaamheid. In eerste aanleg hield de kantonrechter rekening met de energiecrisis, de noodzaak om de uitstoot van broeikasgassen te beperken en het dempende effect van dubbel glas op het energieverbruik.⁷³ De kantonrechter bereikte de conclusie dat inderdaad sprake was van een gebrek. In hoger beroep komt het Hof Amsterdam tot de tegenovergestelde conclusie. Het Hof legt de nadruk op het grotendeels statische karakter van bouweisen.⁷⁴ Sinds de 17^e eeuw heeft de monumentale woning enkel glas en bij de huurder is niet de verwachting gewekt dat dit zou veranderen. Het Hof laat in het midden of het publieke belang bij duurzaamheid kan worden meegewogen en overweegt bovendien dat de maatschappelijke ontwikkelingen rond duurzaamheid fluctueren.⁷⁵ Grote betekenis kent het Hof toe aan het feit dat het pand een monument is waarop geen energiezuinigheidseisen van toepassing zijn, en dat rond een vijfde van de woningen nog enkel glas heeft.

Ook al zijn de genoemde feiten relevant in de belangenafweging en verdienen eigenaars van monumentale panden verdergaande bescherming vanwege hun meer kwetsbare economische positie, het baart mij grote zorgen dat het Hof geen rekening houdt met de jurisprudentie van het EHRM of het *Urgenda*-arrest. Ook kan publiekrechtelijke regulering een duurzaamheidsvriendelijkere interpretatie bevorderen. De door het kabinet geplande labelverplichtingen voor huurwoningen zijn een voorbeeld. Ook al leidt de verplichting om de woning zodanig aan te passen dat zij een bepaalde label bereikt, niet automatisch tot een gebrek,⁷⁶ de labelverplichting drukt een maatschappelijke verwachting uit dat woningen voortaan niet meer enkel glas en andere eigenschappen hebben die het energieverbruik sterk verhogen.

4. De faciliterende rol

Het privaatrecht in het algemeen en eigendom in het bijzonder hebben een belangrijke faciliterende rol omdat zij rechtszekerheid bieden en een veilige juridische infrastructuur ter beschikking stellen voor transacties rond grond en andere hulpbronnen. Op deze manier bieden zij ruimte voor het verwezenlijken van de autonomie van de eigenaar en een basis voor economische ontwikkeling in een kapitalistische economie.

⁷² Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2021/28 e.v.

⁷³ Rb. Amsterdam 2 februari 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:619, *BR* 2024/35, m.nt. M.J.E. Boudesteijn, r.o. 5.

⁷⁴ Hof Amsterdam 11 november 2025, ECLI:NL:GHAMS:2025:3137, *BR* 2026/12, m.nt. M.J.E. Boudesteijn, r.o. 4.8.

⁷⁵ Hof Amsterdam 11 november 2025, ECLI:NL:GHAMS:2025:3137, *BR* 2026/12, m.nt. M.J.E. Boudesteijn, r.o. 4.10.

⁷⁶ Y. Hasnaoui & B. Hoops, 'Verplichtingen om huurwoningen te verduurzamen: klem tussen privaat- en publiekrecht?', *WR Tijdschrift voor Huurrecht* 2021(11), 841-852, par. 3.2.

4.1.Eigendom en beperkte rechten voor natuurbescherming

Ook voor de verduurzaming van onze economie en samenleving bieden ons privaatrecht en het eigendomsrecht in het bijzonder over het algemeen een degelijk kader. Een ongewoon voorbeeld zijn de zogenaamde ‘Rights of Nature’ of rechten van de natuur.⁷⁷ Een variant hiervan is de oprichting van een rechtspersoon die een bijzonder beschermenswaardig deel van de natuur belichaamt. Vervolgens wordt de grondeigendom van dat deel van de natuur overgedragen of anderszins toegekend aan deze rechtspersoon. Een voorbeeld is het voormalige nationale park Te Urewera in Nieuw-Zeeland dat via een rechtspersoon eigenaar van zichzelf is.⁷⁸ In Nederland zijn er initiatieven om voor de Veluwe of de Waddenzee een dergelijke constructie op te tuigen.⁷⁹

Het eigendomsrecht en de overdracht daarvan aan de rechtspersoon faciliteren de natuurbescherming door aan de rechtspersoon een exclusief recht op de grond toe te kennen. De rechtspersoon kan – binnen de grenzen van haar statuten, eventueel gevestigde beperkte rechten en/of gesloten overeenkomsten – menselijke activiteiten op haar grond buiten de deur houden. Onrechtmatige daad en onrechtmatige hinder beschermen dit deel van de natuur voor bovenmatige vervuiling, zoals stikstofneerslag. Het omgevingsrecht speelt hierbij een ongelukkige rol omdat het de uitstoot van bepaalde hoeveelheden van gevaarlijke stoffen toelaat en zodoende ook de reikwijdte van onrechtmatige daad of onrechtmatige hinder inperkt. Vanuit het perspectief van de natuur en haar rechtspersoon heeft het omgevingsrecht dan eerder het karakter van vervuilingsrecht dan natuurbeschermingsrecht.⁸⁰ Tegen regelgeving die haar bevoegdheden als eigenaar beperkt, kan de rechtspersoon de eigendomsbescherming inroepen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht, via art. 14 Grondwet (Gw), het evenredigheidsbeginsel en/of het égalité-beginsel, en art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM.

Ook de vestiging van beperkte rechten ten behoeve van een soort private toezichthouder kan natuurbescherming waarborgen. Erfdienstbaarheden of kwalitatieve verplichtingen worden hiervoor veelvuldig in de praktijk gebruikt. Een eenvoudig voorbeeld is dat op voormalige landbouwgrond langs een rivier een natuurgebied wordt aangelegd en een erfdienstbaarheid op het natuurgebied wordt gevestigd ten behoeve van de

⁷⁷ L. Burgers & J. den Outer, *Rights of Nature*, Den Haag: Embassy of the North Sea, 2021.

⁷⁸ B. Hoops, ‘Of Forests and Rivers Owning Themselves: Looking for a Place for Te Urewera and Te Awa Tupua in Constitutional Property Law and Theory’, 7(3) *Journal of Law, Property, and Society* 2022, 126-159.

⁷⁹ T. Lambooy, J. Van de Venis & C. Stokkermans, ‘Hoog tij(d) voor een Natuurschap Waddenzee: Voorstel van een nieuwe vorm van governance van de Waddenzee’, *Tijdschrift voor Omgevingsrecht en omgevingsbeleid* 2020/1, 70-79; T. Lambooy, R. Jeurissen en R. Mackor, ‘Het verlenen van rechten aan natuurentiteiten onderzocht vanuit een juridisch-maatschappelijk en etnisch perspectief’, *Justitiële verkenningen* 2023/4, p. 99-113.

⁸⁰ B. Hoops, ‘What If the Black Forest Owned Itself? A Constitutional Property Law Perspective on Rights of Nature’, 11(3) *Transnational Environmental Law* 2022, 475-500, vn. 35.

woningeigenaars aan de overkant van de rivier.⁸¹ Hierdoor kunnen de woningeigenaars hun uitzicht handhaven en wordt de eigenaar van het natuurgebied verplicht om het goed te onderhouden. Met name in de VS is voor het toezicht door NGOs op private natuurgebieden in ruil voor subsidies voor de grondeigenaar een gespecialiseerde rechtsfiguur ontstaan: de ‘conservation easement’.⁸² Onder andere in Engeland (‘conservation covenant’) en Frankrijk (‘Obligation réelle environnementale’) hebben wetgevers soortgelijke regelingen aangenomen in het kader waarvan grondeigenaren instemmen met een verplichting om de natuur te behouden en hiermee opvolgende eigenaren binden.⁸³ Het voordeel ten opzichte van de Nederlandse erfdienstbaarheid of kwalitatieve verplichting is de mogelijkheid om verplichtingen om iets te doen (‘positieve verplichtingen’) op te nemen, terwijl het Nederlandse goederenrecht in principe alleen verplichtingen om iets niet te doen of na te laten toelaat (‘negatieve verplichtingen’).⁸⁴

4.2. Fragmentatie en natrekking

Inzoomend op de verduurzaming van de gebouwde omgeving en het eigendomsrecht loopt de faciliterende rol op verschillende vlakken tegen haar grenzen aan. Met name problematisch zijn situaties waar de belangen bij een gebouw of een energie-installatie gefragmenteerd zijn, en/of het privaatrecht onnodige transactiekosten oplegt. Een inmiddels klassiek voorbeeld van fragmentatie in het private duurzaamheidsrecht is het debat over de natrekking van zonnepanelen en andere hernieuwbare-energie-installaties, zoals warmtepompen en WKO-installaties.⁸⁵ In de verduurzamingspraktijk leidt de exploitatie van warmte-installaties van grote gebouwen of gebouwcomplexen door een gespecialiseerd bedrijf of de huur van zonnedaken of zonnepanelen tot de fragmentatie van belangen bij een gebouw. De beheerder en exploitant van de warmte-installatie, de huurder van het dak of de verhuurder van zonnepanelen willen graag een faillissementsbestendig recht op hun hernieuwbare-energie-installatie.

Bestanddeelvorming⁸⁶ en verticale natrekking⁸⁷ bepalen wat bij een gebouw hoort en welke zaken de grondeigendom omvat. Zij delen zodoende onze gebouwde omgeving in hanteerbare eenheden in. Op elk van deze eenheden heeft één eigendomsrecht betrekking. Idealiter vergemakkelijken deze rechtsfiguren het rechtsverkeer. Zij maken de zoektocht naar de eigenaar van met grond verbonden zaken overbodig en voorkomen onnodige transacties

⁸¹ Met dank aan mr. A.H.G. (Arnaud) Wilod Versprille voor het delen van dit praktijkvoorbeeld.

⁸² F. Cheever & N.A. McLaughlin, ‘An Introduction to Conservation Easements in the United States: a Simple Concept and a Complicated Mosaic of Law’, 1 *Journal of Law, Property, and Society* 2015, 107-186.

⁸³ B. Hoops e.a., ‘Positive Obligations to Retrofit Buildings with Third-Party Effect under Private Law as an Instrument of Public Climate Policy’, 13(3) *European Property Law Journal* 2024, 310-354.

⁸⁴ Art. 5:71 lid 1 BW; S. Demeyere, ‘Affirmative Land Burdens in German, Dutch and Belgian Law: Possibilities, Restrictions and Workarounds’, *European Property Law Journal* 2017, 196-235.

⁸⁵ Zie voetnoten 18-20.

⁸⁶ Art. 3:4 jo. art. 5:3 BW.

⁸⁷ Art. 3:3 jo. art. 5:20 lid 1 BW.

door met elkaar fysiek verbonden en technisch bij elkaar horende zaken juridisch samen te binden.⁸⁸ Door deze rechtsfiguren worden in de verduurzamingspraktijk echter zaken juridisch samengebonden die vanwege de fragmentatie van belangen weer uit elkaar moeten worden gehaald. De genoemde niet-eigenaars willen immers een faillissementsbestendig recht.

In de praktijk lopen wij hierbij tegen drie typen problemen aan. *Het eerste type* is een kostenprobleem. Waar voor de niet-eigenaars een opstalrecht moet worden gevestigd, moeten aanzienlijke notariële kosten worden gemaakt. In een appartementencomplex kunnen deze oplopen tot 30.000 euro. Deze kosten zijn gevaarlijk voor kleinschalige hernieuwbare-energieprojecten omdat de installaties in verhouding tot de juridische kosten een tamelijk lage waarde vertegenwoordigen en de juridische kosten daarom de business case kunnen destabiliseren.⁸⁹

De standaardisatie van notariële opstalakten, waarover meer in de afsluitende reflectie,⁹⁰ kunnen soelaas bieden door een verlaging van die kosten.⁹¹ Wetenschappers concentreren zich daarentegen vooral op de herinterpretatie van de regels rond natrekking. Zowel bestanddeelvorming als verticale natrekking gebruiken vage open normen, de ‘verkeersopvatting’ respectievelijk ‘duurzame verbinding’, om te bepalen wat als juridische eenheid wordt behandeld. In het kader van het debat over ‘servitization’ – de overgang van eigendom naar contractuele gebruiksrechten als juridische basis voor het gebruik van goederen – in het algemeen en het faciliteren van een circulaire economie in het bijzonder maakt een aantal wetenschappers gebruik van deze open normen om te betogen dat circulaire producten niet meer nagetrokken moeten worden.⁹² Een voorbeeld is de verhuur van zonnepanelen, die voortaan roerend zouden zijn. Het normatieve doel van dit betoog is dat de producent van het product zonder enige juridische transactie eigenaar blijft en het product kan recyclen aan het einde van de leeftijd van het product.⁹³ Hierdoor worden grondstoffen bespaard en heeft de producent zelf er belang bij om producten van hogere kwaliteit te leveren die minder snel kapotgaan.⁹⁴ De juridische basis voor het betoog ligt in het doel van natrekking. Natrekking is bedoeld om duidelijkheid te scheppen over de juridische indeling van de stoffelijke wereld, om transactiekosten voor het samenvoegen of uit elkaar halen van zaken te verlagen en de toegevoegde waarde te behouden die ontstaat

⁸⁸ T. Booms, Aanvullen van subjectieve rechten, diss. RU Nijmegen, Deventer: Kluwer, 2019; B. Hoops, ‘Een rechtseconomisch perspectief op natrekking in de energietransitie en de transitie naar de circulaire economie’, 37(10) *NTBR* 2020, 298–311.

⁸⁹ Y.A. Arbel, ‘On the Scales of Private Law: Nano Contracts’, 37(1) *Harvard Journal of Law & Technology* 2023, 151-214, 156 and 170 *et seq.*

⁹⁰ Zie par. 6.

⁹¹ A.H.G. Wilod Versprille & M. Wever, ‘Verduurzaming in de notariële praktijk: het standaardmodel opstalakte zonnepaneleninstallatie’, in: L.C.A. Verstappen & F.J. Vonck (red.), *Duurzaam wonen*, Den Haag: SDU, 2019, p. 141-174.

⁹² R.M. Wibier, ‘Servitization en goederen- en insolventierecht’, *WPNR* 2021/7326, 416-423.

⁹³ Akkermans 2018; Koolhoven 2018.

⁹⁴ De Vogel e.a. 2024, p. 178-184.

doordat twee zaken met elkaar worden verbonden.⁹⁵ De wetenschappers beargumenteren dat indien het circulaire product juridisch wordt verbonden met een gebouw of andere zaak, de laatste twee doelen niet worden bereikt. Om de producent eigenaar te laten blijven moet immers een kostbare juridische transactie worden uitgevoerd, zoals de vestiging van een opstalrecht in de gebouwde omgeving. De kosten hiervan kunnen voorkomen dat de circulaire producten worden gebruikt, zodat natrekking de toegevoegde waarde van het gebruik daarvan niet beschermt maar juist voorkomt.

Op dit betoog kan vanuit verschillende perspectieven kritiek worden geleverd.⁹⁶ Ten eerste zou de herinterpretatie van natrekking niet alleen gelden voor circulaire producten, maar ook voor de rest van de economie. Terwijl de herinterpretatie de juridische kosten voor circulaire producten zou verlagen, zou de rest van de economie daar niet per se van gediend zijn. Een voorbeeld zijn de kosten voor het uitzoeken van wie eigenaar is van de zelfstandige roerende zaken die nu nog onroerend zijn en omvat worden door de grondeigendom.⁹⁷ In de gebouwde omgeving proberen wetenschappers en practici dit te ondervangen door een 'Madaster', een soort register waarin alle bouwmaterialen en hun juridische toestand worden opgenomen.⁹⁸ Ten tweede moeten de bijwerkingen van de herinterpretatie nader worden onderzocht. Als bijvoorbeeld zonnepanelen roerend in plaats van onroerend zijn, gaan de financieringskosten omhoog omdat de financier geen hypotheekrecht op het opstalrecht kan verkrijgen.⁹⁹ Kleinere projecten zullen meer baat hebben bij bespaarde notariskosten omdat de lening voor de zonnepanelen beperkt is, maar bij grotere projecten zullen de extra financieringskosten de bespaarde notariskosten snel overstijgen. Ten derde houdt het betoog te weinig rekening met toekomstige ontwikkelingen rond bijvoorbeeld de energievoorziening. Netcongestie kan ertoe leiden dat sommige gebouwen zonder zonnepanelen en een batterij geen toegang hebben tot elektriciteit. Dan ligt het voor de hand dat het gebouw zonder deze zonnepanelen en de batterij onvoltooid zou zijn en zijn functie niet meer zou kunnen vervullen. Volgens de huidige jurisprudentie over de verkeersopvatting zouden de zonnepanelen dan bestanddelen van het gebouw worden.¹⁰⁰

Het tweede type problemen betreft twijfels over de mogelijkheid om opstalrechten te vestigen. Het is zeer waarschijnlijk dat zonnepanelen die in daken geïntegreerd worden en

⁹⁵ Booms 2019; Hoops 2020.

⁹⁶ Zie voor uitgebreide beschouwingen: J. Van de Voorde, 'De roerende natrekking in het Belgische goederenrecht: obstakel of hulpmiddel voor duurzaamheid?', in: B. Akkermans, B. Hoops, E. van der Sijde & B. Verheye (red.), *Privaatrecht 2050. De weg naar ecologische duurzaamheid*, Brugge: Die Keure, 2022, p. 209-238.

⁹⁷ Hoops 2020, par. 3.2.

⁹⁸ M.A.B. Chao-Duivis, 'Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel II)', *TBR* 2017/154, onder 7.3; A.J. Mes, H.D. Ploeger & B.A.M. Janssen, 'Eigendom van onroerende zaken, met name natrekking (titels 1 en 3)', in: L.C.A. Verstappen (red.), *Boek 5 BW van de toekomst*, Den Haag: SDU, 2016, p. 145-217, p. 164 e.v.;

⁹⁹ B. Hoops & E. van der Sijde, 'Renewable energy installations as collateral for community energy projects', 46(1) *Energy Law Journal* 2025, 71-103, i.h.b. voetnoot 31.

¹⁰⁰ HR 15 november 1991 (Depex/curatoren Bergel), ECLI:NL:HR:1991:ZC0412, *NJ* 1993/316, m.nt. W.M. Kleijn, r.o. 3.7.

als het ware als dakpannen fungeren, en warmtesystemen die uitsluitend één gebouw dienen, bestanddelen van het gebouw zijn omdat het gebouw anders onvoltooid zou zijn.¹⁰¹ Gedurende lange tijd was de heersende leer dat bestanddelen niet kunnen worden verzelfstandigd door de vestiging van een opstalrecht.¹⁰² Het gevolg hiervan zou zijn dat het opstalrecht de verhuur en/of exploitatie door een derde niet zou kunnen faciliteren. Inmiddels is de genoemde leer echter losgelaten voor zover installaties voldoende duidelijk en herleidbaar kunnen worden omschreven in een vestigingsakte en economisch zelfstandig kunnen worden geëxploiteerd.¹⁰³ In principe kunnen dus opstalrechten worden gevestigd met betrekking tot de genoemde installaties, maar het kan niet worden uitgesloten dat sommige rechters nog de oude leer aanhangen.

Het derde type problemen betreft de complexiteit van de regelgeving rond natrekking en de hieruit voortvloeiende rompslomp in de praktijk. Hierbij spelen vooral de rechtsfiguur van het ‘net’ en art. 5:20 lid 2 BW een belangrijke rol. Artikel 5:20 lid 2 BW wijst de eigendom van een net toe aan de bevoegde aanlegger in andermans grond. Wordt een net in eigen grond aangelegd, dan blijft het net onzelfstandig en behoort het door verticale natrekking toe aan de grondeigenaar.¹⁰⁴ In de praktijk is met name het naast elkaar bestaan van opstal- dan wel erfpachtrechten en netten problematisch.¹⁰⁵ Legt bijvoorbeeld een erfpachter een duurzaam warmtesysteem als een WKO-installatie aan, dan rijst de vraag of hij dit doet in eigen grond of in andermans grond, namelijk de grond van zijn erfverpachter. Dit komt geregeld voor in erfpachtsteden. Is de erfpachtgrond andermans grond vanuit het perspectief van de erfpachter, dan wordt de erfpachter op grond van art. 5:20 lid 2 BW neteigenaar. Problemen kunnen ontstaan als de erfpachter vervolgens zijn erfpachtrecht wil overdragen. In de praktijk zien partijen en de betrokken notaris gemakkelijk over het hoofd dat de warmtevoorziening een zelfstandige zaak is en afzonderlijk moet worden overgedragen omdat het net niet hoeft te worden ingeschreven. Het onwenselijke resultaat is dat de vertrokken erfpachter neteigenaar blijft en de neteigendom en de erfpacht uit elkaar gaan lopen. Ondergrondse netwerken leiden trouwens nog tot een aantal andere fragmentatie-gerelateerde vraagstukken dat hier omwille van de leesbaarheid en lengte van de bijdrage buiten beschouwing blijft.¹⁰⁶

¹⁰¹ Groeneweg 2025; Hoops 2020, par. 2.

¹⁰² Asser/Bartels & Vonck 5 2025/248c.

¹⁰³ Asser/Bartels & Vonck 5 2025/248c, met verwijzingen.

¹⁰⁴ Asser/Bartels & Vonck 5 2025/90e; B. Hoops, ‘Hoe natrekking de eigendom en omvang van netwerken beheerst’, *WPNR* 2025/7506, 442-451.

¹⁰⁵ Groeneweg 2025; M.M.G.B. van Drunen, C.A.J. Vos & M.H. van Bellen, ‘Goederenrechtelijke structurering van WKO’s’, *WPNR* 2024/7461, p. 350-357.

¹⁰⁶ Zie Groeneweg 2025 en Hoops preadvies 2025, par. 5.5.2 en 5.5.3.

4.3. Fragmentatie en appartementsrecht

De fragmentatie van belangen bereikt een hoogtepunt in appartementensplitsingen. Boven op de fragmentatie die ontstaat door de huur en het uitbesteden van het beheer van een hernieuwbare-energie-installatie, komt het feit dat een groot aantal mede-eigenaars het eens moet worden over de verduurzaming. Deze fragmentatie leidt tot twee soorten obstakels. Ten eerste kost de besluitvorming veel geld, moeite en tijd. In het Nederlandse recht is voor de verduurzaming doorgaans ten minste vereist een meerderheid van twee derde van de aanwezige mede-eigenaars met een quorum van twee derde.¹⁰⁷ Dit geldt bijvoorbeeld voor zonnepanelen die de Vereniging van Eigenaars (VvE) op het dak van het appartementengebouw plaatst. Voor de huur van zonnepanelen of de aanleg en exploitatie van een nieuw warmtesysteem door een derde is daarentegen unanimititeit vereist in verband met de noodzaak om een opstalrecht te vestigen (en de splitsingsakte te wijzigen).¹⁰⁸ Het moge duidelijk zijn dat de besluitvorming en de vereiste meerderheden grote hordes vormen voor een groep appartementseigenaars met uiteenlopende belangen, een gebrek aan vertrouwen in elkaar en weinig juridische of technische expertise. Een minderheid van appartementseigenaars kan de verduurzaming gemakkelijk blokkeren hoewel de verduurzaming alle appartementseigenaars ten goede komt. Hierdoor glijdt het appartementengebouw snel af in wat in de rechtstheorie een 'Tragedy of Anticommons' wordt genoemd: het appartementengebouw wordt te weinig vernieuwd omdat de beslissingsbevoegdheden te versnipperd zijn.¹⁰⁹

Ten tweede is in veel gevallen de tussenkomst van een notaris vereist om de splitsingsakte te wijzigen en mogelijk ook voor de vestiging van een opstalrecht. Dit proces kost veel tijd en geld omdat de notaris de toestemming moet verifiëren van alle appartementseigenaars dan wel de VvE én alle beperkt gerechtigden,¹¹⁰ in het bijzonder hypotheekhouders. De wijzigingsakte is bovendien nauwelijks standaardiseerbaar vanwege de verscheidenheid van appartementensplitsingen. Deze kosten zijn wederom een reden waarom appartementseigenaars afzien van de wijziging en dus ook van de verduurzaming.¹¹¹

Het is duidelijk dat het appartementsrecht niet de nodige flexibiliteit heeft om de verduurzaming voldoende te faciliteren. De wetenschap en initiatieven als de *Werkgroep Modernisering Appartementsrecht Nederland* (WMANL) werken aan een juridische vergemakkelijking van de verduurzaming van appartementengebouwen. Hierbij volgen zij drie verschillende benaderingen. De eerste benadering is om de bevoegdheid van

¹⁰⁷ C. Siewers, 'Verduurzaming in het appartementsrecht', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2023/3, 114-122; F.J. Vonck, 'Splitsingswijzigingen na 24 februari 2023', *WPNR* 2023/7406, 241-245.

¹⁰⁸ Vonck 2023, p. 241.

¹⁰⁹ B. Hoops, 'De verduurzaming van VvE's: Hoe kunnen wij de *Tragedy of the Anticommons* vermijden?', *WPNR* 2020/7297, 662-673; B. Webb & S. Webber, 'The implications of condominium neighbourhoods for long-term urban revitalisation', 61 *Cities* 2017, 48-57.

¹¹⁰ Art. 5:139 lid 3 BW.

¹¹¹ Y. Hasnaoui & B. Hoops, 'Dynamiek in appartementencomplexen aan banden gelegd? Een empirische studie naar de splitsingsakte als struikelblok voor verandering', *WPNR* 2023/7434, 799-810.

individuele appartementseigenaars uit te breiden om autonoom over verduurzamingstappen te beslissen. Individuele appartementseigenaars kunnen nu vooral beslissen over bijvoorbeeld vloerisolatie en elektrisch koken. Het collectief van appartementseigenaars beslist daarentegen over het vervangen van ramen, een nieuw warmtesysteem of zonnepanelen op het dak. Een uitbreiding van de beslissingsbevoegdheid is sinds het Modelreglement 2017 dat een appartementseigenaar een laadpaal bij zijn parkeerplaats kan plaatsen zonder dat hij hiervoor twee derde in de vergadering van eigenaars achter zich moet brengen.¹¹² Aangezien dit niet geldt voor oudere appartementensplitsingen, heeft de WMANL een wetsvoorstel ontwikkeld dat deze regel voor alle appartementensplitsingen invoert.

De tweede benadering is het verlagen van meerderheidseisen en quora. De WMANL stelt voor dat de wetgever bepaalt dat in alle VvE's de volstreekte meerderheid van stemmen in de vergadering van eigenaars voldoende is voor de verduurzaming van het gebouw.¹¹³ Hierdoor zou de besluitvorming minder snel stuklopen op weerstand vanuit een minderheid. Het risico is dat deze benadering onvoldoende rekening houdt met de belangen van de minderheid en leidt tot uitdijende ruzie. Een hardheidsclausule – zoals art. 5:140b BW – die de minderheid zo nodig compenseert is daarom wenselijk,¹¹⁴ ook om de gelijkheid voor de openbare lasten te waarborgen.

De derde benadering is het omzeilen van de wijziging van de splitsingsakte om onder andere notariskosten te besparen. Dit kan door innovatieve jurisprudentie of slimme juridische vormgeving van overeenkomsten tussen appartementseigenaars. Het Hof Den Haag heeft bijvoorbeeld geoordeeld dat de aansluiting op een warmtenet van privégedeelten geen wijziging van de splitsingsakte behoeft.¹¹⁵ Terwijl dit voor een verandering van privégedeelten normaal gesproken wél is vereist, baseerde het Hof zijn oordeel op een verplichting van appartementseigenaars uit de splitsingsakte om medewerking te verlenen aan de aanleg van gemeenschappelijke installaties in privégedeelten. Een groep practici en wetenschappers heeft intussen een overeenkomst ontwikkeld voor de aanleg van zonnepanelen door een kleinere groep van appartementseigenaars.¹¹⁶ Normaal gesproken is voor het exclusieve gebruik van het dak een wijziging van de splitsingsakte vereist, maar

¹¹² M.C.E. van der Vleuten, C.N. Siewers & C.J.C.M. Oomen, 'De aanleg van oplaadpunten voor elektrische voertuigen in VvE's', in: L.C.A. Verstappen & F.J. Vonck (red.), *Vervolg 'Boek 5 BW van de toekomst, Het ontwerp-wetsvoorstel appartementsrechten*, Den Haag: SDU, 2020, p. 151-166; Art. 24.5 in conjunction with Art. 28.3 *Modelreglement 2017*.

¹¹³ M.C.E. van der Vleuten & I. de Jong, 'Een verbeterde regeling voor appartementsrechten – Ontwerp-wetsvoorstel', in: L.C.A. Verstappen & F.J. Vonck (red.), *Vervolg 'Boek 5 BW van de toekomst, Het ontwerp-wetsvoorstel appartementsrechten*, Den Haag: SDU, 2020, p. 23-74.

¹¹⁴ B. Hoops, 'Verduurzaming van bestaande appartementencomplexen', in: E.M. Groeneweg, L. de Hoog & B. Hoops, *Goederenrecht in de energietransitie*, Den Haag: vbr, 2025, p. 99-127, p. 105.

¹¹⁵ Hof Den Haag 19 december 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:2742, r.o. 6.11-6.14.

¹¹⁶ B. Hoops, Y.H. van Ballegooijen, M.C.E. van der Vleuten, C. Siewers & A.H.G. Wilod Versprille, 'Verduurzaming van kleine appartementengebouwen: Een juridisch model om flexibiliteit en rechtszekerheid met elkaar te verzoenen', *WPNR* 2022/7393, 876-885.

door een inclusief gebruiksrecht waarmee andere appartementseigenaars ook later kunnen deelnemen en opvolgers weer kunnen uitstappen, wordt dit vereiste omzeild.

De laatste benadering is het verlagen van de drempel voor vervangende toestemming door de rechter. Volgens art. 5:121 en art. 5:140 BW kan de rechter vervangende toestemming verlenen als appartementseigenaars de toestemming ‘zonder redelijke grond’ hebben geweigerd. Het open en vage karakter van ‘zonder redelijke grond’ laat het toe dat de rechter rekening houdt met het publieke belang bij verduurzaming. Hierdoor kan eerder vervangende toestemming worden verleend waar appartementseigenaars de verduurzaming blokkeren.¹¹⁷ In hoeverre rechters deze richtlijn in de praktijk navolgen, moet nog worden gezien. Tot nu toe is in gepubliceerde jurisprudentie alleen de toestemming vervangen waar de projectontwikkelaar de kosten voor het gehele project ging dragen en de mede-eigenaars dus geen financieel risico lopen.¹¹⁸

4.4. De uitvoering van publiekrechtelijke verduurzamingsverplichtingen in het privaatrecht

Deze obstakels van het appartementsrecht belemmeren ook de uitvoering en handhaving van publiekrechtelijke normen. Denk aan de verplichting voor kantooreigenaren om sinds 1 januari 2023 een energielabel ‘C’ te hebben.¹¹⁹ Veel kantoren bevinden zich in gemengde appartementensplitsingen met andere gebruiksfuncties zoals detailhandel en woningen. In een dergelijke splitsing geldt de C-labelverplichting voor de kantooruimte, maar niet voor andere privégedeelten of de gemeenschappelijke gedeelten. Aangezien isolatie, isolerende ramen, duurzame warmte-installaties en zonnepanelen doorgaans op gemeenschappelijke gedeelten worden geplaatst, heeft de kantooreigenaar de medewerking van de andere appartementseigenaars nodig. Hiervoor is minstens vereist een meerderheid van twee derde met een quorum van twee derde in de vergadering van eigenaars. Deze meerderheden zijn allesbehalve vanzelfsprekend omdat de overheid geen verduurzamingsverplichting heeft opgelegd aan de andere appartementseigenaars.

Als de appartementseigenaar niet erin slaagt zijn mede-eigenaars over te halen en niet voldoet aan de verduurzamingsverplichting, dan lijkt handhaving niet rechtmatig mogelijk. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft bepaald dat sancties, zoals een last onder dwangsom, niet mogen worden opgelegd indien de kantooreigenaar (of een andere geadresseerde) het niet in zijn macht heeft om aan de last te voldoen.¹²⁰ Aangezien de kantooreigenaar afhankelijk is van de medewerking van de andere appartementseigenaars en er, anders dan bij gevaren voor de leefbaarheid van een wijk,¹²¹ geen publiekrechtelijke bevoegdheid bestaat om aan alle appartementseigenaars of de VvE

¹¹⁷ Hoops preadvies 2025, p. 121 e.v.

¹¹⁸ Rb. Noord-Holland 16 november 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:10152.

¹¹⁹ Art. 3.87 Bbl.

¹²⁰ ABRvS 17 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3561, AB 2018/132, m.nt. T.N. Sanders, r.o. 7.1.

¹²¹ Art. 12d en 13 Woningwet.

een verplichting op te leggen, kan de kantooreigenaar niet zonder meer in staat worden geacht om aan de C-labelverplichting te voldoen.

Dezelfde obstakels rijzen trouwens in het huurrecht en bij andere verduurzamingsverplichtingen.¹²² In de toekomst zal voor hoofdbrekens zorgen de uitvoering van verplichtingen die worden ingevoerd op grond van EU-Richtlijn 2024/1275 over de energieprestatie van gebouwen. Het kabinet houdt onder andere vast aan plannen om labelverplichtingen voor huurwoningen in te voeren.¹²³ Een oplossing voor dit probleem zou de invoering zijn van een verplichting tot medewerking voor appartementseigenaars (en huurders) of van de bevoegdheid voor een bestuursorgaan om een dergelijke verplichting op te leggen.

5. Prikkel

Uit de privaatrechtelijke eigendomsregulering vloeien prikkels voort die duurzaam gedrag bevorderen of juist tegenwerken. Bij de bespreking van de faciliterende rol is al duidelijk geworden dat de aantrekkingskracht in het kader van de overgang naar overeenkomsten als basis voor het gebruik van goederen (*servitization*) kan leiden tot notariskosten en dus verhoogde transactiekosten om nagetrokken zaken weer te scheiden van een andere zaak. Deze kosten vormen een prikkel tegen *servitization*.

Het privaatrecht kan ook een bijzondere verdeling van prikkels over verschillende personen teweegbrengen die duurzaam gedrag belemmert. Economen spreken van *split incentives*.¹²⁴ In de context van de bestaande bouw komt dit fenomeen erop neer dat degene die de bevoegdheid heeft om het gebouw te verduurzamen, geen of een te beperkte economische prikkel heeft om dit te doen. Degene die wél een voldoende prikkel heeft om te verduurzamen, heeft niet de bevoegdheid om dit te doen.

De verhouding tussen verhuurder en huurder is een goed voorbeeld, dat hier nader wordt uiteengezet. Als uitgangspunt geldt dat de verhuurder de juridische bevoegdheid heeft om het gebouw te verduurzamen, terwijl de huurder deze bevoegdheid niet heeft. De economische prikkels zijn daarentegen anders verdeeld. Voor de verhuurder verhoogt de verduurzaming de waarde van de woning (in niet-verhuurde toestand) en verzekert zij dat de woning ook op lange termijn verhuurd kan worden. Als de verduurzaming niet leidt tot een hogere huur, verdient de verhuurder de investering echter niet direct terug omdat hij niet profiteert van een lagere energierekening. De prikkel voor de verhuurder om het gebouw te verduurzamen, is dus beperkt. De huurder heeft daarentegen baat bij een lagere

¹²² Zie art. 3.7 Bbl, art. 3.84 Bbl, art. 5.15 Bal, art. 4.18 Ow en het op 1 januari 2026 in werking tredende art. 4.21 Ow.

¹²³ Ministerie van Volkshuisvesting en Ruimtelijke Ordening 2025. Zie over de botsing van verduurzamingsverplichtingen met het huurrecht: Hasnaoui & Hoops 2021, p. 841-852; M.Y.C.L. de Wit & Th.S.M. Fraai, 'De Label-C-plicht voor kantoren en de huurverhouding', *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2019/44.

¹²⁴ N. Ameli & N. Brandt, 'What Impedes Household Investment in Energy Efficiency and Renewable Energy?', *International Review of Environmental and Resource Economics* 2014, 101-138, 118 e.v.

energierekening. Zijn prikkel om te verduurzamen is echter ook beperkt. Huurders hebben vaak onvoldoende middelen voor de gehele investering¹²⁵ en de investering kan niet zonder meer mee worden meegenomen naar de volgende woning, terwijl de huurder niet weet hoelang hij in de woning zal blijven wonen.

De uitdaging voor het privaatrecht is om ervoor te zorgen dat de juridische bevoegdheid en voldoende economische prikkels in één persoon (of een groep van personen met hetzelfde belang) samenlopen. Als de huurder de verduurzaming mee kan nemen naar de volgende woning, dan heeft hij eerder een economische prikkel om de verduurzaming zelf te financieren en installeren. Dit kan bijvoorbeeld gelden voor thuisbatterijen en zonnepanelen, die technisch zonder grote schade kunnen worden verwijderd en die de huurder op grond van art. 7:216 BW na het einde van de huur kan wegnemen. De juridische bevoegdheid kan de huurder verkrijgen door schriftelijke toestemming van de verhuurder of rechterlijke machtiging. De verduurzaming vindt in ieder geval doorgang indien zij de verhuurbaarheid van de woning niet schaadt en evenmin de waarde van de woning doet dalen.¹²⁶ Aantekening verdient dat de externe financiering op bezwaren kan stuiten omdat de vestiging van een opstalrecht en een hypotheekrecht voor de financier door huurders niet mogelijk is.

Een andere manier is om de verhuurder te dwingen om zijn juridische bevoegdheid uit te oefenen om op eigen kosten te verduurzamen. De in het kader van de sturende rol al besproken gebrekenregeling is hiervan een voorbeeld. Een ander voorbeeld is art. 7:243 BW. De huurder kan de verduurzaming afdwingen door het verzoek om een rechterlijk bevel dat de verhuurder op eigen kosten energiebesparende isolatie of een verwarmingsketel met een hoog rendement installeert. De huurprijs mag vervolgens met een redelijk bedrag worden verhoogd. Of dit een realistische optie is, hangt af van de juridische kosten en de impact van de rechtszaak op de persoonlijke verhouding tussen huurder en verhuurder.

Om de verhuurder een economische prikkel tot verduurzaming te geven, kent ons recht art. 7:220 lid 2. Een verhoging van de huurprijs is mogelijk op grond van een redelijk voorstel tot renovatie van de verhuurder.¹²⁷ Het aanbrengen van isolerende ramen, isoleringsmateriaal, duurzame warmtesystemen en zonnepanelen zijn een zodanige vernieuwing dat sprake is van renovatie.¹²⁸ Of het voorstel redelijk is hangt af van een belangenafweging op grond van alle omstandigheden van het geval.¹²⁹ In de regel zal sprake zijn van een redelijk voorstel indien de schade die gedurende de werkzaamheden ontstaat, wordt hersteld en/of vergoed en de woonlasten na een verhoging van de huur en een verlaging van de energiekosten per

¹²⁵ Vgl. het vermogen van woningeigenaren met het vermogen van huurders: <https://opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/83834NED/table?ts=1551427544976> (laatst bezocht op 26 mei 2026).

¹²⁶ Art. 7:215 BW; Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II Huur 2021/83 e.v.

¹²⁷ Art. 7:220 lid 2 BW.

¹²⁸ Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 2 mei 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:3507, 3508 en 3509; en Hof Arnhem-Leeuwarden 11 december 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10766, *WR* 2019/80.

¹²⁹ Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II Huur 2021/120.

saldo niet stijgen.¹³⁰ De verhuurder zal dan een voldoende economische prikkel hebben om te verduurzamen als de investering binnen een redelijke termijn door de verhoging kan worden terugverdiend.

Mocht de huurder het redelijke voorstel niet aanvaarden, dan kan de verhuurder het gedogen van de werkzaamheden bij de rechter afdwingen. Dit brengt echter nog niet met zich dat de overeenkomst is gewijzigd en de huurprijs is verhoogd.¹³¹ Bij sociale huurwoningen kan de verhuurder de verhoogde huurprijs op grond van art. 7:255 BW door de huurcommissie laten toetsen, bij geliberaliseerde woningen – vooralsnog tot 1 mei 2029 – op grond van art. 7:255a BW.

Al met al biedt het huurrecht een aantal routes om de *split incentives* vergaand op te lossen. Een zwak punt is dat art. 7:243 BW een beperkt toepassingsbereik heeft en bijvoorbeeld niet op zonnepanelen ziet. Een ander zwak punt is dat art. 7:220 lid 2 BW voor de huurder nog aanzienlijke mogelijkheden biedt om de verduurzaming door juridische rompslomp duurder te maken als zijn economische prikkel om te verduurzamen niet sterk genoeg is. Dit kan de economische prikkel voor de verhuurder verminderen en verduurzaming uiteindelijk blokkeren.

6. Afsluitende reflectie

In hoeverre het privaatrecht voldoende is toegesneden op het bevorderen van duurzaamheid, en hoe het privaatrecht in dit opzicht kan worden verbeterd, verschilt per rol die het privaatrecht speelt. Het privaatrecht heeft het potentieel zijn sturende rol *grosso modo* te spelen om ervoor te zorgen dat vervuiling wordt beperkt tot een maatschappelijk aanvaardbaar niveau. De rechters in de *Urgenda*- en *Shell*-zaken hebben laten zien dat zij in staat zijn om de nodige belangenafweging degelijk uit te voeren. Om dit potentieel daadwerkelijk te benutten moeten rechtswetenschappers samen met de praktijk een aantal kinderziektes bestrijden, zoals het niet-betrekken van emissies van de eindverbruikers van fossiele brandstoffen, en een cultuuromslag bewerkstelligen. Juristen durven nog niet altijd door te zetten en zijn soms bang voor rechtsonzekerheid en om te worden beticht van rechterlijk activisme. Mijns inziens zijn er op grond van de bescherming van de mensenrechten juist goede redenen waarom het vanzelfsprekend moet zijn dat duurzaamheid in belangenafwegingen wordt betrokken en een passend gewicht, zeker hoger dan nu, krijgt toegekend. Tegelijkertijd zouden privatisten ook eindelijk afscheid moeten nemen van het beeld van eigendom als absolute bescherming van de *status quo*; dit geldt trouwens niet alleen voor de sturende rol in het kader van onrechtmatigheid, maar bijvoorbeeld ook voor de verhoudingen tussen mede-eigenaars, zoals appartementseigenaars, bij de faciliterende rol. Over enkele decennia zal de praktijk van een grondige belangenafweging met duurzaamheid als een belangrijk element leiden tot een nieuwe routine die de rechtszekerheid voldoende waarborgt. Idealiter laten rechters zich dan ook zien als toezichthouders op de naleving van de veroordelingen van de wetgevende

¹³⁰ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 4 april 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:2543, *WR* 2019/67, r.o. 11.

¹³¹ Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II Huur 2021/121.

en uitvoerende macht omdat politieke druk ervoor zorgt dat rechterlijk gehandhaafde reductiedoelen niet worden gehaald. Het huidige executierecht biedt hiervoor echter onvoldoende ruimte. Dwangsommen kunnen bijvoorbeeld alleen worden opgelegd op vordering van de eiser.¹³²

Problematisch zal echter altijd blijven dat het privaatrecht selectief wordt gehandhaafd en hierdoor minder effectief is en onwenselijke marktverstoringen tot gevolg kan hebben. Idealiter reageert het publiekrecht daarom met algemene regulering op privaatrechtelijke aansprakelijkheid van enkele bedrijven. Anders zou men zich ook kunnen afvragen of aansprakelijk gestelde bedrijven niet te veel van de openbare lasten dragen en gecompenseerd zouden moeten worden.

De meeste behandelde obstakels voor de faciliterende rol zouden idealiter worden verholpen door wetswijzigingen en een uitbreiding van onze juridisch-technische infrastructuur. Door middel van een register voor bouwmaterialen (Madaster) kunnen bijvoorbeeld de nadelen van een herinterpretatie van de natrekking worden verholpen. De hoop op actie vanuit Den Haag is echter gering. Concept-wetsvoorstellen die worden opgesteld door vooraanstaande wetenschappers en worden gesteund door stakeholders, verstoffen op het ministerie regelmatig in het laatje.¹³³ Ministeries schenken bovendien bij het maken van publiekrechtelijke regels, zoals verduurzamingsverplichtingen, onvoldoende aandacht aan de uitvoering daarvan in het privaatrecht, hetgeen de effectiviteit van het publiekrecht belemmert. De ‘governance’ van hoe eigendom in het privaatrecht duurzamer kan worden, loopt bij de faciliterende rol in de praktijk dus niet via de wetgever en bestuursorganen.

Het niet-handelen van de wetgever brengt onder andere met zich dat de verduurzaming zit opgezaagd met algemene regels die – zoals natrekking – niet zijn ontwikkeld met het oog op duurzaamheid. Hoop kan enerzijds worden gevestigd op rechters, die – net als bij de sturende rol – door een handige herinterpretatie regels duurzaamheidsvriendelijker kunnen maken, bijvoorbeeld de eeuwenoude natrekking. Problematisch blijft dat het bevorderen van duurzaamheid bij bepaalde transacties het gevaar met zich brengt dat andere transacties waarop dezelfde algemene regels van toepassing zijn, worden bemoeilijkt. Het voorbeeld is wederom de herinterpretatie van de natrekking, waardoor voor circulaire producten transactiekosten kunnen worden bespaard, terwijl voor andere businessmodellen mogelijk juist meer moet worden betaald.

Anderzijds ligt de hoop bij ‘juritectuur’ waar de wet geen directe oplossing biedt. Dit is de kunst van advocaten en notarissen om door middel van de bouwstenen van het privaatrecht, zoals goederenrechtelijke rechten, overeenkomsten en rechtspersonen, de belangen en wensen van partijen optimaal te vertalen naar een juridische structuur.¹³⁴ Op

¹³² Art. 611a Rv; Asser Procesrecht/Steneker 5 2023/695. Zie de bijdrage van Van de Voorde voor een diepgaande verkenning van dit onderwerp in de Belgische context.

¹³³ L.C.A. Verstappen (red.), *Boek 5 BW van de toekomst*, Den Haag: SDU, 2016.

¹³⁴ D.A. Groetelaers & H.D. Ploeger, ‘Juritecture of the built environment: a different view on legal design for multiple use of land’, 25(3/4) *Structural Survey* 2007, 293–305.

het gebied van duurzaamheid kan bijvoorbeeld worden gedacht aan warmtegemeenschappen van burgers waarbij een combinatie van BV's, coöperaties, eigendom, opstalrechten en stichtingen op lange termijn ervoor zorgt dat burgers toegang hebben tot duurzame warmte en hierbij financieel baat hebben.¹³⁵

Juritectuur als een instrument voor het faciliteren van duurzaamheid loopt echter tegen twee grenzen aan. De eerste grens zijn de kosten. Juritectuur is tijdsintensief en specialistisch werk waarvoor hoge bedragen worden gevraagd. In het bijzonder de kleinschalige energietransitie lijdt hieronder omdat zij per kWh opgewekte energie meer moet besteden aan juritectuur dan haar grotere concurrenten.¹³⁶ Standaardisatie en opschaling zijn belangrijke instrumenten om kosten te verlagen. Gestandaardiseerde modelakten beelden de belangen van partijen in de meest voorkomende gevallen af, maken uitgebreide juridische vormgeving onnodig en zorgen ervoor dat meer practici dit soort transacties kunnen begeleiden.¹³⁷ Idealiter zijn er varianten voor meerdere standaard-situaties en worden er constant updates doorgevoerd. Opschaling betekent dat kleinere organisaties juridische expertise gaan poolen en met één notariskantoor of een andere juridische dienstverlener gaan samenwerken om lagere kosten te behalen.

De tweede grens is dat de juritectuur rond verduurzaming de rechtsgebieden overstijgt. Contracten-, goederen- en rechtspersonenrecht moeten worden gecombineerd, terwijl het aantal universalisten afneemt en het aantal specialisten toeneemt. Intussen ontwikkelen deze rechtsgebieden zich in silo's waarin zich uiteenlopende kaders voor begrippen, doelstellingen en normatieve uitgangspunten ontwikkelen. Wetenschappelijk bestaat het intradisciplinaire (of interdisciplinaire?) debat tussen deze rechtsgebieden nauwelijks. Voor de privaatrechtswetenschap is het ontwikkelen van een gezamenlijk kader van deze rechtsgebieden dé grote uitdaging.

Bij het scheppen van voor verduurzaming gunstige prikkels moet telkens aan de hand van economische inzichten worden onderzocht in hoeverre de eigendomsregulering onvoldoende prikkels schept. In het huurrecht is het toepassingsbereik van art. 7:243 BW bijvoorbeeld te beperkt: zonnepanelen en andere vormen van energieopwekking vallen niet onder deze bepaling.¹³⁸ Het is aan de wetgever om dit toepassingsbereik van art. 7:243 BW uit te breiden. In het kader van renovatie is het het overwegen waard of de verhuurder, zoals in Duitsland,¹³⁹ de huur automatisch met een wettelijk vastgesteld bedrag zou moeten kunnen verhogen naar aanleiding van een verduurzaming, met de mogelijkheid voor de huurder om de verhoging door de rechter te laten toetsen. Dit zou de juridische kosten

¹³⁵ A.H.G. Wilod Versprille, 'Juridische organisatiestructuren voor aardgasvrije wijken', in: W. Burgerhart, J.H.M. ter Haar, B. Hoops, W.D. Kolkman & I. Visser (red.), *Met grootse passen door het recht (AN nr. 183)*, Deventer: Kluwer, 2024, pp. 467–477.

¹³⁶ B. Hoops, 'Schaalvoordelen in de hernieuwbare-energiesector door de notariële praktijk', *WPNR* 2026/7550, 433-441.

¹³⁷ Wilod Versprille & Wever 2019.

¹³⁸ Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II Huur 2021/62.

¹³⁹ Vgl. §§ 555b, 559 lid 1 BGB.

verminderen door aan de huurder een instrument te ontnemen om de verduurzaming te bemoeilijken.