

Te huur: duurzame apparatuur – goederenrechtelijke, verbintenisrechtelijke en huurrechtelijke kansen en obstakels



Met het oog op de energietransitie is het van belang de gebouwde omgeving te verduurzamen. Mede vanwege de kosten die de aanschaf van duurzame apparatuur met zich brengt, wordt verduurzamingsapparatuur door gebouweigenaren steeds vaker gehuurd in plaats van gekocht. In de praktijk wordt duidelijk dat ons Burgerlijk Wetboek en de daarin vervatte (oude) rechtsbeginselen zich niet goed laten verenigen met deze moderne ontwikkelingen. Relevante vragen zijn bijvoorbeeld: hoe verhoudt de verhuurconstructie zich tot de goederenrechtelijke figuren van bestanddeelvorming en natrekking? Is het vestigen van een opstalrecht mogelijk? En zijn er ook andere goederenrechtelijke, verbintenisrechtelijke of zelfs huurrechtelijke mogelijkheden die het eventuele eigendomsverlies van de verhuurder kunnen voorkomen?

1. Inleiding

Steeds meer bedrijven en particulieren kiezen voor verduurzaming van de energieopwekking via bijvoorbeeld zonnepanelen en warmtepompen.¹ Deze apparatuur kan gekocht worden, maar ook het huren ervan is een optie en dat wordt steeds gebruikelijker.

In deze bijdrage gaan we in op de verhouding tussen de verhuur van (duurzame) apparatuur en de goederenrechtelijke figuren van bestanddeelvorming en natrekking. We besteden daarbij aandacht aan de rechtsfiguren die (eventueel) eigendomsverlies kunnen voorkomen, namelijk het opstalrecht, het erfpachtrecht en de kwalitatieve verplichting. Daarnaast staan we stil bij de vraag of het huurrecht een oplossing zou kunnen bieden.

In deze bijdrage wordt de focus gelegd op de verhuur van apparatuur aan eigenaren van woningen. Wij gaan ervan uit dat de eigenaar van de woning tevens eigenaar is van de onderliggende grond. Vanwege de omvang van deze bijdrage worden de situaties waarbij er geen sprake is van grondeigendom (zoals woningen op erfpachtgrond, appartementsrechten (en dus ook VvE's) en gehuurde woningen) buiten beschouwing gelaten.

2. Verhuurmodel

De verhuur van duurzame apparatuur ziet er in veel gevallen als volgt uit. De eigenaar van de apparatuur en de eigenaar van de woning sluiten een huurovereenkomst, waarbij de eigenaar van de apparatuur verhuurder is en de eigenaar van de woning huurder. Eventueel kan de verhuurder ook (onderhouds)diensten leveren (*Energy as a Service*, kortweg EaaS). Vergelijk het met de aloude huur- en servicecontracten van cv-installateurs. Het is de bedoeling van partijen dat de eigendom van de apparatuur na de installatie bij de verhuurder blijft. Indien de huurder de apparatuur bij het einde van de huurovereenkomst niet koopt, zal de verhuurder de apparatuur weer uit de woning willen verwijderen. De vraag is echter of de verhuurder hiertoe gerechtigd is. Immers, indien er sprake is van natrekking of bestanddeelvorming wordt de huurder direct na de installatie eigenaar van de apparatuur.

3. Bestanddeelvorming

De eerste rechtsfiguur die een obstakel kan vormen bij de hiervoor beschreven verhuurconstructie is de bestanddeelvorming. Indien de apparatuur na installatie als bestanddeel van de woning kwalificeert, verliest de apparatuur haar zelfstandige (zakenrechtelijke) identiteit en wordt dan onderdeel van de woning. De apparatuur wordt als gevolg daarvan eigendom van de huurder (artikel 5:3 BW). Dat is (voor de verhuurder) een kostbaar gevolg. Reden om daar wat uitgebreider bij stil te staan.

3.1. Artikel 3:4 BW

De toets om vast te stellen of de apparatuur bestanddeel is van de woning is tweeledig (zie artikel 3:4 BW). Getoetst moet worden of (i) de apparatuur naar verkeersopvatting bestanddeel van de woning is (lid 1), en/of (ii) de apparatuur van de woning kan worden afgescheiden zonder aan een van beide zaken schade aan te brengen (lid 2). Wordt aan een of beide criteria voldaan, dan kwalificeert de apparatuur als bestanddeel. Het bestand-

* Mr. K. Hilwerda en mr. A.M. Bos zijn advocaat bij HVG Law in Amsterdam.

1. In deze bijdrage zal steeds op deze twee voorbeelden worden teruggegrepen, maar er is nog veel andere apparatuur denkbaar zoals boilers, laadpalen, radiatoren, et cetera.

deelbegrip dient volgens de Hoge Raad restrictief te worden opgevat.²

3.2. *Afscheiden zonder schade van betekenis (lid 2)*

De toets uit artikel 3:4 lid 2 BW zal in veel gevallen eenvoudig zijn. Tegenwoordig wordt duurzame apparatuur vaak zo gemaakt en ingericht dat die over het algemeen zonder veel moeite en beschadiging kan worden verwijderd van of uit de woning. Dit is veelal ook het geval bij warmtepompen en niet-geïntegreerde zonnepanelen. In veel gevallen zal de apparatuur op basis van dit criterium daarom niet kwalificeren als bestanddeel.

Dat is waarschijnlijk anders bij *Building Integrated PhotoVoltaics* (BIPV), oftewel gebouw-geïntegreerde zonne-energie: zonnepanelen die in daken, gevels of glas geïntegreerd zijn en niet zonder schade van betekenis kunnen worden afgescheiden van de woning.

3.3. *De verkeersopvatting (lid 1)*

De vraag of duurzame apparatuur volgens de verkeersopvatting kwalificeert als bestanddeel van de woning, kan lastiger te beantwoorden zijn. Het is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval en is aldus zeer casuïstisch. Daarnaast is de verkeersopvatting aan verandering onderhevig. In de parlementaire geschiedenis is aangegeven dat het criterium verkeersopvatting zou moeten meebewegen met maatschappelijke ontwikkelingen en dat zich in de praktijk een verkeersopvatting kan vormen op basis waarvan bepaalde objecten niet als bestanddeel kwalificeren, terwijl dit eerder wel zo was.³

Om de praktijk een handje te helpen bij het beoordelen van de verkeersopvatting heeft de Hoge Raad in het *Depex/curatoren Bergel*-arrest twee aanwijzingen gegeven:⁴

1. het bestanddeel en de hoofdzaak zijn constructief op elkaar afgestemd;
2. de hoofdzaak is zonder het bestanddeel als onvoltooid te beschouwen.

Toegepast op de voorbeelden van de warmtepompen en de klassieke zonnepanelen leidt dit tot de volgende conclusie. Een zonnepaneel en/of warmtepomp en de woning waar deze in of op wordt geplaatst, zullen in het overgrote deel van de gevallen niet constructief op elkaar afgestemd zijn. In de meeste gevallen kan een zonnepaneel of warmtepomp na verwijdering uit de ene woning, zonder problemen worden geïnstalleerd in of op een andere woning.

De volgende vraag is of een woning zonder zonnepanelen of warmtepomp als onvoltooid te beschouwen is. Deze vraag is al lastiger te beantwoorden en om de vraag goed te kunnen beantwoorden zullen vervolgvragen gesteld moeten worden. Zo zal men zich moeten afvragen wat voor woning het betreft (bijvoorbeeld een NOM-woning of niet⁵) en of een warmtepomp de cv-ketel vervangt. Immers, als een woning géén cv-ketel heeft, maar enkel een warmtepomp dan is de warmtepomp de enige warmtebron in de woning. Wordt de warmtepomp verwijderd, dan kan de woning niet meer verwarmd worden. Het is wat ons betreft veilig om te stellen dat een woning die niet verwarmd kan worden naar de Nederlandse verkeersopvatting onvoltooid is. Denk ook aan de situatie dat er in steeds meer nieuwbouw geen gasaansluiting meer aanwezig is. Een gebouw zal zonder warmtepomp eerder onvoltooid zijn als er geen alternatief of alternatieve infrastructuur (zoals gas) aanwezig is. Vanwege de strengere duurzaamheidseisen die het Bouwbesluit stelt aan nieuwbouwwoningen, is het mogelijk dat er snel(ler) een verkeersopvatting zal ontstaan waarin een woning zonder warmtepomp onvoltooid wordt geacht.

De vraag of een object een bestanddeel is van een andere zaak (de hoofdzaak) is dus steeds een feitelijke toets en vereist maatwerk, omdat het antwoord van tal van factoren afhankelijk is en alle omstandigheden van het individuele geval moeten worden meegewogen. Men dient zich ervan bewust te zijn dat hetzelfde apparaat in het ene gebouw wel en in het andere niet als bestanddeel kan worden gekwalificeerd.

3.4. *Gevolgen*

Het gevolg van de kwalificatie van een apparaat als bestanddeel van de woning, is dat het zijn zelfstandigheid verliest. Het is geen individuele zaak meer, maar een bestanddeel van de woning. Artikel 5:3 BW bepaalt dat – voor zover de wet niet anders bepaalt – de eigenaar van een zaak eigenaar is van al haar bestanddelen. Concreet betekent dit dat de eigenaar van de woning vanwege de bestanddeelvorming tevens eigenaar van de apparatuur wordt. De verhuurder van de apparatuur is in dat geval dus zijn eigendom verloren.

Tussen de verhuurder en huurder van de apparatuur is dan nog altijd een huurovereenkomst van kracht.⁶ De woningeigenaar huurt in dat geval dus apparatuur waarvan hij zelf eigenaar is. Dit vormt echter geen probleem voor het huurrecht. Huurrechtelijk geldt dat een verhuurder geen eigenaar hoeft te zijn van hetgeen hij verhuurt.

2. HR 26 maart 1936, NJ 1936/757.

3. Artikel 3.1.1.3 Ontwerp Meijers. Zie: Ontwerp Meijers, *Parl. Gesch. Boek 3*, 72.

4. HR 15 november 1991, NJ 1993/316.

5. Bij deze woningen voorzien de zonnepanelen in (een belangrijk deel van) de energiebehoefte. Zonnepanelen zijn bij deze categorie woningen dan ook wezenlijk voor het functioneren van de woningen. Dit maakt dat de (niet-geïntegreerde) zonnepanelen bij deze categorie woningen wel kwalificeren als bestanddeel van de woning, zie ook het arrest van het Hof Amsterdam 26 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2113. Overigens oordeelde het hof ook dat deze zonnepanelen niet van de woning konden worden afgescheiden zonder beschadiging toe te brengen aan de woning.

6. Men zou het standpunt kunnen innemen dat de huurovereenkomst door vermenging (artikel 6:161 BW) teniet zou gaan. Dit standpunt komen wij in literatuur en jurisprudentie niet tegen. Gezien het *service*-element is het ook goed verdedigbaar dat de schuldeiser en de schuldenaar zich niet in één persoon hebben verenigd. De huurovereenkomst met (onderhouds)*service* zal onder omstandigheden bovendien eerder als een gemengde overeenkomst (artikel 6:215 BW) worden gekwalificeerd, die alleen al om die reden niet teniet zal gaan als gevolg van natrekking.

De huurovereenkomst loopt dus gewoon door. De huurder is daarmee wel ongerechtvaardigd verrijkt (artikel 6:212 BW). Dat komt goed als de huurder de apparatuur aan het einde van de huurovereenkomst weer ter beschikking stelt aan de verhuurder (de teruggaveplicht in artikel 7:224 BW). Daarmee draagt de huurder de eigendom weer (terug) over aan de verhuurder (artikel 3:84 BW). Als de huurder dat niet doet, kan de verhuurder schadevergoeding vorderen. Daar kleven wel twee nadelen aan. Ten eerste moet worden vastgesteld wat de waarde van de apparatuur op dat moment is. Dat kan uiteraard discussies met de huurder opleveren. Ten tweede heeft de verhuurder in geval van faillissement van de huurder slechts een concurrente vordering.

4. Verticale natrekking

Ook als de apparatuur niet als bestanddeel van de woning kwalificeert, zal de verhuurder zijn eigendom alsnog verliezen indien er sprake is van natrekking in de zin van artikel 5:20 BW.⁷

4.1. Artikel 5:20 lid 1 sub e BW

Artikel 5:20 lid 1 sub e BW bepaalt dat de eigendom van de grond, voor zover de wet niet anders bepaalt, gebouwen en werken omvat die duurzaam met de grond zijn verenigd, hetzij rechtstreeks, hetzij door vereniging met andere gebouwen en werken, voor zover ze geen bestanddeel zijn van eens anders onroerende zaak. Op grond van dit artikel moet aldus getoetst worden of de apparatuur (direct of indirect) duurzaam is verenigd met de grond, oftewel of de apparatuur onroerend is (zie artikel 3:3 BW). Kwalificeert de apparatuur als onroerend, dan is de eigenaar van de grond op grond van artikel 5:20 lid 1 sub e BW tevens eigenaar van de apparatuur.

4.2. Portacabin-arrest

De Hoge Raad heeft in het *Portacabin*-arrest bepaald hoe er getoetst kan worden aan het criterium van de duurzame verbondenheid voor de bepaling of een zaak onroerend is. Uit het *Portacabin*-arrest volgt dat bij twijfel over de vraag of een zaak direct of indirect duurzaam is verbonden met de grond, getoetst moet worden of de zaak naar aard en inrichting bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven.⁸ Bij de beantwoording van deze vraag moet worden gelet op de bedoeling van de bouwer van die zaak voor zover deze bedoeling naar buiten toe kenbaar is. Het is daarbij niet relevant of het technisch mogelijk is om de zaak te verplaatsen.

Ook voor deze toets geldt dat die niet altijd even makkelijk zal zijn. Over een woning kan makkelijk gezegd

worden dat deze duurzaam is verenigd met de grond (directe vereniging). Zonnepanelen zijn niet direct verenigd met de grond, maar mogelijk wel indirect via de woning waarop ze geïnstalleerd zijn. Onzes inziens is de stelling dat zonnepanelen en warmtepompen bestemd zijn om duurzaam ter plaatse te blijven goed verdedigbaar en juist. Immers, een willekeurig langslappende derde zal de indruk hebben dat het de bedoeling is geweest om deze apparatuur duurzaam in of op de woning te laten en niet om die daar slechts tijdelijk in of op te bevestigen. Dat zal overigens niet slechts de indruk zijn van derden, maar ook de daadwerkelijke bedoeling van de woningeigenaar. De interne wil van de woningeigenaar is echter niet relevant voor de *Portacabin*-toets.

4.3. Gevolgen

Het gevolg van de kwalificatie als onroerende zaak is dat de grondeigenaar op grond van artikel 5:20 lid 1 sub e BW eigenaar is geworden van de apparatuur en de verhuurder zijn eigendom aldus is verloren. In paragraaf 3.3 is reeds uiteengezet welke consequenties het eigendomsverlies heeft voor de huurovereenkomst. De natrekking heeft echter niet alleen juridische maar ook fiscale gevolgen, aangezien voor de overdrachtsbelasting wordt aangesloten bij het civiele recht.⁹ Er wordt in de literatuur dan ook wel gepleit voor een betere bescherming van de eigenaar van de (oorspronkelijk) roerende zaak, waarbij dan meestal de nadruk ligt op de verkoper aan wie de koopprijs nog niet is (af)betaald. Dat was ooit ook een voorstel van de wetgever en was een van de redenen om terughoudend om te gaan met bestanddeelvorming.¹⁰ Maar niet alleen de bestanddeelvorming vormt een bedreiging voor verhuurders van duurzame apparatuur, ook de verticale natrekking vormt een bedreiging.

5. Opstalrecht

Het vestigen van een opstalrecht is tot op heden de meest gebruikte rechtsfiguur voor het voorkomen van eigendomsverlies. De vraag is echter of het opstalrecht in iedere situatie gebruikt kan worden. Artikel 5:101 BW vermeldt dat het recht van opstal een zakelijk recht is om in, op of boven een onroerende zaak van een ander gebouwen, werken of beplantingen in eigendom te hebben of te verkrijgen. Vereist is dus dat de apparatuur kwalificeert als 'werk' in de zin van dit artikel.

In de praktijk bestaat er onzekerheid over wat dit begrip precies inhoudt en wat er wel en niet onder 'werk' valt. Het wordt niet besproken in de parlementaire geschiedenis en het is in de jurisprudentie enkel aan bod gekomen in het kader van de risicoaansprakelijkheid van artikel

7. Zie ook HR 27 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA0813 (*WKK*). In dit arrest werd duidelijk dat objecten die niet als bestanddeel van een andere zaak kwalificeren, alsnog via de indirecte vereniging in de zin van artikel 5:20 lid 1 sub e BW kunnen worden nagetrokken en daardoor eigendom worden van de grondeigenaar. Daarmee is de deur – vrij eenvoudig – geopend voor een zeer brede toepassing van verticale natrekking.

8. HR 31 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2478.

9. Voor een recent fiscaal overzichtsartikel verwijzen wij naar T.M. Berkhout & R.N.G. van der Paardt, 'Zonnepanelen en zonneparken plaatsen bij bedrijven: enkele fiscale aspecten', *BR* 2020/46.

10. E.F. Verheul zoekt daarbij onder andere in zijn artikel 'Eigendomsvoorbehoud, bestanddeelvorming en natrekking', *WPNR* 2015, afl. 7053 en zijn latere dissertatie *Eigendomsvoorbehoud* (diss. Groningen; Rechtswetenschappelijke publicaties), Deventer: Wolters Kluwer 2018, 7.6 aansluiting bij een door Meijers voorgesteld artikel, dat hij als uitzondering op artikel 5:20 lid 1 BW zou willen opnemen, inhoudende de mogelijkheid om verticale natrekking te voorkomen door een akte in de openbare registers in te schrijven, waarin de eigendom wordt voorbehouden totdat de koopprijs is voldaan.

6:174 BW.¹¹ In de literatuur verschilt men van mening over de vraag of een oordeel in het kader van artikel 6:174 BW ook toegepast kan worden op (artikel 5:20 BW uit) het goederenrecht.¹² Het is dus nog niet duidelijk wat er precies wordt verstaan onder een ‘werk’ in de zin van artikel 5:20 BW. Wel is duidelijk dat er in de praktijk veelvuldig gebruik wordt gemaakt van opstalrechten voor (onder andere) duurzame apparatuur.

Maar dit is niet de enige onzekerheid met betrekking tot het opstalrecht. Een andere relevante vraag is of het mogelijk is om een opstalrecht te vestigen voor de afscheiding van een bestanddeel. De wet gaat namelijk uit van een eenheid van de hoofdzaak en het bestanddeel (het eenheidsbeginsel van artikel 5:3 BW). Ook ten aanzien hiervan verschillen auteurs van mening. Zo zijn er auteurs die betogen dat het opstalrecht zich alleen leent om de natrekking van artikel 5:20 lid 1 sub e BW te voorkomen of doorbreken, en niet tevens om bestanddeelvorming te voorkomen of doorbreken en andere auteurs die menen dat het opstalrecht ook gebruikt kan worden om de eigendom van een bestanddeel af te scheiden van de hoofdzaak.¹³ Onder andere Bartels (deel uitmakende van deze laatste groep auteurs) ziet het door hem ingenomen standpunt ondersteund in het arrest *Chemours/Stedin* van 8 januari 2018.¹⁴

Duidelijk is dus dat het onzeker is of het opstalrecht in iedere situatie gevestigd kan worden. Dat is een eerste nadeel van het opstalrecht. Een ander nadeel is dat een opstalrecht enkel gevestigd kan worden door middel van een notariële akte en de inschrijving daarvan in de openbare registers. Dat is noodzakelijk om derdenwerking en daarmee rechtszekerheid te verkrijgen, maar dat kost tegelijk tijd en geld en kan daarom in praktijk een belangrijk bezwaar vormen bij het op grote schaal verhuren van duurzame apparatuur. Daarnaast bestaan er praktische bezwaren voor de verhuurders. Denk bijvoorbeeld aan het feit dat de verhuurder voor iedere woningeigenaar die iets wil huren (en dat kunnen (vele) duizenden klanten zijn) langs de notaris zal moeten, dat sommige huurders niet mee willen werken aan het vestigen van een opstalrecht waardoor de verhuurder mogelijk een klant verliest, dat sommige huurders steeds nieuwe aanvullende apparatuur wensen te huren waardoor partijen weer opnieuw langs de notaris moeten, dat sommige hypotheekhouders niet mee willen werken aan rangwisseling, et cetera. Dit

alles kan reden zijn om uit te wijken naar een andere rechtsfiguur.

6. Erfpachtrecht

Een alternatief voor het vestigen van een opstalrecht is het vestigen van een erfpachtrecht. Een erfpachtrecht resulteert niet – zoals dat bij het opstalrecht wel het geval is – in een splitsing van de eigendom. De opstalgerechtigde verkrijgt uit hoofde van het opstalrecht een eigendomsrecht op de opstal. De erfpachtgerechtigde verkrijgt uit hoofde van het erfpachtrecht een gebruiksrecht om de onroerende zaak van een ander te gebruiken als ware hij eigenaar (zie artikel 5:85 lid 1 BW). Het eigendomsverlies wordt dus in eerste instantie niet voorkomen. Dat hoeft echter geen probleem te zijn. Het erfpachtrecht kan als volgt gebruikt worden.

De huurder (dus de eigenaar van de woning) vestigt een erfpachtrecht op zijn grond. Dit geeft de verhuurder het recht om de onroerende zaak van de huurder te gebruiken (artikel 5:85 lid 1 BW). Het genot wordt beperkt tot het stukje grond of het gedeelte van de woning waar de apparatuur wordt geplaatst.¹⁵ De verhuurder is dan bevoegd om op die bepaalde locatie zijn apparatuur aan te brengen. Op basis van artikel 5:89 lid 3 BW kan de verhuurder de onverplicht aangebrachte apparatuur te allen tijde wegnemen. De verhuurder/erfpachter heeft dus een wegneemrecht. Het zal echter vaak gaan om verplicht aangebrachte apparatuur. De verhuurder is dit immers verplicht op basis van de met de woningeigenaar gesloten overeenkomst. Blijkens de eerste zin van artikel 5:89 lid 3 BW kan hier echter in de vestigingsakte van af worden geweken. Er kan dus overeengekomen worden dat artikel 5:89 lid 3 BW ook geldt voor verplicht aangebrachte apparatuur. In de erfpachtvoorwaarden kan het wegneemrecht van de verhuurder eventueel worden ingeperkt. Er kan bijvoorbeeld worden afgesproken dat de verhuurder de apparatuur uitsluitend weghaalt wanneer er sprake is van bijvoorbeeld wanbetaling, faillissement, schuldsanering, einde van de huurovereenkomst, et cetera.

Het voordeel van het gebruik van een erfpachtrecht is dat er over de mogelijkheid van het vestigen van een erfpachtrecht ten behoeve van een bestanddeel op dit moment geen discussie bestaat. Het erfpachtrecht wordt gevestigd op het gehele perceel en wordt in de erfpachtvoorwaarden ingeperkt tot een bepaald gedeelte. Omdat een erfpachtrecht geen scheiding aanbrengt in de eigen-

11. Zie HR 17 december 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BN6236, r.o. 4.3.2, waarin de Hoge Raad oordeelt dat een (bouw)werk in de zin van artikel 6:174 lid 4 BW naar zijn aard niet louter langs natuurlijke weg tot stand kan komen, maar dat daarvoor menselijk ingrijpen is vereist dat heeft bijgedragen aan de (duurzame) bestemming of functie van dat werk. De mate waarin of de wijze waarop dit menselijk ingrijpen daaraan moet hebben bijgedragen, kan niet bij voorbaat worden bepaald en is mede afhankelijk van het soort van werk en de bestemming of functie ervan, aldus de Hoge Raad.

12. Zie hierover ook A-G P.J. Wattel in zijn concl. bij HR 6 juni 2003, ECLI:NL:HR:2003:AD3578, punt 3.12 (*Kabelarresten*).

13. Zie in algemene zin F.J. Vonck, in: *GS Zakelijke rechten*, art. 5:101 BW, aant. 1.9 en in het bijzonder onder meer H.D. Ploeger, *Horizontale splitsing van eigendom* (diss. Leiden) Deventer: Kluwer 1997, p. 213, E.C.M. Wolfert, ‘Bestanddeel of zaak? Over het onderscheid en de samenhang tussen de artikelen 3:4 en 5:20 BW (II, slot)’, *WPNR* 2003, afl. 6525, p. 284-285 en F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 61-62, die zeggen dat het opstalrecht niet gebruikt kan worden om bestanddeelvorming te voorkomen en S.E. Bartels in *JOR* 2018/114 en P.J. van der Plank, *Natrekking door onroerende zaken* (Onderneming & Recht, nr. 94), Deventer: Wolters Kluwer 2016 die zeggen dat het – onder omstandigheden – wel kan.

14. HR 8 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:12, r.o. 3.5.4.

15. Zie hierover ook P.J. van der Plank & D. de Jong, ‘Instrumenteel gebruik van het recht van erfpacht in het kader van circulair bouwen’, *WPNR* 2019, afl. 7224, p. 64-70.

dom is deze constructie niet in strijd met het eenheidsbeginsel. Het nadeel van het erfpachtrecht is dat ook een erfpachtrecht wordt gevestigd door middel van een notariële akte en de inschrijving daarvan in de openbare registers. De bezwaren hiertegen zijn benoemd in paragraaf 5.

7. Kwalitatieve verplichting

Partijen kunnen in de huurovereenkomst een kwalitatieve verplichting overeenkomen die inhoudt dat de huurder (als eigenaar van de woning) moet dulden dat de verhuurder de apparatuur mag verwijderen bij het einde van de huurovereenkomst of bij andere in de huurovereenkomst genoemde situaties (artikel 6:252 lid 1 BW). Ook ten aanzien van de kwalitatieve verplichting bestaat geen onzekerheid over het gebruik ervan ten behoeve van duurzame apparatuur. De kwalitatieve verplichting kent bovendien niet de totstandkomingseis van de notariële akte plus inschrijving. Maar, zonder notariële akte en inschrijving heeft de verplichting geen derdenwerking (artikel 6:252 lid 2 BW). Indien de woningeigenaar zijn woning verkoopt, is de nieuwe eigenaar dus niet gebonden aan de (niet ingeschreven, niet kwalitatieve) verplichting.

Ook bij de kwalitatieve verplichting is in geval van faillissement van de huurder een curator verplicht een (ingeschreven) kwalitatieve verplichting tot een dulden na te komen. Dit maakt de (ingeschreven) kwalitatieve verplichting faillissementsproof.^{16,17}

8. Kans voor het huurrecht?

Uit het voorgaande volgt dat het opstalrecht, erfpachtrecht en de kwalitatieve verplichting goede opties kunnen zijn om de eigendom van de verhuurder veilig te stellen. De vraag is of er ook een voor de verhuurder veilige manier is om zijn apparatuur te verhuren (dus zonder dat hij zijn eigendom verliest en) zonder dat hij met de (wellicht onwelwillende) huurder een opstalrecht, erfpachtrecht of kwalitatieve verplichting hoeft te vestigen. Mogelijk biedt het huurrecht kansen.

8.1. Wegbreekrecht van de huurder

Het huurrecht kent voor de huurder een wegbreekrecht. Artikel 7:216 BW bepaalt – kort gezegd – dat de huurder het recht heeft om door hem aangebrachte veranderingen en toevoegingen ongedaan te maken, mits hij het gehuurde in de oorspronkelijke toestand terugbrengt. De achtergrond van dit artikel is dat men het onrechtvaardig achtte dat een huurder waarde toevoegt aan de onroerende zaak van de verhuurder en de verhuurder dit zomaar over kon nemen bij het einde van de huur. De verhuurder zou in

dat geval (ongerechtvaardigd) verrijkt worden en de huurder moet dan via de weg van artikel 6:212 BW proberen een vergoeding voor zijn toevoegingen te krijgen. De nadelen hiervan zijn reeds in paragraaf 3.4 benoemd. Om die reden heeft de wetgever de huurder de mogelijkheid gegeven om door hem aangebrachte toevoegingen weer weg te nemen. Doet de huurder dit niet, dan kan hij onder omstandigheden een vergoeding vorderen voor zijn toevoegingen. Dit kan blijkens artikel 7:216 lid 3 BW enkel voor zover artikel 6:212 BW dit toelaat.

8.2. Wegbreekrecht vs. natrekking

In de afgelopen jaren is de vraag vaak aan de rechter voorgelegd of het wegbreekrecht – mits dit niet is weggecontracteerd in de huurovereenkomst – standhoudt indien er sprake is van natrekking. Uit de jurisprudentie volgt dat het wegbreekrecht de huurder inderdaad de bevoegdheid geeft om de natrekking ongedaan te maken.¹⁸ Ook in faillissement geldt dat een curator het wegbreekrecht van de huurder dient te respecteren.¹⁹ Dit wegbreekrecht blijft ook bestaan indien hetgeen door de huurder is aangebracht bestanddeel is geworden van de hoofdzaak en het aangebrachte daarmee zijn zelfstandigheid heeft verloren.²⁰ De enkele eis is dat de huurder het gehuurde weer in oorspronkelijke toestand terug kan brengen.

8.3. Wegbreekrecht van de verhuurder

Voor een verhuurder is een dergelijk wegbreekrecht niet in de wet opgenomen. Dat is vanuit historisch oogpunt goed verklaarbaar. Immers, ten tijde van de totstandkoming van de wetgeving over het wegbreekrecht voor de huurder en tot voor kort werd het met name nodig geacht dat de huurder wordt beschermd. Bovendien zal er wellicht nog geen voorbeeld denkbaar zijn geweest waarin de verhuurder met het verhuurde waarde toevoegt aan de eigendom van de huurder. In de huidige economie waarin duurzaamheid en circulariteit een steeds belangrijkere rol spelen, is dat anders. Dit maakt dat er vandaag de dag mogelijk wél behoefte is aan een wegbreekrecht voor verhuurders.

Dat er geen wegbreekrecht is voor verhuurders zorgt voor stagnatie in de verduurzaming van de gebouwde omgeving. Verhuurders van duurzame apparatuur kunnen terughoudend zijn bij de verhuur van apparatuur, uit angst hun (kostbare) eigendom te verliezen. Zoals gezegd is het vestigen van een opstal- of erfpachtrecht of een kwalitatieve verplichting vaak niet wenselijk omdat deze route tijd en geld kost en daarbij bezwaarlijk is, omdat de verhuurder voor ieder verhuurd object langs de notaris moet. Deze gang naar de notaris kan er ook voor zorgen

16. N.E.D. Faber & N.S.G.J. Vermunt, annotatie bij Hoge Raad 11 juli 2014, *JOR* 2015/175 (*Berzona*); T.T. van Zanten, 'Geen Nebula, maar Berzona: de curator heeft toch geen recht op wanprestatie!', *TvI* 2014/36 en HR 23 maart 2018, *NJ* 2018/290 (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*).

17. Overigens is de curator ook verplicht de kwalitatieve verplichting na te komen (en dus te dulden dat de verhuurder zijn apparatuur weghaalt) indien deze niet is ingeschreven in de openbare registers. De curator mag ten aanzien van deze overeenkomst namelijk niet actief wanpresenteren. Indien de curator de woning verkoopt voordat de verhuurder zijn spullen heeft verwijderd, vervalt de niet ingeschreven kwalitatieve verplichting wel en is de verhuurder zijn eigendom verloren.

18. Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 14 februari 2017, *ECLI:NL:GHARL:2017:1289*, r.o. 5.3 en Rb. Noord-Holland 25 november 2015, *ECLI:NL:RBNHO:2015:11663*.

19. Zie bijvoorbeeld Rb. Noord-Holland 25 november 2015, *ECLI:NL:RBNHO:2015:11663*; Rb. Noord-Holland 20 december 2017, *ECLI:NL:RBNHO:2017:11385*.

20. Zie bijvoorbeeld Rb. Zeeland-West-Brabant 22 mei 2013, *ECLI:NL:RBZWB:2013:CA1252*.

dat een huurder afziet van de huur van de duurzame apparatuur, terwijl het met het oog op de klimaatdoelen nu juist zo belangrijk is dat de gebouwde omgeving (snel) verduurzaamd wordt. Een oplossing is dus nodig, en het liefst nu.

De situatie van de huurder die de wetgever voor ogen stond bij het ontwerp van het wegbreekrecht is gelijk aan de situatie waarin de verhuurders van duurzame apparatuur zich nu bevinden. Immers, in dit ‘omgekeerde’ geval voegt de verhuurder waarde toe aan het eigendom van de huurder, zonder hier iets voor terug te krijgen. In dat geval wordt de huurder (ongerechtvaardigd) verrijkt ten koste van de verhuurder. Zou de verhuurder dan niet ook een (wegneem)recht van soortgelijke strekking moeten toekomen? De wet kent tot op heden geen zelfde of soortgelijk recht voor de verhuurder, althans dat is niet met zoveel woorden in de wet opgenomen. Toch biedt het huurrecht kansen.

Een eerste mogelijkheid is het omdraaien van de rollen in de huurovereenkomst. De woningeigenaar verhuurt een deel van zijn woning (bijvoorbeeld een deel van zijn dak) aan de verhuurder van de apparatuur. De verhuurder van de apparatuur wordt huurder van het stukje dak. De eigenaar van de apparatuur is in dat geval (als huurder van het dak) bevoegd om apparatuur op het gehuurde te plaatsen.²¹ Wanneer de huurovereenkomst eindigt, heeft de eigenaar van de apparatuur op basis van artikel 7:216 BW een (faillissementsproof) wegbreekrecht. Om te kunnen kwalificeren als huur is het wel verplicht dat de eigenaar van de apparatuur zich verbindt tot een tegenprestatie (zie artikel 7:201 BW). Dit hoeft echter niet per se een geldelijke tegenprestatie te zijn. Zo is het ook mogelijk om het leveren van service- of onderhoudsdiensten als tegenprestatie overeen te komen.

Dit lijkt een (op papier) mooie constructie, maar in de praktijk zullen veel woningeigenaren er weinig voor voelen om een deel van hun woning te gaan verhuren voor de aanschaf van duurzame apparatuur. Bovendien zal in veel hypotheekvoorwaarden een goedkeuringsrecht zijn opgenomen voor de hypotheekhouder bij voorgenomen verhuur. Een andere oplossing is dus gewenst. Men is hard op zoek naar die oplossing. Zo wordt er onderzoek gedaan naar bijvoorbeeld het aanpassen van de natrekkingsregels en het uitbreiden van het opstalrecht. Op beide oplossingen is kritiek geuit. Wat de oplossingen gemeen hebben is dat het tijd vergt om het in te voeren, terwijl een oplossing nu nodig is. Daar komt bij dat toekomstige wetgeving (waarschijnlijk) geen invloed heeft op alle huurovereenkomsten die in het verleden zijn aangegaan en waar geen beperkt recht of kwalitatieve verplichting is gevestigd. Die verhuurders zijn hun eigendom al kwijt.

8.4. Opleveringsverplichting van de huurder

Zoals gezegd ontbreekt een wettelijk wegbreekrecht of een recht van gelijke strekking voor de verhuurder. Wellicht kan artikel 7:224 lid 1 BW uitkomst bieden. Dat ar-

tikel bepaalt dat de huurder verplicht is het gehuurde bij het einde van de huur weer ter beschikking van de verhuurder te stellen. In andere woorden, wanneer de verhuurder zonnepanelen op het dak van de huurder heeft geïnstalleerd en de huurovereenkomst met betrekking tot die zonnepanelen eindigt om welke reden dan ook, dan is de huurder gehouden het gehuurde – de zonnepanelen – weer ter beschikking te stellen aan de verhuurder. Uit deze verplichting van de huurder volgt dus een recht van de verhuurder om na het einde van de huurovereenkomst weer de beschikking te krijgen over hetgeen hij verhuurd heeft. Uit paragraaf 8.2 volgt dat in de rechtspraak meermaals is bevestigd dat het wegbreekrecht van de huurder de natrekking ongedaan maakt. Oftewel, het huurrecht ‘wint’ het in dat geval van het goederenrecht. Waarom zou dit anders zijn in geval van een beroep van de verhuurder op artikel 7:224 lid 1 BW? Ook in dat geval zou het huurrecht het dan moeten winnen van de natrekking. En ook hier zou de curator bij faillissement van de huurder verplicht moeten zijn om het recht van verhuurder om te beschikken over het gehuurde te respecteren en dus de – in principe in eigendom aan de failliete huurder toebehorende – duurzame apparatuur aan verhuurder terug te geven, althans te dulden dat de verhuurder zijn apparatuur weg komt nemen.

In artikel 7:224 lid 1 BW zou dus een soort wegbreekrecht van de verhuurder gelezen kunnen worden, zij het dat dit artikel de verhuurder niet de bevoegdheid geeft om het door hem aangebrachte zelf te verwijderen. Strikt genomen is het aan de huurder om de verhuurder weer de beschikking te geven over het gehuurde. In ieder geval is het gevolg dat – al dan niet na een gang naar de rechter – de verhuurder zijn eigendom terugkrijgt.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 9 juni 2006 geoordeeld dat de teruggaveverplichting van artikel 7:224 BW een verplichting van de huurder betreft en dat de curator die verplichting in faillissement van de huurder niet heeft.²² Het is echter – vanuit vastgoedrechtelijk perspectief – wenselijk dat het recht van de verhuurder om op grond van artikel 7:224 lid 1 BW zijn apparatuur terug te vorderen wel standhoudt in faillissement. Het is wat ons betreft moeilijk verdedigbaar dat een huurder die waarde toevoegt aan de eigendom van een verhuurder wel een faillissementsbestendig wegbreekrecht heeft, maar de verhuurder die waarde toevoegt aan de eigendom van de huurder niet. Waarschijnlijk heeft deze omgekeerde situatie de wetgever bij de parlementaire behandeling niet voor ogen gestaan. Wel is duidelijk dat het de wetgever voor ogen stond om het eigendomsrecht te beschermen van personen die waarde toevoegen aan iets wat door hen wordt gehuurd.

In deze tijd waarin verduurzaming een belangrijke plaats inneemt, is het van belang om artikel 7:224 lid 1 BW zo uit te leggen en (wetshistorisch en/of teleologisch) te interpreteren dat ook de verhuurder een wegbreekrecht heeft, of op zijn minst een faillissementsbestendige aanspraak op de teruggave van de apparatuur heeft. Mocht

21. Eventueel met toestemming van de woningeigenaar indien er sprake is van een wijziging van de inrichting of gedaante van het gehuurde (zie artikel 7:215 BW).

22. HR 9 juni 2006, NJ 2007/21.

dit niet mogelijk blijken, dan is het wellicht niet eens nodig om de aloude rechtsbeginselen van bestanddeelvorming en natrekking aan te passen of het opstalrecht op te rekken zoals in de literatuur wel wordt geopperd. Zou er (om te beginnen) volstaan kunnen worden met het toevoegen van een wegbreekrecht van de verhuurder of een soortgelijk recht? Uiteraard bestaat hier het bezwaar van de rechtsonzekerheid, omdat er geen inschrijving in de openbare registers plaatsvindt, maar dat gebeurt ook niet bij de veranderingen en toevoegingen van de huurder die hij weg kan breken op grond van artikel 7:216 BW. Bovendien is de verhuurder (maar ook de huurder) van duurzame apparatuur erbij gebaat om geen notariële akte te hoeven (laten) opstellen en inschrijven. Of dit (mede met het oog op het belang van verduurzaming) belangrijker is dan het dienen van de rechtszekerheid is een tweede vraag.

9. Conclusie

Bij de verhuur van duurzame apparatuur zal de verhuurder de eigendom van zijn apparatuur na de installatie in of op een woning zeer waarschijnlijk verliezen vanwege bestanddeelvorming of verticale natrekking. Er is een aantal rechtsfiguren die de eigendom van de verhuurder veilig kunnen stellen, zoals het vestigen van een opstal- of erfpachtrecht of een kwalitatieve verplichting. Elk rechtsfiguur kent zijn nadelen. De drie opties hebben gemeen dat een (mogelijke) huurder terughoudend kan zijn met het huren van duurzame apparatuur als dat betekent dat hij verplicht bij de notaris (beperkte) rechten moet laten vastleggen in een notariële akte. Het is goed denkbaar dat een huurder zonder kennis ten aanzien van deze onderwerpen afziet van de huur, omdat hij de eventuele gevolgen niet kan overzien. Dit komt het bedrijfsmodel van verhuurders en daarmee de verduurzamingsslag in Nederland niet ten goede.

Er wordt onderzoek gedaan naar oplossingen. Deze oplossingen kosten echter veel tijd, omdat dit in veel gevallen zal moeten leiden tot een aanpassing van de wet. Die tijd is er niet. Althans, het is wenselijk dat er nu een oplossing komt.

Wij hebben onderzocht of het huurrecht een oplossing kan bieden. Het huurrecht kent voor de huurder een faillissementsbestendig wegbreekrecht indien de huurder iets toevoegt aan het gehuurde (dus: aan de eigendom van de verhuurder). Omgekeerd bestaat een dergelijk (faillissementsbestendig) wegbreekrecht niet voor de verhuurder. Een wetshistorische en/of teleologische interpretatie van het huurrecht zou het mogelijk kunnen maken om de verhuurder een soortgelijk recht toe te kennen. Hoewel er nog wel wat vragen te bedenken zijn, zoals de vraag hoe dit recht zich verhoudt tot andere huur- en verbintenisrechtelijke bepalingen, zou deze route tot een praktische oplossing kunnen leiden. In deze bijdrage is geen ruimte om bij alle (huur- en verbintenisrechtelijke) vragen stil te staan. Wat ons betreft staat in ieder geval vast dat dit nader onderzoek verdient.