

PRIVAAT EN PUBLIEK GOEDERENRECHT EN DUURZAAMHEID

Dorothy GRUYAERT

Professor Recht en duurzaamheid, KU Leuven en Kulak

SAMENVATTING

Deze bijdrage analyseert in welke mate er aandacht is voor duurzaamheid in het goederenrecht. Zowel het private als het publieke goederenrecht wordt onder de loep genomen. In sommige situaties vormt het goederenrecht reeds een uitdrukkelijk middel ter bevordering van duurzame ontwikkeling. Zo is het belang van toekomstige generaties uitdrukkelijk opgenomen in de nieuwe wetbepaling over het gebruik van gemene voorwerpen (art. 3.43 BW). Er zijn echter ook gevallen waar de evolutie richting meer duurzaamheid stoot op goederenrechtelijke grenzen, zoals het eenheidsbeginsel, of op een nog te algemene en vrijblijvende beleidsaanpak zoals in het aanbestedingsrecht. De punctuele aandacht voor duurzaamheid zal niet volstaan om tot een echte transitie te komen. Een systemische aanpak is vereist. De auteur pleit dan ook voor duurzaamheid als een algemene gedragsregel in het recht.

RÉSUMÉ

Cette contribution analyse dans quelle mesure la durabilité est prise en compte dans le droit des biens, tant en droit privé qu'en droit public. Dans certaines situations, le droit des biens constitue déjà un moyen explicite de promouvoir le développement durable. Par exemple, l'intérêt des générations futures est explicitement inclus dans la nouvelle disposition légale sur l'utilisation des choses communes (art. 3.43 C. civ.). Cependant, il existe également des cas où l'évolution vers une plus grande durabilité se heurte aux limites du droit des biens, comme le principe d'unité, ou à une approche encore trop générale et non contraignante, comme dans le droit des marchés publics. Une attention ponctuelle à la durabilité ne suffira pas à réaliser une véritable transition. Une approche systémique est nécessaire. L'auteur plaide donc en faveur d'une prise en compte de la durabilité comme norme de comportement générale en droit.

I. INLEIDING EN OPZET

1. Deze bijdrage betreft de rol van het goederenrecht in de ontwikkeling van een duurzamere samenleving. Duurzaamheid is een moeilijk te definiëren begrip. Een alomvattende en breed gedragen definitie van duurzame ontwikkeling blijft de omschrijving die reeds in 1987 in het Brundtland-rapport werd gelanceerd: duurzame ontwikkeling is de ontwikkeling die tegemoetkomt aan de noden van de huidige generaties zonder dat de mogelijkheid van toekomstige generaties om aan hun eigen noden te voldoen daarbij in gevaar wordt gebracht.¹

De concrete invulling van duurzaamheid is afhankelijk van de context waarin het begrip wordt gebruikt. Ondanks de andere klemtonen (o.m. ecologische duurzaamheid, maatschappelijk verantwoord ondernemen, sociale rechtvaardigheid) is een gemene deler de tijdsdimensie: duurzaamheid impliceert een langetermijndenken; ons gedrag van nu bepaalt mee de toekomst en vraagt aandacht voor het welzijn van de mensen over vijftig of honderd jaar.²

2. Het is vanuit deze insteek van aandacht voor het lot van toekomstige generaties dat het duurzaamheidsvraagstuk binnen het goederenrecht onder de loep wordt genomen. We onderzoeken in welke mate de duurzaamheidsgedachte reeds een plaats heeft verworven in het goederenrecht en waar het goederenrecht daarentegen de transitie naar een duurzamere samenleving bemoeilijkt. De recente hervorming van het goederenrecht in boek 3 van het Burgerlijk Wetboek maakt het extra interessant om de balans op te maken.

Niet enkel in het private, maar ook in het publieke goederenrecht krijgt duurzaamheid meer en meer aandacht. De beschikbare grondoppervlakte alsook de publieke middelen stoten op hun limieten. Bovendien dient een overheid overeenkomstig artikel 7bis Gw. bij de uitoefening van haar bevoegdheden de doelstelling van een duurzame ontwikkeling in haar sociale, economische en milieugebonden aspecten, rekening houdend met de solidariteit tussen de generaties, na te streven. Daarnaast wordt het recht op de bescherming van een gezond leefmilieu beschouwd als een onderdeel van het recht om een menswaardig leven te leiden (art. 23, derde lid, 4° Gw.).

3. We gaan in deel twee van start met het concept van eigendom. De kern van het goederenrecht betreft immers de verhouding tussen rechtssubjecten en rechtsobjecten, en de toe-eigening van goederen.³ Het eigendomsrecht is geëvolueerd

¹ Report of the World Commission on Environment and Development: note by the Secretary General: Our Common Future (Brundtland report), UN, New York, 4 augustus 1987, A/42/427 <https://digitallibrary.un.org/record/139811#record-files-collapse-header>.

² Zie ook: K.E. PORTNEY, *Sustainability in The Mit Press Essential Knowledge Series*, Cambridge, The Mit Press, 2015, 193.

³ Zie hiervoor ook: M.E. STORME en F. HELSEN, "The function of private property and its future" in E. LAUROBA LACASA en J. TARABAL BOSCH (eds.), *El derecho de propiedad en la construcción del derecho privado europeo*, Valencia, Tirant, 2018, (133) 133, nr. 1.

van het meest absolute en exclusieve recht dat men kan hebben op een goed naar een meer genuanceerd beeld van een eigenaar die ook rekening dient te houden met zijn of haar omgeving.

Het derde deel belicht het bijzondere statuut van welbepaalde voorwerpen en dieren die vanuit duurzaamheidsoogpunt wettelijke bescherming genieten onder het nieuwe boek 3 van het BW.

In het vierde deel focussen we op de vastgoedontwikkeling. Ook in deze sector is de transitie richting duurzaamheid onmiskenbaar ingezet. Concepten zoals ‘circulariteit’ in de bouw en in het aanbestedingsrecht, ‘verdienstelijking’ en ‘collectivisering’ komen aan bod.

In het vijfde deel wordt aandacht besteed aan het feit dat duurzaam bouwen ook soms *niet* bouwen betekent ter vrijwaring van open ruimte. De groeiende tendens tot behoud en bescherming van de open ruimte is bij uitstek gericht op een duurzamere leefomgeving. Er wordt onderzocht hoe het goederenrecht dit kan faciliteren, o.m. door een multifunctioneel gebruik van vastgoed.

De insteek van deze bijdrage is praktijkgericht en elk deel bevat enkele illustraties van het groeiende belang van duurzaamheid binnen het goederenrecht, zonder daarbij exhaustief te zijn. Op punctuele punten wordt ook verwezen naar het recht van andere rechtsstelsels. De bijdrage schetst het ruimere kader van mijn lopende onderzoek. In deel zes worden enkele slotbemerkingen geformuleerd en wordt de idee van duurzaamheid als gedragsregel in het recht geïntroduceerd.

II. MAATSCHAPPELIJK VERANTWOORD EIGENAARSCHAP

A. EEN SOCIALERE INVULLING VAN HET EIGENDOMSRECHT

1. *Een genuanceerd beeld van eigendom als hoogste zakelijke recht*

4. Onder het oude goederenrecht dat dateert van 1804 wordt het eigendomsrecht omschreven als het recht om op de meest volstrekte wijze van een zaak het genot te hebben en daarover te beschikken, mits men er geen gebruik van maakt dat strijdig is met de wetten of met de verordeningen (art. 544 oud BW). Als resultante van de Franse revolutie en als tegenreactie op het *ancien régime* werd het eigendomsrecht afgekondigd als een absoluut en exclusief recht, het hoogste zakelijke recht dat een persoon op een goed kon hebben.⁴ Men maakte zo komaf met het feodale stelsel waar grondeigendom enkel toekwam aan een geprivilegieerde groep die niet eens het werkelijke gebruik en beheer van de gronden waarnam.

⁴ Zie hiervoor uitgebreid: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, IV, Antwerpen, Intersentia, 2016, 147 e.v.

Het nieuwe eigendomsdenken hield in dat iedereen voortaan (grond)eigenaar kon worden en zich daarbij als heer en meester van zijn eigendom kon gedragen.

5. In onze hedendaagse maatschappij is het echter onverantwoord om nog uit te gaan van een dergelijk individualistisch concept van eigendom. De slinger van het eigendomsdenken is, mede door het neoliberale gedachtengoed, doorgeslagen en het goederenrecht werd lange tijd voornamelijk aangewend als een instrument voor welvaart door economische groei en winstnastrevig.⁵ Geleidelijk aan groeide het besef dat dit niet het enige doel kan zijn en dat duurzame economische groei gepaard gaat met sociale rechtvaardigheid en respect voor het milieu (*people, planet, profit*).

In de loop van de twintigste eeuw ontstond dan ook een tendens richting een meer sociale en minder egoïstische invulling van het eigendomsrecht.⁶ De groeiende aandacht voor een duurzame leefomgeving sluit hier naadloos bij aan. Een ongebreideld eigendomsrecht houdt risico's in op milieudegradatie en schade aan mens of omgeving.⁷ A.J. VAN DER WALT bepleitte reeds in 1987 dat maatregelen tot behoud en bewaring van het milieu moesten leiden tot een herdenking van het private eigendomsconcept:

*“In recent literature, both in Western Europe and in South Africa, there is an increasing awareness of a change in attitudes towards the traditional perception of ownership, and especially the ownership of land.”*⁸

6. De tendens tot socialisering of ‘vermaatschappelijking’ van het eigendomsrecht speelt zich nog altijd af, en dat op twee niveaus.⁹

Eenzijds is er een evolutie merkbaar richting meer aandacht voor het collectieve (eigendomsrecht). Dat werd in de Belgische doctrine op meesterlijke en visionaire wijze bepleit door F. VAN NESTE.¹⁰ Eigendom als subjectief recht is slechts een abstract concept dat betekenis krijgt binnen de samenleving en de

⁵ B. AKKERMANS, “Duurzaam goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?”, *TPR* 2018, (1437) 1445, nr. 11.

⁶ L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, I, *Théorie générale du droit et des droits. Les personnes – la famille – la propriété et les autres droits réels principaux*, Parijs, Sirey, 1932, 743; G. MARTY en P. RAYNAUD, *Droit civil*, II/2, *Les biens*, Parijs, Sirey, 1965, 40; H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, *Les principaux contrats usuels, Les biens*, Brussel, Bruylant, 1975, 793.

⁷ V. SAGAERT, “Property Law, Contract Law and Environmental Law: Shaking Hands with the (Historical) Enemy” in S. DEMEYERE en V. SAGAERT (eds.), *Contract and Property with an Environmental Perspective in Property Law Series*, X, Antwerpen, Intersentia, 2020, (1) 9, nr. 13; G. VAN HOORICK, “Over eigendom, zijn omgeving en het omgevingsrecht (of zin en onzin van de gelijkheid voor de openbare lasten)”, *TOO* 2013, nr. 2.

⁸ A.J. VAN DER WALT, “The effect of environmental conservation measures on the concept of landownership”, *S.AFRICAN L.J.* 1987, (469) 474.

⁹ Zie ook: P. GOURDON, *L'exclusivité* in *Bibliothèque de droit privé*, 455, Parijs, LGDJ, 2006, 21, nr. 49.

¹⁰ F. VAN NESTE, “Eigendom morgen”, *TPR* 1983, 479-494; F. VAN NESTE, *Zakenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, V/1, Gent, Story-Scientia, 1990, 283.

eigendomsordening.¹¹ Het belang van het collectieve komt verder nog aan bod (zie verder, nr. 50).

Anderzijds worden er meer grenzen gesteld aan de uitoefening van het private eigendomsrecht door het individu. De ongelimiteerde macht van de eigenaar om te doen en laten wat hij wil, wordt genuanceerd. In de nieuwe eigendomsdefinitie van boek 3 van het Burgerlijk Wetboek is de bewoording “op de meest volstreekte wijze” dan ook verlaten. Artikel 3.50 BW omschrijft het eigendomsrecht als volgt: “Het eigendomsrecht verleent aan de eigenaar rechtstreeks het recht om het voorwerp ervan te gebruiken, hiervan het genot te hebben en erover te beschikken. De eigenaar heeft de volheid van bevoegdheden, behoudens de beperkingen die door wetten, verordeningen of door de rechten van derden worden opgelegd.” Een private eigenaar heeft dus nog steeds de volheid van bevoegdheden over zijn eigendom, maar dient rekening te houden met de wettelijke beperkingen en de rechten van derden. De wet bevestigt hiermee dat er sprake is van een gradueler eigendomsconcept.¹²

De moderne eigendomsdefinitie is niet langer ongebreideld, maar functioneel in die zin dat het eigendomsrecht wordt gedefinieerd vanuit de bevoegdheden waarvoor het eigendomsrecht kan worden aangewend.¹³ Zo bijvoorbeeld reikt het eigendomsrecht niet langer ‘van de hemel tot de hel’, maar is het begrensd tot een hoogte en diepte die voor de eigenaar nuttig kan zijn voor de uitoefening van zijn bevoegdheden. Hij kan zich bijgevolg niet verzetten tegen een gebruik door een derde op een hoogte of een diepte waarop de actuele eigenaar, gelet op de bestemming en de toestand van de grond, redelijkerwijze geen gebruiksbevoegdheid zou kunnen uitoefenen (art. 3.63 BW).

7. De socialisering van het eigendomsrecht is verenigbaar met de eigendomsbepaling in de Grondwet. Artikel 16 Gw. bepaalt: “Niemand kan van zijn eigendom worden ontzet dan ten algemenen nutte, in de gevallen en op de wijze bij de wet bepaald en tegen billijke en voorafgaande schadeloosstelling.” De overheid kan met andere woorden voor doeleinden van algemeen belang beperkingen opleggen aan het eigendomsrecht om de sociale functie van dat recht gestalte te geven.¹⁴

¹¹ Zie voor een uitgebreide bespreking: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, IV, Antwerpen, Intersentia, 2016, 793, nrs. 563 e.v.

¹² D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, IV, Antwerpen, Intersentia, 2016, 801, nrs. 572 e.v.

¹³ Toelichting, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 173/1, 126 (hierna geciteerd als “Memorie van Toelichting”). Voor het wetsontwerp en de bijbehorende Memorie van Toelichting, zie ook: V. SAGAERT en P. LECOCQ, *De hervorming van het goederenrecht. La réforme du droit des biens*, Brugge, die Keure, 2019, 391 p.

¹⁴ N. MOONS, “Landed commons: tussen de plooiën van het recht?”, *Juristenkrant* 2018, afl. 378, 16; S. VERBIST, “Eigendomsbeperkingen in het algemeen belang: Een korte inleiding” in R. PALMANS, V. SAGAERT en W. VERRIJDT (eds.), *Eigendomsbeperkingen: de erfdiensbaardheid van openbaar nut*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (45) 52, nr. 13; S. VERBIST, “De gelijkheid voor de openbare lasten en artikel 16 van de Grondwet” in M. BOES, J. GHYSELS, D. LINDEMANS en R. PALMANS (eds.), *Vijftig jaar bescherming van het eigendomsrecht. Liber Amicorum Martin*

Voor dergelijke eigendomsbeperkingen die worden opgelegd in het algemeen belang is in principe zelfs geen vergoeding verschuldigd.¹⁵ Slechts wanneer de beperkingen leiden tot een *de facto*-onteigening¹⁶ of wanneer er sprake is van een disproportioneel, onevenredig groot nadeel voor de eigenaar in vergelijking met andere burgers op basis van het beginsel van de gelijkheid voor de openbare lasten¹⁷ is een schadevergoeding verschuldigd.

2. Eerste illustratie: het feitelijk gedogen van een eigenaar

8. Een zeer innovatieve bepaling uit het nieuwe goederenrecht die de hierboven uiteengezette socialisering van het eigendomsrecht bevestigt, is artikel 3.67 BW.¹⁸ Voortaan dient een eigenaar van een perceel bepaalde (beperkte) gedragingen van derden te dulden.

Zo hebben derden het recht om zich te begeven op niet-afgesloten percelen, voor zover het om onbebouwde en onbewerkte gronden gaat, en voor zover de eigenaar geen schade of hinder ondervindt (art. 3.67, § 3 BW). De wetgever verduidelijkt in de parlementaire voorbereidingen dat het gaat over de hypothese waarbij men zich tijdelijk op andermans grond begeeft, bijvoorbeeld om overgang te nemen, te wandelen

Denys, Antwerpen, Intersentia, 2012, 341-348. Zie ook: P.-Y. ERNEUX, "La servitude environnementale et droit belge" in X., *D'urbanisme et d'environnement. Liber Amicorum Francis Haumont*, Brussel, Bruylant, 2015, (615) 617-618.

¹⁵ GwH 8 mei 2019, nr. 57/2019, BS 27 juni 2019 (eerste uitgave) (uittreksel), 66085 en T.Not. 2019 (samenvatting), afl. 11, 938, noot J. TOURY, overweging B.7.4: "Het enkele feit dat de overheid in het algemeen belang beperkingen aan het eigendomsrecht oplegt, heeft niet tot gevolg dat zij tot schade-loosstelling is gehouden." Zie echter ook: S. LIERMAN en W. VERRIJDT, "Recente ontwikkelingen bij de compensatie voor schade door rechtmatige overheidsdaad" in D. LINDEMANS en J. TOURY (eds.), *Overheidsbeperkingen op vastgoedgebruik*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (19) 19, nr. 2.

¹⁶ Zie hiervoor o.m.: A. ALÉN en W. VERRIJDT, "Recente evoluties inzake de bescherming van het eigendomsrecht in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof" in M. BOES, J. GHYSELS, D. LINDEMANS en R. PALMANS (eds.), *Vijftig jaar bescherming van het eigendomsrecht. Liber Amicorum Martin Denys*, Antwerpen, Intersentia, 2012, (1) 8 e.v.; S. LIERMAN en W. VERRIJDT, "Recente ontwikkelingen bij de compensatie voor schade door rechtmatige overheidsdaad" in D. LINDEMANS en J. TOURY (eds.), *Overheidsbeperkingen op vastgoedgebruik*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (19) 35 e.v.

¹⁷ Cass. 24 juni 2010, AR C.06.0415.N, Arr.Cass. 2010, afl. 6-7-8, 1903, concl. C. VANDEWAL, *Amén*. 2011 (weergave BOES, M.), afl. 2, 145, *Pas*. 2010, afl. 6-8, 2004, en RW 2010-11, afl. 29, 1217 concl. C. VANDEWAL en noot S. LIERMAN; GwH 19 april 2012, nr. 55/2012, A.GrwH 2012, afl. 2, 805, JT 2012, afl. 6487, 567, noot X., MER 2012, afl. 4, 246, noot G. VAN HOORICK, NjW 2012, afl. 273, 803, noot J. TOURY, RW 2012-13 (samenvatting), afl. 15, 577, noot en T.Not. 2012, afl. 9, 459, noot J. TOURY en M. DENYS; GwH 1 oktober 2015, nr. 132/2015, *Amén*. 2016, afl. 2, 99, BS 22 oktober 2015 (tweede uitgave) (uittreksel), 65194, NjW 2016, afl. 352, 856, noot J. TOURY, RW 2016-17, afl. 2, 57, noot A. DRAYE, TMR 2016, afl. 1, 47, noot G. VAN HOORICK en L. VANDENHENDE en T.Gem. 2016, afl. 1, 37, noot L. VANDENHENDE. Zie ook: J. VOORTER, J. THEUNIS, en B. VANHEUSDEN, "Het GBOL-beginsel verder afgelijnd?!" (noot onder Cass. 20 februari 2020), TMR 2020, afl. 4, (455) 457, nr. 9.

¹⁸ Zie ook: N. BERNARD, "Le droit de propriété" in P. LECOCQ, I. DURANT, N. BERNARD, B. MICHAUX, J.-F. ROMAIN en V. SAGAERT (eds.), *Le nouveau droit des biens*, Brussel, Larcier, 2020, (85) 89, nr. 8 en 138-139, nrs. 110-111.

of enkele uren te spelen.¹⁹ Artikel 3.67, § 3 BW voorziet wel in de mogelijkheid voor de eigenaar om een dergelijk gebruik te verhinderen, nl. door op duidelijke wijze kenbaar te maken dat het verboden is voor derden om de grond te betreden. Een eenvoudig verbodsbord volstaat dus, maar de *default*-regel bestaat uit een appel voor de eigenaar om zich niet zomaar te verzetten tegen een beperkt gebruik door omwonenden of andere derden van braakliggende gronden of wegen. Dit gedogen kan bijdragen aan de natuurbeleving²⁰, en dus ook aan een duurzamere leefomgeving.

Voortaan moet een eigenaar volgens datzelfde artikel 3.67 BW een zaak of een dier die op onopzettelijke wijze op zijn perceel zijn terechtgekomen, teruggeven aan de eigenaar of toelaten dat deze eigenaar de zaak of het dier weghaalt (art. 3.67, § 1 BW).²¹ Mits men een zekere redelijkheid aan de dag legt bij de interpretatie van dit artikel, is deze regel van feitelijk gedogen o.i. perfect werkbaar in de praktijk.

Tot slot bepaalt artikel 3.67, § 2 BW dat wanneer het noodzakelijk is om bepaalde bouw- of herstellingswerken uit te voeren aan een naburig pand, een eigenaar moet gedogen dat zijn buurman toegang heeft tot het perceel, mits aan bepaalde strikte voorwaarden is voldaan. Die voorwaarden bewaken wederom de redelijke uitoefening van dit recht. Onder het oude recht bestond een soortgelijke regeling, nl. het ladderrecht (art. 31 Veldwetboek) dat voortaan is uitgebreid tot andere werken dan het onderhoud van de niet-gemene afsluiting.

9. Artikel 3.67 BW is in wezen een consolidatie van wat al veel langer in de rechtsleer werd bepleit:

*“Personne ne peut agir comme s’il était isolé dans le monde; l’être vivant en société doit tenir compte des intérêts de ceux qui vivent dans la même société et la loi doit pouvoir l’y obliger. Mais alors c’est que la propriété n’est plus comme l’avait proclamé le Code civil, un droit absolu et illimité.”*²²

Het recht van een eigenaar om anderen van zijn eigendom uit te sluiten (de externe exclusiviteit van het eigendomsrecht²³), wordt dus genuanceerd vanuit de vaststelling dat een eigenaar steeds deel uitmaakt van een ruimere samenleving en rekening dient te houden met zijn omgeving.²⁴

¹⁹ Memorie van Toelichting, 168.

²⁰ J. VAN DE VOORDE, “Het nieuwe goederenrecht en het milieu”, *TMR* 2020, afl. 3, (272) 303.

²¹ Dezelfde regel geldt in het Nederlandse recht: art. 5:23, eerste lid NBW.

²² G. RIPERT, *De l’exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*, Parijs, 1902, 16, geciteerd in V. SAGAERT, “Nieuwe perspectieven op het eigendomsrecht na twee eeuwen burgerlijk wetboek” in P. LECOCQ, B. TILLEMANN en A. VERBEKE (eds.), *Zakenrecht/Droit des biens*, Brugge, die Keure, 2005, (43) 70, nr. 37.

²³ D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht* in *Property Law Series*, IV, Antwerpen, Intersentia, 2016, 42 e.v.

²⁴ J. PENNER, *The Idea of Property in Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, 74; H. DAGAN, “Exclusion and Inclusion in Property”, 9 juni 2009, <https://ssrn.com/abstract=1416580>, 37 en 44; T. HONORÉ, “Ownership” in T. HONORÉ (ed.), *Making Law Bind: Essays Legal and Philosophical*, Oxford, Clarendon Press, 1987, (161) 190; A.J. VAN DER WALT, “Rights and

3. *Tweede illustratie: afbraak en heropbouw van appartementsgebouwen*

10. Een ander voorbeeld van hoe bij de uitoefening van een eigendomsrecht rekening moet worden gehouden met de omgeving is te vinden in het appartementsrecht. De rigide besluitvorming in het appartementsrecht vormt vaak een belemmering voor de verduurzaming van het vastgoedpatrimonium.²⁵ Bij de hervorming van het appartementsrecht in 2018²⁶ voerde de wetgever daarom een versoepeld meerderheidsquorum in om tot volledige afbraak en heropbouw van appartementsgebouwen te kunnen besluiten. Vóór de hervorming was er (bij gebrek aan andersluidende wettelijke regeling²⁷) unanimititeit vereist, wat betekende dat één eigenaar van één private kavel de afbraak en heropbouw kon verhinderen.²⁸ Daarom werd in artikel 577-7, § 1, 2°, h) oud BW bepaald dat een viervijfde meerderheid volstond om te beslissen tot de afbraak of de volledige heropbouw van het gebouw om redenen van hygiëne of veiligheid of wanneer de kostprijs voor de aanpassing van het gebouw aan de wettelijke bepalingen buitensporig zou zijn. Dat is een mooie illustratie van een begrenzing van het individuele eigendomsrecht omwille van collectieve belangen.²⁹

11. Een dergelijke begrenzing moet echter in balans blijven met de nodige bescherming van het (absolute en exclusieve) eigendomsrecht.³⁰ Dat is een moeilijk evenwicht waarover het Grondwettelijk Hof zich reeds heeft moeten buigen. In het arrest van 20 februari 2020 vernietigde het Grondwettelijk Hof artikel 577-7, § 1, 2°, h) oud BW, omdat er bijkomende waarborgen vereist waren om het eigendomsrecht te beschermen van de mede-eigenaar(s) die tegen de beslissing

reform in property theory – a review of property theories and debates in recent literature: Part III”, *TSAR* 1995, (496) 508-509.

²⁵ Zie ook voor Nederland: M. VAN DER VLEUTEN en C.N. SIEWERS, “Besluitvorming in appartementencomplexen” in STICHTING LNSC GRONINGEN (ed.), *Vastgoed en duurzaamheid in Ars Notariatus*, nr. 175, Deventer, Kluwer, 2021, (13) 16.

²⁶ Wet 18 juni 2018 houdende diverse bepalingen inzake burgerlijk recht en bepalingen met het oog op de bevordering van alternatieve vormen van geschillenoplossing, *BS* 2 juli 2018.

²⁷ M.-L. DEGROOTE, “De gerepareerde beslissing tot afbraak en heropbouw in het appartementsrecht: de onteigening nabij?”, *RW* 2021-22, (491) 492, nr. 6.

²⁸ Zie hiervoor ook: C. WILEMOT, “Over dwarsliggers in oude appartementsgebouwen”, *Juristenkrant* 2015, afl. 313, 16.

²⁹ Zie ook: M.-L. DEGROOTE, “De gerepareerde beslissing tot afbraak en heropbouw in het appartementsrecht: de onteigening nabij?”, *RW* 2021-22, (491) 504, nr. 63: “*Het is dus niet onredelijk dat het eigendomsrecht van de individuele mede-eigenaar soms het onderspit moet delven voor het algemeen belang.*”

³⁰ Zie hiervoor ook: A. WYLLEMAN, “Anticiperen op problemen in meervoudige zakenrechtelijke verhoudingen. Een taak voor de notaris en de wetgever?” in X., *Opening Doors. Verslagboek naar aanleiding van het nationaal notarieel congres in Gent*, Brussel, Larcier, 2017, (207) 230, nr. 43.

had(den) gestemd.³¹ Het Grondwettelijk Hof erkende echter wel uitdrukkelijk de legitieme en door het algemeen belang ingegeven doelstelling van de wetgever om bij te dragen aan de transitie van verouderde appartementsgebouwen naar een modern en duurzaam gebouwenpark.³²

Met de wet van 31 juli 2020³³ zette de wetgever dit recht; voortaan dient de vereniging van mede-eigenaars de vrederechter te vatten wanneer één (of meerdere) mede-eigenaar(s) heeft/hebben tegengestemd alvorens de beslissing tot afbraak en heropbouw ten uitvoer kan worden gelegd.³⁴ De vrederechter dient de wettigheid van de beslissing vast te stellen. Deze extra rechterlijke controle is wat het Grondwettelijk Hof uitdrukkelijk had gesuggereerd.³⁵ Sinds de inwerkingtreding van het nieuwe goederenrecht op 1 september 2021 is de regeling over de afbraak en heropbouw te vinden in artikel 3.88, § 1, 2°, h) en artikel 3.92, § 1, zesde lid BW.

B. EVOLUTIE RICHTING HET OPLEGGEN VAN EEN ACTIEVE DUURZAAMHEIDSPLICHT

1. *Van negatieve (onthoudings)plichten tot positieve verbintenissen*

12. Een volgende belangrijke vaststelling bij de studie van het moderne eigendomsrecht is dat er recent meer en meer positieve verplichtingen worden opgelegd aan een private eigenaar. Dat het eigendomsrecht niet zo absoluut is als het werd geproclameerd in 1804 blijkt uit de verschillende beperkingen die de rechtspraak tijdens de twintigste eeuw heeft aangebracht op het eigendomsrecht.³⁶ Meer bepaald ontwikkelde zich de leer van het rechtsmisbruik en de leer van de bovenmatige burenhinder. Beide leerstukken gaan uit van een verbod voor de eigenaar om bepaalde gedragingen te stellen. Een eigenaar mag bij de uitoefening van zijn rechten niets doen wat kwalificeert als rechtsmisbruik of als bovenmatige hinder. Dat is de negatieve verplichting voor de eigenaar om bepaalde handelingen niet te stellen. Het nieuwe artikel 3.67 BW (Feitelijk gedogen van de eigenaar)

³¹ GwH 20 februari 2020, nr. 30/2020, JT 2020, afl. 6819, 474, noot V. DEFRAITEUR, JLMB 2020, afl. 20, 946, NjW 2020, afl. 426, 587, noot G. DEGEEST, RW 2020-21, afl. 20, 771, noot C. WILLEMOT, T.App. 2020, afl. 2, 38, TBO 2020, afl. 5, 397, noot M. HEYVAERT en T.Not. 2020 (samenvatting), afl. 6, 548, noot M. DEGROOTE en B. MAESCHAECK.

³² Zie overwegingen B.3.3 en B.4.5 van het arrest.

³³ Wet 31 juli 2020 houdende diverse dringende bepalingen inzake justitie, BS 7 augustus 2020.

³⁴ Merk op dat de wetgever de bepaling ook in die zin aanpaste dat er nu sprake is van een beslissing tot volledige afbraak én heropbouw. De vorige formulering was verwarrend en leek te impliceren dat de VME ook kon besluiten tot afbraak zonder heropbouw, of tot een heropbouw zonder dat er reeds een bouwwerk stond dat moest worden afgebroken.

³⁵ Zie overweging B.4.9 van het arrest.

³⁶ V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, V, Mechelen, Kluwer, 2021, 297; A. WYLLEMAN en J. BAECK, *Goederenrecht*, Brugge, die Keure, 2020, 56.

bevat eenzelfde negatieve verplichting: een eigenaar dient een passieve houding aan te nemen en kan zich niet verzetten tegen bepaalde gedragingen van derden.

13. Recent gaan echter meer en meer stemmen op om bepaalde positieve duurzaamheidsverplichtingen te koppelen aan het eigendomsrecht, en dit zowel vanuit het privaatrecht als het publiekrecht.³⁷ Met een eigendomsrecht komen immers ook verplichtingen. De Duitse Grondwet stelt dit expliciet: “*Eigentum verpflichtet*.”³⁸ De eigenaar is met andere woorden verplicht om actief bepaalde gedragingen te stellen met het oog op een duurzamere leefomgeving.

Een illustratie hiervan is het pleidooi in de Belgische rechtsleer voor de zogenaamde milieu-erfdienstbaarheid, een beperkt zakelijk recht dat aan de eigenaar van een onroerend goed bepaalde verplichtingen oplegt in het belang van het milieu.³⁹ De milieu-erfdienstbaarheid heeft als doel bij te dragen tot een duurzame ontwikkeling van het onroerend goed. Het Franse recht kent sinds 2016 een dergelijke milieu-erfdienstbaarheid.⁴⁰ Artikel L132-3 van de *Code de l'environnement* voorziet in de mogelijkheid om een *obligation réelle environnementale* conventioneel te vestigen.⁴¹ De milieu-erfdienstbaarheid wordt overgeschreven en heeft dus zakelijke werking,

³⁷ B. AKKERMANS, “Duurzaam goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?”, *TPR* 2018, (1437) 1437; B. AKKERMANS, “Sustainable Obligations in (Dutch) Property Law” in S. DEMEYERE en V. SAGAERT (eds.), *Contract and Property with an Environmental Perspective in Property Law Series*, X, Antwerpen, Intersentia, 2020, 29-45; D. NIKOLIC, “Climate Change and Property Rights Changes” in F. VAN STRAALLEN, T. HARTMANN en J. SHEEHAN (eds.), *Property Rights and Climate Change*, London, Routledge, 2017, (52) 55; E. VAN DER SIJDE, “Positive and negative obligations of landowners in South African Law: an environmental perspective” in S. DEMEYERE en V. SAGAERT (eds.), *Contract and Property with an Environmental Perspective in Property Law Series*, X, Antwerpen, Intersentia, 2020, 163-184. Zie ook: V. SAGAERT, “Property Law, Contract Law and Environmental Law: Shaking Hands with the (Historical) Enemy” in S. DEMEYERE en V. SAGAERT (eds.), *Contract and Property with an Environmental Perspective in Property Law Series*, X, Antwerpen, Intersentia, 2020, (1) 24 e.v. Zie ook voor een inspirerende tekst vanuit het Nieuw-Zeelandse recht: P. TAYLOR en D. GRINLINTON, “Property rights and sustainability: Towards a new vision of property” in D. GRINLINTON en P. TAYLOR (eds.), *Property rights and sustainability: the evolution of property rights to meet ecological challenges*, Leiden, Brill, 2011, 1 e.v.

³⁸ Art. 14(2) van de Duitse Grondwet: “*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.*”

³⁹ P.-Y. ERNEUX, “La servitude environnementale en droit belge” in X., *D’urbanisme et d’environnement. Liber Amicorum Francis Haumont*, Brussel, Bruylant, 2015, 615-636; J. VAN DE VOORDE, N. CARETTE, B. HUBEAU en P. VAN DEN BROECK, “De milieu-erfdienstbaarheid of milieugrondlast: een nuttig zakenrechtelijk instrument voor de milieubescherming?”, *TPR* 2018, 1195-1313.

⁴⁰ Zie voor een bespreking: B. MALLET-BRICOUT, “The ‘*obligation réelle environnementale*’ in French law” in S. DEMEYERE en V. SAGAERT (eds.), *Contract and Property with an Environmental Perspective in Property Law Series*, X, Antwerpen, Intersentia, 2020, 215-234; E. MEILLER, “Les charges réelles: du service foncier au service écologique” in B. GRIMONPREZ (ed.), *Le droit des biens au service de la transition écologique*, Parijs, Dalloz, 2018, (101) 102 e.v.

⁴¹ De Franse wetgever laat veel vrijheid aan de contractpartijen voor wat betreft het vastleggen van de duur, de wederzijdse verplichtingen van de partijen en de mogelijkheid van herziening of beëindiging van het contract (art. L132-3, derde lid *Code de l'environnement*). Merk op dat er wel wederzijdse prestaties moeten worden geleverd en een eigenaar de milieu-erfdienstbaarheid dus niet om niet kan aangaan.

o.m. in geval van vervreemding van het betreffende onroerend goed. Het contract wordt afgesloten tussen de eigenaar van het onroerend goed (het lijdende erf) enerzijds en de overheid of een milieuorganisatie anderzijds. Het betreft enkel een mogelijkheid, geen verplichting, om dergelijk recht te vestigen. Tot nader order bestaat een soortgelijke regeling niet naar Belgisch recht. Het is echter wel illustratief voor de tendens tot een meer actieve bijdrage van private eigenaars aan de transitie naar een duurzame leefomgeving. Hierna komen nog twee illustraties uitgebreider aan bod.

2. *Eerste illustratie: verplichte renovatie voor niet-residentiële gebouwen*

14. Een illustratie van de positieve eigenaarsverplichtingen naar Belgisch recht is de door de Vlaamse overheid opgelegde verplichte renovatie voor niet-residentiële gebouwen. Doorgaans tracht een overheid duurzame gedragingen, zoals renovaties, te stimuleren in plaats van ze te verplichten, bijvoorbeeld door het toekennen van subsidies. Dat garandeert echter geen bepaalde uitkomst en laat de eigenaar in kwestie nog steeds de keuze.

Met het besluit van 9 juli 2021 heeft de Vlaamse regering nu een uitdrukkelijke renovatieverplichting voor niet-residentiële gebouwen ingevoerd.⁴² Overeenkomstig het nieuwe artikel 9.3.1 van het Energiebesluit is een eigenaar, opstalhouder of erfpachter van een niet-residentieel gebouw⁴³ verplicht om bepaalde renovatiemaatregelen te nemen teneinde aan bepaalde minimale energieprestatieniveaus te voldoen. Het betreft dakisolatie, beglazing, warmte-opwekkers en koelinstallaties.

Daarnaast geldt er voor sommige gebouwen (kleine niet-residentiële eenheden die samen een niet-residentieel gebouw vormen, die in totaliteit worden overgedragen of waarop een erfpacht of opstal wordt gevestigd) een bijkomende verplichting om een minimaal energieprestatielabel C te behalen. Voor sommige gebouwen (grote niet-residentiële eenheden die samen een niet-residentieel gebouw vormen, die in totaliteit worden overgedragen of waarop een erfpacht of opstal wordt gevestigd) de plicht om een minimum aandeel hernieuwbare energie van 5% te behalen. De eerste categorie van gebouwen kan ervoor opteren om in plaats van te voldoen aan het criterium van het energieprestatielabel te voorzien in het minimum aandeel hernieuwbare energie.

Deze nieuwe regels zijn van toepassing op authentieke akten die worden verleden vanaf 1 januari 2022.⁴⁴ De instrumenterende notaris neemt de verplichtin-

⁴² B.Vl.Reg. 9 juli 2021 tot wijziging van het Energiebesluit van 19 november 2010, wat betreft de invoering van een renovatieverplichting voor niet-residentiële gebouwen en bepalingen over het energieprestatiecertificaat voor niet-residentiële gebouwen, BS 10 augustus 2021.

⁴³ Merk op dat er belangrijke uitzonderingen worden gemaakt binnen deze categorie 'niet-residentieel' waarop de nieuwe verplichtingen dus niet van toepassing zijn. Het betreft o.m. industriële gebouwen en landbouwgebouwen (zie art. 1, 10° B.Vl.Reg. 9 juli 2021). Als een onroerend goed meerdere bestemmingen heeft, moet worden nagegaan wat de hoofdbestemming is (zie art. 1, 6° B.Vl.Reg. 9 juli 2021).

⁴⁴ Merk op dat de termijn voor grote niet-residentiële gebouwen om een minimum aandeel hernieuwbare energie van 5% te halen pas een jaar later, vanaf 1 januari 2023, begint te lopen (zie art. 21, § 4 B.Vl.Reg. 9 juli 2021).

gen en de daaraan gekoppelde voorwaarden op in de akte.⁴⁵ De nieuwe eigenaar, opstalhouder of erfpachter beschikt over een termijn van vijf jaar na de datum van de authentieke akte om aan deze verplichtingen te voldoen. De naleving van de verplichtingen zal worden getoetst op basis van het energieprestatiecertificaat. Als het VEKA vaststelt dat de minimale eisen inzake renovatie niet werden gerespecteerd, kan het een administratieve geldboete opleggen die kan oplopen tot 200.000 euro.⁴⁶ Met deze maatregel streeft de overheid een verduurzaming van het vastgoedpatrimonium na door het opleggen van een actieve plicht aan de eigenaars-ondernemers. Ook in Nederland hebben eigenaars van kantoorgebouwen de verplichting om tegen 1 januari 2023 de gebouwen te verduurzamen tot het energielabel 'C'.⁴⁷

3. *Tweede illustratie: preventieve maatregelen tot vrijwaren van de buurt*

15. Een innovatieve bepaling uit het nieuwe goederenrecht is artikel 3.102 BW inzake het voorkomen van bovenmatige burenhinder. De leer van de burenhinder is ontwikkeld door de rechtspraak⁴⁸ en werd afgeleid uit de eigendomsbepaling van artikel 544 oud BW. Sinds de hervorming van het goederenrecht is er een uitdrukkelijke wettelijke basis voor het feit dat een eigenaar geen bovenmatige hinder mag veroorzaken voor de omgeving (art. 3.101-3.102 BW).

Het nieuwe goederenrecht biedt een wettelijk kader om een eigenaar in bepaalde situaties te verplichten preventief maatregelen te nemen, zodat de schade zich niet zou voordoen. Duurzaamheid noopt er immers toe aantastingen van de omgeving te voorkomen eerder dan te genezen.⁴⁹ Artikel 3.102 BW bepaalt daarom dat indien een onroerend goed ernstige en manifeste risico's inzake veiligheid, gezondheid of vervuiling ten aanzien van een naburig onroerend goed veroorzaakt, waardoor het evenwicht tussen de onroerende goederen wordt verbroken, de eigenaar of gebruiker van dat naburige onroerend goed in rechte kan vorderen dat preventieve maatregelen worden genomen teneinde te verhinderen dat het risico zich realiseert.

⁴⁵ Art. 11.2/2.1, § 2 Energiedecreet.

⁴⁶ Art. 13.4.9/1, § 1 Energiedecreet.

⁴⁷ Art. 5.11 Bouwbesluit (Besluit 29 augustus 2011 houdende vaststelling van voorschriften met betrekking tot het bouwen, gebruiken en slopen van bouwwerken (Bouwbesluit 2012), *Stb.* 2018, 380). Zie: B. HOOPS, "Duurzaamheid en vastgoedrecht" in STICHTING LNSC GRONINGEN (ed.), *Vastgoed en duurzaamheid in Ars Notariatus*, nr. 175, Deventer, Kluwer, 2021, (1) 4-5.

⁴⁸ Merk op dat de bekende kanaal- en schoorsteenarresten (Cass. 6 april 1960, *Arr.Cass.* 1960, 722, *Pas.* 1960, I, 915, concl. P. MAHAUX, *JT* 1960, 339, noot J. DE MEULDER, *RCJB* 1960, 257, noot J. DABIN en *RGAR* 1960, nr. 6.557, noot R. DALCQ) vandaag zouden worden beschouwd als milieuzaken: G. VAN HOORICK, "Over eigendom, zijn omgeving en het omgevingsrecht (of zin en onzin van de gelijkheid voor de openbare lasten)", *TOO* 2013, nr. 2.

⁴⁹ Zie ook: V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, V, Mechelen, Kluwer, 2021, 151, nr. 148. Zie voor de link tussen duurzaamheid en burensrelaties ook: D. NIKOLIC, "Climate Change and Property Rights Changes" in F. VAN STRAALLEN, T. HARTMANN en J. SHEEHAN (eds.), *Property Rights and Climate Change*, London, Routledge, 2017, (52) 62.

Voor risico's die de veiligheid, gezondheid of vervuiling betreffen, kan voortaan dus preventief worden opgetreden. De voormelde risico's moeten echter wel ernstig en manifest zijn. Dat houdt een objectieve beoordeling in. Het volstaat niet dat een bepaalde buur een zekere subjectieve gevoeligheid heeft voor een bepaald risico. Bovendien kunnen ook enkel maatregelen tot behoud en tot het voorkomen van schade worden gevorderd. Men kan bijvoorbeeld niet het absolute verbod op afbraak van een pand vorderen, wel het nemen van maatregelen om te voorkomen dat gevaarlijke stoffen, zoals asbest, zouden vrijkomen en schade aanrichten aan de omwonenden.

16. De vraag rijst hoe de nieuwe preventieve vordering inzake burenhinder uit het goederenrecht zich verhoudt tot het omgevingsrecht. In milieuzaken wordt de mogelijkheid van een preventieve vordering reeds aanvaard teneinde de schending van een recht dat ernstig wordt bedreigd, te voorkomen.⁵⁰ Zeker wat ecologische schade betreft, is preventief optreden van belang aangezien de schade, eens aangericht, onomkeerbaar is en ook toekomstige generaties treft.⁵¹ Wat de bescherming van het leefmilieu betreft, werd de mogelijkheid van een rechtsvordering tot staking in geval van een ernstige bedreiging dan ook uitdrukkelijk wettelijk verankerd.⁵²

Het personele toepassingsgebied van de milieustakingsvordering is echter beperkt. De hoedanigheid van eiser is voorbehouden voor de procureur des Konings, een administratieve overheid of een rechtspersoon die de bescherming van het leefmilieu tot doel heeft, die in zijn statuten het grondgebied heeft omschreven tot waar zijn bedrijvigheid zich uitstrekt en die voldoet aan de voorwaarden bepaald in artikel 17, tweede lid, 1°- 4° Ger.W. (betreffende de rechtsvordering van een rechtspersoon).⁵³ Bovendien kan de vordering enkel worden ingesteld wanneer er sprake is van een kennelijke inbreuk of een ernstige dreiging voor een inbreuk op één of meer bepalingen van wetten, decreten, ordonnanties, verordeningen of besluiten betreffende de bescherming van het leefmilieu. De preventieve

⁵⁰ A. LEBRUN, "L'environnement, son défenseur et le juge civil", (noot onder Brussel 2 november 1989), *Amén.* 1990, 50.

⁵¹ Zie voor een concreet voorbeeld in verband met ontbossing: RvS 11 augustus 1989, nr. 32.953, *JT* 1989, 747.

⁵² Art. 1 wet 12 januari 1993 betreffende een vorderingsrecht inzake bescherming van het leefmilieu, *BS* 19 februari 1993. Zie ook: S. LUST, "Preventieve stakingsvordering: afvalverbrandingsoven Sint-Niklaas moet dicht", *Juristenkrant* 2001, afl. 40, 10-11.

⁵³ Merk op dat ook de inwoners van een gemeente de staking van een activiteit kunnen vorderen wanneer de gemeente zelf nalaat dit te doen (art. 271 Nieuwe Gemeentewet; art. 194 Vlaamse Gemeentedecreet). Zie voor een toepassingsgeval: Antwerpen 10 november 2010, *MER* 2011, afl. 4, 249, noot P. FLAMEY en P. VERVOORT. Het Decreet Lokaal Bestuur van 21 december 2017 schafte deze substitutiemogelijkheid af, maar het Grondwettelijk Hof verklaarde deze afschaffing ongrondwettig gelet op art. 23 Gw. en de bescherming van het leefmilieu (GwH 10 oktober 2019, nr. 129/2019, *APT* 2019 (samenvatting), afl. 4, 484, noot, *BS* 28 oktober 2019 (tweede uitgave) (uittreksel), 102696, *JT* 2020, afl. 6800, 67, noot, *TMR* 2019, afl. 6, 751, noot P. LEFRANC en *TROS* 2020, afl. 98, 107, noot G. SCHAIKO).

vordering inzake burenhinder lijkt op het eerste gezicht een belangrijke verruiming te bieden: elke buur kan de vordering instellen en er is geen fout vereist.

De nieuwe preventieve vordering uit het goederenrecht legt echter een zware bewijslast op: enkel ernstige en manifeste risico's inzake veiligheid, gezondheid of vervuiling komen in aanmerking.⁵⁴ Dat geeft de vordering tot voorkomen van bovenmatige burenhinder minder slagkracht dan de milieustakingsvordering.⁵⁵ De beperkingen zijn drieledig: vooreerst zal de hinder zich nog niet hebben gemanifesteerd, wat het objectieve bewijs bemoeilijkt; de gevreesde hinder moet bovendien de veiligheid, gezondheid of vervuiling betreffen; tot slot moet het om een 'ernstig en manifest' risico gaan. Hiermee wilde de wetgever de discussie en de bewijslast objectiveren. Dat criterium leidt echter tot rechtsonzekerheid, minstens zal het de rechter er wellicht toe aanzetten een zekere terughoudendheid aan de dag te leggen en slechts marginaal te toetsen.

Hoewel de wetgever in de parlementaire voorbereidingen aangeeft dat deze nieuwe preventieve vordering toepassing maakt van artikel 18, tweede lid Ger.W.⁵⁶, gaan de toepassingsvoorwaarden en de bewijslast verder dan het aantonen van een ernstig bedreigd recht. De vrees voor een milieuovertreding op zich zal dus wellicht niet volstaan. De preventieve vordering lijkt ook weinig kans op slagen te hebben wanneer het 'slechts' over een mogelijke geluidsoverlast of geurhinder zou gaan, aangezien dit geen veiligheids-, gezondheids- of vervuilingssrisico betreft.⁵⁷ In dat opzicht lijkt de nieuwe regeling niet te zullen verhelpen aan de gekende problemen inzake bewijsvoering en de risico's op willekeur.⁵⁸ Het is afwachten hoe de rechtspraak hieraan invulling zal geven.

III. BIJZONDER STATUUT VAN BESCHERMENSWAARDIGE VOORWERPEN EN DIEREN

A. GEMENE VOORWERPEN (ART. 3.43, EERSTE LID BW)

1. *Begrip en situering*

17. Gemene voorwerpen worden traditioneel beschouwd als voorwerpen die niet in hun totaliteit vatbaar zijn voor toe-eigening en waarvan het gebruik open-

⁵⁴ B. MICHAUX, "Troubles de voisinage" in P. LECOCQ, I. DURANT, N. BERNARD, B. MICHAUX, J.-F. ROMAIN en V. SAGAERT (eds.), *Le nouveau droit des biens*, Brussel, Larcier, 2020, (209) 228, nr. 40; B. SCHELSTRAETE, "De preventieve vordering inzake burenhinder: een bijkomend wapen in het omgevingsrecht?", *TROS* 2020, afl. 100, (297) 302, nr. 16.

⁵⁵ B. SCHELSTRAETE, "De preventieve vordering inzake burenhinder: een bijkomend wapen in het omgevingsrecht?", *TROS* 2020, afl. 100, (297) 303, nr. 18.

⁵⁶ Memorie van Toelichting, 189-190.

⁵⁷ B. MICHAUX, "Troubles de voisinage" in P. LECOCQ, I. DURANT, N. BERNARD, B. MICHAUX, J.-F. ROMAIN en V. SAGAERT (eds.), *Le nouveau droit des biens*, Brussel, Larcier, 2020, (209) 228, nr. 40.

⁵⁸ Dat was nochtans het opzet van de wetgever: Memorie van Toelichting, 189.

staat voor iedereen. Voorbeelden van een dergelijke *res communis* zijn wind, stromend water, lucht, zonlicht, maar ook bijvoorbeeld dieren die in het wild leven en bepaalde landschappen.⁵⁹ Het vormen dus allemaal milieubestanddelen.⁶⁰

Artikel 714 oud BW bepaalt: “*Er zijn zaken die aan niemand toebehoren en waarvan het gebruik aan allen gemeen is. Politiewetten bepalen hoe het genot daarvan geregeld wordt.*” Het nieuwe goederenrecht kiest bewust voor de term ‘gemene voorwerpen’ en niet voor ‘gemene zaken’ of ‘gemene goederen’.⁶¹ De *summa divisio* van het goederenrecht bestaat voortaan uit drie categorieën: personen, dieren en voorwerpen (art. 3.38 BW), waarbij enkel de voorwerpen die vatbaar zijn voor toe-eigening worden aangeduid met de term ‘goederen’ (art. 3.41 BW). Die toe-eigening is nu net uitgesloten bij een *res communis*.⁶² De term ‘zaak’ is voortaan voorbehouden voor lichamelijke voorwerpen, zijnde de voorwerpen die zintuiglijk kunnen worden waargenomen en gemeten middels een momentopname (art. 3.40 BW).⁶³ Een zaak ‘behoort tot de natuur’ van zodra de zintuiglijke waarneming kan worden gemeten en gekwantificeerd op een bepaald tijdstip.⁶⁴ Te denken valt aan gassen en stralingen.

Het gezamenlijk gebruik van gemene voorwerpen veronderstelt dat niemand het gebruiksrecht van een ander mag aantasten. Het recht van gebruik van gemene voorwerpen wordt daarom ook wel eens aangehaald als rechtsbasis om een vordering in te stellen tot bescherming van het recht op een gezonde leefomgeving.⁶⁵ Het artikel 714 oud BW werd in de literatuur naar voren geschoven als grondslag voor het omgevingsrecht in het algemeen en voor de creatie van een subjectief recht op een volwaardig leefmilieu in het bijzonder.⁶⁶

⁵⁹ B. JADOT, “L’article 714 du code civil et la protection de l’environnement” in X, *L’actualité du droit de l’environnement*, Brussel, Bruylant, 1995, (53) 54, nr. 2; J. VAN DE VOORDE, “Het nieuwe goederenrecht en het milieu”, *TMR* 2020, afl. 3, (272) 273 en de bronnen aldaar aangehaald. Zie ook: RvS 13 juli 2004, nr. 133.834, *Amén*. 2005/1, 58 en *JT* 2005, 6169, 117.

⁶⁰ A. CARETTE, “Een subjectief recht op een volwaardig leefmilieu?”, *TPR* 1998, afl. 2, (821) 880, nr. 83. Zie echter ook: B. PARANCE, “Les potentialités environnementales du concept de ‘commun’” in B. GRIMONPREZ (ed.), *Le droit des biens au service de la transition écologique*, Parijs, Dalloz, 2018, (45) 47.

⁶¹ V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, V, Mechelen, Kluwer, 2021, 227, nr. 293.

⁶² Merk op dat gemene voorwerpen gebeurlijk wel voor een deel vatbaar zijn voor private toe-eigening, bv. door een emmer te vullen met zeewater, een ballon met lucht of de waterkracht van een rivier te gebruiken. Zie: A. WYLLEMAN en J. BAECK, *Goederenrecht*, Brugge, die Keure, 2020, 10.

⁶³ Memorie van Toelichting, 102.

⁶⁴ Memorie van Toelichting, 102.

⁶⁵ A. CARETTE, “Een subjectief recht op een volwaardig leefmilieu?”, *TPR* 1998, afl. 2, 821-888; B. JADOT, “L’article 714 du code civil et la protection de l’environnement” in X, *L’actualité du droit de l’environnement*, Brussel, Bruylant, 1995, (53) 58; I. TRAESE, “De procedures zoals in kort geding inzake bescherming van het leefmilieu” in J. VAN COMPENOLLE en M.L. STORME (eds.), *De ontwikkeling van de procedures ‘zoals in kort geding’*, Diegem, Kluwer, 1994, 159-174.

⁶⁶ A. CARETTE, “Een subjectief recht op een volwaardig leefmilieu?”, *TPR* 1998, afl. 2, 821-888; B. JADOT, “L’article 714 du code civil et la protection de l’environnement” in X, *L’actualité du droit de l’environnement*, Brussel, Bruylant, 1995, 53-72.

De gemene voorwerpen spelen een steeds belangrijkere rol in de ontwikkeling van een duurzame samenleving.⁶⁷ Door de aard van de betrokken milieubestanddelen is de milieubeschermingsplicht immers relevant voor de toekomstige generaties.⁶⁸ Voortaan is deze langetermijnvisie ook verankerd in het Burgerlijk Wetboek. Dit komt in het volgende punt aan bod.

2. Aandacht voor toekomstige generaties en schaarste van natuurlijke rijkdommen

18. Het nieuwe artikel 3.43, eerste lid BW verduidelijkt dat het gebruik van de gemene voorwerpen niet zomaar toekomt aan eenieder, maar dat bij dat gebruik het algemeen belang, *met inbegrip van het belang van toekomstige generaties*, vooropstaat. Die aandacht voor toekomstige generaties is er gekomen na een amendement.⁶⁹ Dat is een expliciete duurzaamheidskeuze van de wetgever.⁷⁰ In de parlementaire voorbereidingen wordt verwezen naar de huidige tijden van mogelijke schaarste en groeiende aandacht voor ecologie en milieu.⁷¹

Historisch gezien werd aangenomen dat eenieder een gelijk gebruik kon maken van de gemene voorwerpen, net in de veronderstelling dat deze natuurlijke rijkdommen toch in overvloed aanwezig waren.⁷² Recent groeit het besef dat we grondstoffen niet kunnen blijven gebruiken alsof ze onuitputtelijk zouden zijn. Ook de Belgische wetgever is aan dat besef niet vreemd. Door beperkingen op te leggen aan het gebruik van gemene voorwerpen heeft de wetgever aandacht voor de schaarste van natuurlijke rijkdommen.⁷³ Wie gebruik maakt van de gemene

⁶⁷ Zie ook voor Frankrijk: B. PARANCE, “Les potentialités environnementales du concept de “commun”” in B. GRIMONPREZ (ed.), *Le droit des biens au service de la transition écologique*, Parijs, Dalloz, 2018, (45) 45.

⁶⁸ A. CARETTE, “Een subjectief recht op een volwaardig leefmilieu?”, *TPR* 1998, afl. 2, (821) 881, nr. 84.

⁶⁹ Amendement nr. 2, ingediend door de heer Stefaan Van Hecke (Ecolo-Groen), *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 173/2, 5. Merk op dat in het verlengde hiervan ook werd opgemerkt dat de hedendaagse maatschappelijke evoluties de burgers er steeds vaker toe nopen om goederen als zaden, kennis en grondgebruik op een gemeenschappelijke manier te beheren (zie ook *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 173/4, 23). Dat lijkt o.i. nog een stap verder te gaan dan de letterlijke tekst van art. 3.43, eerste lid BW en sluit eerder aan bij de evolutie richting het collectiviseren van eigendom (zie verder, nr. 50).

⁷⁰ V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, V, Mechelen, Kluwer, 2021, 151, nr. 147.

⁷¹ Memorie van Toelichting, 108.

⁷² H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, *Les principaux contrats usuels, Les biens*, Brussel, Bruylant, 1975, 537: “On désigne sous ce nom [res communes] certaines choses qui ne sont pas susceptibles d’appropriation exclusive, et qui d’ailleurs, par leur abondance, se prêtent constamment à l’usage de tous.” (eigen nadruk). Zie ook: F. BARRIÈRE, “Turbulence over Wind Turbines: Res Communis under the Spotlights”, *ERPL* 2012, afl. 44, (1149) 1154.

⁷³ N. BERNARD en V. DEFRAITEUR, “La réforme 2020 du droit des biens: La modernisation dans la continuité (1^{re} partie)”, *JT* 2020, afl. 20, (413) 417, nr. 12; C. ROUSSEAU, “Classification des biens” in P. LECOCQ, I. DURANT, N. BERNARD, B. MICHAUX, J.-F. ROMAIN en V. SAGAERT (eds.),

voorwerpen ondervindt de rechtstreekse voordelen en winst ervan, terwijl het proportionele aandeel in het verlies voor het individu verwaarloosbaar is aangezien de nadelen worden afgewend op de gemeenschap. Dat is de zogenaamde *tragedy of the commons*. Een dergelijk overgebruik van de gemene voorwerpen is te vermijden wil men het lot van toekomstige generaties niet hypothekeerem.⁷⁴ Vanuit het streven naar een duurzame ontwikkeling bestendigt de wetgever daarom het belang van de gemene voorwerpen.

B. HET LOT VAN ‘ONRECHTMATIGE’ BEPLANTINGEN

1. Algemeen

19. Bij de hervorming van het goederenrecht verhuisde de wetgever de regels met betrekking tot de afstanden van beplantingen tot de perceelsgrens, de overhangende takken en doorschietende wortels van het Veldwetboek naar boek 3 BW. Naburige eigenaars beschikken over vorderingsrechten bij wet bepaald om op te treden tegen beplantingen die in strijd zijn met de door de wet vereiste afstanden of die over de perceelsgrens hangen of doorschieten. In dergelijke gevallen zijn die beplantingen ‘onrechtmatig’. Bij de hervorming van het goederenrecht heeft de wetgever aandacht gehad voor het feit dat een dergelijk optreden in rechte en het vorderen van een herstel in natura (namelijk de verwijdering van de beplantingen) disproportioneel kan zijn tegenover de last die dit veroorzaakt en ook vanuit ecologisch perspectief vaak schadelijke gevolgen kan hebben.⁷⁵ De remedie van herstel in natura wordt dan ook afgezwakt, zoals hierna zal blijken in punt 2 en punt 3.

20. De afstandsregels gelden voortaan onverkort voor de beplantingen op het openbare domein. Onder het oude recht werd traditioneel aanvaard dat de afstandsregels niet van toepassing waren op de overheid in haar hoedanigheid van eigenaar of buur, ten minste voor wat beplantingen op het openbare domein betreft.⁷⁶ Het Grondwettelijk Hof achtte deze interpretatie van de afstandsre-

Le nouveau droit des biens, Brussel, Larcier, 2020, (65) 74, nr. 11; V. SAGAERT en P. LECOCQ, “Het nieuwe goederenrecht: totstandkoming, krachtlijnen en overgangsrecht” in V. SAGAERT, J. BAECK, N. CARETTE, P. LECOCQ, M. MUYLLE en A. WYLLEMAN, *Het nieuwe goederenrecht in Property Law Series*, XI, Antwerpen, Intersentia, 2021, (1) 21, nr. 30.

⁷⁴ Zie hiervoor ook: B. HOOPS, “Duurzaamheid en vastgoedrecht” in STICHTING LNSC GRONINGEN (ed.), *Vastgoed en duurzaamheid in Ars Notariatus*, nr. 175, Deventer, Kluwer, 2021, (1) 3; B. PARANCE, “Les potentialités environnementales du concept de “commun”” in B. GRIMONPREZ (ed.), *Le droit des biens au service de la transition écologique*, Parijs, Dalloz, 2018, (45) 46; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, V, Mechelen, Kluwer, 2021, 278, nr. 294.

⁷⁵ V. SAGAERT, “De hervorming van het goederenrecht”, *TPR* 2020, afl. 1-2, (389) 413, nr. 26.

⁷⁶ Dit ging terug op een oud cassatiearrest: Cass. 20 juni 1872, *Pas.* 1872, I, 352.

gels niet in strijd met de Grondwet.⁷⁷ Toch werd deze traditionele interpretatie beschouwd als achterhaald.⁷⁸ De memorie van toelichting bij het nieuwe boek 3 BW laat er nu geen twijfel over bestaan dat er bewust in geen enkele uitzondering meer is voorzien voor het openbaar domein.⁷⁹

Het Grondwettelijk Hof heeft zich ook over deze nieuwe bepaling reeds moeten uitspreken. In het arrest van 21 oktober 2021 oordeelde het Hof dat de nieuwe interpretatie, waarbij de gemeenrechtelijke afstandsregels wél gelden voor de openbare domeingoederen net als voor de overige goederen, verenigbaar is met de Grondwet.⁸⁰ De argumentatie is opmerkelijk, aangezien het Hof oordeelt dat de artikelen 3.133 en 3.134 BW nog steeds toelaten dat rekening wordt gehouden met de verschillen tussen de openbare domeingoederen en de overige goederen.⁸¹ Er zal nog steeds sprake kunnen zijn van een verschil in behandeling wanneer de openbare bestemming van het openbaar domeingoed waarop de beplantingen zijn aangebracht dit vereist. Dat zal bijvoorbeeld het geval zijn, aldus het Hof, voor de openbare wegen en hun bermbeplantingen die immers een wezenlijk deel uitmaken van het leefmilieu, de landinrichting en de ruimtelijke ordening.⁸² Ook al wees het Hof de vordering tot vernietiging af, toch heeft zij oor voor de duurzaamheidsargumenten van de diverse milieuorganisaties die de vordering tot gedeeltelijke vernietiging hadden ingesteld.

2. *Beplantingen in strijd met de afstandsregels (art. 3.133 BW)*

21. Artikel 3.133, eerste lid BW bepaalt dat, tenzij wanneer partijen hierover een overeenkomst hebben gesloten of indien de beplantingen al meer dan dertig jaar op dezelfde plaats staan, bepaalde afstanden tot de perceelsgrens moeten worden gerespecteerd. Voortaan geldt daarbij als algemene regel dat men zich niet kan verzetten tegen de beplantingen die niet hoger reiken dan de afsluiting tussen de percelen.⁸³ Gaat het in dat geval om een niet-gemene afsluiting, dan heeft de eigenaar zelfs het recht deze als steun voor zijn beplantingen te gebruiken (art. 3.133, derde lid BW).

⁷⁷ GwH 12 oktober 2017, nr. 115/2017, *T.Not.* 2018, afl. 11, 927, noot J. TOURY: “De artikelen 35, 36 en 37 van het Veldwetboek, in de interpretatie dat zij niet van toepassing zijn op de openbare wegen en hun uitrusting, schenden niet de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in samenhang gelezen met artikel 16 van de Grondwet en met artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag voor de rechten van de mens, voor zover de bevoegde rechter in concreto vermog na te gaan of de hinder die uit de bermbeplantingen van een openbare weg zou kunnen voortvloeien de last te boven gaat die in het algemeen belang aan een particulier kan worden opgelegd.”

⁷⁸ Zie hiervoor: J. VAN DE VOORDE, “Het nieuwe goederenrecht en het milieu”, *TMR* 2020, afl. 3, (272) 291, nr. 88.

⁷⁹ Memorie van Toelichting, 250.

⁸⁰ GwH 21 oktober 2021, nr. 148/2021.

⁸¹ Zie overweging B.16.2 van het arrest.

⁸² Zie overweging B.26.1 van het arrest.

⁸³ J. VAN DE VOORDE, “Het nieuwe goederenrecht en het milieu”, *TMR* 2020, afl. 3, (272) 288, nr. 69 en 290, nr. 82.

Voor het gevoerde onderzoek is echter vooral artikel 3.133, tweede lid BW van belang: *“De in het eerste lid bedoelde afstand bedraagt voor bomen die minstens twee meter hoog zijn, twee meter te rekenen vanaf het midden van de voet van de boom en voor de andere bomen, struiken en hagen een halve meter. De nabuur kan de snoeiing of rooiing eisen van de beplantingen die op een kortere afstand zijn aangebracht, tenzij de rechter van oordeel is dat zulks rechtsmisbruik uitmaakt. De rechter houdt bij dat oordeel rekening met alle omstandigheden van het geval, met inbegrip van het algemeen belang.”* (eigen nadruk)

Voortaan kan een rechter het dus strijdig achten met het algemeen belang om beplantingen te laten verwijderen.⁸⁴ In de parlementaire voorbereidingen, meer bepaald in het amendement dat de mogelijkheid voorzag om niet enkel de rooiing maar ook de loutere snoeiing uit te spreken, wordt uitdrukkelijk gewezen op de functies die beplantingen vervullen in het algemeen belang: *“Daaronder vallen, niet limitatief, de belangen van het leefmilieu, de landschappelijke waarde, en erfgoedwaarde.”*⁸⁵

22. Een duurzaam leefmilieu vereist dus een verantwoord optreden tegen beplantingen die in strijd zijn met de afstandsregels tot de perceelsgrens. In de rechtspraak werd reeds rekening gehouden met de omgeving en het algemeen belang om de vordering tot rooiing van een boom als rechtsmisbruik te kwalificeren, gelet op o.m. de noodzaak om groen te behouden in een stedelijke omgeving.⁸⁶ Recent echter diende (de Franstalige eerste kamer van) het Hof van Cassatie zich ook uit te spreken over een gelijkaardige zaak, maar hield zij er een radicaal andere visie op na. Het arrest betreft een geval van overhangende takken en komt daarom in het volgende punt aan bod (zie verder, nr. 24).

Ook bij de beoordeling van bovenmatige burenhinder, waar bomen en beplantingen wel voldoen aan de wettelijke voorschriften (en dus ‘rechtmatig’ zijn), maar toch hinder veroorzaken, werd reeds meermaals beslist dat bomen konden blijven staan, gelet op het belang van bomen voor de omgeving.⁸⁷ Merk echter op dat een evenwichtstoets steeds een *in concreto* beoordeling vereist.⁸⁸

⁸⁴ V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, V, Mechelen, Kluwer, 2021, 152.

⁸⁵ Amendementen, *Parl. St.* Kamer 2019-20, nr. 173/002, 7.

⁸⁶ Zie Vred. Luik (II) 16 februari 1976, *Rev. not. b.* 1976, (549) 552: *“que, sortant de considérations d’ordre strictement privé, il faut admettre comme le font les défendeurs, que l’intérêt public commande que, dans une ville aussi polluée que la ville de Liège, le maximum de verdure subsiste en ville. (...) que tout droit impose une charge à ceux auxquels on peut l’opposer, que le devoir de solidarité que la morale sociale impose oblige le bénéficiaire de ce droit à alléger dans la mesure où ses intérêts légitimes ne s’en trouvent pas compromis.”* Zie ook: Rb. Antwerpen 10 juni 2002, *TBBR* 2004, afl. 4, 221; Vred. Fontaine-L’Évêque 28 februari 2008, *T.Vred.* 2009, afl. 9-10, 475.

⁸⁷ Rb. Dendermonde 8 januari 2009, *TBBR* 2011, afl. 8, 407, noot J. KOKELENBERG; Rb. Dendermonde 1 maart 2012, *TMR* 2012, afl. 3, 351, noot; Rb. Bergen 1 maart 2013, *JLMB* 2014, afl. 26, 1250; Vred. Hamoir 21 november 2013 en *T.Vred.* 2015, afl. 11-12, 613.

⁸⁸ Zo kan de toepassing van de leer van bovenmatige burenhinder nog steeds leiden tot een rooiingsbeslissing. Het Hof van Cassatie oordeelde immers dat het herstel van het evenwicht tussen naburige erven kan bestaan uit de volledige kap van de bomen. Dat ontezt de eigenaar immers niet het recht om beplantingen te hebben die geen stoornis veroorzaken die de normale onge-

3. Grensoverschrijdende wortels en takken (art. 3.134 BW)

23. Artikel 3.134 BW regelt het lot van wortels en takken die doorschieten en de perceelsgrens overschrijden. Indien een eigenaar van beplantingen waarvan de takken of wortels doorschieten over de perceelsgrens, nalaat de doorschietende takken of wortels te verwijderen binnen zestig dagen na een ingebrekestelling per aangetekende zending van de buur, kan die laatste eigenmachtig, op kosten van de eigenaar van de beplantingen, die takken of wortels wegsnijden en zich toe-eigenen. Een zekere vorm van eigenrichting is hier dus verantwoord, mits de eigenaar van de beplantingen eerst werd verzocht zelf de nodige snoeiwerken uit te voeren.⁸⁹ Als de buur het doorschietende zelf wegsnijdt, draagt hij evenwel het risico voor de schade die hij aan de beplantingen toebrengt. Opnieuw heeft de wetgever aandacht voor het behoud van de beplantingen en eist men dat behoedzaam wordt omgesprongen met het doorsnijden van wortels en takken.

De buur kan eveneens eisen dat de eigenaar van de beplantingen dit zelf wegsnijdt, tenzij de rechter van oordeel is dat dit rechtsmisbruik uitmaakt. De rechter houdt bij dat oordeel rekening met alle omstandigheden van het geval, wederom met inbegrip van het algemeen belang (art. 3.134, eerste lid BW). De parlementaire voorbereidingen verschaffen een duidelijk inzicht in de achterliggende gedachte: *“Bovendien mag niet voorbij gegaan worden aan de functies die beplantingen vandaag vervullen in het algemeen belang. Wanneer een boom afsterft heeft dat niet alleen gevolgen voor de eigenaar ervan, maar ook voor het algemeen belang. Daarbij horen, niet limitatief, de belangen van het leefmilieu, de landschappelijke waarde en de erfgoedwaarde. Daarom wordt ook in deze bepalingen opgenomen dat de rechter, bij zijn beoordeling van de vordering tot wegsnijden, rekening moet houden met het algemeen belang.”*⁹⁰

24. De wetgever heeft er goed aan gedaan om in artikel 3.134 BW (en art. 3.133 BW – zie hoger, nr. 21) uitdrukkelijk op te nemen dat het algemeen belang mee in overweging wordt genomen bij het beoordelen of een bepaalde gedraging of vordering

makken van nabuurschap overstijgt (Cass. 8 februari 2010, *Arr.Cass.* 2010, afl. 2, 372, concl. J. GENICOT, *Pas.* 2010, afl. 2, 388, *RABG* 2011, afl. 11, 769, noot E. LIEVENS en S. VEREecken, *Rev. Dr.Ulg.* 2011, afl. 2, 243, *RGAR* 2010, afl. 4, nr. 14630, *Res Jur.Imm.* 2012, afl. 4, 363, *RW* 2011-12, afl. 21, 953, noot T. DE BIE, *TBBR* 2011, afl. 8, 403, noot J. KOKELENBERG en *TBO* 2011, afl. 5, 209). Zie ook: Vred. Zomergem 24 juni 2011, *NjW* 2011, afl. 250, 660, noot J. DEL CORRAL, *TBBR* 2011, afl. 8, 412, noot J. KOKELENBERG en *T.Vred.* 2013, afl. 1-2, 107, noot A. SALVE. Deze rechtspraak blijft onder het nieuwe goederenrecht overeind, zie: V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, V, Mechelen, Kluwer, 2021, 642-643. De vergunningverlenende overheid zal in principe verplicht zijn medewerking te verlenen en een vordering tot rooiming toe te kennen. Zie hiervoor: RvS 17 december 2019. Een uitzondering wordt alleen aanvaard wanneer het bestuur bij de weigering van de vergunning zich beroept op een motief waarmee de burgerlijke rechter geen rekening kon houden en dat steunt op een vaststaande en zwaarwichtige vereiste van algemeen belang. Dat zou aan de orde kunnen zijn wanneer een burgerlijke rechter bij de afweging van private belangen geen rekening kon houden met het algemeen belang, aldus het Hof van Cassatie in zijn arrest van 22 oktober 2021 (zie verder).

⁸⁹ Memorie van Toelichting, 251-252.

⁹⁰ Amendementen, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 173/002, 9.

(tot snoeiing van doorschietende takken of wortels) rechtsmisbruik uitmaakt. Op 22 oktober 2021 velde het Hof van Cassatie immers in dat verband een opmerkelijk arrest. Het Hof moest zich uitspreken over de vraag of een vordering op grond van artikel 37 van het Veldwetboek tot snoeiing van overhangende takken rechtsmisbruik uitmaakte. Volgens het Hof konden enkel de individuele belangen van de partijen worden afgewogen: *“Lorsqu’une personne privée invoque un droit à l’encontre d’une autre personne privée, le juge ne peut apprécier la proportionnalité de l’exercice qu’elle fait de ce droit à l’aune d’un intérêt collectif distinct de leurs intérêts respectifs.”*⁹¹

Het Hof is van oordeel dat de bodemrechter het algemene principe van rechtsmisbruik miskent door ook de collectieve belangen in rekening te brengen. De bodemrechter houdt immers rekening met het feit dat het perceel met de kwestieuze bomen (ook al was het een privéterrein) gelegen is in een park dat een belangrijke groene omgeving vormt in het centrum van een verstedelijkt gebied. Gelet op het belang van deze groene omgeving, zowel op esthetisch als ecologisch vlak, oordeelt de bodemrechter dat het disproportioneel zou zijn om de vordering tot snoeiing toe te kennen.⁹²

25. Het Hof van Cassatie verwierp het duurzaamheidsargument, en dat terwijl de wetgever in de recente hervorming van het goederenrecht heeft bepaald dat met het algemeen belang wel degelijk rekening kan worden gehouden. Dit cassatiearrest vormt een gemiste kans in de transitie naar een duurzamere leefomgeving.⁹³ Gelet op de nieuwe wetgeving kan een rechter perfect oordelen dat de eis tot snoeiing of rooijing van bepaalde beplantingen omwille van het duurzaamheidsargument disproportioneel is en dus rechtsmisbruik uitmaakt.

Onzes inziens kan het duurzaamheidsargument ook doorslaggevend zijn wanneer er sprake is van ‘rechtmatige’ beplantingen die toch hinder veroorzaken. Er is reeds rechtspraak in die zin waar men bij de toepassing van de leer van de bovenmatige burenhinder rekening houdt met het algemeen belang (zie hoger, nr. 22). Bovendien bepaalt artikel 3.101, § 1, tweede lid BW: *“Om de bovenmatigheid van de hinder te beoordelen, is rekening te houden met alle omstandigheden van het geval, zoals het tijdstip, de frequentie en de intensiteit van de hinder, de eerstingebruikneming of de publieke bestemming van het onroerend goed van waaruit de hinder wordt veroorzaakt.”* Welnu, ook het algemeen belang maakt deel uit van ‘alle omstandigheden van het geval’, zoals uitdrukkelijk werd verduidelijkt in de nieuwe artikelen 3.133-134 BW (zie hierboven, nr. 21).

⁹¹ Cass. 22 oktober 2021, AR C.20.0265.F/3.

⁹² In een gelijkaardige Franse zaak werd dit duurzaamheidsargument ook gemaakt, maar werd het evenmin weerhouden door het Franse Hof van Cassatie: Cass.fr. 31 maart 2012, n° 11-171313, *Receuil Dalloz* 2012, 2128, noot B. MALLET-BRICOUT en N. REBOUL-MAUPIN. Zie hierover ook: V. SAGAERT, “Property Law, Contract Law and Environmental Law: Shaking Hands with the (Historical) Enemy” in S. DEMEYERE en V. SAGAERT (eds.), *Contract and Property with an Environmental Perspective in Property Law Series*, X, Antwerpen, Intersentia, 2020, (1) 6, nr. 9.

⁹³ Zie hierover ook: D. GRUYAERT, “Het Hof van Cassatie aanvaardt geen duurzaamheidsargumenten bij de beoordeling van rechtsmisbruik” (noot onder Cass. 22 oktober 2021), te verschijnen.

C. EEN GOEDERENRECHTELIJK STATUUT VOOR DIEREN

26. De wetgever maakt voortaan een duidelijk onderscheid tussen personen, dieren en voorwerpen (art. 3.38 BW). Dat dieren voortaan te onderscheiden zijn van voorwerpen is een belangrijke nieuwigheid.⁹⁴ België volgt hiermee het voorbeeld van andere rechtsstelsels.⁹⁵ Dieren kunnen niet zomaar meer gelijk gesteld worden met lichamelijke goederen die ofwel roerend uit hun aard zijn (zie art. 528 oud BW) of onroerend door bestemming (zie art. 524 oud BW). Het hof van beroep van Antwerpen brak eerder reeds een lans voor de kwalificatie van dieren als ‘quasi-goederen’ waarop het goederenrecht niet onverkort van toepassing kan zijn.⁹⁶ *In casu* ging het over een vordering tot het verkrijgen van een omgangsrecht met een huisdier na een relatiebreuk. Het Hof oordeelde dat dieren niet zomaar konden worden herleid tot loutere (gebruiks)voorwerpen of consumptiegoederen. Meer nog, zij zouden ook dragers zijn van bepaalde rechten.⁹⁷

Dieren vormen dus een onderscheiden categorie en de wetgever erkent dat zij over een zeker gevoelsvermogen beschikken. Artikel 3.39 BW luidt als volgt: *“Dieren hebben een gevoelsvermogen en hebben biologische noden. De bepalingen met betrekking tot lichamelijke voorwerpen zijn op dieren van toepassing, met inachtneming van de wettelijke en reglementaire bepalingen ter bescherming van dieren en van de openbare orde.”*

Dat dieren een bepaalde gevoeligheid en biologische noden hebben, is aan deze wetsbepaling toegevoegd na een amendement dat wilde scherpstellen waarom dieren te onderscheiden zijn van voorwerpen.⁹⁸ Ook het Hof van Cassatie oordeelde recent nog dat dieren levende wezens met gevoelens zijn.⁹⁹ Het bijzondere statuut dat dieren in deze classificatie innemen, is als meer dan louter symboolwetgeving te beschouwen.¹⁰⁰

⁹⁴ C. ROUSSIEAU, “Classification des biens” in P. LECOCQ, I. DURANT, N. BERNARD, B. MICHAUX, J.-F. ROMAIN en V. SAGAERT (eds.), *Le nouveau droit des biens*, Brussel, Larcier, 2020, (65) 67, nr. 5.

⁹⁵ Memorie van Toelichting, 97. Zie: art. 898-1 Code civil (Québec); art. 3:2a NBW (Nederland); § 90a BGB (Duitsland); § 285a ABGB (Oostenrijk); art. 641a ZGB (Zwitserland); art. 515-14 Code civil (Frankrijk).

⁹⁶ Antwerpen 29 april 2019, *NjW* 2019, 659, noot G. DEGEEST, *TBBR* 2020, afl. 6, 364, C. DE COSTER, *TEP* 2020, afl. 1, 115, *T.Fam.* 2020, afl. 6, 171, noot E. VERNIERS en G. VERSCHULDEN en *T.Not.* 2020, afl. 1, 79, noot A. VAN DEN BOSSCHE.

⁹⁷ Zie hierover kritisch: J. VAN DE VOORDE, “Het nieuwe goederenrecht en het milieu”, *TMR* 2020, afl. 3, (272) 279, nr. 28.

⁹⁸ Amendement nr. 1, ingediend door de heer Stefaan Van Hecke (Ecolo-Groen), *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 173/2, 2.

⁹⁹ Cass. 18 juni 2020, AR C.19.0332.N.

¹⁰⁰ E. DIRIX, “Dieren zijn geen zaken”, *RW* 2014-15, 1122. Zie echter kritisch: C. ROUSSIEAU, “Classification des biens” in P. LECOCQ, I. DURANT, N. BERNARD, B. MICHAUX, J.-F. ROMAIN en V. SAGAERT (eds.), *Le nouveau droit des biens*, Brussel, Larcier, 2020, (65) 68, nr. 5.

IV. DUURZAME ONTWIKKELING VAN VASTGOED

A. CIRCULAIR BOUWEN

27. In de transitie naar een duurzamere leefomgeving speelt het principe van circulariteit een prominente rol, ook binnen het vastgoedrecht.¹⁰¹ De circulaire economie wordt naar voren geschoven als een duurzaam alternatief voor ons productie- en consumptiepatroon.¹⁰² De grondlegger van de circulaire economie is de *Ellen MacArthur Foundation*.¹⁰³ In plaats van het lineaire ‘take-make-waste’-proces is het veel duurzamer om het gebruik van goederen op een circulaire manier te benaderen, zowel tijdens het maakproces, de gebruiksfase als bij het einde van de levenscyclus van die goederen. Dat is intussen genoegzaam bekend. Goederen moeten dus ook na hun principiële levensduur zoveel als mogelijk in de economie worden gehouden om meer waarde te creëren. Centraal daarbij staat een hergebruik of recyclage van materialen om afval tot een minimum (of nul) te herleiden en om zo optimaal en zuinig mogelijk om te springen met onze grondstoffen.

De bouwsector is uiteraard een grootgebruiker van materiaal. Ook daar groeit het besef dat onze grondstoffen eindig zijn en wordt gepleit voor circulariteit en duurzaamheid.¹⁰⁴ Circulair bouwen betekent aandacht hebben voor de levenscyclus van een gebouw. Het betreft o.m. het beperken van en verantwoord omgaan met bouwafval bij afloop van de levenscyclus (zie verder, nr. 28), het hergebruiken van materialen (zie verder, nr. 29-30), maar ook het verdisconteren van de impact op de leefomgeving voor huidige en toekomstige generaties vanaf het ontwerp van een bouwwerk (zie verder, nr. 31).

¹⁰¹ Zie voor een uitgebreide analyse: B. VERHEYE, “Toekomst van de circulaire vastgoedeconomie”, *TPR* 2019, 107-196. Zie ook: D. PETOSA, “Bouwen in een circulaire economie. Een benadering vanuit het privaat aannemingsrecht” in X., *Marchés publics et privés autour et alentour de la construction / Overheidsopdrachten voor werken en private aannemingsovereenkomsten*, Limal, Anthemis, 2021, 261-280. Zie voor Nederland: C. BACKES, *Law for a circular economy*, Den Haag, Eleven International Publishing, 2017, 44 e.v.; M.A.B. CHAO-DUIVIS, “Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel I)”, *TBR* 2017, afl. 139, 915-921; E.C.A. VERMEULEN, *Circulair bouwen: knelpunten en oplossingen in het goederenrecht – Van eigendom naar product-as-a-service*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2020, 110 p. Zie ook de bijdragen (naar Belgisch, Duits en Spaans recht) over vastgoed in het verzamelwerk B. KEIRSBILCK en E. TERRYN (eds.), *Consumer Protection in a Circular Economy in Consumer Competition & Market Series*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 347 p.

¹⁰² Dat is ook uitdrukkelijk opgenomen in de Europese Green Deal van de Europese Commissie van 11 december 2019, COM(2019) 640 final en in haar mededeling “Fit for 55: het EU-klimaatstreefdoel voor 2030 bereiken op weg naar klimaatneutraliteit” van 14 juli 2021, COM(2021) 550 final.

¹⁰³ <https://ellenmacarthurfoundation.org/topics/circular-economy-introduction/overview>.

¹⁰⁴ Zie voor Nederland: M.A.B. CHAO-DUIVIS, “Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel I)”, *TBR* 2017, afl. 139, (915) 917; B. HOOPS, “Duurzaamheid en vastgoedrecht” in STICHTING LNSC GRONINGEN (ed.), *Vastgoed en duurzaamheid in Ars Notariatus*, nr. 175, Deventer, Kluwer, 2021, (1) 1. Zie ook: B. KEIRSBILCK, E. TERRYN en E. VAN GOOL, “Consumentenbescherming bij servitisation en product-dienstsystemen (PDS)”, *TPR* 2019, afl. 3-4, (817) 826, nr. 8.

28. Duurzaam materialenbeheer en het sluiten van de materialenkringloop vergt vooreerst een doorgedreven bouw- en sloopafvalstoffenbeleid. In Vlaanderen vormen het Materialendecreet¹⁰⁵ en het VLAREMA¹⁰⁶, ter omzetting van verschillende Europese Richtlijnen, hiervoor de wettelijke basis. Het Materialendecreet wil actief bijdragen aan het bereiken van de doelstellingen met betrekking tot duurzame ontwikkeling, als vermeld in artikel 7bis Gw. (art. 4, § 1 Decr.) en wenst maatregelen vast te stellen die een circulaire economie bevorderen (art. 4, § 2 Decr.). Zo is in de bouwsector bijvoorbeeld een sloopopvolgingsplan vereist bij werken van een zekere omvang.¹⁰⁷ Hoe nauwkeuriger en selectiever afbraakwerken verlopen, hoe meer materialen er potentieel kunnen worden hergebruikt of gerecycled.¹⁰⁸

De transitie naar een circulaire economie vereist dat vooral wordt ingezet op de *preventie* van afvalproducten.¹⁰⁹ Vlaanderen is vooruitstrevend op het vlak van reglementering van afvalstromen en traceerbaarheid van steenpuin uit afbraakwerken.¹¹⁰ Toch zijn er belangrijke aandachtspunten, die echter buiten het bestek van deze bijdrage vallen.¹¹¹

29. Een optimaal hergebruik en/of recyclage van bouwmaterialen vereist dat er bij het einde van de levensduur van een gebouw gedetailleerde informatie voor-

¹⁰⁵ Decr. 23 december 2011 betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen, BS 28 februari 2012. Dit decreet vervangt het Vlaamse Afvalstoffendecreet van 2 juli 1981 en plaatst het afvalbeleid in de bredere context van het materialenbeleid en het kringloopdenken. Zie hiervoor: P. DE BRUYCKER en P. MORRENS, *Afvalgids. Juridische wegwijzer voor de Vlaamse ondernemer*, bijgewerkt tot september 2020, Mechelen, Kluwer, 2021, 35; L. LAVRYSEN, "Duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen" in E. DE PUE, L. LAVRYSEN en P. STRYCKERS, *Milieuzakboekje. Leidraad voor de milieuwetgeving in Vlaanderen*, december 2020, 795-858.

¹⁰⁶ B.Vl.Reg. 17 februari 2012 tot vaststelling van het Vlaams reglement betreffende het duurzaam beheer van materiaalkringlopen en afvalstoffen, BS 23 mei 2012.

¹⁰⁷ Art. 4.3.3, § 1 VLAREMA.

¹⁰⁸ J. VOORTER en C. KOOLEN, "The Traceability of Construction and Demolition Waste in Flanders via Blockchain Technology: A Match Made in Heaven?", *JEEPL* 2021, afl. 18, (347) 351. Over het belang van een goede inventarisatie, zie ook: B. VANDROMME, *Asbest. Niet wachten tot het stof gaat liggen*, Brugge, die Keure, 2019, 80 e.v.

¹⁰⁹ N. DE SADELEER en J.-C. BONICHOT, *Droit des échets de l'UE: De l'élimination à l'économie circulaire*, Brussel, Bruylant, 2016, 190, nr. 136. Zie ook voor Nederland: C. BACKES, *Law for a circular economy*, Den Haag, Eleven International Publishing, 2017, 23 e.v.

¹¹⁰ D. PETOSA, "Bouwen in een circulaire economie. Een benadering vanuit het privaats aannemingsrecht" in X., *Marchés publics et privés autour et alentour de la construction / Overheidsopdrachten voor werken en private aannemingsovereenkomsten*, Limal, Anthemis, 2021, (261) 267, nr. 13; J. VOORTER, "Vlaamse regelgeving zet nieuwe stap in de richting van een circulaire economie", *Juristenkrant* 2019, afl. 399, 4; J. VOORTER en C. KOOLEN, "The Traceability of Construction and Demolition Waste in Flanders via Blockchain Technology: A Match Made in Heaven?", *JEEPL* 2021, afl. 18, (347) 349. Zie ook: B. MOULIGNEAU en A. VAN PELT, "De Vlaamse aanpak van de transitie naar een circulaire economie", *MER* 2019, 3-7.

¹¹¹ Zie hiervoor: W. RUBENS en B. VANHEUSDEN, "De afvalstoffenreglementering als knelpunt voor de circulaire economie: belemmeringen en mogelijke oplossingen", *MER* 2019, afl. 1, 31-43.

handen is (omtrent de aard, herkomst, kwaliteit, ...) van de materialen die in dat gebouw werden gebruikt. Een duidelijke identificatie en inventarisatie van de gebruikte bouwmaterialen is onontbeerlijk voor een efficiënte en optimale organisatie van de recyclage en het hergebruik van materialen.

Hier komt het materialenpaspoort in het vizier.¹¹² Een materialenpaspoort is een elektronisch document waarin voor een specifiek gebouw wordt opgelijst welke materialen, producten en onderdelen erin zijn verwerkt en welke opportuniteiten in termen van circulariteit dit oplevert.¹¹³ De bedoeling is om alle bouwmaterialen blijvend te laten circuleren in de economie, ook na de levensduur van het gebouw, door deze voor andere gebouwen te hergebruiken of te verwerken tot nieuwe materialen. Een transparant informatiesysteem is daarbij cruciaal. Belanghebbenden kunnen eenvoudigweg het materialenpaspoort van een gebouw downloaden.¹¹⁴ Aangezien een materialenpaspoort een digitaal overzicht biedt van vastgoedgegevens, vormt het een onderdeel van de BIM-methode (*Building Information Modelling*).¹¹⁵

Die materialenpaspoorten worden op hun beurt gebundeld in een online database, het Madaster. Na Nederland, Duitsland, Noorwegen en Zwitserland is ook in België recent het Madaster, i.e. het kadaster voor materialen, gelanceerd.¹¹⁶ Het doel van de *Madaster Foundation* is om met behulp van materialenpaspoorten de gebouwde omgeving in kaart te brengen en alle gebruikte materialen te registreren, gekoppeld aan hun locatie. Op die manier zijn materialen traceerbaar, behouden ze hun identiteit en kunnen ze te gepasten tijde worden hergebruikt eerder dan als afval verloren te gaan.

30. Het is duidelijk dat technologische ontwikkelingen en digitalisering (zoals het *Internet of Things*) een belangrijke bijdrage leveren aan de transitie naar circulair vastgoed.¹¹⁷ Door het verzamelen van data en het creëren van een compleet digitaal beeld van een gebouw verloopt niet alleen het onderhoud en beheer

¹¹² B. VERHEYE, "Toekomst van de circulaire vastgoedeconomie", *TPR* 2019, (107) 130, nr. 18. Zie voor Nederland: M.A.B. CHAO-DUIVIS, "Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel II)", *TBR* 2017, afl. 154, (1032) 1035.

¹¹³ Een 'one stop'-materialenpaspoort dat o.m. de bestaande tools bundelt, werd ontwikkeld binnen het BAMB-project (zie ook verder, voetnoot 115): www.bamb2020.eu/topics/materials-passports. Materialenpaspoorten worden niet enkel ingezet voor gebouwen, maar ook voor (roerende) producten.

¹¹⁴ Zie voor Nederland: S. VAN GULIK, "Op weg naar een veilige en circulaire bouwpraktijk", *NJB* 2019/2622.

¹¹⁵ D. PETOSA, "Multidisciplinair (samen) werken in bouwteam. Een zoektocht naar de mogelijkheden en grenzen vanuit een rechtsvergelijkend perspectief", *NjW* 2019, afl. 402, (358), 367, nr. 29; B. VERHEYE, "Toekomst van de circulaire vastgoedeconomie", *TPR* 2019, (107) 131, nr. 18.

¹¹⁶ <https://madaster.be/>.

¹¹⁷ A. APPELMANS en B. VERHEYE, "Artificiële intelligentie en het notariaat: toekomstmuziek of realiteit?", *T.Not.* 2019, afl. 12, 977-988; I. VAN GIEL, S. EGAMBERDIEV en A. APPELMANS, "Blockchain in vastgoedtransacties", *TBO* 2019, afl. 2, 165-179. Zie voor een interessante studie over afval en blockchaintechnologie: J. VOORTER en C. KOOLEN, "The Traceability of

efficiënter. Een dergelijk materialenpaspoort vormt ook een belangrijke *tool* om bij de renovatie of sloop van het gebouw te kiezen voor duurzaamheid en circulariteit.

Werken met materialenpaspoorten bevordert duurzame bouwconcepten, zoals *urban mining*. Het concept *urban mining* is een doorgedreven vorm van recyclage: in plaats van de schaarse grondstoffen uit de grond te halen door primaire ontginning haalt men deze grondstoffen uit de steden die als het ware grote mijnen van schaarse grondstoffen vormen.¹¹⁸ De transitie richting circulariteit in de bouwsector zorgt ervoor dat gebouwen meer en meer als een soort opslagplaatsen van materialen worden beschouwd.¹¹⁹

De mogelijkheid van *urban mining*, waarbij met sloopafval wordt omgaan als ware het een oogst van materialen, verdient reeds bij aanvang van een bouwproject, bij het ontwerp en de keuze van materialen en het nagaan van de beschikbaarheid ervan, de volle aandacht. Dat brengt ons bij het volgende punt.

31. De circulaire economie vereist meer dan het hergebruiken en recycleren van goederen.¹²⁰ Het vergt een holistische aanpak met aandacht voor de volledige cyclus van een goed/gebouw, vanaf het ontwerp tot aan het einde van de levensduur ervan. Reeds bij het ontwerp van gebouwen moet die duurzame langetermijnvisie aanwezig zijn om ervoor te zorgen dat de principes zoals herbruikbaarheid, demonteerbaarheid, levensloopverlenging, etc. uitwerking kunnen krijgen.¹²¹ Dat wordt 'ecodesign' genoemd.¹²² Circulair bouwen begint in de

Construction and Demolition Waste in Flanders via Blockchain Technology: A Match Made in Heaven?", *JEEPL* 2021, afl. 18, 347-369.

¹¹⁸ M. VERMASSEN, "E-waste: internationale handel en duurzaam materialenbeheer. Beoordeling van de huidige praktijken in het licht van de wetgeving", *TMR* 2014, afl. 2, (112) 117.

¹¹⁹ Zie hiervoor ook het lopende Europese onderzoeksproject BAMB (*Building as Material Banks*): www.bamb2020.eu/.

¹²⁰ A. DE BOECK, "De toenemende "verdiensting": verbintenisrechtelijke vraagstukken bij de kringloopeconomie", *TBBR* 2020, afl. 1, (14) 15; A. VAN VAERENBERGH en F. LEYMAN, "'Product als dienst'-overeenkomsten, een stap in de richting van een circulaire economie", *MER* 2019, afl. 1, (20) 21, nr. 2. Zie voor Nederland: C. BACKES, *Law for a circular economy*, Den Haag, Eleven International Publishing, 2017, 14.

¹²¹ D. PETOSA, "Bouwen in een circulaire economie. Een benadering vanuit het privaat aannemingsrecht" in X., *Marchés publics et privés autour et alentour de la construction / Overheidsopdrachten voor werken en private aannemingsovereenkomsten*, Limal, Anthemis, 2021, (261) 268, nrs. 15-16. Zie voor Nederland: C. BACKES, *Law for a circular economy*, Den Haag, Eleven International Publishing, 2017, 46 e.v.

¹²² Ecodesign is een integrale ontwerpactiviteit die naast functionaliteit, esthetiek, ergonomie, veiligheid en economische waarde, ook de milieucriteria in rekening brengt. Zie hiervoor o.m.: M. VERMASSEN, "E-waste: internationale handel en duurzaam materialenbeheer. Beoordeling van de huidige praktijken in het licht van de wetgeving", *TMR* 2014, afl. 2, (112) 123. Het Europees Parlement en de Raad hebben ook een ecodesign kaderrichtlijn afgekondigd: Richtlijn 2009/125/EG van 21 oktober 2009 betreffende de totstandbrenging van een kader voor het vaststellen van eisen inzake ecologisch ontwerp voor energiegerelateerde producten (herschikking), *Pb.L.* 31 oktober 2009, nr. 285, 10-35. Zie ook: C. BACKES, *Law for a circular economy*, Den Haag, Eleven International Publishing, 2017, 37 e.v.

ontwerpfase en vraagt een grotere verantwoordelijkheid van de ontwerpers om te waken over de keuze voor duurzame bouwmaterialen (bv. cementloos beton) en bouwtechnieken (bv. modulair bouwen) en de toekomstbestendigheid van de bouwwerken.¹²³

Duurzame vastgoedontwikkeling stelt dan ook hogere eisen op het vlak van samenwerking tussen de verschillende bouwactoren. Ook het juridische kader is als het ware circulair en niet langer lineair: circulair bouwen overstijgt de klassieke contractuele relaties en de twee-partijenverhoudingen tussen aannemer-bouwheer, bouwheer-architect, projectontwikkelaar-koper, ... Het ontwerp en de uitvoering worden niet langer als twee strikt gescheiden fasen gezien. Het is immers nuttig dat reeds tijdens de ontwerpfase een beroep kan worden gedaan op de deskundigheid van de aannemer, bijvoorbeeld wat nieuwe bouwtechnieken betreft. De multidisciplinaire samenwerkingsvorm van het bouwteam is hiervoor erg geschikt.¹²⁴ Ook geïntegreerde opdrachten zoals DBFM(O)¹²⁵ bewerkstelligen de verankering van het circulaire gedachtegoed en de levenscyclusbenadering in een bouwproject.¹²⁶ Niet alleen het ontwerp en de realisatie, maar ook de exploitatie en het onderhoud worden zo reeds van bij aanvang in rekening gebracht. Als gevolg hiervan wijzigt de traditionele verhouding tussen een opdrachtgever en een opdrachtnemer van een bouwproject. Dat is zeker het geval wanneer de klemtoon verschuift van het volle eigenaarschap van materialen naar een duurzaam gebruik ervan. De opdrachtgever is dan eerder een afnemer van een dienst. In het volgende hoofdstuk gaan we hier dieper op in.

¹²³ Zie ook voor Nederland: M.A.B. CHAO-DUIVIS, "Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen", *TBR* 2017, afl. 139, (915) 917.

¹²⁴ D. PETOSA, "Bouwen in een circulaire economie. Een benadering vanuit het privaataannemingsrecht" in X., *Marchés publics et privés autour et alentour de la construction / Overheidsopdrachten voor werken en private aannemingsovereenkomsten*, Limal, Anthemis, 2021, (261) 276, nr. 33. Zie ook: B. GORZA, "Le 'bouwteam', une équipe de construction" (noot onder Luik 28 juni 2012), *T.Aann.* 2013, afl. 3, (265) 269; D. PETOSA, "Multidisciplinair (samen) werken in bouwteam. Een zoektocht naar de mogelijkheden en grenzen vanuit een rechtsvergelijkend perspectief", *NjW* 2019, afl. 402, (358), 358, nr. 2; B. SCHUTYSER, "De gunning van overheidsopdrachten en overheidscontracten in de rechtspraak van het Hof van Justitie en de Raad van State (2012-2014): Een overzicht", *T.Gem.* 2015, afl. 4, (201) 257, nr. 253. Zie ook voor Nederland: M.A.B. CHAO-DUIVIS, "Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel IV) – Het bouwcontractenrecht", *TBR* 2018, afl. 56, (380) 381.

¹²⁵ *Design, Build, Finance, Maintenance (& Operate)*.

¹²⁶ A. LOGGHE, "De DBFM-overeenkomst: een helikoptervlucht" in A. LOGGHE, A. FRANÇOIS en K. LEUS (eds.), *Contracteren met de overheid. Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2010, (213) 216, nr. 404; S. VAN GARSSE, "De standaardisering van DBFM-projecten" in X., *Jaarboek Overheidsopdrachten 2009-2010 / Chronique des Marchés Publics 2009-2010*, Brussel, Ebpcconsulting, 2010, 288, nr.3. Zie ook voor Nederland: M.A.B. CHAO-DUIVIS, "Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel IV) – Het bouwcontractenrecht", *TBR* 2018, afl. 56, (380) 381; S. VAN GULIK, "De juridische kwalificatie van verdienstelijking in de gebouwde omgeving", *WPNR* 2021, afl. 7326, (409) 413.

B. PRODUCT AS A SERVICE

1 Het dienstenmodel vs. het eigenaarschap

32. De circulaire economie bepleit o.m. een toepassing van het dienstenmodel waarbij producenten een ‘service’ bieden aan de klant en dus niet langer hun producten verkopen, maar ze tijdelijk ter beschikking stellen van de gebruiker.¹²⁷ De klant verwerft het eigendomsrecht van die producten niet, maar heeft slechts een gebruiksrecht vergezeld van bijbehorende diensten zoals onderhoud, herstel, vervanging en terugname door de producent. De verantwoordelijkheid en controle, in het bijzonder op het vlak van de gebruikte grondstoffen, ligt bij de producent.¹²⁸ De combinatie van producten en diensten om aan de noden van de afnemer te voldoen, wordt ook het product-dienst-systeem (PDS) genoemd.¹²⁹

In de bouwsector betekent de verdienstelijking dat bepaalde gebouwonderdelen eigendom blijven van de leverancier die ervoor blijft instaan.¹³⁰ Zo zal de eigenaar van het onroerend goed slechts eigenaar zijn van het cascogebouw dat

¹²⁷ A. DE BOECK, “De toenemende “verdiensting”: verbintenisrechtelijke vraagstukken bij de kringlooeconomie”, *TBBR* 2020, afl. 1, (14) 14; D. PETOSA, “Bouwen in een circulaire economie. Een benadering vanuit het privaats aannemingsrecht” in X., *Marchés publics et privés autour et alentour de la construction / Overheidsopdrachten voor werken en private aannemingsovereenkomsten*, Limal, Anthemis, 2021, (261) 273, nr. 27; R. TIMMERMANS, “Circulair bouwen, cascohuur, servitisation, Madaster en afstand van bestandsdeelvorming”, *Huur* 2021, afl. 3, (106) 106; A. VAN VAERENBERGH en F. LEYMAN, ““Product als dienst”-overeenkomsten, een stap in de richting van een circulaire economie”, *MER* 2019, afl. 1, 20-30; B. VERHEYE, “Toekomst van de circulaire vastgoedeconomie”, *TPR* 2019, (107) 114, nr. 4. Zie voor Nederland: M.A.B. CHAO-DUIVIS, “Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel II)”, *TBR* 2017, afl. 154, (1032) 1033; T. HARTLIEF, “Het Huis van de toekomst”, *NJB* 2019/1429; V. MAK, “Van ownership naar access. Is toegang de nieuwe eigendom?”, *Ars Aequi* 2018, (664) 664; E.C.A. VERMEULEN, *Circulair bouwen: knelpunten en oplossingen in het goederenrecht – Van eigendom naar product-as-a-service*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2020, 19 e.v.

¹²⁸ D. PETOSA, “Bouwen in een circulaire economie. Een benadering vanuit het privaats aannemingsrecht” in X., *Marchés publics et privés autour et alentour de la construction / Overheidsopdrachten voor werken en private aannemingsovereenkomsten*, Limal, Anthemis, 2021, (261) 273, nr. 27.

¹²⁹ B. KEIRSBLICK, E. TERRY en E. VAN GOOL, “Consumentenbescherming bij servitisation en product-dienst-systemen (PDS)”, *TPR* 2019, afl. 3-4, (817) 820 e.v.

¹³⁰ R. TIMMERMANS, “Circulair bouwen, cascohuur, servitisation, Madaster en afstand van bestandsdeelvorming”, *Huur* 2021, afl. 3, (106) 106; R. TIMMERMANS, *Het zakelijk gebruiksrecht van erfpacht in het Nieuw Burgerlijk Wetboek*, Mechelen, Kluwer, 2021, 127; B. VERHEYE, “Toekomst van de circulaire vastgoedeconomie”, *TPR* 2019, (107) 127, nr. 12. Zie voor Nederland: M.A.B. CHAO-DUIVIS, “Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel II)”, *TBR* 2017, afl. 154, (1032) 1035; S. VAN GULIK, “De juridische kwalificatie van verdienstelijking in de gebouwde omgeving”, *WPNR* 2021, afl. 7326, (409) 410; V. MAK, “Consumentenbescherming bij servitisation [Een Nederlandse focus op de trend waarbij aanbieders steeds vaker diensten aanbieden naast of in plaats van producten]”, *TPR* 2019, afl. 3-4, (779) 782, nr. 4.

wordt afgewerkt met allerlei ‘servicepakketten’, zoals gevelbekleding, dakbedekking, maar ook verlichting, ventilatie, energievoorzieningen enzovoort.¹³¹

33. Verdienstelijking (*servitisation*) verwijst naar het proces van waardecreatie door het toevoegen van diensten aan producten.¹³² Het opzet van de verdienstelijking is om producenten ertoe aan te zetten duurzamere en kwaliteitsvollere materialen op de markt te brengen, zoals dak- en gevelbekleding die CO₂ reduceert, producten met een lange levensduur, eenvoudig te demonteren bouwelementen met het oog op hergebruik, etc.¹³³ Hoe duurzamer de producten, hoe minder herstellingen er immers nodig zijn en hoe meer winst de producent zal maken.¹³⁴

Toch is hier een belangrijke *caveat* bij te maken. De winstnastreving van de producenten kan ertoe leiden dat zij bijvoorbeeld producten sneller dan nodig zullen vervangen door betere producten waar een hogere gebruiksvergoeding tegenover staat.¹³⁵ De verdienstelijking schiet in dat geval het doel van duurzaamheid voorbij.

Bovendien garandeert de terugnameplicht van de producent nog niet dat hij de producten op een duurzame wijze zal herbestemmen. Het circulaire karakter kan dan ook best worden gewaarborgd door hieromtrent reeds een bepaling op te nemen in de terbeschikkingstellingsovereenkomst.¹³⁶ Partijen kunnen ook reeds contractueel bepalen hoe het afval dat ontstaat tijdens het productieproces van de geleverde goederen zal worden verwerkt.

34. Naast de risico’s wanneer producenten voornamelijk winst en niet duurzaamheid nastreven, is er op goederenrechtelijk vlak nog een ander aandachts-

¹³¹ R. TIMMERMANS, “Circulair bouwen, cascohuur, servitisation, Madaster en afstand van bestand-deelvorming”, *Huur* 2021, afl. 3, (106) 108. Zie voor Nederland: A.J. MES, “Goederenrechtelijke aspecten van circulair bouwen en slopen” in STICHTING LNSC GRONINGEN (ed.), *Vastgoed en duurzaamheid in Ars Notariatus*, nr. 175, Deventer, Kluwer, 2021, (37) 40. Het uitgangspunt is immers dat de producent te allen tijde eigenaar is en blijft.

¹³² Zie hiervoor uitgebreid: B. KEIRSBILCK, E. TERRYEN en E. VAN GOOL, “Consumentenbescherming bij servitisation en product-dienst-systemen (PDS)”, *TPR* 2019, afl. 3-4, (817) 820, nr. 1.

¹³³ R. TIMMERMANS, “Circulair bouwen, cascohuur, servitisation, Madaster en afstand van bestand-deelvorming”, *Huur* 2021, afl. 3, (106) 108. Zie voor Nederland: B. HOOPS, “Duurzaamheid en vastgoedrecht” in STICHTING LNSC GRONINGEN (ed.), *Vastgoed en duurzaamheid in Ars Notariatus*, nr. 175, Deventer, Kluwer, 2021, (1) 3; V. MAK, “Van ownership naar access. Is toegang de nieuwe eigendom?”, *Ars Aequi* 2018, (664) 671.

¹³⁴ A. VAN VAERENBERGH en F. LEYMAN, ““Product als dienst”-overeenkomsten, een stap in de richting van een circulaire economie”, *MER* 2019, afl. 1, (20) 21, nr. 4.

¹³⁵ B. AKKERMANS, “Duurzaam goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?”, *TPR* 2018, (1437) 1443, nr. 8. Zie ook: B. KEIRSBILCK, E. TERRYEN en E. VAN GOOL, “Consumentenbescherming bij servitisation en product-dienst-systemen (PDS)”, *TPR* 2019, afl. 3-4, (817) 827.

¹³⁶ A. VAN VAERENBERGH en F. LEYMAN, ““Product als dienst”-overeenkomsten, een stap in de richting van een circulaire economie”, *MER* 2019, afl. 1, (20) 27, nr. 27. Zie ook voor Nederland: M.A.B. CHAO-DUIVIS, “Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel II)”, *TBR* 2017, afl. 154, (1032) 1034.

punt binnen het dienstenmodel, namelijk wat de positie van de gebruiker betreft. Er is in de transitie naar meer duurzaamheid waakzaamheid geboden voor de verschraling van eigendom, gelet op het feit dat het eigenaarschap een belangrijke rechtspositie oplevert en een individueel eigendomsrecht ook maatschappelijk en economisch gezien een belangrijke functie heeft.¹³⁷

Eigendom geeft vrijheid, status en vormt een prikkel om op bepaalde manieren verantwoordelijker te handelen.¹³⁸ Men mag dan ook het belang niet onderschatten van deze vrijheid van eigendom en de mogelijkheid van een vrije circulatie van goederen die men als eigen goederen kan beschouwen.¹³⁹ Een loutere gebruiker van een goed bevindt zich in een veel zwakkere rechtspositie en heeft niet het recht om als eigenaar het volle gebruik uit te oefenen, het goed te gelde te maken (door overdracht of het verlenen van zakelijke (zekerheids)rechten¹⁴⁰), te revindiceren, recyclen, etc.¹⁴¹ Als eigenaar zal men doorgaans ook omzichtiger met een goed omspringen dan wanneer men slechts een tijdelijk gebruiksrecht uitoefent. Dat maakt dat er ook voor het private eigendomsrecht nog steeds een belangrijke rol is weggelegd in het streven naar meer duurzaamheid.

2. *De onroerende natrekking en het eenheidsbeginsel als goederenrechtelijke belemmeringen*

35. Het goederenrecht wordt beschouwd als een juridische belemmering voor het dienstenmodel.¹⁴² Het is voor de producent/dienstverlener immers cruciaal

¹³⁷ Zie voor Nederland: V. MAK, "Van ownership naar access. Is toegang de nieuwe eigendom?", *Ars Aequi* 2018, (664) 664. Zie ook: B. KEIRSBILCK, E. TERRY en E. VAN GOOL, "Consumentenbescherming bij servitisation en product-dienst-systemen (PDS)", *TPR* 2019, afl. 3-4, (817) 825.

¹³⁸ M.A.B. CHAO-DUIVIS, "Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel II)", *TBR* 2017, afl. 154, (1032) 1041.

¹³⁹ B. AKKERMANS, "Duurzaam goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?", *TPR* 2018, (1437) 1441, nr. 5.

¹⁴⁰ Zie hiervoor ook: M.E. STORME en F. HELSEN, "The function of private property and its future" in E. LAUROBA LACASA en J. TARABAL BOSCH (eds.), *El derecho de propiedad en la construcción del derecho privado europeo*, Valencia, Tirant, 2018, (133) 134, nr. 4.

¹⁴¹ V. MAK, "Consumentenbescherming bij servitisation [Een Nederlandse focus op de trend waarbij aanbieders steeds vaker diensten aanbieden naast of in plaats van producten]", *TPR* 2019, afl. 3-4, (779) 786, nr. 9.

¹⁴² R. TIMMERMANS, "Circulair bouwen, cascohuur, servitisation, Madaster en afstand van bestanddeelvorming", *Huur* 2021, afl. 3, (106) 108; B. VERHEYE, "Toekomst van de circulaire vastgoedeconomie", *TPR* 2019, (107) 120, nr. 8. Zie ook voor Nederland: T. HARTLIEF, "Het Huis van de toekomst", *NJB* 2019/1429; B. HOOPS, "Duurzaamheid en vastgoedrecht" in STICHTING LNSC GRONINGEN (ed.), *Vastgoed en duurzaamheid in Ars Notariatus*, nr. 175, Deventer, Kluwer, 2021, (1) 4; V. MAK, "Van ownership naar access. Is toegang de nieuwe eigendom?", *Ars Aequi* 2018, (664) 666-667; A.J. MES, "Goederenrechtelijke aspecten van circulair bouwen en slopen" in STICHTING LNSC GRONINGEN (ed.), *Vastgoed en duurzaamheid in Ars Notariatus*, nr. 175, Deventer, Kluwer, 2021, (37) 44; E.C.A. VERMEULEN, *Circulair bouwen: knelpunten en oplossingen in het goederenrecht – Van eigendom naar product-as-a-service*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2020, 24 e.v.

dat de eigendom van de geleverde goederen niet overgaat op de gebruiker en dat dit eigendomsrecht tegenwerpelijk is aan derden, zoals de rechtsopvolgers en de schuldeisers van de gebruiker.

Het eigendomsrecht van de producent dreigt echter van rechtswege verloren te gaan wanneer de geleverde goederen, gelet ook op het gebruik waarvoor ze zijn bestemd (lichtarmaturen, sanitaire voorzieningen, meubilair, liften), worden geïncorporeerd in een onroerend goed. De geleverde producten worden inherente bestanddelen van het gebouw. De onroerende natrekking vormt aldus een belangrijke hindernis voor de ontwikkeling van een circulaire vastgoedeconomie.¹⁴³

36. Het vermoeden van natrekking kan wel worden weerlegd wanneer er sprake is van een opstalrecht. Nog los van de praktische bezwaren die de vestiging van een opstalrecht teweegbrengt (zoals de maximum duurtijd, de vereiste van een authentieke akte en de kosten voor registratie), is er echter ook een juridisch-technische belemmering voor de inzetbaarheid van het recht van opstal in de circulaire economie. Een opstalrecht kan immers enkel betrekking hebben op het oprichten van zelfstandige constructies.¹⁴⁴ Het opstalrecht is bijvoorbeeld geschikt voor het plaatsen van zonnepanelen, maar is problematisch wanneer het gaat over zonnedakpannen.¹⁴⁵

Dat is het gevolg van het eenheidsbeginsel volgens welk een zakelijk recht steeds het goed in zijn geheel betreft en dus niet kan worden gevestigd op een onzelfstandig bestanddeel van dat goed.¹⁴⁶ Dat maakt het opstalrecht ongeschikt voor verbeteringswerken of herstellingen binnen een circulair bouwproces. De (al dan niet achterhaalde) relevantie van het eenheidsbeginsel wordt in de volgende paragraaf onderzocht.

37. Het goederenrechtelijke eenheidsbeginsel kent een dubbele bestaansreden. Het wil het vlotte verkeer van goederen bevorderen door (1) rechtszekerheid te geven aan derden die op hun waarneming mogen vertrouwen dat alle onderdelen van een goed één zakenrechtelijk statuut hebben en (2) bescherming te bieden aan

¹⁴³ B. VERHEYE, "Toekomst van de circulaire vastgoedeconomie", *TPR* 2019, (107) 160, nr. 33. Zie ook voor Nederland: M.A.B. CHAO-DUIVIS, "Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel II)", *TBR* 2017, afl. 154, (1032) 1036-1037; V. MAK, "Van ownership naar access. Is toegang de nieuwe eigendom?", *Ars Aequi* 2018, (664) 668.

¹⁴⁴ A. VAN VAERENBERGH en F. LEYMAN, "'Product als dienst'-overeenkomsten, een stap in de richting van een circulaire economie", *MER* 2019, afl. 1, (20) 29, nr. 34.

¹⁴⁵ B. VERHEYE, "Toekomst van de circulaire vastgoedeconomie", *TPR* 2019, (107) 164.

¹⁴⁶ P. LECOCQ en R. POPA, "Dispositions générales" in P. LECOCQ, I. DURANT, N. BERNARD, B. MICHAUX, J.-F. ROMAIN en V. SAGAERT (eds.), *Le nouveau droit des biens*, Brussel, Larcier, 2020, (15) 30, nr. 22; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, V. Mechelen, Kluwer, 2021, 176, nr. 174. Zie voor Nederland: V. MAK, "Van ownership naar access. Is toegang de nieuwe eigendom?", *Ars Aequi* 2018, (664) 668; A.J. MES, "Goederenrechtelijke aspecten van circulair bouwen en slopen" in STICHTING LNSC GRONINGEN (ed.), *Vastgoed en duurzaamheid in Ars Notariatus*, nr. 175, Deventer, Kluwer, 2021, (37) 40.

de waarde en handelbaarheid van het goed in zijn geheel, ervan uitgaand dat het volledige goed steeds meer waard is dan de som van de afzonderlijke bestanddelen.¹⁴⁷

Het nieuwe goederenrecht voorziet in een uitdrukkelijke wettelijke basis voor het eenheidsbeginsel (art. 3.8, § 2 BW).¹⁴⁸ Inherente bestanddelen missen voldoende autonomie om een apart zakenrechtelijk statuut te hebben, zo luidt het in de parlementaire voorbereidingen.¹⁴⁹ Wettelijke uitzonderingen zijn wel mogelijk. De meest voor de hand liggende uitzondering op het eenheidsbeginsel is het recht van opstal dat de natrekking verhindert.¹⁵⁰ Hierin schuilt volgens B. VERHEYE een zekere paradox, aangezien het eenheidsbeginsel wel relevant blijft voor het voorwerp van het opstalrecht, dat vatbaar moet zijn voor een zelfstandig bestaan (zie ook hoger, nr. 36).¹⁵¹

Recent beargumenteerde B. VERHEYE dat de belangen die het eenheidsbeginsel wil beschermen, verzoenbaar zijn met het duurzaamheidsbeginsel en de doelstellingen van een circulaire economie.¹⁵² Vooreerst is de doelstelling van de waardebescherming ('het geheel is meer waard dan de aparte bestanddelen') binnen een circulaire economie niet langer een argument om alle bestanddelen van een goed samen te houden, wel integendeel. Gelet op de paradigmashift van hoe met goederen wordt omgegaan, de aandacht voor het ontmantelen en hergebruiken van goederen, is het voor de waardebescherming volgens het circulaire gedachtegoed net beter om elk afzonderlijk bestanddeel apart te beschouwen.

Naast waardebehoud biedt het eenheidsbeginsel echter ook rechtszekerheid. Aan het criterium van de rechtszekerheid kan in de transitie naar een circulaire economie niet zomaar worden voorbijgegaan, gezien het ook verband houdt met de *erga omnes*-tegenwerpbaarheid van zakelijke rechten.¹⁵³ Rechtszekerheid staat of valt met transparantie en kenbaarheid naar derden toe. Vandaar moet worden onderzocht of er geen alternatieven zijn waarbij publiciteit de eenheid van de zaak

¹⁴⁷ V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, V, Mechelen, Kluwer, 2021, 176-177; B. VERHEYE, "Toekomst van de circulaire vastgoedeconomie", *TPR* 2019, (107) 144. Zie voor Nederland: M.A.B. CHAO-DUIVIS, "Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel II)", *TBR* 2017, afl. 154, (1032) 1037; T. HARTLIEF, "Het Huis van de toekomst", *NJB* 2019/1429; P.J. VAN DER PLANK, *Natrekking door onroerende zaken in Serie Onderneming en Recht, Deel 94*, Nijmegen, Kluwer, 2016, 129 e.v.

¹⁴⁸ Art. 3.8, § 2 BW: "Een inherent bestanddeel van een goed is een noodzakelijk element van dit goed dat er niet kan worden van afgescheiden zonder afbreuk te doen aan de fysieke of functionele substantie van dit goed."

Niettegenstaande enig andersluidend beding en behoudens indien de wet anders bepaalt, kan een zakelijk recht niet afzonderlijk op een inherent bestanddeel van een goed worden gevestigd, strekt een zakelijk recht op een goed zich van rechtswege uit tot zijn inherente bestanddelen en strekt elke daad van beschikking met betrekking tot een goed zich van rechtswege uit tot zijn inherente bestanddelen."

¹⁴⁹ Memorie van Toelichting, 25.

¹⁵⁰ Memorie van Toelichting, 26.

¹⁵¹ B. VERHEYE, "Toekomst van de circulaire vastgoedeconomie", *TPR* 2019, (107) 165.

¹⁵² B. VERHEYE, "Toekomst van de circulaire vastgoedeconomie", *TPR* 2019, (107) 168 e.v.

¹⁵³ B. VERHEYE, "Toekomst van de circulaire vastgoedeconomie", *TPR* 2019, (107) 145.

vervangt als criterium voor rechtszekerheid, en waardoor verschillende bestanddelen van een goed een ander zakenrechtelijk statuut kunnen hebben zonder dat een derde hieromtrent misleid kan zijn. De Nederlandse auteur M.A.B. CHAO-DUIVIS omschrijft het treffend als volgt: “*Het eenheidsbeginsel is helemaal geen beginsel en ook nooit geweest, maar is slechts een (bewijs)middel om het – echte – beginsel rechtszekerheid te dienen.*”¹⁵⁴

3. Alternatieve oplossingen: nood aan een aangepast wettelijk kader

a. Versoepelde toepassing van het opstalrecht

38. Een eerste voorstel dat in de literatuur reeds werd ontwikkeld, is de uitbreiding van het voorwerp van het recht van opstal tot alle bestanddelen en dus het verlaten van het zelfstandigheidsvereiste, mits de rechtszekerheid ten aanzien van derden is gewaarborgd.¹⁵⁵ Het eigendomsrecht van de producent zou dus gevrijwaard zijn door hem een opstalrecht toe te kennen. Daarbij is de meest voor de hand liggende bescherming ten aanzien van derden de publicatie van het opstalrecht in het hypotheekregister. B. VERHEYE pleit echter voor een bijzondere vorm van (circulair) opstalrecht die op een meer flexibele wijze kan worden gevestigd en beëindigd.¹⁵⁶ De digitale techniek biedt andere mogelijkheden om de rechtszekerheid te waarborgen. Zo zou het reeds vermelde Madaster¹⁵⁷ of BIM¹⁵⁸ (zie hoger, nr. 29) dienst kunnen doen om aan derden de nodige informatie over het eigendomsstatuut van de bestanddelen te verschaffen.

Op vandaag lijkt het circulaire recht van opstal, wanneer men hieraan een uitdrukkelijk ander regime wil geven dan het gekende zelfstandig opstalrecht, moeilijk verenigbaar met het *numerus clausus* beginsel dat in het nieuwe goederenrecht een uitdrukkelijke wettelijke verankering kreeg (art. 3.3 BW). Bovendien blijft een opstalrecht bij uitstek slechts een *tijdelijk* eigendomsrecht, ook al is de maximumduurtijd van het opstalrecht nu verlengd tot 99 jaar (art. 3.180, eerste lid BW) en kan het in uitzonderlijke gevallen eeuwigdurend zijn (art. 3.180, tweede lid BW). De bedoeling van de circulaire bouweconomie is echter dat er op geen enkel moment, en al zeker niet bij het einde van de contractuele relatie of de levensduur van het product, een eigendomsoverdracht plaatsvindt. Het eigendomsrecht van – en dus

¹⁵⁴ M.A.B. CHAO-DUIVIS, “Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel II)”, *TBR* 2017, afl. 154, (1032) 1038.

¹⁵⁵ M.A.B. CHAO-DUIVIS, “Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel II)”, *TBR* 2017, afl. 154, (1032) 1039-1040; B. VERHEYE, “Toekomst van de circulaire vastgoedeconomie”, *TPR* 2019, (107) 171, nr. 40; E.C.A. VERMEULEN, *Circulair bouwen: knelpunten en oplossingen in het goederenrecht – Van eigendom naar product-as-a-service*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2020, 44 e.v.

¹⁵⁶ B. VERHEYE, “Toekomst van de circulaire vastgoedeconomie”, *TPR* 2019, (107) 173.

¹⁵⁷ B. VERHEYE, “Toekomst van de circulaire vastgoedeconomie”, *TPR* 2019, (107) 174.

¹⁵⁸ M.A.B. CHAO-DUIVIS, “Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel II)”, *TBR* 2017, afl. 154, (1032) 1038.

ook de verantwoordelijkheid voor – de producten blijft bij de producent. De producent is verplicht om de producten terug te nemen en in te staan voor de circulaire behandeling ervan aan het einde van de levensduur. Minstens zou de wetgever dus in een bijkomende mogelijkheid van een eeuwigdurend opstalrecht moeten voorzien wil men een performant juridisch kader creëren voor de circulaire bouwconomie. Echter wordt in de circulaire bouwpraktijk de vestiging van een opstalrecht in het algemeen soms als hinderlijk ervaren, aangezien men voor de notaris moet verschijnen en de kosten voor de hypothecaire registratie moet dragen.¹⁵⁹ Vandaar stellen wij in het volgende punt een alternatief juridisch kader voor.

b. Versoepelde toepassing van het eigendomsvoorbehoud

39. Het komt mij voor dat er nog een andere rechtsfiguur geschikt is voor de verwezenlijking van een circulaire en duurzame vastgoedontwikkeling, meer bepaald het eigendomsvoorbehoud. De vestiging van een beperkt zakelijk recht (opstal) in hoofde van de producent is immers overbodig gelet op het feit dat de producent over de volle eigendom beschikt van de geleverde goederen in kwestie. Dat eigendomsrecht wordt bij de levering voorbehouden, aangezien het niet de bedoeling is dat de gebruiker eigenaar wordt. Dat is net de kerngedachte van het dienstenmodel. Onzes inziens sluit het volle eigendomsrecht van de producent dan ook beter aan bij wat wordt beoogd in het dienstenmodel dan de vestiging van een opstalrecht.

40. Critici zullen opmerken dat een uitzondering op de natrekking (en op de bestanddeelvorming) enkel mogelijk is onder de vorm van een recht van opstal.¹⁶⁰ Deze stelling moet echter worden genuanceerd. De rechtshandeling van de verzaking aan de natrekking kwalificeert inderdaad steeds als de vestiging van een opstalrecht. Dat maakt dat volume-eigendom niet kan bestaan buiten de wettelijke grondslag van het opstalrecht om.¹⁶¹ Er zijn echter, naast het opstalrecht, nog wettelijke uitzonderingen op de leer van de natrekking. Zo vormt het regime van het appartementsrecht (de gedwongen mede-eigendom van gebouwen of groepen van gebouwen) een uitschakeling van de natrekking en omkering van het eenheidsbeginsel.¹⁶²

¹⁵⁹ Zie ook: A. VAN VAERENBERGH en F. LEYMAN, ““Product als dienst”-overeenkomsten, een stap in de richting van een circulaire economie”, *MER* 2019, afl. 1, (20) 29, nr. 36.

¹⁶⁰ Zie hiervoor: V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, V, Mechelen, Kluwer, 2021, 179, nr. 177: “Elke verzaking aan de natrekking dient voortaan te gebeuren binnen het kader van een opstalrecht.”

De opstellers van boek 3 BW bevestigen hiermee de klassieke visie van het Hof van Cassatie (Memorie van Toelichting, 333) en komen zo tegemoet aan de onzekerheid die was ontstaan door het cassatiearrest van 6 september 2018 (Cass. 6 september 2018, *JLMB* 2019, afl. 38, 1787, noot P.L., *RCJB* 2019, afl. 2-3, 229, noot J. PERILLEUX, *RW* 2019-20, afl. 2, 55, noot V. SAGAERT, *TBO* 2019, afl. 4, 315 en T.Not. 2019, afl. 2, 117, noot N. VAN DAMME).

¹⁶¹ V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, V, Mechelen, Kluwer, 2021, 973, nr. 1073.

¹⁶² S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen in Property Law Series*, II, Antwerpen, Intersentia, 2015, 357 e.v.; V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch*

Welnu, ook de werking van het (geregistreerde) eigendomsvoorbehoud vormt een wettelijke uitzondering op de leer van de natrekking en op het eenheidsbeginsel.¹⁶³ De nieuwe Pandwet, die in werking is getreden op 1 januari 2018, bepaalt dat wanneer de verkochte goederen geleverd onder eigendomsvoorbehoud onroerend zijn geworden door incorporatie, het eigendomsvoorbehoud toch behouden blijft op voorwaarde van registratie in het pandregister (art. 71 Pandwet). De verkochte goederen blijven onderworpen aan een apart goederenrechtelijk statuut (zijnde het eigendomsrecht van de leverancier) ondanks de incorporatie in een onroerend goed.

De mogelijkheid tot registratie van het eigendomsvoorbehoud bevestigt dat een bestanddeel het voorwerp kan uitmaken van een apart zakelijk recht, zolang dat zakenrechtelijk statuut maar kenbaar is voor derden.¹⁶⁴ In Nederland werd destijds in het Ontwerp Meijers eveneens voorgesteld dat inschrijving van het eigendomsvoorbehoud kon voorkomen dat de verkochte zaak bestanddeel werd van de onroerende zaak.¹⁶⁵ Deze bepaling werd niet weerhouden, omdat men het voldoende achtte dat zich in de praktijk een verkeersopvatting zou kunnen vormen die aan een beding van eigendomsvoorbehoud werking toekent, juist in die gevallen dat afscheiding als economisch niet onwenselijk en als een reëel belang van de maker van het beding kan worden beschouwd.¹⁶⁶ Een dergelijke verkeersopvatting zou kunnen ontstaan wanneer de circulaire economie verder opmars vindt. De registratie van het eigendomsvoorbehoud in het Belgische pandregister zorgt er echter voor dat men niet afhankelijk is van een actuele verkeersopvatting in een welbepaald geval. De publicatie biedt de nodige rechtszekerheid ten aanzien van derden waarmee het argument van het (achterhaalde) eenheidsbeginsel kan worden weerlegd. Merk op dat er steeds vaker wettelijke uitzonderingen worden gemaakt op het eenheidsbeginsel, ook in het nieuwe boek 3 BW.¹⁶⁷

Privaatrecht, V, Mechelen, Kluwer, 2021, 499, nr. 517: “Hiermee vormt het opstellen van een basisakte samen met het vestigen van een opstalrecht de enige mogelijkheid om af te wijken van de natrekking.”

¹⁶³ Ook de opstellers van het nieuwe goederenrecht bevestigen dit uitdrukkelijk: Memorie van Toelichting, 26.

¹⁶⁴ B. VERHEYE, “Toekomst van de circulaire vastgoedeconomie”, *TPR* 2019, (107) 176.

¹⁶⁵ Zie art. 3.1.1.3., derde lid Ontwerp Meijers in C.J. VAN ZEBEN, J.W. DU PON en M.M. OLTHOF, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer, Kluwer, 1981, 72. Zie hierover: M.A.B. CHAO-DUIVIS, “Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel II)”, *TBR* 2017, afl. 154, (1032) 1039; A.J. MES, “Goederenrechtelijke aspecten van circulair bouwen en slopen” in STICHTING LNSC GRONINGEN (ed.), *Vastgoed en duurzaamheid in Ars Notariatus*, nr. 175, Deventer, Kluwer, 2021, (37) 47; P.J. VAN DER PLANK, *Natrekking door onroerende zaken in Serie Onderneming en Recht, Deel 94*, Nijmegen, Kluwer, 2016, 139.

¹⁶⁶ C.J. VAN ZEBEN, J.W. DU PON en M.M. OLTHOF, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, Boek 3, Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer, Kluwer, 1981, 77.

¹⁶⁷ Zie bv. art. 3.111 BW dat handelt over de gemene muur en bepaalt dat indien één mede-eigenaar op eigen kosten de muur heeft verhoogd, het opgetrokken gedeelte van de muur eigen is aan die ene mede-eigenaar en dus een aparte zakenrechtelijk statuut heeft. Ook de roerendmaking door anticipatie (art. 3.48, eerste lid BW) is een wettelijke uitzondering op het eenheidsbeginsel. Bij deze wettelijke uitzonderingsgevallen is er niet eens sprake van een alternatieve

41. De registratie in het pandregister verleent aan de verkoper onder eigendomsvoorbehoud een superprioriteit (art. 58, tweede lid Pandwet) en bescherming tegen het tenietgaan van zijn eigendomsrecht.¹⁶⁸ Wij pleiten ervoor om de mogelijkheid tot registratie *a fortiori* open te stellen voor een leverancier die het eigendomsrecht onvoorwaardelijk wil voorbehouden (binnen het dienstenmodel) en niet louter tot zekerheid van betaling van de volledige koopprijs door de koper.¹⁶⁹ Naar huidig recht is het eigendomsvoorbehoud het beding dat de eigendomsoverdracht opschort tot de volledige betaling van de prijs (art. 69, eerste lid Pandwet). Eigendomsvoorbehoud zou ook mogelijk moeten zijn wanneer er geen sprake is van een (uitgestelde) eigendomsoverdracht, maar wanneer het eigendomsrecht bij de producent blijft, zoals in circulaire transacties.¹⁷⁰

De huidige wettelijke bepalingen over het eigendomsvoorbehoud voorzien reeds in een ruim toepassingsgebied (in vergelijking met oud art. 101 Faill.W.). Het terugvorderingsrecht krachtens een beding van eigendomsvoorbehoud kan worden uitgeoefend ongeacht de juridische aard van de overeenkomst waarin het is opgenomen (art. 69, *in fine* Pandwet), en dus niet langer uitsluitend bij verkoopovereenkomsten. Het eigendomsvoorbehoud kan ook in gemengde koop/aanneming-, inbreng- en ruilovereenkomsten zijn opgenomen.¹⁷¹ Wel waarborgt het op vandaag nog steeds uitsluitend de betaling van de koopprijs van het betreffende goed, en dus bijvoorbeeld niet de onderhoudsdiensten. De versoepeling waar wij voor pleiten, is de mogelijkheid tot registratie van een eigendomsrecht in het pandregister (of een ander openbaar register) voor alle geleverde goederen, ook deze waar een onvoorwaardelijk eigendomsvoorbehoud voor wordt gemaakt, niet enkel voor goederen verkocht onder eigendomsvoorbehoud tot zekerheid van betaling van de koopprijs.

De bescherming tegen de onroerendmaking door incorporatie en de mogelijkheid tot revindicatie moeten immers gelden niet enkel voor eigenaars die eigenaar willen blijven tot de koopprijs is betaald (bv. een verkoper onder eigendomsvoorbehoud van zonnepanelen), maar ook voor eigenaars die onvoorwaardelijk eigenaar willen blijven (bv. een verhuurder van zonnepanelen).¹⁷² De omgekeerde situatie doet immers een niet te rechtvaardigen verschil in behandeling ont-

vorm van rechtszekerheid ten aanzien van derden, zoals bij het eigendomsvoorbehoud wel is bepaald door de publicatie in het pandregister. Zie voor nog enkele bijzondere uitsluitingen van de natrekkingsregel: S. BOULX, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen in Property Law Series*, II, Antwerpen, Intersentia, 2015, 405 e.v.

¹⁶⁸ Zie hiervoor uitgebreid: A. APERS en D. GRUYAERT, "Eigendomsvoorbehoud en onroerende incorporatie volgens de nieuwe pandwet: welk nieuws onder de zon?", *TPR* 2015, afl. 1, 83-124.

¹⁶⁹ Zie in gelijkaardige zin ook: M.A.B. CHAO-DUIVIS, "Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel II)", *TBR* 2017, afl. 154, (1032) 1040, die wijst op de bescherming van het eigendomsrecht ook nadat de prijs betaald is.

¹⁷⁰ *Contra*: A. VAN VAERENBERGH en F. LEYMAN, "'Product als dienst'-overeenkomsten, een stap in de richting van een circulaire economie", *MER* 2019, afl. 1, (20) 30, nr. 40.

¹⁷¹ *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2463/005, 31; A. APERS en D. GRUYAERT, "Eigendomsvoorbehoud en onroerende incorporatie volgens de nieuwe pandwet: welk nieuws onder de zon?", *TPR* 2015, afl. 1, (83) 93.

¹⁷² Zie ook voor Nederland: E.C.A. VERMEULEN, *Circulair bouwen: knelpunten en oplossingen in het goederenrecht – Van eigendom naar product-as-a-service*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2020, 85.

staan.¹⁷³ Vandaag dient een verhuurder van zonnepanelen bijkomend over een opstalrecht te beschikken, wil hij zijn eigendomsrecht kunnen vrijwaren tegen incorporatie. De circulaire bouweconomie zou erbij gebaat zijn de bescherming van de eigenaar-leverancier te verruimen, aangezien huur (vanuit de insteek ‘*product as a service*’) net een duurzamer alternatief is voor de koop/verkoop. Het risico is niet ondenkbaar dat een verhuurder van zonnepanelen, die de omweg van een opstalrecht niet wil maken, de panelen vandaag dan maar zal verkopen onder eigendomsvoorbehoud.

C. DUURZAAMHEID IN HET AANBESTEDINGSRECHT

1. Algemeen

42. In de transitie naar circulair vastgoed, en duurzaamheid in het algemeen, is een belangrijke rol weggelegd voor de overheid. De overheid heeft een sturende functie en een voorbeeldfunctie.¹⁷⁴ Ook bij aanbestedingen moet worden ingezet op het langetermijndenken o.m. door ruimte te bieden aan de markt om te innoveren en circulair te bouwen.¹⁷⁵ Traditioneel eindigt een bouwopdracht bij de oplevering van het gebouw en is de aanbestedende overheid vooral gefocust op de investeringskost en de prijs bij oplevering. Een opdracht hoeft in een circulaire economie echter niet te eindigen bij de oplevering van het gebouw. Zo kunnen naast de plaatsing van een bepaald werk ook bepaalde diensten, zoals onderhoud tijdens de levensduur van het gebouw, worden overeengekomen. Een opdrachtnemer die na oplevering van een gebouw ook moet instaan voor de onderhouds- en verbruikskosten ervan wordt aangemoedigd om een duurzaam en energiearm gebouw te ontwikkelen.¹⁷⁶ De aanbestedende overheid dient bijgevolg meer dan enkel de prijs bij oplevering in rekening te brengen. Naast de investeringskost is er immers ook de operationele kost.

Die voortrekkersrol van de overheid vertaalt zich in circulair aanbesteden.¹⁷⁷ Circulaire aanbesteding houdt in dat de overheid de achterliggende beleidsidee

¹⁷³ Zie ook: B. VERHEYE, “Toekomst van de circulaire vastgoedeconomie”, *TPR* 2019, (107) 177.

¹⁷⁴ J. GEERTS, “Hoe koop ik groen/sociaal/ethisch? Duurzaam aanbesteden onder de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten”, *T.Gem.* 2017, afl. 1, (23) 23, nr. 1. Zie voor Nederland: G.J. HUIJTH, “Duurzaam specificeren! Balanceren op het grensvlak tussen duurzame ambities en de beginselen van het aanbestedingsrecht”, *TBR* 2021, afl. 14, (106) 106; C. BACKES, *Law for a circular economy*, Den Haag, Eleven International Publishing, 2017, 31 e.v. en 54 e.v.

¹⁷⁵ Zie ook voor Nederland: M.A.B. CHAO-DUIVIS, “Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel III) – Het aanbestedingsrecht”, *TBR* 2018, afl. 1, (2) 2; S. VAN GULIJK, “Over de wortels van maatschappelijk verantwoord aanbesteden in het Nederlandse bouwproces”, *TBR* 2021/12, (90) 90.

¹⁷⁶ J. GEERTS, “Hoe koop ik groen/sociaal/ethisch? Duurzaam aanbesteden onder de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten”, *T.Gem.* 2017, afl. 1, (23) 36, nr. 62.

¹⁷⁷ A. VERLINDEN, E. DE RAEYMAECKER en T. CHRISTIAENS, “Circulair aanbesteden. De gunning van overheidsopdrachten als bouwsteen voor een circulaire economie” in X., *Jaarboek Overheidsopdrachten 2018-2019*, Brussel, Epbconsulting, 2019, (255) 259.

van circulariteit concreet gaat toepassen bij het uitschrijven van een opdracht. Dat vergt een extra inspanning. Zo zal de overheid een behoefteanalyse moeten voeren en o.m. bepalen welke vorm van circulariteit (hergebruik, recyclage, herstel, delen, ...) zij *in casu* beoogt. De overheid dient zich de vraag te stellen wat zij werkelijk nodig heeft (en wat niet), of zij ook het juridische eigenaarschap van een goed wil verwerven, etc.¹⁷⁸ In het bepalen van het voorwerp van de opdracht moet de circulariteit dus reeds verankerd zijn.

Circulair aanbesteden vereist ook een zekere soepelheid van de overheid. Zo lijkt het niet wenselijk om bij het omschrijven van de opdracht exacte technische eisen op te leggen, maar is het aangewezen om een functionele benadering te hanteren; de overheid heeft duidelijk aan wat haar behoefte is en welk doel zij wil bereiken (bv. een kantoorgebouw voorzien van verlichting of verwarming) eerder dan dat zij de omschrijving van een product vastlegt.¹⁷⁹

43. Het valt op dat er in het aanbestedingsrecht wettelijke *tools* voorhanden zijn om in te zetten op duurzaamheid, maar dit in de praktijk vaak dode letter blijft. In de overwegende bepalingen van de Richtlijn 2014/24/EU betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten wordt nochtans opgemerkt dat overheidsopdrachten een belangrijke rol spelen en één van de marktinstrumenten zijn die kunnen worden ingezet om een slimme, duurzame en inclusieve groei te bereiken.¹⁸⁰ De wettelijke bepalingen voorzien in de mogelijkheid om circulair aan te besteden, maar geenszins in een verplichting hiertoe. Richtlijn 2014/24/EU bepaalt uitdrukkelijk dat gezien de grote verschillen tussen sectoren en markten het niet raadzaam zou zijn voor overheidsopdrachten algemene verplichtingen voor ecologisch en sociaal verantwoorde en innovatieve aanbestedingen vast te stellen.¹⁸¹ Dwingende aanbestedingsvoorschriften zijn er tot nader order enkel in sectorspecifieke regelingen (zie echter ook verder, nr. 49).¹⁸²

¹⁷⁸ A. VERLINDEN, E. DE RAEYMAECKER en T. CHRISTIAENS, "Circulair aanbesteden. De gunning van overheidsopdrachten als bouwsteen voor een circulaire economie" in X., *Jaarboek Overheidsopdrachten 2018-2019*, Brussel, Epbconsulting, 2019, (255) 259. Zie voor Nederland: M.A.B. CHAO-DUIVIS, "Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel III) – Het aanbestedingsrecht", *TBR* 2018, afl. 1, (2) 8.

¹⁷⁹ A. VERLINDEN, E. DE RAEYMAECKER en T. CHRISTIAENS, "Circulair aanbesteden. De gunning van overheidsopdrachten als bouwsteen voor een circulaire economie" in X., *Jaarboek Overheidsopdrachten 2018-2019*, Brussel, Epbconsulting, 2019, (255) 260. Zie voor Nederland: G.J. HUIJTH, "Duurzaam specificeren! Balanceren op het grensvlak tussen duurzame ambities en de beginselen van het aanbestedingsrecht", *TBR* 2021, afl. 14, (106) 108.

¹⁸⁰ Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, *Pb.L.* 28 maart 2014, nr. 94, 65, overweging nr. 2 (hierna "Richtlijn 2014/24/EU"). De Richtlijn 2014/24/EU werd omgezet in het Belgische recht door de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten (hierna genoemd "WOO").

¹⁸¹ Zie overweging nr. 95 van de Richtlijn 2014/24/EU.

¹⁸² Richtlijn 2009/33/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 inzake de bevordering van schone en energiezuinige wegvoertuigen, *Pb.L.* 15 mei 2009, 120, 5; Verordening (EG) nr. 106/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 15 januari 2008

2. Concrete verankering van duurzaamheid in het aanbestedingsproces

44. Duurzaamheidscriteria kunnen in elke fase van de overheidsopdracht worden opgenomen: van de omschrijving van de opdracht tot de uitvoeringsvoorwaarden.¹⁸³ Zo kunnen de technische specificaties in geval van overheidsopdrachten voor werken, leveringen of diensten “het niveau van milieuvriendelijkheid en klimaatprestaties” in rekening brengen en/of “productieprocessen en -methoden tijdens de verschillende stadia van de levenscyclus van een werk of de werken” (art. 2, 44° en 53 WOO). De enige voorwaarde is wel dat zij met het voorwerp van de opdracht verbonden zijn en in verhouding zijn tot de waarde en de doelstellingen ervan.

Traditioneel regelt de wetgeving inzake overheidsopdrachten enkel hoe, en niet wat er concreet moet worden aangekocht of besteld. De aandacht voor duurzaamheid in het aanbestedingsrecht doet de focus verschuiven van ‘hoe’ naar ‘wat’ moet worden gekocht. De mogelijkheid is er dus om duurzaamheid te integreren in de specificaties van het voorwerp, maar in de praktijk lijken de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht dit vaak nog in de weg te staan.¹⁸⁴ Zo kan de (verplichte) afbakening van het ‘wat’, ertoe leiden dat slechts enkele leveranciers ook effectief in aanmerking komen voor de levering.¹⁸⁵ Kandidaten moeten echter steeds op gelijke en niet-discriminerende wijze worden behandeld en de aanbestedende overheid dient op een transparante en proportionele wijze te handelen (art. 4 WOO).¹⁸⁶ Dat zorgt voor terughoudendheid in hoofde van aanbestedende overheden.

45. Ook keurmerken worden vaak als instrument gebruikt om bepaalde duurzaamheidseisen te toetsen.¹⁸⁷ Specifieke milieu-, sociale of andere kenmerken

betreffende een communautair energieefficiëntie-etiketteringsprogramma voor kantoorapparatuur, *Pb.L.* 13 februari 2008, 39, 1. Zie ook: Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad inzake batterijen en afgedankte batterijen, tot intrekking van Richtlijn 2006/66/EG en tot wijziging van Verordening (EU) 2019/1020, COM(2020) 798 final.

¹⁸³ J. GEERTS, “Hoe koop ik groen/sociaal/ethisch? Duurzaam aanbesteden onder de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten”, *T.Gem.* 2017, afl. 1, (23) 26, nr. 15; A. VERLINDEN, E. DE RAEYMAECKER en T. CHRISTIAENS, “Circulair aanbesteden. De gunning van overheidsopdrachten als bouwsteen voor een circulaire economie” in X., *Jaarboek Overheidsopdrachten 2018-2019*, Brussel, Epubconsulting, 2019, (255) 273, nr. 29. Zie voor Nederland: D.R. VERSTEEG, “Levenscycluskosten; het maatschappelijk meest verantwoorde-gunningscriterium”, *TBR* 2021, (118) 119.

¹⁸⁴ Zie ook voor Nederland: W.A. JANSSEN en N. VAN WIJK-VAN GILST, “Maatschappelijk verantwoord aanbesteden: van mogelijkheden naar verplichtingen in een veranderende maatschappelijke context”, *TBR* 2021, afl. 2, (93) 100.

¹⁸⁵ Zie voor Nederland: G.J. HUIJTH, “Duurzaam specificeren! Balanceren op het grensvlak tussen duurzame ambities en de beginselen van het aanbestedingsrecht”, *TBR* 2021, afl. 14, (106) 110.

¹⁸⁶ Zie voor Nederland: M.A.B. CHAO-DUIVIS, “Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel III) – Het aanbestedingsrecht”, *TBR* 2018, afl. 1, (2) 14.

¹⁸⁷ J. GEERTS, “Hoe koop ik groen/sociaal/ethisch? Duurzaam aanbesteden onder de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten”, *T.Gem.* 2017, afl. 1, (23) 29, nr. 36; A. VERLINDEN, E. DE RAEYMAECKER en T. CHRISTIAENS, “Circulair aanbesteden. De gunning van overheidsopdrachten als bouwsteen voor een circulaire economie” in X., *Jaarboek Overheidsopdrachten 2018-2019*, Brussel, Epubconsulting, 2019, (255) 261, nr. 9. Zie voor Nederland: G.J. HUIJTH,

kunnen als keurmerken opgelegd worden in zowel de technische specificaties, de gunningscriteria of de contractvoorwaarden betreffende de uitvoering van de opdracht (art. 54 WOO). Gelet op het Max Havelaar-arrest van het Hof van Justitie is er wel een uitdrukkelijk voorbehoud te maken: men moet steeds het recht hebben om door middel van een andere methode aan te tonen dat men op een gelijkwaardige manier voldoet aan de keurmerkeisen.¹⁸⁸ In de bouwsector vormen bijvoorbeeld de BREEAM¹⁸⁹-certificatie en LEED¹⁹⁰ vaak gehanteerde beoordelingsmethoden om de duurzaamheid van een gebouw te bepalen.¹⁹¹ Wat circulair bouwen betreft, is er in Nederland ook een specifiek ‘Cradle to cradle’-keurmerk.¹⁹² Bij keurmerken als instrument om duurzaamheid aan te tonen, is echter een zekere waakzaamheid geboden. Een taxonomie waarbij kwantitatief bepaalde zaken moeten worden aangetoond, dreigt te verworden in een ‘check the box’ duurzaamheidsrapportering eerder dan een kwalitatieve beoordeling.

46. De wettelijke uitsluitingsgronden voorzien in zekere zin ook reeds in een aanzet voor duurzame ontwikkeling. Zo moet een overheid een niet-duurzame kandidaat of inschrijver uitsluiten wanneer blijkt dat deze de dwingende voorschriften op het vlak van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht, heeft geschonden (art. 69, 1° WOO). Wat duurzaamheid en aanbesteding betreft, is dit meteen de enige bindende verplichting uit Richtlijn 2014/24/EU.¹⁹³ De huidige uitsluitingsgronden bieden echter slechts in beperkte mate de mogelijkheid om de betrouwbaarheid van een ondernemer op het vlak van milieu en klimaat in aanmerking te nemen.¹⁹⁴

47. Een ruimere mogelijkheid voor een aanbestedende overheid is om in de selectiecriteria de nadruk te leggen op de duurzaamheidscapaciteiten van de kandidaten, bijvoorbeeld wat hun technische bekwaamheid betreft. Selectiecriteria peilen naar

“Duurzaam specificeren! Balanceren op het grensvlak tussen duurzame ambities en de beginselen van het aanbestedingsrecht”, *TBR* 2021, afl. 14, (106) 109.

¹⁸⁸ HvJ 10 mei 2012, nr. C-368/10, Commissie/Nederland. Zie hierover uitgebreid: J. DE MULDER, “Duurzame of groene overheidsopdrachten: het Hof van Justitie tikt Nederland op de vingers maar geeft ook positieve signalen” (noot onder HvJ 10 mei 2012), *TMR* 2012, afl. 4, 402-418.

¹⁸⁹ *Building Research Establishment Environment Assessment Method*.

¹⁹⁰ *Leadership in Energy and Environmental Design*.

¹⁹¹ J. GEERTS, “Hoe koop ik groen/sociaal/ethisch? Duurzaam aanbesteden onder de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten”, *T.Gem.* 2017, afl. 1, (23) 38, nr. 70; D. PETOSA, “Bouwen in een circulaire economie. Een benadering vanuit het privaats aannemingsrecht” in X., *Marchés publics et privés autour et alentour de la construction / Overheidsopdrachten voor werken en private aannemingsovereenkomsten*, Limal, Anthemis, 2021, (261) 277, nr. 34; B. VERHEYE, “Toekomst van de circulaire vastgoedeconomie”, *TPR* 2019, (107) 121-122, nr. 9.

¹⁹² Zie voor Nederland: G.J. HUIJTH, “Duurzaam specificeren! Balanceren op het grensvlak tussen duurzame ambities en de beginselen van het aanbestedingsrecht”, *TBR* 2021, afl. 14, (106) 109.

¹⁹³ R. CARANTA, “The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works”, *Common Market Law Review*, afl. 52, 2015, (391) 458.

¹⁹⁴ Zie voor Nederland: J.W.A. MEESTERS, “De uitsluitingsgronden als tool voor het bereiken van klimaatdoelstellingen. Is Europa klaar voor een concrete ‘klimaatuitsluitingsgrond’?”, *TBO* 2021, 137-145.

de geschiktheid van een kandidaat om de beroepsactiviteit uit te oefenen, de economische en financiële draagkracht en/of de technische beroepsbekwaamheid (art. 71 WOO). Een aandachtspunt bij het opleggen van duurzame selectiecriteria is dat deze steeds verband moeten houden met en in verhouding moeten staan tot het voorwerp van de opdracht. Duurzame selectiecriteria kunnen dus enkel indien duurzaamheid ook voldoende aan bod komt in de technische specificaties van de opdracht.¹⁹⁵

48. Duurzaamheid kan ook verankerd worden in de gunningscriteria.¹⁹⁶ Overeenkomstig artikel 81, § 2 WOO kan de aanbestedende overheid de volgende criteria hanteren in de beoordeling van de economisch meest voordelige offerte:

- de prijs;
- de kosten, rekening houdend met de kosteneffectiviteit, zoals de levenscycluskosten, overeenkomstig artikel 82;
- de beste prijs-kwaliteitsverhouding die bepaald wordt op basis van de prijs of de kosten alsook criteria waaronder kwalitatieve, milieu- en/of sociale aspecten, die verband houden met het voorwerp van de betrokken opdracht.

Merk op dat de duurzame gunningscriteria, net zoals de selectiecriteria, opnieuw voldoende verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht. Een aanbestedende overheid mag dus principieel geen criteria vooropstellen die het algemeen (duurzaam) ondernemingsbeleid van de betreffende kandidaat beoordeelt.¹⁹⁷ Het verband met het voorwerp van de opdracht is aangetoond wanneer de gunningscriteria betrekking hebben op de in het kader van die opdracht te verrichten werken, leveringen of diensten, in alle opzichten en in elk stadium van de levenscyclus ervan (art. 81, § 3 WOO). Enkele voorbeelden van duurzame gunningscriteria zijn: EPB-eisen, energie-efficiëntie, ecolabels, het gebruik van gerecycleerd materiaal, een materialenpaspoort, een gegarandeerde levensduur, etc.¹⁹⁸

¹⁹⁵ J. GEERTS, “Hoe koop ik groen/sociaal/ethisch? Duurzaam aanbesteden onder de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten”, *T.Gem.* 2017, afl. 1, (23) 34, nr. 55; A. VERLINDEN, E. DE RAEYMAECKER en T. CHRISTIAENS, “Circulair aanbesteden. De gunning van overheidsopdrachten als bouwsteen voor een circulaire economie” in X., *Jaarboek Overheidsopdrachten 2018-2019*, Brussel, Epbconsulting, 2019, (255) 267, nr. 17.

¹⁹⁶ Evident zal gekozen worden voor een procedure waar voldoende ruimte is voor innovatie en creatieve voorstellen van de inschrijvers, zoals de mededingingsprocedure met onderhandeling (art. 38 WOO), de concurrentiegericht dialog (art. 39 WOO) of het innovatiepartnerschap (art. 40 WOO).

¹⁹⁷ Zie overweging nr. 97 van de Richtlijn 2014/24/EU: “De voorwaarde dat er een verband met het voorwerp van de opdracht moet zijn sluit echter criteria en voorwaarden uit met betrekking tot algemeen ondernemingsbeleid, die namelijk niet kunnen worden beschouwd als een factor welke kenmerkend is voor het specifieke productie- of verrichtingsproces. De aanbestedende dienst mag derhalve niet als voorwaarde kunnen stellen dat de inschrijver een beleid van maatschappelijk en ecologisch verantwoord ondernemen voert.”

¹⁹⁸ A. VERLINDEN, E. DE RAEYMAECKER en T. CHRISTIAENS, “Circulair aanbesteden. De gunning van overheidsopdrachten als bouwsteen voor een circulaire economie” in X., *Jaarboek Overheidsopdrachten 2018-2019*, Brussel, Epbconsulting, 2019, (255) 271, nr. 25.

Een belangrijke beoordelingsmethode op het vlak van duurzaamheid is het gunningscriterium van de levenscycluskosten (art. 82 WOO). Hierbij worden alle kosten gedurende de levenscyclus¹⁹⁹ van een product, dienst of werk, in rekening gebracht, gaande van (i) de totale kosten gedragen door de aanbestedende overheid of een andere gebruiker (verwervingskost, gebruikskosten zoals voor verbruik van energie, onderhoudskosten en kosten voor inzameling en recyclage) tot (ii) de kosten toegeschreven aan externe milieueffecten. De *total cost of ownership* wordt dus verdisconteerd.²⁰⁰ Ook de externe kosten die door de maatschappij worden gedragen, zoals de kosten van broeikasgasemissies en andere verontreinigende emissies en andere kosten voor de bestrijding van klimaatverandering, kunnen mee in de beoordeling worden opgenomen. Voorwaarde is wel dat de geldwaarde ervan kan worden bepaald en gecontroleerd (zie ook art. 82, § 2 WOO).

Het gunningscriterium van de levenscycluskosten is uitermate geschikt voor de verwezenlijking van circulariteit, ook bij vastgoedontwikkeling. Volgens CHAO-DUIVIS vormen de levenscycluskosten zelfs de sleutel tot circulair bouwen.²⁰¹ Het product, de dienst of het werk met de laagste levenscycluskost heeft de kleinste impact op de aarde.²⁰² Toch is de praktijk terughoudend en is men nog onvoldoende vertrouwd met het concept van de levenscycluskosten.²⁰³ Ook in Nederland stelt men vast dat er van deze veelbelovende regeling nog niet veel gebruik wordt gemaakt.²⁰⁴

49. Samengevat beperkt de bestaande regelgeving, zowel op nationaal als Europees niveau, zich tot mogelijkheden en suggesties om in te zetten op duurzaamheid en is ze daardoor te vrijblijvend.²⁰⁵ Recent gaan dan ook stemmen op

¹⁹⁹ Zie voor de definitie van levenscyclus: art. 2, 49° WOO: “*alle opeenvolgende en/of onderling verbonden stadia, waaronder uit te voeren onderzoek en ontwikkeling, productie, handel en handelsvoorwaarden, vervoer, gebruik en onderhoud, in het bestaan van het product of werk of het verlenen van een dienst, gaande van het verwerven van de grondstof of de opwekking van hulpbronnen tot de verwijdering, de opruiming en “end-of-service” fase of “end-of-utilisation”-fase*”.

²⁰⁰ J. GEERTS, “Hoe koop ik groen/sociaal/ethisch? Duurzaam aanbesteden onder de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten”, *T.Gem.* 2017, afl. 1, (23) 36, nr. 61. Zie voor Nederland: M.A.B. CHAO-DUIVIS, “Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel II)”, *TBR* 2017, afl. 154, (1032) 1033.

²⁰¹ M.A.B. CHAO-DUIVIS, “Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen (Deel III) – Het aanbestedingsrecht”, *TBR* 2018, afl. 1, (2) 5.

²⁰² Zie voor Nederland: D.R. VERSTEEG, “Levenscycluskosten; het maatschappelijk meest verantwoord-gunningscriterium”, *TBR* 2021, (118) 118.

²⁰³ A. VERLINDEN, E. DE RAEYMAECKER en T. CHRISTIAENS, “Circulair aanbesteden. De gunning van overheidsopdrachten als bouwsteen voor een circulaire economie” in X., *Jaarboek Overheidsopdrachten 2018-2019*, Brussel, Epubconsulting, 2019, (255) 270, nr. 23.

²⁰⁴ W.A. JANSSEN en N. VAN WIJK-VAN GILST, “Maatschappelijk verantwoord aanbesteden: van mogelijkheden naar verplichtingen in een veranderende maatschappelijke context”, *TBR* 2021, afl. 2, (93) 101.

²⁰⁵ Dat blijkt bv. erg duidelijk uit de communicatie van de Europese Commissie, “Public procurement for a better environment”, COM (2008) 400 final. Zie voor de Green Public Procurement adviezen van de Europese commissie: https://ec.europa.eu/environment/gpp/eu_gpp_criteria_en.htm.

om te evolueren naar meer dwingende voorschriften voor duurzaam aanbesteden.²⁰⁶

D. COLLECTIVISEREN VAN EIGENDOM

50. De groeiende aandacht voor een duurzame leefomgeving en de socialisering van het eigendomsrecht doet ook een tendens ontstaan richting collectivisering van eigendom.²⁰⁷ Het klassieke individuele eigendomsconcept kan immers aanleiding geven tot de *'tragedy of the anti-commons'*: door het exclusieve recht van een eigenaar om derden uit te sluiten en te doen en laten wat men wil met zijn eigendom dreigt een onderbenutting en een inefficiënt gebruik van goederen.²⁰⁸ Dat maakt het eigendomsrecht bijvoorbeeld moeilijk verzoenbaar met het recht op huisvesting (art. 23 Gw.) waarbij iedereen toegang zou moeten hebben tot duurzaam en betaalbaar wonen.²⁰⁹ Op de drempel tussen privaat en publiek recht bevindt zich het concept van collectiviteit.²¹⁰

51. Collectieve eigendom wordt georganiseerd in functie van de gezamenlijke belangen, eerder dan dat het een samentelling is van de individuele belangen van mede-eigenaars.²¹¹ Goederen worden ingebracht in een gemeenschappelijk ver-

²⁰⁶ Zie voor Nederland: C. BACKES, *Law for a circular economy*, Den Haag, Eleven International Publishing, 2017, 58-60; J. GRUYTERS en L. MICHAUX, "Levenscycluskosten: een eerste stap naar dwingend duurzaam aanbesteden?", *TBR* 2021, afl. 19, 152-160; A.J. VAN HEESWIJCK, "Handhaving van duurzaamheidsverplichtingen bij aanbestedingen", *TBR* 2021, afl. 20, 161-168; W.A. JANSSEN en E.E. NEELE, "De (in)effectiviteit van open en concrete aanbestedingsrechtelijke verplichtingen in de strijd tegen klimaatverandering", *TBR* 2021, afl. 16, 129-136.

²⁰⁷ Zie ook de toelichting bij het amendement van het artikel over gemene voorwerpen (*Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 173/2, 5): "*Hedendaagse maatschappelijke evoluties schenken steeds meer aandacht aan gemene of collectieve goederen. De klimaatverandering, en een groeiend ecologisch en sociaal bewustzijn onder de bevolking, nopen burgers ertoe steeds vaker goederen als zaden, kennis, en landgebruik op een gemeenschappelijke manier te beheren, met aandacht voor de belangen van toekomstige generaties.*" Zie ook voor Frankrijk: S. VANUXEM, "Des communautés d'habitants pour la transition écologique et solidaire" in B. GRIMONPREZ (ed.), *Le droit des biens au service de la transition écologique*, Parijs, Dalloz, 2018, 55 e.v.

²⁰⁸ V. SAGAERT, "Property Law, Contract Law and Environmental Law: Shaking Hands with the (Historical) Enemy" in S. DEMEYERE en V. SAGAERT (eds.), *Contract and Property with an Environmental Perspective in Property Law Series*, X, Antwerpen, Intersentia, 2020, (1) 7, nr. 10. Zie ook: V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, V, Mechelen, Kluwer, 2021, 151, nr. 147.

²⁰⁹ V. SAGAERT, "Community land trust: achterhaalde hippies of moderne vastgoedontwikkelaars?" in X., *Opening Doors. Verslagboek naar aanleiding van het nationaal notarieel congres in Gent*, Brussel, Larcier, 2017, (387) 390, nr. 3.

²¹⁰ M. BLONDIA, F. BOUDON en W. THYSSEN, "Nieuwe vormen van collectiviteit als een ruimtelijk vraagstuk. Een reflectie vanuit de stedenbouwkundige praktijk" in X., *Opening Doors. Verslagboek naar aanleiding van het nationaal notarieel congres in Gent*, Brussel, Larcier, 2017, (525) 531, nr. 11.

²¹¹ A. WYLLEMAN en J. BAECK, *Goederenrecht*, Brugge, die Keure, 2020, 64.

mogen (bv. een vennootschap) en worden beheerd in functie van de verwezenlijking van een gezamenlijk doel.

Zo wordt in de zoektocht naar duurzame en betaalbare huisvesting meer en meer aandacht besteed aan alternatieve collectieve woonvormen. Een voorbeeld hiervan is de *community land trust* (CLT), een belangeloze huisvestingsorganisatie die gebouwen opricht op gronden die aan (semi-)publieke instanties toebehooren en deze gebouwen of delen ervan vervolgens betaalbaar op de markt brengt.²¹² De grondeigendom blijft in handen van de CLT. Naar Belgisch recht bestaat de rechtsfiguur van de *trust* niet.²¹³ Toch richtten zich in België enkele '*community land trusts*' op onder de rechtsvorm van een vzw met als doel het ontwikkelen, promoten en ondersteunen van de invoering van deze specifieke vorm van collectieve eigendom.²¹⁴ De Brusselse Huisvestingscode biedt zelfs een decretale basis voor dergelijke vzw's, genaamd Gewestelijke Grondallianties, die grondeigenaar blijven en een zakelijk recht toekennen aan de gezinnen in kwestie.²¹⁵

De vraag of de werkelijke gebruiker van de woning ook (tijdelijk) eigenaar is (bv. als opstalhouder), is daarbij ondergeschikt aan de uitgebreide gebruiksbevoegdheid.²¹⁶ In die zin beschouwd, is er een parallel te maken met het dienstenmodel (zie hoger, nr. 32), met dien verstande dat het voorwerp een onroerend goed betreft: de CLT levert een dienst van duurzame huisvesting en de gebruiker verwerft geen eigendom maar slechts een zakelijk gebruiksrecht op het goed. Merk op dat in een dergelijk geval gewaakt moet worden over de inspraak van de gebruikers, wil men niet in een neofeodaal systeem belanden waar de werkelijk gebruiker van onroerende goederen afhankelijk is van een 'hiërarchisch hogere' entiteit die de juridische eigenaar blijft (zie hoger, nr. 4).²¹⁷ Bovendien rijst opnieuw de vraag of

²¹² S. BOULY en J. DE HAËSE, "Een zoektocht naar betaalbare huisvesting: huidige en toekomstige woonvormen naar Belgisch recht", *Not.Fisc.M.* 2015, afl. 9, (278) 283, nr. 12; P.-Y. ERNEUX, "La servitude environnementale et droit belge" in X., *D'urbanisme et d'environnement. Liber Amicorum Francis Haumont*, Brussel, Bruylant, 2015, (615) 618; V. SAGAERT, "Community land trust: achterhaalde hippies of moderne vastgoedontwikkelaars?" in X., *Opening Doors. Verslagboek naar aanleiding van het nationaal notarieel congres in Gent*, Brussel, Larcier, 2017, 387-414; R. TIMMERMANS, *De community land trust of coöperatieve landmaatschappij voor uitgifte en beheer van communale grond in RNPS*, Mechelen, Kluwer, 2016, 44, nr. 38.

²¹³ Zie hierover echter kritisch: D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht in Property Law Series*, IV, Antwerpen, Intersentia, 2016, 890 p.

²¹⁴ V. SAGAERT, "Community land trust: achterhaalde hippies of moderne vastgoedontwikkelaars?" in X., *Opening Doors. Verslagboek naar aanleiding van het nationaal notarieel congres in Gent*, Brussel, Larcier, 2017, (387) 395-396; R. TIMMERMANS, *De community land trust of coöperatieve landmaatschappij voor uitgifte en beheer van communale grond in RNPS*, Mechelen, Kluwer, 2016, 91.

²¹⁵ Art. 2, 27° Ord. 17 juli 2003 houdende de Brusselse Huisvestingscode, BS 18 juli 2013.

²¹⁶ V. SAGAERT, "Community land trust: achterhaalde hippies of moderne vastgoedontwikkelaars?" in X., *Opening Doors. Verslagboek naar aanleiding van het nationaal notarieel congres in Gent*, Brussel, Larcier, 2017, (387) 407, nr. 34.

²¹⁷ Zie ook: V. SAGAERT, "Community land trust: achterhaalde hippies of moderne vastgoedontwikkelaars?" in X., *Opening Doors. Verslagboek naar aanleiding van het nationaal notarieel congres in Gent*, Brussel, Larcier, 2017, (387) 414.

het private eigendomsrecht vaak geen duurzamere oplossing biedt voor een woonbeleid dan loutere gebruiksrechten (zie ook hierboven, nr. 34). Een mooie illustratie vinden we in Amsterdam waar het stadsbestuur recent afkondigde dat zij een ‘zelfwoonplicht’ zullen invoeren. Wie een huis in de stad koopt met een waarde tot 512.000 euro moet er minstens gedurende vier jaar zelf wonen. Hiermee wil men verhinderen dat investeerders panden opkopen en dan erg duur verhuren.

52. Naast de CLT, waar de eigendom steeds mede in publieke handen is, zijn er ook *bottom-up* privaatrechtelijke initiatieven ontstaan voor duurzaam wonen binnen het kader van een coöperatieve vennootschap.²¹⁸ De coöperatieve vennootschap is een schoolvoorbeeld van collectieve eigendom die bestaat uit een co-operatieve vorm en waarbij de diverse eigenaars hetzelfde doel nastreven.²¹⁹

Ook op het vlak van duurzame energieontwikkeling wordt vaak ingezet op het bundelen van eigendoms- en beheersrechten binnen een collectiviteit, gelet op de voordelen van schaalvergroting en het belang van een gemeenschappelijke aanpak. Een voorbeeld hiervan zijn de energiegemeenschappen, waarbij een groep afnemers zich verenigen om samen bepaalde activiteiten rond (al dan niet uitsluitend hernieuwbare) energie uit te oefenen.²²⁰ In de transitie naar een duurzamere samenleving is schone elektriciteit een van de grootste uitdagingen. Het belang van deze samenwerkingen zal dan ook alleen maar toenemen.²²¹ De ontwikkeling van algemene regels inzake vrijwillige mede-eigendom in het nieuwe BW draagt alvast bij tot het creëren van dergelijke collectieve samenwerkingen.²²²

V. DUURZAAM GEBRUIK VAN (OPEN) RUIMTE

A. RUIMTELIJKE ORDENING ALS INSTRUMENT VOOR EEN DUURZAMERE LEEFOMGEVING

53. De groeiende aandacht voor duurzame ontwikkeling voedt het bewustzijn dat niet alleen grondstoffen, maar ook de ruimte zelf eindig is en dat ook hier het belang van toekomstige generaties voor ogen moet worden gehouden. Bovendien doen de recente klimaatverstoringen de roep almaar luider klinken om tot

²¹⁸ Zie bv. www.wooncoop.be/.

²¹⁹ V. SAGAERT, “De hervorming van het goederenrecht”, *TPR* 2020, afl. 1-2, (389) 497, nr. 142.

²²⁰ Art. 4.8.1 en 4.8.2 Energiedecreet. Er wordt een onderscheid gemaakt tussen energiegemeenschappen van burgers (EGB) en hernieuwbare-energiegemeenschappen (HEG).

²²¹ Hetzelfde geldt voor andere hernieuwbare energiebronnen zoals warmte waar eveneens wordt ingezet op collectivisering. Te denken valt aan warmtenetten. Zie hiervoor: M. REYNEBEAU, “De juridische omkadering voor de aanleg en de exploitatie van warmtenetten – Enkele hot topics” in J. BAECK (ed.), *Privaatrecht in actie!*, Brugge, die Keure, 2019, 113-161.

²²² V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, V, Mechelen, Kluwer, 2021, 278, nr. 294.

een duurzamer infrastructuurbeleid te komen.²²³ Duurzame vastgoedontwikkeling heeft dus niet alleen betrekking op hoe er wordt gebouwd (zie hiervoor deel IV), maar ook op de functie of bestemming van de al dan niet bebouwde ruimte. Aldus beschouwd, is er sprake van zowel een materiële als een functionele transitie richting duurzaamheid in het vastgoed- en omgevingsrecht.

54. Artikel 1.1.4 VCRO bepaalt in dat verband: *“De ruimtelijke ordening is gericht op een duurzame ruimtelijke ontwikkeling waarbij de ruimte beheerd wordt ten behoeve van de huidige generatie, zonder dat de behoeften van de toekomstige generaties in het gedrang gebracht worden. Daarbij worden de ruimtelijke behoeften van de verschillende maatschappelijke activiteiten gelijktijdig tegen elkaar afgewogen. Er wordt rekening gehouden met de ruimtelijke draagkracht, de gevolgen voor het leefmilieu en de culturele, economische, esthetische en sociale gevolgen. Op deze manier wordt gestreefd naar ruimtelijke kwaliteit.”*

De ongebreidelde inname van open ruimte met het oog op economische groei en welvaart (conform de gewestplannen van de jaren 70) is dan ook niet langer verantwoord. Het ruimtebeslag moet worden teruggedrongen. Toch is er ook nog steeds een toename nodig van vastgoedontwikkeling, o.m. om aan de woonbehoefte te kunnen voldoen.²²⁴ Daarvoor is een optimalisatie van het bestaande patrimonium nodig. Het is tegen deze achtergrond dat bijvoorbeeld de mogelijkheid wordt onderzocht van het *herkavelen* van bestaande woonwijken als alternatief voor het *verkavelen* van de steeds schaarser wordende open ruimte.²²⁵

Een recent opmerkelijk arrest van de Raad voor Vergunningsbetwistingen biedt perspectief in het streven naar meer duurzaamheid. De Raad bevestigt dat klimaatdoelstellingen waartoe de gemeente Boechout zich verbonden heeft via de ondertekening van het burgemeestersconvenant, en die op het niveau van de gemeente werden geconcretiseerd in een klimaatplan, een wezenlijk beoordelingscriterium vormen voor het lokaal vergunningenbeleid. De gemeente Boechout kon dit als weigeringsgrond opwerpen voor het weigeren van de vergunning voor de bouw en exploitatie van een nieuw tankstation.²²⁶ De Raad verwees hierbij ook naar de algemene duurzaamheidsdoelstelling uit artikel 1.1.4 VCRO.

Duurzame ruimtelijke ordening valt uiteen in twee delen. Het vrijwaren van open ruimte enerzijds (punt B) en het optimaliseren en concentreren van het bestaande ruimtegebruik anderzijds (punt C).

²²³ J. VERHEEKE, “Groenblauwe infrastructuur: falen is geen optie!”, *TOO* 2021, afl. 3, 184-185.

²²⁴ S. BOULY en J. DE HAESE, “Een zoektocht naar betaalbare huisvesting: huidige en toekomstige woonvormen naar Belgisch recht”, *Not.Fisc.M.* 2015, afl. 9, (278) 278.

²²⁵ M. VAN DE WEIJER en W. BERVOETS, “Eerst *herkavelen*, dan *verkavelen*: over de schaarste van ruimte en de benutting van overmaat in de woonomgeving” in J. GHYSELS en J. TOURY (eds.), *Verkavelen in Vlaanderen: Van verkavelingsvergunning naar omgevingsvergunning in Vastgoedpraktijkstudies*, 3, Antwerpen, Intersentia, 2018, 61-91.

²²⁶ RvVb 9 december 2021, nr. RvVb-A-2122-0276.

B. DE BOUWSHIFT: MAXIMAAL VRIJWAREN VAN OPEN RUIMTE

55. Het Beleidsplan Ruimte Vlaanderen zet in op duurzame ontwikkeling en besteedt meer aandacht aan een duurzame leefomgeving, ook voor toekomstige generaties, dan de vroegere ruimtelijke structuurplannen. Een belangrijke doelstelling in het Beleidsplan Ruimte Vlaanderen is om het bijkomende ruimtebeslag tegen 2040 te herleiden tot nul.²²⁷ Dat is wat bedoeld wordt met de ‘bouwshift’ (de vroegere ‘betonstop’).

Ruimtebeslag is de ruimte, ingenomen door onze nederzettingen, dus door huisvesting, industriële en commerciële doeleinden, transportinfrastructuur, recreatieve doeleinden, serres etc. Parken en tuinen maken hier ook deel van uit.²²⁸ De achterliggende doelstelling van de bouwshift is het vrijwaren van open ruimte als essentieel element voor een gezonde en duurzame leefomgeving.²²⁹

56. Om de nieuwe beleidsvisies over ruimtelijke ordening te realiseren, is een aangepast juridisch kader nodig. De decreetgever nam hiervoor reeds bepaalde initiatieven. Zo had de Codextrein specifiek tot doel de ruimtelijke rendementsverhoging in Vlaanderen te bevorderen.²³⁰ Een voorbeeld hiervan is de administratieve vereenvoudiging van de procedure van verkaveling. Om ruimtelijk rendement te ondersteunen, werd de definitie van ‘verkavelen’ uit artikel 4.1.1, 14° VCRO gewijzigd opdat er niet langer een vergunningsplicht zou zijn voor het afsplitsen van één onbebouwde kavel (art. 52, 4° Codextrein). Het Grondwettelijk Hof vernietigde deze bepaling echter.²³¹ Het Hof is van oordeel dat de in het geding zijnde bepaling, die betrekking heeft op de realisatie van verkavelingen die belangrijke implicaties zouden kunnen hebben voor de omwonenden en voor de openbare ruimte, een draagwijdte heeft die toch minstens deels binnen het toepassingsgebied van artikel 23, derde lid, 4° Gw. valt. Het recht op bescherming van een gezond leefmilieu houdt o.m. in dat de wetgever geen regeling kan invoeren die een aanzienlijke vermindering inhoudt van het bestaande bescherming-

²²⁷ Beleidsplan Ruimte Vlaanderen. Strategische Visie, www.vlaanderen.be/publicaties/beleidsplan-ruimte-vlaanderen-strategische-visie, 18. Zie o.m. P.-J. DEFOORT, “Zit het streven naar het behoud van open ruimte in een patstelling?”, *TROS* 2020, afl. 100, (233) 234.

²²⁸ Beleidsplan Ruimte Vlaanderen. Strategische Visie, www.vlaanderen.be/publicaties/beleidsplan-ruimte-vlaanderen-strategische-visie, 89.

²²⁹ Zie ook Vlaams Regeerakkoord 2019-2024, 17: “Daarom maken we werk van een bouwshift, waarbij we naar een beter evenwicht streven tussen kwaliteitsvol wonen, ondernemen en het beschermen van de open ruimte.”

²³⁰ Decr. 8 december 2017 houdende wijziging van diverse bepalingen inzake ruimtelijke ordening, milieu en omgeving, *BS* 20 december 2017. Zie hierover: P. DE SMEDT, “Codextrein vereenvoudigt en actualiseert ruimtelijk beleid”, *Juristenkrant* 2018, afl. 362, 3.

²³¹ GwH 23 mei 2019, nr. 80/2019, *Amén*. 2019, afl. 4, 255, *BS* 24 juni 2019 (eerste uitgave) (uittreksel), 64907, *NjW* 2019, afl. 411, 793, noot A. COPPENS, *RW* 2019-20 (samenvatting), afl. 3, 120, *TMR* 2019, afl. 5, 683, *T.Not.* 2019, afl. 9, 756, noot M. STRUBBE, *TROS* 2019, afl. 94, 174, noot T. SOUVERIJNS en B. VAN HERREWEGHE en *T.Gem.* 2019, afl. 4, 225, noot S. AERTS.

sniveau, tenzij daarvoor redenen van algemeen belang bestaan.²³² Welnu, in het arrest van 23 mei 2019 meende het Hof dat een vergunningsplicht wel degelijk bepaalde waarborgen bood voor het leefmilieu en een goede ruimtelijke ordening, en dat de omwonenden dus met een aanzienlijke achteruitgang werden geconfronteerd van het door de vroegere wetgeving geboden beschermingsniveau.²³³ De zogenaamde *stand still*-verplichting is dus een belangrijk aandachtspunt in de transitie naar een duurzamer ruimtelijk beleid.

Een tweede voorbeeld ter bevordering van het ruimtelijk rendement is artikel 58 Codextrein dat bepaalt dat verkavelingsvoorschriften van oudere verkavelingen (ouder dan vijftien jaar) niet langer een autonome weigeringsgrond uitmaken voor een vergunning (art. 4.3.1, § 1, 1°, c) VCRO). Zo kan een oud voorschrift bepalen dat enkel eengezinswoningen mogelijk zijn, maar hoeft dit geen belemmering te vormen om toch een vergunning in te dienen voor meergezinswoningen. Dat werd echter genuanceerd door het Verzameldecreet.²³⁴ De gemeenteraad kan gemotiveerd beslissen dat de voorschriften van een oude verkaveling behouden blijven als weigeringsgrond voor zover van die verkavelingsvoorschriften niet op geldige wijze is afgeweken. Het Grondwettelijk Hof heeft de legitimiteit van deze regeling bevestigd in het arrest van 16 september 2021: *“Ervan uitgaande dat verkavelingsvoorschriften van oudere verkavelingen het realiseren van nieuwe beleidsvizies over ruimtelijke ordening kunnen belemmeren, is het criterium van onderscheid waarin is voorzien in de in het geding zijnde bepaling in beginsel eveneens pertinent ten aanzien van die doelstellingen.”*²³⁵ Volgens het Hof volstaat het vast te stellen dat de in het geding zijnde bepaling redelijk wordt verantwoord door een doelstelling van algemeen belang, namelijk het verhogen van het ruimtelijk rendement van de bestaande bebouwde ruimte en het vrijwaren van de open – niet-bebouwde – ruimte. De in het geding zijnde bepaling is daarom, aldus het Hof, bestaanbaar met artikel 23 Gw.

57. De bouwshift moet gestalte krijgen door de toepassing van het instrumentendecreet. Het ontwerp van instrumentendecreet is een poging tot harmonisatie van de mogelijke *tools* waarover een overheid beschikt om de ruimtelijke ordening uit te voeren en ruimtelijke projecten te realiseren, zoals o.m. de financiële compensatie (bv. de planschadevergoeding), de verwerving, etc.²³⁶ Ook de compenserende

²³² GwH 20 juni 2007, nr. 87/2007.

²³³ Zie ook: Y. SMEETS, “Hoe in het omgevingsrecht vooruit ook achteruit kan zijn in het licht van het standstillbeginsel”, *TBO* 2020, afl. 4, (328) 333-334.

²³⁴ Decr. 26 april 2019 houdende diverse bepalingen inzake omgeving, natuur en landbouw, *BS* 16 juni 2019.

²³⁵ GwH 16 september 2021, www.const-court.be en *RW* 2021-22 (samenvatting), afl. 12, 488.

²³⁶ Ontwerp van decreet 194 (2019-2020) nr. 1, ingediend op 24 januari 2020, betreffende het realisatiegerichte instrumentarium, www.vlaamsparlament.be/nl/parlementaire-documenten/parlementaire-initiatieven/1362658. Zie o.m.: C. BUGGENHOUDT, “De instrumentafweging in het ontwerp van instrumentendecreet: back to basics”, *TOO* 2021, afl. 3, 197-205; G. VAN HOORICK, *Omgevingsrecht in essentie*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 56, nr. 80; F. LOOSVELDT,

vergoedingen worden geharmoniseerd met als doel een performant, uniform en billijk kader te creëren. De grootste uitdaging van dit ambitieus plan is echter de haalbaarheid en betaalbaarheid. De Vlaamse overheid gaat immers uit van een volledige compensatie voor de aantasting van een individueel eigendomsrecht.²³⁷

In uitvoering van de bouwshift werd ook een nieuwe regeling voorbereid rond de woonreservegebieden.²³⁸ Het opzet is om een duurzame oplossing te creëren voor de resterende woonreservegebieden door de huidige regeling inzake de aansnijding van deze gebieden grondig te hervormen. Het voorstel werd ingediend en het advies van de Raad van State werd ontvangen op 11 februari 2021. Op 19 april 2021 werden nog amendementen ingediend op het voorstel van decreet. Voorlopig lijkt dit initiatief echter gestrand. Er wordt alvast geen melding van gemaakt in het Vlaams Regeerakkoord (2019-2024).

C. HET VERHOGEN VAN HET RUIMTELIJKE RENDEMENT: ENKELE ILLUSTRATIES

58. Een goede ruimtelijke ordening, bescherming van het onroerend erfgoed en het milieu vormen belangrijke aandachtspunten van algemeen belang. Het verhogen van ruimtelijk rendement vormt dan ook een concrete uitwerking van de algemene duurzaamheidsdoelstelling van artikel 7bis Gw. (zie boven, nr. 2).²³⁹

Ruimtelijk rendement is de mate waarin een oppervlakte ruimtebeslag wordt gebruikt voor maatschappelijke doeleinden. Ruimtelijk rendement ontstaat wanneer meer activiteiten op eenzelfde oppervlakte georganiseerd worden zonder afbreuk te doen aan de leefkwaliteit.²⁴⁰ Het nieuwe goederenrecht draagt rechtstreeks bij aan de realisatie van een groter ruimtelijk rendement. Hierna volgen enkele illustraties.

1. *Optimalisering van het gebruik van domeingooderen*

59. Het nieuwe goederenrecht regelt in artikel 3.45 BW het statuut van de ‘publieke en private goederen’. Publieke goederen behoren tot het privaat domein, behalve indien de betrokken overheid ze tot het openbaar domein heeft bestemd/geaffecteerd. Daarmee is de wettelijke *default*-regel voortaan omgekeerd: het uit-

“Instrumentendecreet”: parlementaire hoorzitting van 18 februari 2020 met de voorzitter van de strategische adviesraad ruimtelijke ordening – onroerend erfgoed (SARO)”, *TROS* 2020, afl. 100, 286-290.

²³⁷ Vlaams Regeerakkoord 2019-2024, 17: “*We waken erover dat het eigendomsrecht gewaarborgd blijft: wie nadeel ondervindt van een herbestemming, wordt volledig financieel gecompenseerd.*”

²³⁸ Voorstel van decreet tot wijziging van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening van 15 mei 2009 wat de woonreservegebieden betreft, www.vlaamsparlement.be/nl/parlementaire-documenten/parlementaire-initiatieven/1453675.

²³⁹ Zie ook: P.-Y. ERNEUX, “La servitude environnementale et droit belge” in X., *D’urbanisme et d’environnement. Liber Amicorum Francis Haumont*, Brussel, Bruylant, 2015, (615) 616, nr. 2.

²⁴⁰ Beleidsplan Ruimte Vlaanderen. Strategische Visie, www.vlaanderen.be/publicaties/beleidsplan-ruimte-vlaanderen-strategische-visie, 89.

gangspunt is dat overheidsgoederen tot het privaat domein behoren en dus verhandelbaar zijn.²⁴¹

De grens tussen openbare en private domeingoederen vervaagt daardoor verder en het onderscheid tussen beide blijft vatbaar voor discussie. De wetgever heeft zich echter bewust niet willen inlaten met de vraag wanneer een goed nu “tot het openbaar domein bestemd” is en aan wie het eigendomsrecht kan toekomen.²⁴² De neutrale houding van de wetgever bevat enkel een verwijzing naar de verwezenlijking van de openbare bestemming als ruim criterium voor het openbare domein, zoals ontwikkeld in de cassatierechtspraak.²⁴³ Maar hoe definieert men “openbare bestemming”, “gebruik van eenieder”, “bestemd voor taken van de openbare dienst”? Deze vraag blijft open en werd door de hervormers van het goederenrecht uitdrukkelijk voorbehouden voor de specialisten publiekrecht.²⁴⁴

60. De enige wetswijziging, naast de nieuwe *default*-regel, is niet zozeer een wijziging dan wel een codificatie van de volgende tendens in de rechtspraak. Door het bijzondere statuut van openbare domeingoederen, nl. onontbeerlijk voor het verlenen van een openbare dienst en/of bestemd voor collectief gebruik, kon de overheid traditioneel aan derden slechts precaire privatieve gebruiksrechten toekennen, zoals een domeinvergunning of een domeinconcessie.²⁴⁵

Wel is er een gekende wettelijke uitzondering voor pps-projecten.²⁴⁶ De vestiging van zakelijke rechten op het openbaar domein is mogelijk, indien aan een dubbele voorwaarde is voldaan: (i) het zakelijke recht mag niet kennelijk onverenigbaar zijn met de bestemming van de goederen van het openbaar domein en (ii) er dient een bijzondere motivering voorhanden te zijn.²⁴⁷ Ook buiten de context van PPS kunnen gemeenten, autonome gemeentebedrijven en OCMW's

²⁴¹ Onder het oude recht was het uitgangspunt eerder omgekeerd: domeingoederen behoorden tot het openbaar domein zolang zij door de overheid niet onttrokken zijn aan hun bestemming: A. KLUYSKENS, *Zakenrecht in Beginselen van Burgerlijk Recht*, V, Antwerpen, Standaard-Boekhandel, 1946, 44-45.

²⁴² Memorie van Toelichting, 111.

²⁴³ Cass. 17 oktober 2014, *Arr.Cass.* 2014, afl. 10, 2276, *Pas.* 2014, afl. 10, 2274, *APT* 2015, afl. 2, 349 en afl. 3, 504, noot A. VANDEBURIE, *RW* 2015-16, 1065, noot N. VAN DAMME, *TBO* 2015, afl. 3, 132, noot J. GEENS en *TROS* 2015, afl. 79, 259, noot G. VAN HAEGENBORGH.

²⁴⁴ Memorie van Toelichting, 111. Merk op dat het oorspronkelijke wetsontwerp wel een definitie van openbare domeingoederen bevatte: “Art. 3.59. *Publieke en private goederen: Goederen die uitdrukkelijk of impliciet worden bestemd tot het gebruik van allen of tot een openbare dienst, vormen het openbaar domein.*”

²⁴⁵ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 360, nr. 371; K. LEUS en W. DEPESTER, “Rechten op openbaar domein” in A. LOGGHE, A. FRANÇOIS en K. LEUS (eds.), *Contracteren met de overheid. Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2010, (115) 119, nr. 210.

²⁴⁶ Zie hierover ook: K. LEUS en W. DEPESTER, “Rechten op openbaar domein” in A. LOGGHE, A. FRANÇOIS en K. LEUS (eds.), *Contracteren met de overheid. Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2010, (115) 117, nr. 206 en 122, nr. 216.

²⁴⁷ Art. 10 Decr. 18 juli 2003 betreffende publiek-private samenwerking, *BS* 19 september 2003. Dezelfde regel geldt voor lokale pps-projecten: art. 473 Decr. 22 december 2017 over het lokaal bestuur, *BS* 15 februari 2018 (hierna genoemd ‘Decreet Lokaal Bestuur’).

alsook provincies en autonome provinciebedrijven, zakelijke rechten vestigen op hun openbaar domein voor zover dit niet onverenigbaar is met de bestemming en op voorwaarde van een bijzondere motivering.²⁴⁸

De rechtspraak heeft het traditionele uitgangspunt dat er geen private gebruiksrechten konden worden toegekend op openbaar domein echter gemilderd. Zo bijvoorbeeld aanvaardt het Hof van Cassatie de vestiging van een erfdienstbaarheid op openbaar domein, voor zover dit (i) het collectief gebruik niet aantast en (ii) de bevoegdheid van de overheid onverlet laat om dit gebruiksrecht te moduleren in functie van het algemeen belang.²⁴⁹ Het Hof erkent onder diezelfde voorwaarden ook de vestiging van een recht van opstal op openbaar domein.²⁵⁰ Zolang de openbare bestemming van de betreffende goederen gewaarborgd blijft, is de vestiging van (zakelijke of persoonlijke) gebruiksrechten op openbaar domein mogelijk.

Dat principe is voortaan wettelijk verankerd (art. 3.45 *in fine* BW) waardoor met zekerheid ook een erfpacht of een huur op openbaar domein mogelijk is. Het uitgangspunt blijft dat het openbaar domein onvervreemdbaar is, maar het gebruik ervan is wel aanzienlijk versoepeld. De bedoeling van de wetgever was om de mogelijkheid tot rentabilisering van het openbaar domein flexibel te houden.²⁵¹

61. De verruiming van de ontwikkelingsmogelijkheden op het openbaar domein kunnen een hefboom vormen voor duurzame ontwikkeling en het verhogen van ruimtelijk rendement. Uiteraard moet ervoor worden gewaakt dat die vastgoedontwikkeling op zich duurzaam is, zowel in de uitvoering als in de functionaliteit. Zo kan een gemeente voortaan de marktplaats in erfpacht geven aan een ontwikkelaar. Stel dat die titularis van het erfpachtrecht de bestaande parkeerplaatsen zal uitbaten en mogelijk ook een nieuwe grote ondergrondse parking zal bouwen. In dat geval is het zeer betwistbaar of dit bijdraagt aan een duurzamere ruimtebeleid.

2. De stapeling van eigendomsrechten

62. Een volgend voorbeeld van hoe het nieuwe goederenrecht aandacht heeft voor duurzaamheid is de driedimensionale benadering van grond.²⁵² Door de mogelijkheid van eeuwigdurende opstalrechten op volumes (art. 3.180, tweede lid

²⁴⁸ Art. 292 Decreet Lokaal Bestuur; art. 185 Provinciedecreet van 9 december 2005.

²⁴⁹ Cass. 6 december 1957, *Pas.* 1958, I, 366; Cass. 11 september 1964, *Pas.* 1965, I, 29.

²⁵⁰ Cass. 18 mei 2007, *Arr.Cass.* 2007, afl. 5, 1045, *JLMB* 2007, afl. 41, 1726, *NjW* 2007, afl. 167, 652, noot W. RASSCHAERT, *CDPK* 2008, afl. 1, 219, noot J. DE STAERCKE, *RCJB* 2012, afl. 4, 466, noot A. VANDENBURIE, *Rev.not.b.* 2007, afl. 3013, 631, noot D. LAGASSE, *RW* 2007-08, afl. 18, 736, noot V. SAGAERT, *TBO* 2008, afl. 1, 9, noot D. VAN HEUVEN en *T.Gem.* 2008, afl. 1, 71, noot L. DE BOEL.

²⁵¹ Memorie van Toelichting, 111-112.

²⁵² V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, V, Mechelen, Kluwer, 2021, 149, nr. 146.

BW) kunnen eigendomsrechten worden gestapeld en is een meervoudig gebruik van (schaarse) grond mogelijk.²⁵³ Dit vormt een bijkomende wettelijke mogelijkheid voor de verticale verstedelijking.²⁵⁴

De vestiging van eeuwigdurende opstalrechten (*de facto* een volume-eigendom²⁵⁵) is slechts in welbepaalde gevallen mogelijk. Artikel 3.180, tweede lid BW bepaalt dat het eeuwigdurend opstalrecht enkel kan worden gevestigd door de eigenaar van de grond, hetzij voor doeleinden van het openbaar domein, hetzij “om de verdeling in volumes mogelijk te maken van een complex en heterogeen onroerend geheel dat verschillende volumes omvat die in aanmerking komen voor zelfstandig en verscheiden gebruik en onderling geen enkel gemeenschappelijk deel hebben.”

Er moet dus sprake zijn van een complex en heterogeen onroerend geheel waarbij de volumes verschillende functies hebben en waarbij er geen gemeenschappelijke delen zijn. Die laatste voorwaarde is er om te vermijden dat het dwingende appartementsrecht zou worden omzeild. Een mogelijk toepassingsgeval van de eeuwigdurende stapeling van verscheidene eigendomsrechten is een winkelcomplex of een supermarkt op de gelijkvloerse verdieping met woongelegenheden op de eerste verdieping. De vereiste van verschillende functies maakt deze volume-eigendom dan weer niet geschikt voor kangoeroewoningen.²⁵⁶

63. De vraag rijst of het goederenrecht hiermee een voldoende passend kader creëert om een duurzame en functionele vastgoedontwikkeling mogelijk te maken en verschillende invullingen te geven aan een grond en de samenstellende volumes.²⁵⁷

De mogelijkheid tot stapeling van eigendomsrechten biedt vanuit duurzaamheidsoverwegingen zeker perspectief. Verschillende functies kunnen worden gecombineerd, zoals een residentieel gebouw met een handelsruimte op het gelijkvloers en een ondergrondse parkeergarage waarbij aan elk volume een ander goederenrechtelijk statuut toekomt.

Volume-eigendom kan ook een nuttig instrument vormen voor de verdere uitbouw van publieke infrastructuur, aangezien ook deze functie kan worden gecombineerd met volumes met een andere bestemming. Zo kan bijvoorbeeld

²⁵³ Zie voor een kritische beschouwing van deze innovatieve bepaling: J.-F. ROMAIN, “La nouvelle dimension de la superficie” in P. LECOCQ, I. DURANT, N. BERNARD, B. MICHAUX, J.-F. ROMAIN en V. SAGAERT (eds.), *Le nouveau droit des biens*, Brussel, Larcier, 2020, (371) 412, nr. 49.

²⁵⁴ Zie hiervoor ook: S. BOULY en J. DE HAËSE, “Een zoektocht naar betaalbare huisvesting: huidige en toekomstige woonvormen naar Belgisch recht”, *Not.Fisc.M.* 2015, afl. 9, (278) 279, nr. 2.

²⁵⁵ Zie hiervoor uitgebreid: S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen in Property Law Series*, II, Antwerpen, Intersentia, 2015, 473 e.v.

²⁵⁶ P.-P. RENSON, “L’habitat kangourou: un nouveau terrain de jeu pour la propriété des volumes?” in X., *Opening Doors. Verslagboek naar aanleiding van het nationaal notarieel congres in Gent*, Brussel, Larcier, 2017, (321) 358, nr. 58.

²⁵⁷ Merk op dat dit de nieuwe definitie is van onroerende goederen uit hun aard (art. 3.47, eerste lid BW).

een politiekantoor of een gemeentedienst gevestigd worden in een gebouw waar ook andere functies, zoals woongelegenheden, in zijn ondergebracht. Zolang de openbare bestemming en de continuïteit van een openbare dienst niet in het gedrang komen, zijn openbare domeingoederen perfect inpasbaar in dit regime. Onder het oude recht was men afhankelijk van het dwingende appartementsrecht en werd algemeen aangenomen dat openbaar domein geen private kavel in een basisakte kon uitmaken.²⁵⁸ Er werd echter in de rechtsleer een lans gebroken voor de opname van openbaar domein in zowel een klassieke basisakte als een vereenvoudigde conventionele basisakte.²⁵⁹ Alleen moet de continuïteit van de openbare dienst gewaarborgd zijn in de besluitvorming en is het raadzaam om aan de hand van erfdienstbaarheden bepaalde bestemmingsbeperkingen op te leggen aan de overige kavels om te vermijden dat een bepaalde invulling van een kavel onverenigbaar is met de openbare dienst. Artikel 3.180, tweede lid BW biedt nu dus nieuwe mogelijkheden.

64. Het concept van eeuwigdurende opstalrechten leidt niet alleen economisch gezien tot meer commercialisatiemogelijkheden, maar leidt ook op ecologisch vlak tot een vrijwaring van open ruimte in het platte vlak.²⁶⁰ Toch is er enige waakzaamheid geboden, aangezien de economische doeleinden van een optimaler grondgebruik moeten worden afgestemd op ecologische overwegingen.²⁶¹ De nieuwe mogelijkheid van een eeuwigdurend opstalrecht mag niet leiden tot een ongebreidelde vastgoedontwikkeling zonder aandacht voor duurzaamheid.

Bovendien zijn de criteria voor een eeuwigdurend opstalrecht vatbaar voor verbetering. De wettelijke bepaling stelt immers als voorwaarde een ‘complex én heterogeen’ onroerend geheel dat verschillende volumes omvat. Het is o.i. niet duidelijk wat de wetgever bedoelt met deze onderscheiden criteria. Het strookt ook niet met de parlementaire voorbereidingen waar sprake is van een eengemaakt criterium: ‘heterogene onroerende complexen’.²⁶²

De driedimensionale invulling van de grond en de samenstellende volumes doet ook nog de vraag rijzen of voor een dergelijke opsplitsing een verkavelingsvergunning nodig zal zijn. De creatie van een eeuwigdurend opstalrecht op een volume lijkt immers te voldoen aan de definitie van verkavelen uit artikel 4.1.1,

²⁵⁸ Zie hiervoor: S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen in Property Law Series*, II, Antwerpen, Intersentia, 2015, nrs. 320 e.v.

²⁵⁹ V. SAGAERT, “De opname van openbaar domein in een basisakte: een ‘contradictio in terminis’?”, *T.Not.* 2020, afl. 5, (379) 389, nr. 20.

²⁶⁰ V. SAGAERT, “Volumes in het kadaster: een nieuwe drie-dimensionele realiteit”, *RW* 2021-22, 450. Zie ook: R. TIMMERMANS en N. VAN DAMME, “De volume-eigendom afgetoetst aan de wet van 4 februari 2020 houdende het nieuwe goederenrecht”, *T.App.* 2020, afl. 3, (3) 5, nr. 3.

²⁶¹ J.-F. ROMAIN, “La nouvelle dimension de la superficie” in P. LECOCQ, I. DURANT, N. BERNARD, B. MICHAUX, J.-F. ROMAIN en V. SAGAERT (eds.), *Le nouveau droit des biens*, Brussel, Larcier, 2020, (371) 412, nr. 49.1. Zie ook V. SAGAERT, *Goederenrecht in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, V, Mechelen, Kluwer, 2021, 150.

²⁶² Memorie van Toelichting, 339.

14° VCRO.²⁶³ Daartegenover staat dat de verkaveling niet de horizontale splitsing betreft, maar wel de verticale splitsing van grondeigendom als afbakening in het horizontale vlak.²⁶⁴ Volgens de algemene strekking is een verkavelingsvergunning enkel vereist voor de opsplitsing van grond, niet voor de opsplitsing van opstallen.²⁶⁵ Nochtans zou een verkavelingsvergunning voor een volume-eigendom wel aangewezen zijn wanneer de opsplitsing van de eigendomsrechten dezelfde functionaliteit heeft als een verkaveling, nl. de verkaveling/opsplitsing van een stuk grond/samenstellende volumes voor woningbouw of voor het opstellen van vaste of verplaatsbare constructies die voor bewoning kunnen worden gebruikt (zie art. 4.2.15, § 1 VCRO).

VI. SLOTBEMERKING: DUURZAAMHEID ALS ALGEMENE GEDRAGSREGEL?

65. Uit de bovenstaande analyse blijkt dat duurzaamheid meer en meer verankerd wordt in het private en publieke goederenrecht. Het nieuwe boek 3 BW besteedt op punctuele punten uitdrukkelijk aandacht aan de transitie naar een duurzame samenleving. Zo verwijst de bepaling over gemene voorwerpen uitdrukkelijk naar het lot van toekomstige generaties (art. 3.43, eerste lid BW) en wordt het algemeen belang mee in de weegschaal gelegd bij het beoordelen of een vordering tot rooiing van beplantingen rechtsmisbruik uitmaakt (art. 3.133 en art. 3.134 BW).

Daarnaast biedt het goederenrecht ook een ruimer kader om verder in te zetten op duurzaamheid, bijvoorbeeld vanuit de tendens tot socialisering van het eigendomsrecht. Er is een evolutie merkbaar richting meer positieve verplichtingen voor een eigenaar en een functionele interpretatie van het eigendomsrecht. Ondanks de aandacht voor ruimtelijk rendement, het vrijwaren van open ruimte en de ontwikkeling van nieuwe woonvormen blijft het private eigendomsrecht echter een heilig huisje. Dat is bijvoorbeeld sterk voelbaar bij de compensatiemaatregelen voor de realisatie van een duurzame ruimtelijke ordening.

Ook de innovatieve mogelijkheid van het stapelen van eigendomsrechten/eeuwigdurende opstalrechten op volumes is een mooi voorbeeld van hoe het goe-

²⁶³ Art. 4.1.1, 14° VCRO: “Voor de toepassing van deze titel wordt verstaan onder verkavelen: een grond vrijwillig verdelen in twee of meer kavels om ten minste één van deze kavels te verkopen of te verhuren voor méér dan negen jaar, om er een recht van erfpacht of opstal op te vestigen, of om één van deze overdrachtvormen aan te bieden, zelfs onder opschortende voorwaarde, zulks met het oog op woningbouw of de oprichting van constructies.”

²⁶⁴ R. TIMMERMANS en N. VAN DAMME, “De volume-eigendom afgetoetst aan de wet van 4 februari 2020 houdende het nieuwe goederenrecht”, *T.App.* 2020, afl. 3, (3) 4, nr. 1. Zie hiervoor ook uitgebreid: S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen in Property Law Series*, II, Antwerpen, Intersentia, 2015, 497 e.v.

²⁶⁵ Zie hiervoor: S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen in Property Law Series*, II, Antwerpen, Intersentia, 2015, 500, nr. 396.

derenrecht inzetbaar is voor een duurzame toekomst. Toch zijn er binnen het goederenrecht ook aandachtspunten in de transitie richting een duurzamere samenleving. Zo vormt het eenheidsbeginsel een uitdaging voor de circulaire bouwconomie en is er nog steeds een *numerus clausus* voor de vestiging van beperkt zakelijke rechten.

66. Duurzame ontwikkeling vergt bij uitstek een holistische aanpak. Wil het (goederen)recht actief bijdragen aan de transitie naar een duurzame samenleving, dan is er meer nodig dan de punctuele aandacht voor duurzaamheid. Het gebruik van goederen in het algemeen zou daarbij moeten gebeuren met aandacht voor de generaties die na ons komen.²⁶⁶

Een bredere visie op het belang van een duurzame leefomgeving voor huidige en toekomstige generaties zou kunnen leiden tot een meer algemene verankering van duurzaamheid in het privaatrecht. Inspiratie kan worden gevonden in het Chinese Burgerlijk Wetboek waar *'the green principle'* een basisprincipe uitmaakt van het burgerlijk recht. Artikel 9 van de algemene bepalingen van het Chinese Burgerlijk Wetboek bepaalt het volgende: *"When engaged in civil activities, all persons shall be aware of the need to save resources and protect the environment."*²⁶⁷

De aandacht voor duurzaamheid vindt zo zijn weerslag in elke onderlinge rechtsverhouding. Doorheen het Chinese Burgerlijk Wetboek wordt herhaald dat rechtssubjecten steeds dienen te handelen met het behoud en de bescherming van een duurzame leefomgeving voor ogen.²⁶⁸ Aan de naleving van dit beginsel zijn geen concrete sancties verbonden, maar dit algemene principe wordt wel op hetzelfde niveau geplaatst als de principes van goede trouw, gelijkheid, redelijkheid, etc.²⁶⁹ Het is een waarde die de rechtbank in overweging kan nemen, namelijk dat het collectief belang voorrang heeft op individuele rechten.²⁷⁰ Een dergelijk beginsel zou bijvoorbeeld uitspraken als het cassatiearrest van 22 oktober 2021 (zie hierboven, nr. 24) kunnen vermijden.

De toenemende aandacht voor het duurzaamheidsstreven zou duurzaamheid kunnen doen evolueren tot een algemene gedragsregel in het Belgische recht. Dat

²⁶⁶ B. AKKERMANS, "Duurzaam goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?", *TPR* 2018, (1437) 1437.

²⁶⁷ www.npc.gov.cn/englishnpc/lawsofthepc/202001/c983fc8d3782438fa775a9d67d6e82d8.shtml.

²⁶⁸ Zie bv. art. 286 van het Chinese BW (appartementsrecht): *"The unit owners shall abide by laws, regulations, and the stipulations on management, and their relevant acts shall meet the requirements of conserving resources and protecting the ecological environment."*; art. 326 van het Chinese BW (vruchtgebruik): *"A usufructuary shall, when exercising his right, abide by the provisions of laws on the protection, rational exploitation, and utilization of resources and the protection of the ecological environment."*

²⁶⁹ I. SZPOTAKOWSKI, "The new Chinese civil code and its contribution to sustainable development", 30 september 2020, www.researchgate.net/publication/344440457_The_New_Chinese_Civil_Code_and_its_contribution_to_Sustainable_Development.

²⁷⁰ J. HERBOTS, "Chinees contractenrecht in een notendop" in X., *Recht in beweging*, Oud-Turnhout, Gompel&Svacina, 2019, (201) 210.

sluit aan bij het belang van open normen in het recht, zoals het verbod op rechtsmisbruik of het beginsel van de goede trouw.²⁷¹ Het voordeel van een dergelijke algemene gedragsregel is dat de toepassing ervan steeds afhankelijk zal zijn van de context en dat de concrete omstandigheden steeds in rekening moeten worden gebracht. Net zoals het beginsel van de goede trouw zou het beginsel van de duurzaamheid verschillende functies kunnen hebben.²⁷² Dat zal het voorwerp uitmaken van mijn verder wetenschappelijk onderzoek.

²⁷¹ Zie ook: V. SAGAERT, "Property Law, Contract Law and Environmental Law: Shaking Hands with the (Historical) Enemy" in S. DEMEYERE en V. SAGAERT (eds.), *Contract and Property with an Environmental Perspective in Property Law Series*, X, Antwerpen, Intersentia, 2020, (1) 13, nr. 18.

²⁷² Voor de drie functies van het beginsel van de goede trouw (de interpretatieve, aanvullende en matigende functie), zie: F. VERMANDER, "De aanvullende werking van het beginsel van de uitvoering te goeder trouw van contracten in de 21^{ste} eeuw: inburgering in de rechtspraak, weerspiegeling in de wetgeving en sanctionering" (noot onder Bergen 2 juni 2003), *TBBR* 2003, 572-582. Zie ook reeds: E. DIRIX, "Over de beperkende werking van de goede trouw", *TBH* 1988, 660-666.