Privaatrecht 2050.
De weg naar ecologische duurzaamheid

PRIVAATRECHT 2050.
DE WEG NAAR ECOLOGISCHE DUURZAAMHEID

Bram Akkermans
Björn Hoops
Elsabe van der Sijde
Benjamin Verheye (eds.)

Bram Akkermans
Joyce Bruinewoud
Veerle Colaert
Pieter Gillaerts
Harold Koster
Jan-Baptist Lemaire
Elisa Paredis
Claudia N. Siewers
Arnaud Van Caenegem
Mechteld van der Vleuten
Johan Van de Voorde
Sjef van Erp
Justine van Lochem
Karel van Melle
Chris H.A. van Oostrum
Tim van Zuijlen
Hanne Vyncke
Charlotte Willemot
Edwin Woerdman

2022

die Keure

Gedrukt op houtvrij papier

D/2022/0147/137
ISBN 978 90 4864 425 4
Bestelcode 202 222 100
NUR 822

© 2022 die Keure Professional Publishing
Kleine Pathoekeweg 3
8000 Brugge
Tel.: 050/47.12.72
E-mail: pp@diekeure.be
Website: www.diekeure.be

Niets van deze uitgave, zelfs gedeeltelijk, mag openbaar gemaakt worden, gereproduceerd worden, vertaald of aangepast, onder enige vorm ook, hierin begrepen fotokopie, microfilm, bandopname of plaat, of opgeslagen worden in een geautomatiseerd gegevensbestand behoudens uitdrukkelijke en voorafgaande toestemming van de uitgever.

95011

INHOUD

Editoriaal. Duurzaam privaatrecht voor de 21ste eeuw – De betekenis van ecologische duurzaamheid voor het privaatrecht van vandaag en morgen
Bram Akkermans, Björn Hoops, Elsabe van der Sijde en Benjamin Verheye 1

DEEL I. DUURZAAM VASTGOED

Panel duurzaam wonen en huren
Claudia N. Siewers en Charlotte Willemot 11

Op zoek naar de struikelblokken voor verduurzaming van de huurwoning door het plaatsen van zonnepanelen in Nederland en België
Hanne Vyncke en Justine van Lochem 29

Zonnepanelen in gemengde complexen, flatgebouwen met eigenaar-bewoners en huurders
Mechteld van der Vleuten 49

DEEL II. DUURZAAM CONTRACTEREN EN ONDERNEMEN

CO_2-beprijzing en duurzaamheid
Edwin Woerdman 67

Duurzaam vennootschapsrecht: de aanzet voor een besloten vennootschap met maatschappelijk doel (BVM)
Harold Koster 77

Duurzaamheid gefinancierd: rol en plichten van financiële dienstverleners
Veerle Colaert en Arnaud Van Caenegem 87

Duurzaamheid in het gemene contractenrecht: ecologie van een andere orde?
Pieter Gillaerts 115

DEEL III. DUURZAAM CONSUMEREN

De rol van de consument in de verduurzaming van ons voedselsysteem: het (on)gemak van duurzame voedingskeuzes
Elisa Paredis 133

Kan de consument een remedie uitoefenen indien een fabrikant via een sofware-update de prestaties van zijn zaak vermindert ter bescherming van de hardware? Een verkenning aan de hand van de 'update-gates' van Apple en Tesla
Tim van Zuijlen en Joyce Bruinewoud 159

DEEL IV. FUNDAMENTELE HERIJKING VAN HET PRIVAATRECHT

Het goederenrecht als gedifferentieerd rechtssysteem
Sjef van Erp 179

Regeneratieve eigendom – naar een hernieuwde benadering
Bram Akkermans en Karel van Melle 193

De roerende natrekking in het Belgische goederenrecht: obstakel of hulpmiddel voor duurzaamheid?
Johan Van de Voorde 209

Het juiste reductiepad: toetsing van klimaatbeleid via redelijkheid of scheiding der machten?
Jan-Baptist Lemaire 237

Transparantie en het belang van context voor het sturen op duurzame uitkomsten
Chris H.A. van Oostrum 267

DUURZAAM PRIVAATRECHT VOOR DE 21STE EEUW – DE BETEKENIS VAN ECOLOGISCHE DUURZAAMHEID VOOR HET PRIVAATRECHT VAN VANDAAG EN MORGEN

1. INLEIDING

In 2022 zijn de termen duurzaamheid en duurzame ontwikkeling niet meer weg te denken uit de media en het maatschappelijk debat. Ook onder juristen is er in toenemende mate meer interesse om duurzaamheid als uitgangspunt voor onderzoek en onderwijs te nemen. Onder duurzaamheid verstaat men in het dagdagelijkse taalgebruik het langdurig meegaan van iets. Het is een toestand waarin elke generatie van mensen haar behoeften kan voldoen zonder aan de volgende generaties de mogelijkheid te ontnemen om dit ook te doen en waarin de behoeften van mens en natuur in een langdurige balans staan. Duurzame ontwikkeling is dan de wijze waarop we tot duurzaamheid komen. Duurzame ontwikkeling wordt dan ook vaak omschreven als het doel om aan onze eigen noden te voldoen, zonder toekomstige generaties de mogelijkheid te ontnemen aan hun noden te voldoen.

Duurzaamheid is daarmee een heel breed begrip dat zich uitstrekt van gelijke behandeling, goed bestuur, cultuur, tot ecologische duurzaamheid. Centraal in het debat staat momenteel de ecologische duurzaamheid in het kader van klimaatverandering en de noodzaak om een oplossing te vinden voor de te grote uitstoot van broeikasgassen. Het privaatrecht, zijnde het onderdeel van het recht dat de verhoudingen tussen burgers reguleert en vooral faciliteert, speelt daarbij op het eerste oog wellicht geen belangrijke rol. Lang is door velen volgehouden dat ecologische duurzaamheid vooral van de overheid zou moeten komen. Via regulering in het publiekrecht zou de overheid maatregelen kunnen afdwingen.

Toch is er zeer veel te zeggen om nu juist ook het privaatrecht te betrekken. Bij het afspreken van de duurzaamheidsdoelstellingen van de Verenigde Naties is afgesproken dat wij allemaal onze bijdragen zullen moeten leveren aan een leefbaar klimaat en een leefbare planeet. Het privaatrecht is daarbij bij uitstek een rechtsgebied dat hieraan een bijdrage kan leveren. Door niet alleen publiekrechtelijk af te dwingen of prikkels te scheppen, maar vooral ook privaatrechtelijk te faciliteren, kunnen burgers en bedrijven zelf actie ondernemen. Vanuit verschillende privaatrechtelijke deelgebieden, zoals het ondernemingsrecht, het contractenrecht, het aansprakelijkheidsrecht en het goederenrecht wordt hier al volop over nagedacht.

Deze vaststelling vormt met andere woorden een uitstekende reden om verschillende privaatrechtelijke perspectieven uit de lage landen bij elkaar te brengen.

2. PRIVAATRECHT 2050. DE WEG NAAR ECOLOGISCHE DUURZAAMHEID

Toen het *Tijdschrift voor Privaatrecht* (*TPR*) in de zomer van 2020 een oproep lanceerde om een kandidatuur in te dienen voor de organisatie van een colloquium vonden wij, de auteurs van deze inleiding, prof. dr. Elsabe van der Sijde (Stellenbosch University), prof. dr. Bram Akkermans (Maastricht University), prof. dr. Björn Hoops (Rijksuniversiteit Groningen) en dr. Benjamin Verheye (KU Leuven), elkaar onmiddellijk bereid om een samenwerkingsverband aan te gaan om op deze oproep te reageren. Gelet op onze juridische interesse en expertise was het thema van het colloquium, tevens de hierboven weergegeven

evolutie in ogenschouw genomen, snel gevonden: de rol van ecologische duurzaamheid in het privaatrecht.

Op donderdag 20 en vrijdag 21 mei 2021 vond vervolgens het allereerste *TPR*-colloquium "Privaatrecht 2050. De weg naar ecologische duurzaamheid" plaats. Meer dan 40 rechtswetenschappers uit België, Nederland en Zuid-Afrika deelden hun onderzoek naar de rol van ecologische duurzaamheid in het (brede) privaatrecht. Daarbij waakten we ervoor om zoveel mogelijk verschillende onderzoeksprofielen en perspectieven aan bod te doen komen. Een inspirerende mix van doorwinterde onderzoekers en jonge doctorandi en doctorandae kreeg de mogelijkheid om hun onderzoek toe te lichten voor een geïnteresseerd, enthousiast en enthousiasmerend publiek dat sterk werd uitgedaagd en aangemoedigd tot interactie. Dit gebeurde zowel in een klassiek lezingenformat – weliswaar in hybride virtuele en fysieke vorm – als aan de hand van bredere panelsessies waarbij kritisch werd geflecteerd over de verworven kennis en inzichten en de rol van wetenschap en praktijk in de toepassing daarvan. Bijzonder inspirerend was ook dat niet alleen West-Europese onderzoekers, maar ook Zuid-Afrikaanse onderzoekers hun inzichten deelden.

Een van onze expliciete doelstellingen was om "Privaatrecht en duurzaamheid" als nieuwe maar reeds goed ingeburgerde privaatrechtelijke subdiscipline verder op de kaart te zetten in de Nederlandstalige rechtswereld. Dit gebeurde uiteraard reeds gedeeltelijk door de publiciteit die voor het colloquium werd gevoerd, maar het leek ons dat ook een meer duurzame afbakening zinvol zou zijn. Dit verslagboek dient te worden gekaderd binnen deze ambitie. Ten eerste vormt het verslagboek de schriftelijke neerslag van het colloquium, dat op die wijze ontsnapt aan de vluchtigheid van iedere mondelinge discussie en ook relevant wordt voor zij die niet aanwezig konden zijn. De bedoeling van dit verslagboek is echter niet alleen om een tastbare herinnering aan het colloquium te creëren, maar ook om een aanzet te geven tot een onderzoeksagenda voor de voormelde subdiscipline voor de komende jaren (*cf. infra*, Onderzoeksagenda).

3. OVERZICHT

De bijdragen in dit verslagboek zijn van velerlei aard. Ondanks hun verscheidenheid is het echter toch mogelijk om hen in verschillende categorieën te groeperen. Daarbij dient uiteraard te worden benadrukt dat iedere indeling eerder artificieel is, dus bepaalde bijdragen zouden zeker in verschillende categorieën kunnen worden ondergebracht. Vanuit pedagogisch oogmerk ondernemen wij hierna echter toch een poging.

3.1. Duurzaam vastgoed

Een eerste groep bijdragen betreft duurzaam vastgoed en dit in zijn diverse juridische aspecten in het algemene goederenrecht, het appartementsrecht en het huurrecht. Het betreft met name de bijdragen van alle panelleden van de sessie "Duurzaam huren en wonen" tijdens ons colloquium.

Claudia Siewers en Charlotte Willemot analyseren hoe duurzame energiebronnen en in het bijzonder zonnepanelen kunnen worden geïntegreerd in appartementsmede-eigendomscomplexen. De auteurs onderzoeken in hoeverre het geldende Belgische en Nederlandse recht de verduurzaming van appartementengebouwen belemmert en hoe het recht kan worden aangepast om de verduurzaming beter te bevorderen.

Hanne Vyncke en Justine van Lochem zetten de juridische perikelen uiteen die optreden bij de verduurzaming van een huurwoning op de private huurmarkt. In het bijzonder verkennen zij of de medewerking van de huurder kan worden afgedwongen en in hoeverre de verhuurder de kosten van de verduurzaming op de huurder kan afwentelen.

Mechteld van der Vleuten combineert de uit de andere twee bijdragen bekende problematiek en behandelt gemengde complexen met huurders en appartementseigenaars die in hun eigen woning wonen. Zij gaat na in hoeverre er tussen het huurrecht en de regels over het appartementsrecht een zodanige wisselwerking bestaat dat de verduurzaming nog verdergaand wordt bemoeilijkt.

3.2. Duurzaam contracteren en ondernemen

Ten tweede is in dit boek een reeks bijdragen opgenomen met als onderwerp duurzaam ondernemen en het daarmee onlosmakelijk verbonden contracteren. Deze bijdragen gaan na in hoeverre regelgeving ervoor kan zorgen dat ecologische duurzaamheid ingang vindt in de beslissingen van ondernemingen en hun onderlinge contracten. Daarnaast wordt ook onder de loep genomen welke privaatrechtelijke concepten burgers en ondernemingen in staat (kunnen) stellen om ecologische duurzaamheid mee in acht te nemen bij hun contractuele handelingen.

Edwin Woerdman zet in zijn bijdrage het Europese Emissiehandelssysteem (ETS) uiteen. Hij gaat na in hoeverre CO_2-beprijzing kan leiden tot meer duurzame beslissingen van ondernemingen. Daarbij wordt een juridisch perspectief gecombineerd met een economische invalshoek, wat leidt tot verrassende resultaten.

Harold Koster bespreekt de Nederlandse ‘Aanzet voor een wettelijke regeling voor een besloten vennootschap met maatschappelijk doel (BVm)’. Hij gaat in op de definitie van maatschappelijke doelen, de opheffing van de status als BVm en typische vennootschapsrechtelijke vraagstukken zoals het vermogen van de BVm en fusies en splitsingen.

Veerle Colaert en Arnaud Van Caenegem gaan in op duurzame financiering en in het bijzonder de rol en de plichten van financiële dienstverleners. Op grond van Europese wetgeving en internationale beginselen bespreken zij de meest belangrijke instrumenten om financiële dienstverleners te bewegen tot een duurzaam financieringsbeleid.

Pieter Gillaerts onderzoekt in zijn bijdrage ten slotte in hoeverre het gemene contractenrecht een bijdrage kan leveren tot ecologische duurzaamheid. Met betrekking tot de totstandkoming van overeenkomsten en de uitvoering ervan verkent hij onder andere de goede trouw, het misbruik van recht, de openbare orde en de redelijkheid en billijkheid als mogelijke ingangspoorten voor ecologische duurzaamheid in het contractenrecht.

3.3. Duurzaam consumeren

Na duurzaam ondernemen bevat dit boek ten derde een groep bijdragen vanuit het perspectief van de andere kant van de productieketen: duurzaam consumeren. De bijdragen gaan in op de vraag in hoeverre wetgeving de consument beschermt voor onduurzame praktijken van de producent en de consument aanmoedigt of aanhoudt tot duurzame keuzes.

Elisa Paredis bespreekt duurzame voedselconsumptie en in het bijzonder de verantwoordelijkheden van de betrokken acteurs, waaronder de consument. Hij onderzoekt in hoeverre

de huidige of toekomstige wetgeving over het produceren en het verkopen van voedsel alsmede het ontstaan van voedselafval de acteurs aanhoudt tot duurzaam gedrag.

Tim van Zuijlen en Jolien Bruinewoud gaan in op de 'geplande veroudering' (*planned obsolescence*) van producten door bijvoorbeeld software-updates voor e-auto's of smartphones. Zij verkennen of deze onduurzame praktijk in strijd is met het EU-consumentenacquis en in het bijzonder of een consument in het geval van geplande veroudering naar Nederlands consumentenrecht een remedie kan uitoefenen.

3.4. Fundamentele herijking van het privaatrecht

Een laatste groep bijdragen die zijn opgenomen in dit boek bestudeert ten slotte de impact en de betekenis van ecologische duurzaamheid op het privaatrecht op meer fundamentele wijze. Daarbij wordt met name onderzocht hoe ecologische duurzaamheid ertoe kan leiden dat bestaande concepten in ons privaatrecht een nieuwe invulling krijgen.

Sjef van Erp verkent in zijn bijdrage de mogelijkheid om te komen tot een dubbel gelaagd systeem van privaatrecht om op meer flexibele wijze een antwoord te kunnen bieden op grote maatschappelijke uitdagingen zoals duurzaamheid en technologische ontwikkelingen. Hij verkent daarin bijvoorbeeld het onderwerp 'toegang' als organiserend beginsel voor goederen- en verbintenissenrecht.

Bram Akkermans en Karel van Melle analyseren de grondslagen van het eigendomsbegrip. Sinds discussies in de jaren 1960 en 1970 zijn deze niet meer in een breed wetenschappelijk debat tegen het licht gehouden. In deze bijdrage verkennen deze auteurs of het debat uit de vorige eeuw (en uiteraard het debat daarvoor) nog relevant is in het kader van ecologische duurzaamheid en doen zij voorstellen om het goederenrecht, met name het eigendomsrecht, opnieuw te voorzien van een basis van duurzaamheid.

Johan Van de Voorde gaat in op de rechtsfiguur 'natrekking', die de juridische omvang van een zaak bepaalt en dus ook van de eigendom van deze zaak. In de circulaire economie hebben steeds meer partijen belang bij een zaak. Een brede uitleg van de natrekking leidt ertoe dat de partijen hun eigendomsrecht van een bestanddeel en hun rechtszekerheid verliezen. Van de Voorde gaat na in hoeverre de natrekking van roerende zaken kan worden aangepast of omzeild om de overgang naar een circulaire economie te vergemakkelijken.

Jan-Baptist Lemaire bespreekt de rechterlijke toetsing van beleidskeuzes. Hij zet de redelijkheidstoetsing in het privaat- en het publiekrecht uiteen en onderzoekt in hoeverre duurzaamheid ingang kan vinden als toetssteen in het zorgvuldigheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en de scheiding der machten.

Chris van Oostrum bekijkt het begrip 'transparantie' en het belang daarvan voor duurzaam ondernemen. Wet- en regelgeving kan hierbij de informatiepositie van (potentiële) beleggers en aandeelhouders verbeteren om meer duurzame investeringsbeslissingen te bevorderen. Ook de informatiepositie van andere belanghebbenden kan worden verbeterd, met als doel dat in ondernemingsketens inbreuken op mensenrechten en milieuschade worden voorkomen.

4. IDEEËN VOOR DE TOEKOMST

Als organisatoren van het duurzaamheidscolloquium hebben wij nadien voor onszelf uiteraard een gedachtenoefening gemaakt met als voornaamste bedoeling het vinden van

een antwoord op de volgende vragen: welke ideeën vormden een rode draad door het colloquium en wat zal ons inhoudelijk het meeste bijblijven uit het voorbije colloquium? Deze twee vragen vormen tegelijk het startschot voor ons persoonlijke toekomstige onderzoek.

Hierna schetsen we kort het eerste resultaat van deze oefening. Een aanzet tot de daarmee deels samenhangende onderzoeksagenda komt hierna afzonderlijk aan bod.

4.1. Belang van supra- en transnationale initiatieven

Een eerste opvallende rode draad door ons colloquium en dit verslagboek is de impact die uitgaat van supra- en transnationale initiatieven, in het bijzondere de duurzaamheidsregelgeving van de Europese Unie en transnationale *good governance*-standaarden. Duurzaamheid betreft immers een uitdaging die we niet alleen in een nationale context, maar ook en vooral in een internationale context met elkaar moeten aangaan. Het is daarmee enigszins vanzelfsprekend dat internationale organisaties als de Europese Unie initiatieven op dit gebied initiëren.

De Europese Unie is met haar Duurzaamheidsagenda zeer actief. Initiatieven in het ondernemingsrecht, het intellectueel eigendomsrecht, het energierecht en het milieubeschermingsrecht raken het privaatrecht in vele aspecten. Dit brengt een fragmentering van het privaatrecht met zich waar we meer en meer rekening mee zullen moeten houden.[1] Privaatrechtsjuristen moeten aandacht in onderwijs, onderzoek en praktijk schenken aan de toets of nationaal privaatrecht wel in overeenstemming is met Europese verordeningen of conform een Europese richtlijn moet worden uitgelegd. Bovendien moeten privatisten ook steeds de coherentie van het privaatrecht en de daarmee verbonden rechtszekerheid voor ogen houden.

Een goed voorbeeld hiervan is de bijdrage van Van Zuijlen en Bruinewoud. Hun bijdrage maakt onder andere gebruik van bestaande praktijken en uitspraken uit andere EU-lidstaten om de rechtsbescherming van de consument in het Nederlandse recht te onderzoeken.

4.2. Belang van creatief denken

Een tweede belangrijke factor die in elke uiteenzetting tijdens het colloquium, elke discussie nadien en elke bijdrage in dit verslagboek aan bod kwam en komt, is het belang van creatief denken. De bestaande rechtsregels op puur positivistische wijze toepassen – als een techneut of een automaat als het ware – is op zich reeds vrij gecompliceerd, maar het is tegelijk kinderspel in vergelijking met wat de sprekers en de auteurs in hun bijdragen doen: een innovatieve en toekomstgerichte interpretatie van en/of kritiek op het bestaande recht om de ecologische duurzaamheid te bevorderen. Het is dergelijk kritisch en creatief denken dat ook de rode draad vormt in iedere bijdrage in dit verslagboek, waarbij dit denken leidt tot verrassende en innovatieve resultaten. Dit kan geschieden op verschillende manieren, zoals ook de bijdragen in dit boek duidelijk maken en waarvan hierna verschillende voorbeelden worden aangehaald.

Ten eerste kan bijvoorbeeld in de bijdrage van Sjef van Erp en in de bijdragen van Bram Akkermans en Karel van Melle een fundamentele en eerder theoretische uiting van creatief denken worden herkend: de auteurs vertrekken vanuit de klassieke goederenrechtelijke be-

[1] VAN GERVEN heeft het in deze optiek over de “verkokering van het privaatrecht”. Zie hiervoor W. VAN GERVEN, “Verkokering van het privaatrecht”, *TPR* 1991, 1021-1023.

ginselen om deze vervolgens aan de hand van ecologische duurzaamheid op een volstrekt nieuwe wijze te interpreteren en te combineren. Dergelijke bijdragen bieden als het ware een macroperspectief op de (mogelijke) resultaten van een vruchtbare symbiose tussen privaatrecht en ecologische duurzaamheid.

Bijdragen zoals deze van Pieter Gillaerts en Johan Van de Voorde, ten tweede, bekijken de zaken dan weer van een dichter perspectief door de nadruk te leggen op specifieke concepten, respectievelijk bijvoorbeeld de totstandkoming van overeenkomsten of natrekking. Zij combineren een diepgaande technische kennis van het recht met het voormelde kritisch en creatief denken om tot een vernieuwde invulling van die specifieke concepten te komen, met name een invulling die ook een plaats biedt aan ecologische duurzaamheid.

Uit deze rode draag putten we ten slotte ook graag een boodschap aan de verschillende rechtsfaculteiten om dit creatief denken door hun studenten aan te moedigen. Het risico dat een juridisch opleidingsonderdeel vervalt in het doceren van de puur technisch-juridische kennis loert steeds om de hoek en dat is uiteraard begrijpelijk: het recht is zodanig toegenomen in (technische) complexiteit dat alle tijd dreigt te worden opgesoupeerd door de doelstelling om ervoor te zorgen dat de afgestudeerde juristen technisch beslagen op het ijs komen wanneer zij het juridische beroepsleven ingaan. Dit is natuurlijk een belangrijke doelstelling die zeker deel dient uit te maken van de rechtenopleiding, maar ons colloquium en verslagboek maken expliciet duidelijk dat ook een beginselenbenadering van het recht en een algemene humanistische vorm hun plaats verdienen in het curriculum. Enkel op die manier worden de studenten gevormd als kritisch en humanistisch denkende burgers die in staat zijn tot een creatieve omgang met het recht en de wereld. Het is alleen dergelijke creativiteit die ons in staat zal stellen om met het nodige optimisme en zelfvertrouwen de uitdagingen van de toekomst, hetzij van ecologische aard, hetzij van enigerlei andere aard, het hoofd te bieden.

4.3. Belang van multi- en interdisciplinariteit

Het belang van multi- en interdisciplinariteit in het onderzoek naar privaatrecht en duurzaamheid kan niet worden onderschat. Om de juridische problemen rond de verduurzaming van onze samenleving goed in kaart te kunnen brengen en geschikte oplossingen aan te dragen, moeten juristen begrijpen hoe het recht de verduurzaming belemmert of kan faciliteren. Om slechts een paar eenvoudige voorbeelden te noemen: wat voor verschillende soorten zonnepanelen zijn er en hoe worden deze zonnepanelen op het dak geïnstalleerd? Wat zijn de juridisch-technische vereisten die op basis van standaarden aan deze zonnepanelen worden gesteld? Hoezo vormt natrekking een obstakel voor de huur van zonnepanelen? De jurist dient zich dan ook eerst vertrouwd te maken met de antwoorden op de voorafgaande vragen, alvorens over te gaan tot een juridische analyse die zich toespitst op zijn of haar concrete probleem. Terwijl deze vragen nog relatief eenvoudig te beantwoorden zijn, is er een groot aantal meer ingewikkelde vragen die wij niet zonder de ondersteuning van collegae uit andere disciplines kunnen beantwoorden.

De interdisciplinariteit komt met name tot uiting in de bijdrage van Edwin Woerdman over CO_2-beprijzing. Deze auteur toont aan dat intuïtieve benaderingen, zeker in een domein waarin men minder beslagen is – en de economie is dergelijk domein voor juristen –, leiden tot een onjuist resultaat. Een kritische en, in dit geval, niet-juridische benadering is nodig om feiten op correcte wijze te begrijpen, ook al is dit contra-intuïtief. Het weerleggen van intuïties is uiteraard ook een voorbeeld van kritisch en creatief denken en zeker in tijden van *fake news* en complotdenken kan het belang daarvan geenszins worden ontkend.

De bijdrage van Chris van Oostrum is een ander voorbeeld. Met behulp van empirisch onderzoek naar de effectiviteit van transparantieregelgeving en inzichten uit de *governance*-discipline en de politieke wetenschappen definieert hij transparantie en evalueert hij transparantieregelgeving. De jurist die daarover een zinvolle uitspraak wenst te doen, doet er dan ook goed aan deze bijdrage en de niet-juridische literatuur waarnaar zij verwijst grondig te bestuderen.

4.4. Belang van open normen

Een derde rode draad die onmiskenbaar in verschillende uiteenzettingen tijdens ons colloquium en bijdragen in dit verslagboek aanwezig is, is het belang van open normen voor een duurzame interpretatie van het privaatrecht. Dergelijke open normen, als concept welbekend in het privaatrecht, zouden wel eens de sleutel kunnen zijn voor een vlotte verduurzaming van het privaatrecht.

Het klassieke voorbeeld van een open norm is uiteraard de goede trouw (naar Belgisch recht) of de redelijkheid en billijkheid (naar Nederlands recht). Het wekt eigenlijk geen verbazing dat deze open norm in dit verslagboek aan bod komt. In de bijdrage van Pieter Gillaerts, bijvoorbeeld, wordt uitgebreid geanalyseerd hoe de goede trouw in haar verschillende vormen van functioneren kan leiden tot een verduurzaming van het gemeen contractenrecht.

De verkeersopvatting als open norm voor de toepassing van de roerende natrekking staat dan weer centraal in de bijdrage van Johan Van de Voorde over de voor de verduurzaming wenselijke omvang van eigendom.

5. ONDERZOEKSAGENDA

Ten slotte wagen we ons op basis van het boek dat u in handen heeft aan een oefening die de grenzen van dit boek ver te buiten gaat: *par ce livre au delà de ce livre*. De verschillende bijdragen in dit boek vertonen namelijk, hetzij bewust, hetzij onbewust, meerdere raakvlakken die toestaan om een onderzoeksagenda te schrijven voor de privaatrechtelijke subdiscipline “Privaatrecht en duurzaamheid”. Deze onderzoeksagenda bestaat uit diverse onderzoeksvragen en subonderzoeksvragen die telkenmale worden opgeworpen en/of deels beantwoord in de bijdragen in dit verslagboek, maar waarnaar verder onderzoek absoluut zinvol is.

Een eerste onderzoeksvraag bouwt voort op een van de rode draden van het colloquium die hierboven reeds aan bod is gekomen: welke mogelijkheden bieden de diverse open normen voor de implementatie van duurzaamheid in het privaatrecht?

Een spanningsveld dat hierbij direct geraakt wordt, is of we oplossingen kunnen en moeten bieden op basis van bestaande concepten of dat er noodzaak is aan nieuwe concepten en nieuwe regelgeving. Het ligt in de aard en de opleiding van de jurist om eerst te proberen om oplossingen te bedenken binnen de kaders van het huidige systeem. Het valt op dat als de uitdaging groot genoeg is, juristen ook in toenemende mate proberen het recht verder te ontwikkelen. Denk in dat kader aan positieve verplichtingen of zelfs aan nieuwe concepten als een meer gelaagd rechtsstelsel in Europa.

Het is evident dat niet zomaar alle regels van privaatrecht vervangen zouden moeten worden door nieuwe concepten, maar eveneens evident is dat de huidige maatschappelijke

uitdaging van duurzaamheid en duurzame ontwikkeling actie vraagt van overheid, bedrijf en burger. Als daar nieuwe privaatrechtelijke regels bij horen, dan moeten we daar zeker niet voor wegkijken of afkerig van zijn. Recht evolueert namelijk voortdurend en nieuwe regelgeving maakt inherent deel uit van deze evolutie, ook in het privaatrecht.

Een tweede onderzoeksvraag die met de eerste onderzoeksvraag verband houdt, betreft de rol van publieke belangen in het privaatrecht. Duurzaamheid is een publiek belang dat bijvoorbeeld via de herinterpretatie van open normen en/of wetswijzigingen het privaatrecht verandert. Juristen kunnen onderzoeken op welke manieren en met welke intensiteit dit gebeurt. Juristen kunnen zich daarnaast afvragen in hoeverre verdrags- en constitutioneelrechtelijke waarborgen van de contractsvrijheid en de eigendom zich hiertegen verzetten.

Een derde, meer interdisciplinair geaarde vraag is wat duurzaamheid in privaatrecht en duurzaamheid precies betekent. Duurzaamheid speelt een zeer centrale rol omdat zij als maatstaf moet dienen voor de beoordeling van de huidige regelgeving en mogelijke verbeteringen. Veel bijdragen gebruiken niet direct duurzaamheid als beoordelingscriterium, maar juist een daaruit afgeleid criterium, zoals het gebruik van hernieuwbare energiebronnen. Hernieuwbare energiebronnen zijn in de regel beter dan fossiele energie, maar er zijn twijfels of hernieuwbare energie (anders dan minder consumeren) écht duurzaam is. Er zou daarom een debat moeten komen over wat duurzaamheid in dit onderzoeksveld precies inhoudt.

6. WOORD VAN DANK

De realisatie van ons colloquium was niet mogelijk geweest zonder de hulp van een aantal mensen en diensten. In de eerste plaats wensen we uiteraard de voltallige redactie van het *Tijdschrift voor Privaatrecht* en in het bijzonder zijn beide directeurs, prof. dr. Vincent Sagaert en prof. dr. Matthias Storme, te danken voor de gulle financiering van het colloquium. Ten tweede verdient ook de congresdienst van de rechtsfaculteit van Maastricht University een warm woord van dank, met name aan mevrouw Chantal Kuypers en mevrouw Elke Hundhausen. We bedanken ook graag de rechtsfaculteit van de KU Leuven en Olenz Notarissen, te Veenendaal (Nederland), voor de terbeschikkingstelling van de lokalen en infrastructuur voor het fysieke deel van ons hybride colloquium.

Ten slotte voegen we ook zelf de duurzame daad bij het woord. Dit boek is gedrukt op de meest duurzame wijze die op heden realiseerbaar is. Op deze wijze trachten we ons colloquium op zijn beurt een duurzame waarde te geven. We wensen onze uitgeverij, die Keure, en in het bijzonder onze uitgeefster, mevrouw Catherine Vandermeersch, uitdrukkelijk te bedanken voor hun hulp bij de realisatie van deze ambitie.

DEEL I.
DUURZAAM VASTGOED

PANEL DUURZAAM WONEN EN HUREN

Mr. Claudia N. SIEWERS
Notarieel jurist
Promovenda aan de Open Universiteit
Directeur-bestuurder van Stichting Visitatie Woningcorporaties Nederland

Dr. Charlotte WILLEMOT
Notarieel jurist
Praktijkassistent UGent

INLEIDING

1. ***Situering*** **–** De vraag hoe we wonen en huren kunnen verduurzamen, kan vanuit heel wat verschillende invalshoeken worden benaderd. Wanneer het duurzaam wonen of huren in een appartementsgebouw wordt georganiseerd, voegt dit echter steeds een extra dimensie aan het vraagstuk toe. Het panel over "Duurzaam huren en wonen", bestaande uit Mechteld van der Vleuten (adviseur VvE-recht, gepromoveerd in 2017), Charlotte Willemot (gepromoveerd aan de UGent), Claudia Siewers (promovenda; Open Universiteit), Hanne Vyncke (promovenda, UGent) en Justine van Lochem (bijzonder hoogleraar huurrecht, RuG), heeft daarom besloten om dit te illustreren aan de hand van een concrete casus waarbij er zonnepanelen op een appartementencomplex geplaatst worden. Er bestaat vandaag immers geen discussie meer over het feit dat zonnepanelen een belangrijke rol spelen in de transitie naar een energieneutrale toekomst. Ook appartements(mede-)eigenaars en -huurders kijken voor hun verwarming en elektriciteit dus steeds vaker in de richting van zonnepanelen. Het dak van een appartementsgebouw biedt meestal voldoende plaats voor de plaatsing van zonnepanelen, maar heeft als gemeenschappelijk deel een bijzonder statuut. Dit heeft als gevolg dat een individuele appartements(mede-)eigenaar of -huurder in de regel niet zonder meer zal kunnen beslissen om zonnepanelen op het dak van het appartementsgebouw te plaatsen.

In deze bijdrage voor het panel over "Duurzaam huren en wonen" bespreken de auteurs Claudia Siewers en dr. Charlotte Willemot de problematiek van de plaatsing van zonnepanelen op het dak van een appartementsgebouw respectievelijk vanuit het Nederlandse en het Belgische appartementsrecht. De tekst bestaat uit twee luiken die onafhankelijk van elkaar gelezen kunnen worden, maar de auteurs hebben bij het schrijven wel telkens hetzelfde stramien gevolgd. In een eerste hoofdstuk schetsen ze telkens vanuit hun eigen jurisdictie het juridische kader dat appartements(mede-)eigenaars moeten respecteren. Vervolgens focussen ze zich op het besluitvormingsproces en de vereiste stemmeerderheden (hoofdstuk 2). In het derde hoofdstuk worden de verschillende (juridische) hindernissen besproken die kunnen zorgen voor een blokkering in het besluitvormingsproces, evenals de mogelijke remedies. Tot slot wordt er één overkoepelende conclusie geformuleerd.

DEEL APPARTEMENTSRECHT – Nederland (Mr. Claudia N. Siewers)

1. ALGEMEEN JURIDISCH KADER

1. ***Dogmatische structuur –*** Van der Merwe heeft een analyse gemaakt van de dogmatische structuur van appartementsrecht in verschillende landen.[1] Van der Merwe benoemt dat appartementsrecht over het algemeen bestaat uit drie onderdelen:

> "– individual ownerschip of an apartment;
> – joint (common) ownership of the land and the common parts of the building;
> – membership of an incorporated or unincorporated owners' association. …

These components are so inextricably linked to each other that they form a threefold unity."[2]

Oftewel een eigenaar verkrijgt niet alleen het exclusieve recht om een gedeelte privé te gebruiken, maar ook een onverdeeld aandeel in de gemeenschap. Onderdeel van het appartementsrecht is een (onverdeeld) aandeel in de gemeenschap in de vorm van mede-eigendom.
Ondanks de overeenkomsten, verschillen het Nederlandse en het Belgische stelsel fundamenteel. In Nederland ligt een andere gedachte ten grondslag aan het appartementsrecht dan in België. De rechtspositie van de appartementseigenaren wordt hoofdzakelijk bepaald door het medegerechtigd zijn in het gehele gebouw met bijbehorende grond en de daaruit voortvloeiende verplichtingen.[3] Hierdoor heeft Nederland gekozen voor het monistische of unitaire stelsel. In Nederland staat daarmee niet de eigendom van de individuele delen voorop, maar juist de gemeenschappelijkheid van het gebouw. De 'eigenaar' van een appartementsrecht wordt een medegerechtigde in de gemeenschap. Beekhuis schreef in 1952 dat er niet zoveel verschil is:

> "Wanneer men de opsommingen van gemeenschappelijke zaken doorleest, die in buitenlandse wetgevingen voorkomen (…) dan blijkt dat vrijwel alle zaken, waaruit het gebouw bestaat: de daken, de muren, de trappen, de gangen enz., als gemeenschappelijk worden beschouwd."[4]

Het Belgische systeem is geen unitair stelsel maar een zogenaamd dualistisch stelsel, waarbij er geen mede-eigendom ontstaat van het gehele gebouw, maar alleen van de gemeenschappelijke zaken en delen. Daarmee zijn in het Nederlandse systeem veel meer zaken gemeenschappelijk die ook om gemeenschappelijke besluitvorming vragen.

2. ***Algemeen, uitsplitsing –*** Van Velten benoemt in zijn oratie dat na de splitsing in appartementsrechten de eigendom uiteenvalt in twee delen:

- enerzijds een zakenrechtelijk gedeelte, te weten de mede-eigendom van het gebouw en het gebruiksrecht van het privégedeelte (de woning);
- anderzijds het verenigingsrechtelijke gedeelte, waaronder begrepen het eventuele kwalitatieve lidmaatschap maar vooral het lidmaatschap van de vereniging van eigenaars.[5]

---

[1] Dit artikel is samengesteld uit delen uit mijn nog te verschijnen proefschrift: Balans in het appartementsrecht: wijzigen vereenvoudigd.
[2] C.G. VAN DER MERWE, *International Encyclopedia of comparative law, volume VI, Property and trust, Chapter 5 Apartment Ownership*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 27.
[3] C. ASSER/S.E. BARTELS en A.A. VAN VELTEN, "Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5", *Zakenrecht, Eigendom en beperkte rechten*, Deventer, Wolters Kluwer, 2021/355.
[4] J.H. BEEKHUIS, "De nieuwe wet op de appartementen", *WPNR* 1952/4230, p. 74.
[5] A.A. VAN VELTEN 1989, p. 11.

De Vereniging van Eigenaars (hierna: VvE) beheert het 'verenigingsrechtelijke gedeelte'. Naast de VvE staan alle individuele appartementseigenaars voor het door Van Velten aangeduide 'zakenrechtelijke gedeelte'.
Het verschil tussen het verenigingsrecht en het zakenrechtelijke gedeelte komt met name tot uiting in de besluitvorming. Van Velten schrijft hierover: "*Als het niet over zuiver beheer (exploitatie) gaat, wijkt het meerderheidsprincipe van het verenigingsrecht voor de unanimiteit van het vermogensrecht. De afperking tussen beide rechtssferen kan, binnen de grenzen die de wet stelt, nader worden geregeld in het splitsingsreglement.*"[6]

3. ***Inhoud splitsingsakte –*** Welke gedeelten van het gebouw bedoeld zijn als gemeenschappelijk en welke gedeelten bestemd zijn om als afzonderlijk geheel te gebruiken (de privégedeelten) is beschreven in de splitsingsakte. De splitsingsakte bevat krachtens artikel 5:111, aanhef sub b van het Burgerlijk Wetboek een nauwkeurige omschrijving van het gebouw en de gedeelten die bestemd zijn om als afzonderlijk geheel te worden gebruikt. Er is ook ruimte om gebruik te maken van een modelreglement krachtens artikel 5:111, sub d ervan. De modelreglementen zijn van belang omdat hierin de besluitvorming binnen de VvE wordt beschreven. Modelreglementen hebben inmiddels de status van pseudowetgeving, schrijft Van Velten.[7] Er zijn inmiddels modelreglementen verschenen in 1953, 1956, 1973 ('witte boekje'), 1975 voor serviceflatgebouwen ('bruine boekje'), 1983 ('blauwe boekje'), 1987 voor serviceflatgebouwen ('rode boekje'), 1992 ('gele boekje'), 2006 ondersplitsing, 2006, 2017, 2018 ondersplitsing en 2021 ('kleine VvE's'). Het verschijnen van een nieuw modelreglement betekent niet dat 'oude' splitsingen profiteren van de nieuw verwerkte inzichten en jurisprudentie. Als een modelreglement van toepassing is verklaard, blijft dit gelden totdat de splitsingsakte gewijzigd is. Oudere modelreglementen (dat wil zeggen vóór 2017) houden geen rekening met verduurzamingsmaatregelen, zoals de plaatsing van zonnepanelen.[8]

2. BESLUITVORMING

2.1. Besluitvorming wanneer het initiatief uitgaat van één of meerdere individuele mede-eigenaars

4. ***Vereiste stemmeerderheid –*** In de Nederlandse wetgeving is geen bepaling opgenomen over besluitvorming binnen de VvE in het geval van de plaatsing van zonnepanelen. Daarom moet worden gekeken naar de hoofdregel. In het verenigingsrechtelijke gedeelte dat beheerd wordt door de VvE is de hoofdregel besluitvorming bij meerderheidsbesluit.[9] In het zakenrechtelijke gedeelte is unanimiteit de norm.

Het is voor VvE's en appartementseigenaars vaak niet duidelijk welke rechtshandeling verenigingsrechtelijk of zakenrechtelijk is.[10] De VvE beheert de gemeenschappelijke zaken en delen en daarmee het verenigingsrechtelijke gedeelte. De bevoegdheden van de VvE worden gekaderd door artikel 5:112, lid 1, sub e *jo.* artikel 5:126 van het Burgerlijk

[6] A.A. VAN VELTEN, "Privaatrecht Actueel. Het onderscheid tussen beheer en beschikking in het appartementsrecht", *WPNR* 2000/6407, p. 447. Unanimiteit is sinds 2005 niet meer in alle gevallen vereist; Zie ook N.H.M. TUMMERS en P.A.M. MERTENS 2012, p. 58 e.v.
[7] A.A. VAN VELTEN, *Privaatrechtelijke aspecten van Onroerend Goed*, Deventer, Wolters Kluwer, 2018, p. 369.
[8] Ik ben er in dit artikel van uitgegaan dat de zonnepanelen na bevestiging onderdeel gaan uitmaken van het appartementencomplex. Er is inmiddels al veel jurisprudentie over de vraag of zonnepanelen op een dak roerend of onroerend zijn. Deze discussie behandel ik in dit artikel niet.
[9] In de modelreglementen zijn voor verschillende besluiten hogere meerderheden opgenomen.
[10] Zie bv. Rb. Roermond 6 april 2005, ECLI:NL:RBROE:2005:AT3455, *NJF* 2005, 183 of HR 7 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5405 (Notaris Wortelboer).

Wetboek. Krachtens artikel 5:112, lid 1, sub e ervan is het doel van de VvE het behartigen van de gezamenlijke belangen van de appartementseigenaars. In artikel 5:126, lid 1 van het Burgerlijk Wetboek wordt dit verder uitgewerkt als "het beheer over de gemeenschap, *met uitzondering van* de gedeelten die bestemd zijn om als afzonderlijk geheel te worden gebruikt (cursivering CS)". Appartementseigenaars zijn gezamenlijk eigenaar van de gemeenschap en ieder heeft een onverdeeld aandeel in de gemeenschap geleverd gekregen. Het woord 'beheer' in het artikel 5:126 van het Burgerlijk Wetboek kan daarom nader worden ingekleurd door artikel 3:170 ervan.

5. ***Persoonlijk of zakelijk recht nodig –*** Ik ga er in dit artikel van uit dat de zonnepanelen geplaatst worden op of aan een gemeenschappelijk gedeelte in de VvE zoals een dak. In de standaardteksten van de modelreglementen wordt het dak als gemeenschappelijk bestempeld. Ik denk dat in het overgrote deel van alle splitsingsakten in Nederland is overgenomen dat het dak gemeenschappelijk is, uitzonderingen daargelaten. Of de aanvrager van de zonnepanelen de bovenste verdieping gebruikt, is niet relevant in het Nederlandse recht, omdat het Nederlandse systeem uitgaat van het unitaire systeem waarbij alle eigenaars gezamenlijk mede-eigenaar zijn voor een *onverdeeld* aandeel. Daardoor is iedere eigenaar van een bepaald gedeelte van het gebouw zonder dat aangeduid is welk gedeelte dat is.

2.1.1. Huurrecht of gebruiksrecht

De VvE kan een gemeenschappelijke zaak of ruimten verhuren of in gebruik geven aan een eigenaar (of een derde overigens).[11] De VvE is binnen haar doelomschrijving alleen bevoegd tot beheershandelingen. Het overeenkomen van een huurrecht is een persoonlijk recht waartoe de VvE in beginsel bevoegd is. Er is discussie over de vraag of een VvE bevoegd is tot ingebruikgeving tot een periode voor een bepaalde duur terwijl de contractspartij geen eigenaar meer is.[12] Belangrijker is nog dat een gegeven toestemming ook weer ingetrokken kan worden.

2.1.2. Exclusief recht van gebruik

Mocht aan de hand van context, frequentie of intentie blijken dat de ingebruikgeving van het dak feitelijk een exclusief recht is om een zaak of een ruimte door een eigenaar te laten gebruiken, dan is dit geen beheershandeling maar een beschikkingshandeling.[13] In de rechtspraak zijn zulke voorbeelden te vinden bij bijvoorbeeld het gebruik van het dak als dakterras.[14] Beschikkingshandelingen zijn *a contrario* het primaat van de gemeenschap van appartementsrechtseigenaars. De VvE is dus niet bevoegd tot beschikkingshandelingen; dat zijn alle eigenaars apart.[15] Voor een beschikkingshandeling geldt derhalve het vereiste van unanimiteit. Bovendien is het nodig om de splitsingsakte aan te passen krachtens artikel 5:139 van het Burgerlijk Wetboek.

[11] R.F.H. MERTENS, "Boek 5, Titel 9. Appartementsrechten" in A.A. VAN VELTEN (ed.), *Groene Serie Zakelijke rechten*, Deventer, Kluwer, 2010 (online), art. 5:126 BW.
[12] F.J. VONCK, "Naschrift", *WPNR* 2020/7306.
[13] C.N. SIEWERS, "Beheer en beschikken in het appartementsrecht", *WPNR* 2021/7351, p. 979 e.v.
[14] Zie bv. Hof Den Bosch 23 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2376, Rb. Gelderland 19 augustus 2020 (ECLI:NL:RBGEL:2020:4219), Rb. Overijssel 27 oktober 2020, nr. 8628871/EJVERZ 20-227 (ECLI:NL:RBOVE:2020:3613).
[15] Een uitzondering op deze regel is art. 5:139, lid 2 BW waarin het bestuur van de VvE de bevoegdheid wordt gegeven om de wijziging van een splitsingsakte te ondertekenen, wat een beschikkingshandeling is.

2.1.3. Opstalrecht

Als er een derde betrokken is bij de plaatsing van de zonnepanelen, wordt geregeld een opstalrecht gevraagd, gevolgd door vestiging van een hypotheekrecht als zekerheid voor de financiering van de zonnepanelen en de bijbehorende installatie. Het is in het Nederlandse recht niet mogelijk om een opstalrecht te plaatsen op een gemeenschappelijk deel omdat de wet daartoe geen mogelijkheden geeft. De wetgever heeft met de invoering van het appartementsrecht beoogd de wettelijke regeling van appartementsrecht exclusief te maken.[16] Het gevolg daarvan is dat gelijke rechten (zoals appartementsrecht en een recht van opstal, maar ook een recht van erfpacht) niet op elkaar geplaatst kunnen worden. Dit is voor de praktijk een belangrijke belemmering. Financiers wensen een recht van opstal omdat er een hypotheekrecht op gevestigd kan worden waardoor externe financiering mogelijk is. Er bestaat overigens wel een truc om alsnog een opstalrecht te kunnen vestigen door de splitsing op te heffen, vervolgens het opstalrecht te vestigen en daarna het gehele perceel opnieuw te splitsen. De omgekeerde volgorde derhalve. Het is erg veel werk en vraagt de medewerking van veel partijen, maar als het belang groot genoeg is, bestaat deze ontsnappingsroute.

6. ***Duidelijke afspraken*** **–** Duidelijke afspraken zijn zowel in België als Nederland een noodzaak. Er zijn geen vaste kaders voor de inhoud van een gebruiksovereenkomst.[17] Uiteraard is het ook mogelijk dat een eigenaar kiest voor een besluitvormingsroute die in mijn ogen niet optimaal is. Zoals de situatie dat de VvE toestemming geeft voor plaatsing van een zonnepaneel en de eigenaar daarmee volstaat. Er volgt dan geen uitwerking in een gebruiksovereenkomst en er wordt geen zakelijk recht verleend. In deze situatie is er sprake van een persoonlijke toestemming zonder zakenrechtelijke werking. Het nadeel van een (persoonlijke) toestemming is dat een toestemming ook weer ingetrokken kan worden. In de VvE-praktijk wordt een gebruiksovereenkomst gebruikt om vervolgens de verhouding tussen de VvE en de eigenaar te regelen.[18] Dit heeft niet mijn voorkeur omdat in mijn ogen de eigenaar die de plaatsing verzoekt, ook de bedoeling heeft om de zonnepanelen daar de gehele technische levensduur te laten liggen. Ook na bijvoorbeeld een verhuizing wanneer een persoonlijk recht eindigt.[19] Dit bevindt zich in een lastig juridisch grijs gebied en het is juist onze taak als juristen om eigenaars voor te bereiden op de mogelijke situaties die kunnen ontstaan.

7. ***Toepassing concrete casus*** **–** In de casus heeft de eigenaar geen andere keuze dan de besluitvormingsroute binnen de VvE te doorlopen. Die route start door het verzoek aan (het bestuur van) de VvE aan te geven, waarna het verzoek op de vergadering van eigenaars geagendeerd wordt. Daarna volgt de route zoals hierboven bij 4. omschreven.

2.2. Besluitvorming wanneer het initiatief uitgaat van de VvE

Steeds vaker is het de VvE die zelf de plaatsing van zonnepanelen initieert. Dit past binnen de ontwikkelingen van de maatschappij, zoals de uitdagingen van de energietransitie en de wensen op het gebied van duurzaamheid van gebouwen. De besluitvorming binnen de VvE kent een lange weg.

[16] T.H.D. STRUYCKEN, *De numerus clausus in het goederenrecht* (diss. Nijmegen), Deventer, Kluwer, 2007, p. 630.
[17] A.C.W. LUIJK-VAN VELDHUIZEN en C.N. SIEWERS, "De gebruiksovereenkomst in het appartementsrecht", *JBN* 2021/4.
[18] *Idem*.
[19] Anders oordeelt VONCK in F.J. VONCK, "Naschrift", *WPNR* 2020/7306.

8. ***Ter vergadering –*** In de besluitvorming in de vergadering van eigenaars wordt een onderscheid gemaakt tussen:

- het aantal stemmen dat op de vergadering aanwezig of vertegenwoordigd is *c.q.* moet zijn ('quorum'); en
- het aantal stemmen dat op de vergadering voor of tegen een bepaald voorstel moet worden uitgebracht (meerderheidsvereiste of stemverhouding).

9. ***Quorum –*** De modelreglementen (MR) van 1973, 1983 en 1992 kennen een quorum (aanwezigheidsvereiste) van 50 % van de stemmen voor besluiten met een volstrekte meerderheidsvereiste, en van twee derde van de stemmen voor besluiten met een gekwalificeerde meerderheidsvereiste. In MR 1973 en 1983 is het meerderheidsvereiste in het laatste geval drie vierde van de stemmen, in MR 1992 is dat twee derde van de stemmen. MR 2006 en 2017 kennen *geen* quorum voor besluiten met een volstrekte meerderheidsvereiste. Voor besluiten waarvan die reglementen een gekwalificeerde meerderheid vereisen, kennen MR 2006 en 2017 *wel* een quorum van twee derde van de stemmen. De conclusie hiervan luidt dat alle reglementen voor besluiten van de vergadering van eigenaars, waarvoor een gekwalificeerde meerderheid geldt, tevens een quorum kennen. In modelreglement 2021 is een andere koers gevaren. Daarin is een gewone meerderheid van de stemmen voldoende, omdat dit modelreglement geen gekwalificeerde meerderheid kent.
In de modelreglementen 1973, 1983, 1992, 2006 en 2017 geldt de eis van besluitvorming met gekwalificeerde meerderheid voor besluiten die, kort gezegd, over hogere bedragen gaan (boven en door de vergadering vast te stellen drempelbedrag), de vereniging voor langere tijd binden en/of buiten het reguliere onderhoud vallen.

10. ***Gekwalificeerde meerderheid –*** Elk modelreglement kent bepalingen die voor bepaalde besluiten een gekwalificeerde meerderheid vereisen. Een uitputtend overzicht van al deze besluiten bieden, gaat het kader van deze bijdrage te buiten. De belangrijkste besluiten die (in alle modelreglementen) met een gekwalificeerde meerderheid en een quorum genomen moeten worden, zijn:

1. besluiten door de vergadering tot het doen van uitgaven die een in de akte nader te bepalen bedrag te boven gaan;
2. het doen van een uitgave ten laste van het reservefonds, voor zover het vastgestelde MJOP daarin niet voorziet;
3. ontzegging van het gebruik van een privégedeelte;
4. het vaststellen of wijzigen van het huishoudelijk reglement;
5. het aangaan van verplichtingen, al dan niet voortvloeiend uit een duurovereenkomst, waaronder begrepen een overeenkomst van geldlening, met een financieel belang dat in totaal een bedrag van vijfduizend euro (5.000 euro, dan wel een ander, door de vergadering vastgesteld drempelbedrag te boven gaan, zoals in MR 2017);
6. besluiten tot een verbouwing, tot het aanbrengen van nieuwe installaties of tot het wegnemen van bestaande installaties, tenzij deze besluiten als een uitvloeisel van onderhoud zijn te beschouwen en het MJOP daarin voorziet.

De besluitvorming is per VvE waar de zonnepanelen geplaatst worden verschillend, welk verzoek aan de vergadering wordt voorgelegd. Dat zou een toestemming kunnen zijn omdat het een uitgave buiten het MJOP is, maar ook bijvoorbeeld een nieuwe installatie of een verplichting die een groter financieel belang heeft dan 5.000 euro. Dat is maar net hoeveel er gereserveerd is in het reservefonds en of de zonnepanelen al eerder ter vergadering zijn besproken.

11. ***Buiten het onderhoud vallende werkzaamheden –*** De plaatsing van zonnepanelen valt over het algemeen onder de categorie 'buiten het onderhoud vallende werkzaamheden'. Een dergelijk besluit komt overeen met het aanbrengen van nieuwe installaties of

voorzieningen. Voor dergelijke besluiten geldt binnen alle modelreglementen een vereiste van gekwalificeerde meerderheid bij de besluitvorming.

In dit overzicht is een samenvatting opgenomen:[20]

	Besluitvorming normaal onderhoud			**Energiebesparende maatregelen**	
	quorum	**meerderheid**	**boven drempelbedrag**	**quorum**	**meerderheid**
MR1973	De helft van het totaal aantal stemmen	Volstrekte meerderheid	Gekwalificeerde meerderheid	⅔	¾
vindplaats	art. 36, lid 4	art. 36, lid 1		art. 37, lid 5	art. 37, leden 5 en 8
MR1983	De helft van het totaal aantal stemmen	Volstrekte meerderheid	Volstrekte meerderheid	⅔	¾
vindplaats	art. 37, lid 5	art. 37, lid 1		art. 38, lid 5	art. 38, leden 5 en 7
MR1992	De helft van het totaal aantal stemmen	Volstrekte meerderheid	Volstrekte meerderheid	⅔	⅔
vindplaats	art. 37, lid 5	art. 37, lid 1	art. 38, lid 5	art. 38, lid 5	art. 38, leden 5 en 8
MR2006	Geen quorum	Volstrekte meerderheid	Gekwalificeerde meerderheid	⅔	⅔
vindplaats	n.v.t.	n.v.t.	art. 52, lid 5	art. 52, lid 5	art. 52, leden 5 en 8
MR2017	Geen quorum	Volstrekte meerderheid	Gekwalificeerde meerderheid	⅔	⅔
vindplaats	n.v.t.	n.v.t.	art. 56.5, sub i	art. 56, lid 5	art. 56, lid 5

[20] Besluitvorming inzake energiebesparing en laadpalen bij verenigingen van eigenaars van mei 2019 van de Werkgroep Modernisering Appartementsrecht NL, p. 8.

Vanwege de diversiteit in regelgeving in splitsingsakten in appartementencomplexen pleit de Werkgroep Modernisering Appartementsrecht Nederland voor een extra laag regelgeving in de wet door middel van een Algemene Maatregel van Bestuur (AMvB) op te nemen in boek 5. In die AMvB kan een regel worden opgenomen waarin de besluitvorming voor alle VvE's gelijkgetrokken wordt en bij voorkeur ook vereenvoudigd wordt.

3. BLOKKERING EN REMEDIES

12. ***Blokkering in de algemene vergadering* –** Mocht blijken dat een eigenaar het niet eens is het genomen besluit dan staat het een iedere eigenaar vrij om tegen het besluit beroep aan te tekenen bij de rechter krachtens artikel 5:130 van het Burgerlijk Wetboek. De termijn waarbinnen een verzoekschrift gedaan moet zijn, is één maand.

13. ***Blokkering in het appartementsrecht* –** In dit artikel heb ik geschreven over de plaatsing van zonnepanelen op een gemeenschappelijk dak of aan een gemeenschappelijke gevel. Het is wel mogelijk om zonder toestemming van de VvE zonnepanelen te plaatsen binnen het privégedeelte van de eigenaar, mits er geen hak- en breekwerk bij van toepassing is. Ik verwacht dat dit zelden een oplossing zal zijn, maar wil het niet onvermeld laten.

DEEL APPARTEMENTSRECHT – België (Dr. Charlotte Willemot)

1. ALGEMEEN JURIDISCH KADER

1. ***Inleiding* –** Wie net eigenaar is geworden van een in België gelegen appartement en zijn nieuwe woning graag wil "verduurzamen", zal al snel tot de conclusie komen dat zijn individuele actieterrein eerder beperkt is. In dualistische stelsels van appartementsmede-eigendom, zoals het Belgische, worden in de persoon van de appartementsmede-eigenaar immers twee autonome zakelijke rechten met elkaar verenigd. Aan de ene kant oefent elke mede-eigenaar een exclusief eigendomsrecht uit over het privatief gedeelte, maar aan de andere kant is hij of zij "slechts" mede-eigenaar van een onverdeeld aandeel in de gemeenschappelijke delen.[21] Het gevolg hiervan is dat deze nieuwe eigenaar niet alleen kan handelen wanneer zijn verduurzamingsplannen een invloed hebben op de gemeenschappelijke delen. Het behoud en het beheer van de gemeenschappelijke delen behoort immers tot de bevoegdheid van een speciaal daartoe in het leven geroepen rechtspersoon, de *Vereniging van Mede-eigenaars* of de VME.[22] Alle mede-eigenaars zijn automatisch lid van de VME.[23] De beslissingen van de VME worden genomen op basis van meerderheidsbesluiten binnen de algemene vergadering, met uitzondering van de beslissingen waarvoor de syndicus autonoom bevoegd is.[24] Sinds de wet van 2 juni 2010 volstaat een gewone meerderheid voor alle beslissingen waarvoor de wetgever geen gekwalificeerde meerderheid heeft opgelegd.

[21] F. AEBY *et al.*, *La propriété des appartements : ses aspects juridiques et pratiques*, Brussel, Bruylant, 1983, 88, nr. 39; S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 367, nr. 302; H. VANDENBERGHE en S. SNAET, *Beginselen van Belgisch privaatrecht, V, Zakenrecht, 3, Mede-eigendom*, Gent, Story-Scientia, 1997, 139, nr. 59.

[22] C. WILLEMOT, *Het beheer van appartementsmede-eigendommen*, Brugge, die Keure, 2021, 11, nr. 8.

[23] C. WILLEMOT, *Het beheer van appartementsmede-eigendommen*, Brugge, die Keure, 2021, 116, nr. 93.

[24] Diens bevoegdheden situeren zich vooral in de context van de bewarende maatregelen en de daden van voorlopig beheer, zie A. WYLLEMAN, "De syndicus: bevoegdheden, verplichtingen en contractuele vrijheid" in *Appartementsrecht II*, Mortsel, Intersentia, 2015, 91, nr. 1.

Gekwalificeerde meerderheden kunnen immers op grond van artikel 3.87, § 8 van het Burgerlijk Wetboek enkel nog door de wetgever worden opgelegd, niet door de statuten.[25]

2. ***Zonnepanelen*** **–** De moeilijkheden waarmee een appartementsmede-eigenaar in België geconfronteerd wordt in zijn streven naar verduurzaming, kunnen perfect worden geïllustreerd aan de hand van een voorbeeld over de plaatsing van zonnepanelen. Indien onze nieuwe mede-eigenaar zijn ecologisch voetdruk wil verkleinen door zonnepanelen te plaatsen op het dak van het gebouw, dan is dit enkel mogelijk in de mate dat het dak *tot zijn privatief gedeelte behoort*. Er bestaan groepen van gebouwen waar het dak effectief tot het privatief gedeelte van de kavel behoort, bijvoorbeeld in een bungalowpark met individuele huisjes.[26] Er zijn ook situaties denkbaar waarbij een mede-eigenaar een exclusief recht van gebruik heeft op het dakterras, op grond waarvan hij eventueel toestemming kan vragen aan de algemene vergadering om op dat deel van het dak zonnepanelen te plaatsen.[27] In een "klassiek" appartementsgebouw is het dak als structureel element van het gebouw echter steeds een *gemeenschappelijk deel*[28] – en hetzelfde geldt voor de luchtkolom boven het dak.[29] In de meeste appartementsmede-eigendommen behoren beslissingen over het gebruik van het dak dan ook tot de bevoegdheid van de algemene vergadering van de VME.[30]

De eigenaar van de bovenste verdieping kan bijgevolg niet eenzijdig beslissen om zonnepanelen te plaatsen op het dak van het appartementsgebouw. Een mede-eigenaar, die zonder de machtiging van de algemene vergadering zou overgaan tot het plaatsen van zonnepanelen op het (gemeenschappelijke) dak, overtreedt manifest de grenzen van zijn eigen bevoegdheid. Uit de rechtspraak blijkt echter dat sommige mede-eigenaars daar wel anders over denken. Zo werden twee mede-eigenaars door de vrederechter van het derde kanton te Gent veroordeeld tot het weghalen van de wederrechtelijk[31] geplaatste installatie en het herstel van het dak van het appartementsgebouw in de oorspronkelijke toestand, onder verbeurte van een dwangsom.[32] In een ander geval veroordeelde de vrederechter van het derde kanton te Brugge een mede-eigenaar tot het betalen van een bezettingsvergoeding van 15 euro per m² ofwel 1.500 euro per jaar aan de VME. Dit kwam overeen met een bezettingsvergoeding van ongeveer 125 euro per maand, vanaf de datum van de installatie tot en met de datum van de daadwerkelijke integrale wegneming ervan. Aangezien de zonnepanelen bijna vijf jaar op het dak van de residentie hadden gelegen, moest de mede-eigenaar in totaal 7.250 euro aan de VME betalen.[33]

[25] A. VERBEKE, "De krachtlijnen van het appartementsrecht getoetst" in V. SAGAERT en A. VERBEKE (eds.), *Het nieuwe appartementsrecht: een analyse van de hervorming door de Wet van 2 juni 2010*, Brugge, die Keure, 2010, 131.
[26] V. SAGAERT en S. BOULY, "Een te restrictieve omschrijving voor het voorwerp van een opstalrecht?" (noot bij Cass. 23 mei 2014), *RW* 2013, afl. 37, 1463, nr. 5.
[27] Zie *infra*, randnr. 3.
[28] S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 392, nr. 317.
[29] F. AEBY *et al.*, *La propriété des appartements : ses aspects juridiques et pratiques*, Brussel, Bruylant, 1983, 186, nr. 78; V. SAGAERT, *De zakenrechtelijke structuur van vastgoedprojecten*, Mortsel, Intersentia, 2019, 242-243, nr. 385; S. WYNANT, "Opstal- en erfpachtrechten: bestaande punten van zorg en inleiding tot het nieuwe goederenrecht" in *VlaNot Jaarboek 2020*, Mortsel, Intersentia, 2021, 403, nr. 158 (in het bijzonder vn. 270).
[30] R. TIMMERMANS, "Het hoger optrekken of optoppen van flatgebouwen", *T.App.* 2004, afl. 1, 2.
[31] In het vonnis lezen we: "*… in voortzetting van feitelijk historisch gegroeid handelen, hebben de verwerende partijen op hun eenzijdig initiatief, en enkel ten voordele van hun appartement op de eerste en tweede verdieping van vleugel C zonnepanelen laten plaatsen.* ***Er is in de dossiers van partijen geen enkel communicatie-element terug te vinden; niet een kennisgeving, en niet een aanvraag voor toelating***" (eigen cursivering).
[32] Vred. Gent (3e k.) 11 december 2012, *T.App.* 2014, afl. 1, 33.
[33] Vred. Brugge (3e k.) 25 augustus 2017, *T.App.* 2018, afl. 3, 53.

2. BESLUITVORMING

2.1. Beslissingsproces wanneer het initiatief voor het plaatsen van zonnepanelen uitgaat van één of meerdere individuele mede-eigenaars

3. ***Vereiste stemmeerderheid –*** De loutere toestemming of machtiging van de VME aan één of meerdere mede-eigenaars voor het plaatsen van zonnepanelen op het dak, maakt een beslissing uit die de algemene vergadering moet nemen met een 2/3 meerderheid van de stemmen. Het gaat immers om een "*… wijziging van de statuten voor zover zij slechts het genot, het gebruik of het beheer van de gemeenschappelijke gedeelten betreft*".[34] In de praktijk veronderstelt de plaatsing van zonnepanelen echter ook steeds de uitvoering van bepaalde werken aan het dak (vastschroeven van de draagstructuur, aanleggen van bekabeling …). De beslissing tot het uitvoeren van werken aan een gemeenschappelijk deel is echter ook een beslissing die op grond van artikel 3.88, § 1, 1°, b) van het Burgerlijk Wetboek door de algemene vergadering met een 2/3 meerderheid van de stemmen van de aanwezige of vertegenwoordigde mede-eigenaars moet worden genomen.[35] De beslissingen van de algemene vergadering beperken zich in deze hypotheses echter niet tot het verlenen van toestemming/machtiging aan een mede-eigenaar voor het plaatsen van de zonnepanelen en het uitvoeren van de noodzakelijke werken.

4. ***Persoonlijk of zakelijk recht nodig –*** Aangezien het dak een gemeenschappelijk deel is, moet er worden afgeweken van het principe van het *proportioneel gebruik* door de mede-eigenaars (art. 3.85, § 1 BW). De algemene vergadering zal dus moeten beslissen over het persoonlijk of zakelijk recht dat als grondslag zal dienen voor het *exclusief gebruik* van dat dak door één of door meerdere individuele mede-eigenaars. In de rechtsleer worden drie mogelijkheden opgesomd: een huurrecht, een exclusief gebruiksrecht of een opstalrecht (op het geheel of op een deel van het dak).[36]

a) De toekenning van een **huurrecht** zal vooral aan de orde zijn wanneer de eigenaar van de zonnepanelen niet van plan is om de zonnepanelen voor een langere periode op het dak van het appartementsgebouw te behouden. Denk bijvoorbeeld aan een mede-eigenaar die binnen enkele jaren zijn appartement zal verkopen en de zonnepanelen dan naar zijn nieuwe woning wenst mee te nemen.[37] De verhuring van het dak aan een derde (bv. zonnepanelenproducent) is uiteraard ook een veelvoorkomend scenario.[38] De beslissing tot verhuring van (een deel van) het dak aan één of meerdere mede-eigenaars of een derde moet met volstrekte meerderheid van de stemmen worden genomen.[39]

b) Er kan ook een **exclusief recht van gebruik** op (een deel van) het dak worden toegekend aan één of meerdere mede-eigenaars of derden. In geval van toekenning van een exclusief gebruiksrecht is een beslissing van de algemene vergadering met 4/5 meerderheid van de stemmen noodzakelijk, want het toekennen van dit recht behelst een daad van beschikking

[34] Art. 3.88, § 1, 1°, a) BW.
[35] De vroegere meerderheid van drie vierden van de stemmen in art. 577-7, § 1, 1° oud BW (thans art. 3.88, § 1, 1° BW) werd immers door de wet van 18 juni 2018 vervangen door een tweederdestemmeerderheid. In art. 577-7, § 1, 1° oud BW werden de woorden "drie vierden" vervangen door de woorden "twee derden".
[36] V. SAGAERT, *De zakenrechtelijke structuur van vastgoedprojecten*, Mortsel, Intersentia, 2019, 94, nr. 151; R. TIMMERMANS, "De bijdrage van appartementseigenaars in de energietransitie door het plaatsen van zonnepanelen", *T.App.* 2019, afl. 2, 17.
[37] R. TIMMERMANS, "De bijdrage van appartementseigenaars in de energietransitie door het plaatsen van zonnepanelen", *T.App.* 2019, afl. 2, 17.
[38] B. VERHEYE, "Toekomst van de circulaire vastgoedeconomie [in Belgisch en Nederlands recht]", *TPR* 2019, afl. 1, 125, nr. 10.
[39] Dit is enkel anders wanneer de huur meer dan 9 jaar duurt, want dan is er voor deze daad van beschikking een 4/5 meerderheid van de stemmen vereist.

met betrekking tot de gemeenschappelijke delen (art 3.88, § 1, 2°, e) BW).[40] Deze oplossing verleent aan de eigenaar van de zonnepanelen meer zekerheid dan een huurrecht, dat mits een contractuele (of redelijke) opzegtermijn steeds kan worden opgezegd door de algemene vergadering van de VME. Naar huidig recht is het wel een feit dat het exclusief gebruiksrecht met een 4/5 meerderheid van de stemmen opnieuw kan worden ingetrokken. Deze intrekking moet wel het rechtmatig belang van de VME dienen en gebeurt tegen betaling van een vergoeding in verhouding tot de schade die de intrekking zou veroorzaken.[41]

c) De vestiging van **opstalrecht** is de meest "toekomstbestendige" oplossing voor de appartementsmede-eigenaar(s) of derden die zonnepanelen wensen te plaatsen op het dak van het appartementsgebouw. Het is bovendien een zakelijk recht dat zich bij uitstek leent als juridische basis voor de plaatsing van zonnepanelen op het dak van een andere eigenaar door de kenmerkende eigenschap van horizontale eigendomssplitsing.[42] Het zakelijk recht kan sinds de hervorming van het goederenrecht daarboven voor een duurtijd van 99 jaar worden gevestigd.[43] Het verwerven van een zakelijk recht zoals een opstalrecht op het dak zal vaak een voorwaarde zijn in het kader van een financieringsvraag bij de bank, die immers voldoende zekerheid wenst voor het verlenen van een krediet.[44] Ook voor de vestiging van een opstalrecht op een gemeenschappelijk deel is 4/5 meerderheid van de stemmen vereist, vermits deze beslissing ook een daad van beschikking met betrekking tot de gemeenschappelijke delen uitmaakt.[45]

5. ***Duidelijke afspraken*** **–** Welke optie de mede-eigenaar ook verkiest, het is noodzakelijk dat hij duidelijke afspraken maakt met de VME o.m. over de duur van zijn zakelijk of persoonlijk recht, de vergoeding, zijn eventuele aansprakelijkheid voor schade aan het dak, herstel van het dak in zijn oorspronkelijk staat en het verwijderen van de versleten zonnepanelen aan het eind van de overeenkomst.

6. ***Conflicterende belangen*** **–** Omwille van de toekenning van het persoonlijk of zakelijk recht, zullen de zonnepanelen die door één of meerdere individuele mede-eigenaars worden geplaatst, geen deel uitmaken van de appartementsmede-eigendom. Het gaat met

[40] N. CARETTE, "Exclusieve gebruiksrechten op gemeenschappelijke delen bij appartementsmede-eigendom", *NFM* 2017, 49, nr. 17; S. DE WINTER, "Exclusieve gebruiksrechten in appartementsmede-eigendom kunnen als erfdienstbaarheden worden gekwalificeerd", *TBO* 2017, 353, nr. 8; M.-P. TORDOIR, "Quelques rélfexions sur le droit de juissance exclusive attribué sur des parties communes", *T.App.* 2008, 10. De 2/3 meerderheid is enkel van toepassing voor de toekenning van een persoonlijk recht van gebruik aan een mede-eigenaar, zie S. VAN DEN HOVE, "Het exclusief gebruiksrecht op gemeenschappelijke delen in de appartementsmede-eigendom", *Not.Fisc.M.* 2008, 331.

[41] Art. 3.88, § 1, 2°, e) *in fine* BW; V. SAGAERT, "De hervorming van het appartementsrecht anno 2018", *RW* 2018, afl. 15, 571, nr. 35.

[42] Anders dan in Nederland is er in België (misschien ten onrechte) weinig of geen discussie over het gebruik van opstalrechten om zonnepanelen te plaatsen op het dak van andermans onroerend goed. N. CARETTE, "Opstalrecht" in *Het nieuwe goederenrecht*, Mortsel, Intersentia, 2021, 496, nr. 11; Y. DELACROIX en N. VAN DAMME, "Le droit de superficie après la loi du 25 avril 2014 – (Seconde partie)", *JT* 2015, afl. 11, 229; V. SAGAERT en S. BOULY, "De hervorming van de Opstalwet: naar een uitbreiding van de stapelingsmogelijkheden", *RW* 2014, afl. 26, 100, nr. 8; W. VANDORPE en D. HAVERBEKE, "De praktijk van opstalovereenkomsten voor zonnepanelenprojecten", *Notariaat* 2010, afl. 15, 4; C. WILLEMOT, "De oude dame krijgt een facelift – Uitbreiding van het toepassingsgebied van de Opstalwet en de relevantie van de wijziging voor de notariële praktijk", *Not. Fisc.M.* 2014, afl. 9, 227, nr. 16. Genuanceerder: R. TIMMERMANS, "De bijdrage van appartementseigenaars in de energietransitie door het plaatsen van zonnepanelen", *T.App.* 2019, afl. 2, 17. Vergelijk evenwel ook door H.D. PLOEGER, A.J. MES en B.A.M. JANSSEN, "Eigendom van onroerende zaken, met name natrekking: Flexibele eigendomsverhoudingen in het vastgoedrecht" in *Boek 5 BW van de toekomst – KNB Preadvies 2016 over vernieuwingen in het zakenrecht*, Den Haag, KNB, 2016, 161.

[43] Art. 3.180 BW.

[44] R. TIMMERMANS, "De bijdrage van appartementseigenaars in de energietransitie door het plaatsen van zonnepanelen", *T.App.* 2019, afl. 2, 18.

[45] Art. 3.88, § 1, 2°, e) BW.

andere woorden niet om gemeenschappelijke delen maar om private installaties. Doorgaans zal de mede-eigenaar of de derde ook een vergoeding moeten betalen aan de VME voor zijn persoonlijk of zakelijk gebruiksrecht op het dak (gemeenschappelijk deel). Als er meerdere mede-eigenaars geïnteresseerd zijn, zullen ze logischerwijze elk slechts een deel van het dak kunnen gebruiken voor het plaatsen van zonnepanelen. De onderverdeling van het dak is in principe vrij, maar het lijkt billijk dat de mede-eigenaars elk maar een aandeel kunnen gebruiken dat in verhouding is tot hun aandeel in de gemeenschappelijke delen.[46] Het uitgangspunt is immers dat de gemeenschappelijke delen door alle mede-eigenaars proportioneel mogen worden gebruikt.[47]

2.2. Wettelijke uitzondering?

7. ***Kabels, leidingen en bijbehorende faciliteiten –*** Door de wetswijziging van 18 juni 2018 werd een bijzondere bepaling opgenomen in het artikel 577-2, § 10, tweede lid van het oud Burgerlijk Wetboek (thans bijna letterlijk overgenomen in art. 3.82, § 2 BW) die specifiek betrekking heeft op de installatie van kabels, leidingen en bijbehorende faciliteiten in of op de gemene delen.[48] Dit artikel luidde toen als volgt: "*In het geval van paragraaf 9 hebben individuele mede-eigenaars en erkende nutsoperatoren het wettelijke en kosteloze recht om kabels, leidingen en bijbehorende faciliteiten in of op de gemene delen aan te leggen, te onderhouden en te hernieuwen, in de mate dat deze werken tot doel hebben om de infrastructuur voor de eigenaar of eigenaars en gebruikers van de betrokken private delen op het vlak van energie, water of telecommunicatie te optimaliseren en in de mate dat de andere individuele mede-eigenaars of, in voorkomend geval, de vereniging van mede-eigenaars, hiervan geen financiële lasten moeten dragen.*"

Deze bepaling geeft zowel aan de individuele appartementsmede-eigenaars als aan de erkende operatoren van nutsleidingen het recht om – weliswaar onder bepaalde voorwaarden – desnoods *zonder* de goedkeuring van de algemene vergadering,[49] kabels, leidingen en bijbehorende faciliteiten aan te leggen, te onderhouden of te hernieuwen in of op de gemene delen van het appartementsgebouw.[50] De drijfveer voor de wetswijziging was de vaststelling dat private kavels in appartementsgebouwen het vaak langer dan huizen zonder een modernisering van de nutsinfrastructuur moeten stellen, omdat infrastructuurwerken aan de gemene delen een beslissing van de algemene vergadering een gekwalificeerde (toen 3/4) 2/3 meerderheid van de stemmen vereisen.[51] Aan de uitoefening van dit recht door een mede-eigenaar of een erkende nutsoperator worden twee belangrijke voorwaarden verbonden: 1) de werken moeten tot doel hebben om de infrastructuur voor de eigenaar of eigenaars en gebruikers van de betrokken private delen op het vlak van energie, water of telecommunicatie te optimaliseren, én 2) de andere individuele mede-eigenaars of, in voorkomend geval, de vereniging van mede-eigenaars, mogen hiervan geen financiële lasten dragen.[52]

---

[46] Voor een casus waarbij het dak tussen verschillende mede-eigenaars werd verdeeld, zie R. TIMMERMANS, "De bijdrage van appartementseigenaars in de energietransitie door het plaatsen van zonnepanelen", *T.App.* 2019, afl. 2, 15-16 (met tekening).

[47] Art. 3.85, § 1 BW. Voorheen art. 577-4, § 1 oud BW.

[48] Deze bepaling heb ik voorheen ook al besproken, zie C. WILLEMOT, "Actuele hervormingen van de wetgeving: nieuw en beter? Mede-eigendom" in *Recente wetgevende hervormingen: nieuw en beter?*, 45, Mechelen, Wolters Kluwer, 2021, 393, nr. 4.

[49] Volgens de MvT (p. 198) zou in eerste instantie wel moeten worden gestreefd naar overeenstemming met de algemene vergadering, zie ook V. SAGAERT, "Appartementsrecht en nutsleidingen: de nieuwigheden na de hervorming van 2018" in *Appartementsrecht III*, Mortsel, Intersentia, 2018, 214, nr. 12.

[50] Art. 162 wet 18 juni 2018 (*BS* 2 juli 2018).

[51] MvT, *Parl.St.* Kamer 2017-18, 2919/001, p. 41.

[52] Art. 3.82, § 2, tweede lid BW.

8. ***Meldings- en verzetsprocedure*** **–** De wetgever heeft dit zgn. **'unilaterale veranderingsrecht'**[53] omkaderd met een vrij gedetailleerde meldings- en verzetsprocedure.[54] De individuele mede-eigenaar of de erkende nutsoperator die van het recht gebruik wenst te maken, moet minstens twee maanden voorafgaandelijk aan de aanvang van de werken een aangetekend schrijven sturen aan alle andere mede-eigenaars of, indien er (reeds) een syndicus is, aan deze laatste, met een beschrijving van de voorgenomen werken en een rechtvaardiging van de optimalisatie van de voorgenomen infrastructuur.[55] De wet verleent aan de mede-eigenaars of, in voorkomend geval, de vereniging van mede-eigenaars het recht om zich op grond van drie motieven te verzetten tegen de voorgenomen werken, namelijk: 1) er bevindt zich reeds dergelijke infrastructuur in de betrokken gemene delen in het gebouw of 2) de infrastructuur of de werken tot realisatie ervan veroorzaken belangrijke schade op het vlak van het uitzicht van het gebouw of de gemene delen, het gebruik van de gemene delen, de hygiëne of de veiligheid ervan of 3) er resulteert geen optimalisatie van de infrastructuur uit de voorziene werken of de voorziene werken verzwaren de financiële lasten van andere mede-eigenaars of gebruikers. De mede-eigenaars of de vereniging van mede-eigenaars moeten dit verzet evenwel *op straffe van verval* aantekenen binnen twee maanden na de ontvangst van de aangetekende zending en bovendien moet er sprake zijn "*van een rechtmatig belang*".[56] Een rechtmatig belang lijkt echter steeds voorhanden te zijn wanneer men zich in een van de drie beschreven situaties bevindt.[57] De mede-eigenaars of, in voorkomend geval, de vereniging van mede-eigenaars kunnen bovendien beslissen om zelf de werken ter optimalisatie van de infrastructuur uit te voeren, in welk geval zij de andere mede-eigenaars en de operator op de hoogte moeten brengen van hun voornemen. Deze werken moeten een aanvang nemen binnen zes maanden na ontvangst van hun aangetekende zending.[58]

9. ***Toepassing op de concrete casus*** **–** Kan onze nieuwe appartementsmede-eigenaar zich dan op artikel 3.82, § 2 van het Burgerlijk Wetboek beroepen om zonder de toestemming van de algemene vergadering zonnepanelen te plaatsen op het dak van het appartementsgebouw? Dat is niet het geval, want zonnepanelen werden expliciet uit het toepassingsgebied van deze bepaling uitgesloten tijdens de parlementaire voorbereiding.[59] Zonnepanelen vormen volgens de wetgever geen "*erbij horende faciliteiten*", omdat zij niet accessoir zijn en bovendien een belangrijk nadeel (kunnen) toebrengen aan het gebruik van de gemene delen door de andere mede-eigenaars.[60] Wanneer een appartementsmede-eigenaar het recht wil verkrijgen om zonnepanelen te plaatsen op het dak van het appartementsgebouw, is hiervoor dus niettegenstaande artikel 3.82, § 2 van het Burgerlijk Wetboek nog steeds de beslissing van de algemene vergadering vereist.[61]

---

[53] De term werd bedacht door R. TIMMERMANS, "Kabels, leidingen en bijbehorende faciliteiten in of op gemene delen: het nieuwe labyrint van de appartementseigendom", *T.App.* 2018, afl. 3, 17-25.
[54] Art. 3.82, § 2, derde lid BW.
[55] Als er een syndicus is, moet het aangetekend schrijven naar de syndicus worden gestuurd. Enkel indien er geen syndicus is, kan de brief naar de (andere) mede-eigenaars worden gestuurd. Zie V. SAGAERT, "Appartementsrecht en nutsleidingen: de nieuwigheden na de hervorming van 2018" in *Appartementsrecht III*, Mortsel, Intersentia, 2018, 215, nr. 13**.**
[56] Art. 3.82, § 2, vierde lid BW.
[57] V. SAGAERT, "Appartementsrecht en nutsleidingen: de nieuwigheden na de hervorming van 2018" in *Appartementsrecht III*, Mortsel, Intersentia, 2018, 215, nr. 15.
[58] Art. 3.82, § 2, derde lid BW.
[59] V. SAGAERT, *De zakenrechtelijke structuur van vastgoedprojecten*, Mortsel, Intersentia, 2019, 94, nr. 151.
[60] MvT, *Parl.St.* Kamer 2017-18, 2919/001, p. 198.
[61] V. SAGAERT, *De zakenrechtelijke structuur van vastgoedprojecten*, Mortsel, Intersentia, 2019, 94, nr. 151.

2.3. Beslissingsproces wanneer het initiatief voor het plaatsen van zonnepanelen uitgaat van de VME

10. ***Beslissing*** **–** Hoger werd het beslissingsproces uiteengezet wanneer het initiatief uitgaat van één of meerdere mede-eigenaars/derden.[62] Zij hebben niet enkel de toestemming/machtiging van de algemene vergadering nodig voor het plaatsen van de zonnepanelen en het uitvoeren van werken aan het dak, maar bovendien moeten ze ook een persoonlijk of een zakelijk recht verwerven op het dak. Voor de toekenning van een zakelijk recht op (een deel van) het dak zal in elk geval steeds een 4/5 meerderheid binnen de algemene vergadering nodig zijn.[63] Bovendien betaalt elke geïnteresseerde mede-eigenaar dan voor zijn eigen installatie, wat de kostprijs van de operatie vaak aanzienlijk maakt. Het zal dus doorgaans interessanter zijn om de VME te mobiliseren tot het plaatsen van "gemeenschappelijke" zonnepanelen, aangezien de plaatsings- en onderhoudskosten dan tussen alle mede-eigenaars kunnen worden gedeeld. Als de algemene vergadering zelf beslist om zonnepanelen te plaatsen, dan kadert deze beslissing bovendien specifiek binnen haar bevoegdheid tot het behoud en het beheer van de gemeenschappelijke delen (art. 3.86, § 3 BW). De VME kan geen zakelijk of persoonlijk recht verlenen aan zichzelf, dus de algemene vergadering moet enkel beslissen over de plaatsing van de zonnepanelen,[64] de werken aan de gemeenschappelijke delen en de financiering.[65] Het is de taak van de syndicus om vooraf een aantal offertes op te vragen die kunnen worden toegelicht tijdens de bespreking van dit agendapunt.

11. ***Vereiste stemmeerderheid*** **–** Wanneer de VME zonnepanelen wenst te plaatsen, zal deze beslissing door de algemene vergadering moeten worden genomen. Beslissingen over *werken betreffende de* gemeenschappelijke *gedeelten* (art. 3.88, § 1, 1°, b) BW) kunnen – zoals hoger reeds uiteengezet – door de algemene vergadering worden genomen met een 2/3 meerderheid van de stemmen van de aanwezige of vertegenwoordigde mede-eigenaars. De wet bepaalt zelf dat de algemene vergadering over de wettelijk opgelegde werken en de werken tot behoud van het goed en daden van voorlopig beheer kan beslissen bij volstrekte meerderheid van de stemmen van de aanwezige of vertegenwoordigde mede-eigenaars. Het plaatsen van zonnepanelen is op dit moment echter geen wettelijke verplichting, noch kan men deze beslissing kwalificeren als werken tot behoud van het goed of daden van voorlopig beheer. De zonnepanelen die op initiatief en op kosten van de VME worden geplaatst, gaan door natrekking deel uitmaken van het appartementsgebouw en krijgen dus het statuut van gemeenschappelijk deel. Mijns inziens betekent dit dat er niet onmiddellijk nood is aan een wijziging van de statuten om deze zonnepanelen in de appartementsmede-eigendom te integreren.[66]

12. ***Onderkoppeling verboden*** **–** Hoewel de mede-eigenaars zonder probleem akkoord kunnen gaan met het voorstel om collectieve zonnepanelen te plaatsen op het dak, stellen zich in de praktijk een aantal moeilijkheden. In de huidige stand van de wetgeving is het vaak bijzonder moeilijk of zelfs onmogelijk om de collectief geproduceerde stroom van de gemeenschappelijke zonnepanelen zelf te verdelen onder de bewoners van

[62] Zie *supra*, randnr. 2.
[63] Zie *supra*, randnr. 3.
[64] Vergelijk met Vred. Etterbeek 10 juni 2015, *T.App.* 2016, afl. 1, 32.
[65] De wettelijke meerderheidsvereiste die geldt voor het uitvoeren van werken aan de gemeenschappelijk delen heeft geen betrekking op de beslissing over de financieringswijze van deze werken (deze beslissing kan met gewone, volstrekte meerderheid worden genomen), zie Vred. St.-Pieters-Woluwe 4 maart 2013, *T.App.* 2013, afl. 2, 41.
[66] Dit is geheel anders wanneer het gaat om bijkomende verdiepingen die in de appartementsmede-eigendom moeten worden geïntegreerd, zie S. WYNANT, "Opstal- en erfpachtrechten: bestaande punten van zorg en inleiding tot het nieuwe goederenrecht" in *VlaNot Jaarboek 2020*, Mortsel, Intersentia, 2021, 406, nr. 157.

dat appartementsgebouw. De vrije leverancierskeuze (art. 4.4.1 Energiedecreet) en het principiële verbod van onderlinge verbinding van installaties met eigen toegangspunt tot het net (art. III.5.1.3 TRDE[67]) staan hieraan in de weg.[68] Daarnaast geldt ook de eis dat elke woongelegenheid een individueel toegangspunt tot het distributienet moet hebben (art. IV.2.1.4 TRDE) en is er een toelating van de VREG nodig voor de aanleg van directe lijnen (art. 4.5.1, tweede lid Energiedecreet).[69] Concreet komt het erop neer dat de stroom die door één installatie met één meter wordt geproduceerd, niet na de meter verder mag worden onderverdeeld via een privédistributienet ("koppeling achter de meter").[70]

3. BLOKKERING EN REMEDIES

3.1. Blokkering in de algemene vergadering

13. ***Geen voldoende meerderheid –*** Het kan uiteraard voorkomen dat de vereiste meerderheid voor het plaatsen van (privatieve of gemeenschappelijke) zonnepanelen niet wordt bereikt, in het bijzonder wanneer de vraag slechts van één of enkele mede-eigenaars uitgaat. Het Belgische appartementsrecht biedt evenwel een aantal remedies tegen blokkades of fouten in het besluitvormingsproces. Elke belanghebbende mede-eigenaar kan onder de voorwaarden van artikel 3.92, § 3 van het Burgerlijk Wetboek een onregelmatige, bedrieglijke of ***onrechtmatige*** beslissing van de algemene vergadering aanvechten bij de vrederechter.[71] Indien een mede-eigenaar een beslissing van de VME wil aanvechten, moet hij dat wel binnen de vier maanden doen, te rekenen vanaf de datum waarop de algemene vergadering plaatsvond. Ook personen die het gebouw bewonen krachtens een persoonlijk of zakelijk recht, maar die in de algemene vergadering geen stemrecht hebben, kunnen de rechter verzoeken om de vernietiging of de wijziging van elke onregelmatige, bedrieglijke of onrechtmatige beslissing van de algemene vergadering, indien deze hem een persoonlijk nadeel berokkent. Zij moeten hun vordering instellen binnen een termijn van twee maanden na de kennisgeving die hem ter zake wordt gedaan overeenkomstig het tweede lid, 2° en uiterlijk binnen vier maanden na de algemene vergadering.[72]

Wanneer de vereiste meerderheid niet wordt gehaald in de algemene vergadering, zonder dat er sprake is van een onregelmatige, bedrieglijke of onrechtmatige beslissing, kan een mede-eigenaar aan de rechter de toestemming vragen om zelfstandig en **op kosten van de vereniging**, *dringende en noodzakelijke* werken uit te voeren aan de gemeenschappelijke gedeelten.[73] Het is echter weinig aannemelijk dat de plaatsing van zonnepanelen door de rechter als dringende en noodzakelijke werken worden beschouwd. De mede-eigenaar die zich geconfronteerd ziet met een weigering van de algemene vergadering, zou echter wel aan de vrederechter de toestemming kunnen vragen om **op eigen kosten** de werken uit te voeren die hij nuttig acht, zelfs aan de gemeenschappelijke gedeelten, wanneer hij kan aantonen dat de algemene vergadering zich daar *zonder gegronde reden* tegen verzet.[74] In de rechtspraak zijn echter geen gevallen bekend waar de rechter zich effectief in die zin uitspreekt.

---

[67] Technisch reglement voor de distributie van elektriciteit in het Vlaamse Gewest.
[68] Zie www.vreg.be/sites/default/files/document/mede-2020-01.pdf vanaf slide 37.
[69] *Ibid.*
[70] P. CLAEYS, *Onderbenutting van het zonne-energiepotentieel van appartementsdaken: 'energiedelen' uit de schaduw*, www.stibbe.com/en/news/2019/august/onderbenutting-van-het-zonneenergiepotentieel-van-appartementsdaken-energiedelen-uit-de-schaduw.
[71] Zie bv. Vred. Brugge (4e k.) 4 oktober 2012, *TGR-TWVR* 2013, afl. 1, 8
[72] Art. 3.93, § 5, *in fine* BW.
[73] Art. 3.92, § 5 BW.
[74] Art. 3.92, § 5 BW.

3.2. "Blokkering" in het energierecht

14. ***Collectieve zonnepanelen*** **–** Omdat "koppeling" achter de meter in een appartementsgebouw verboden is,[75] zal de door de gemeenschappelijke zonnepanelen opgewekte stroom enkel "collectief" gebruikt kunnen worden voor het gebouw, d.w.z. voor de verlichting van de gemeenschappelijke delen, om de lift te doen werken etc.[76] Het feit dat de gemeenschappelijk opgewekte stroom niet verder verdeeld kan worden per appartement, is uiteraard een belangrijk obstakel voor verduurzaming van appartementsgebouwen en vormt een verklaring voor het feit dat in verstedelijkte gebieden minder zonne-energie wordt geproduceerd dan in de rest van Vlaanderen.[77] Wel interessant is het feit dat de opbrengsten, die de collectieve zonnepanelen genereren, in het werkkapitaal van de VME terechtkomen en kunnen worden afgetrokken van de gemeenschappelijke lasten.

15. ***Individuele zonnepanelen*** **–** De enige uitweg bestaat erin dat dat de zonnepanelen die op initiatief en op kosten van de VME worden geplaatst, in werkelijkheid toch worden opgedeeld, zodat elke wooneenheid uiteindelijk toch zijn eigen zonnepanelen heeft (met een eigen aparte omvormer, aansluiting en bekabeling naar de meterkast) die exclusief gekoppeld zijn aan de eigen individuele teller. Deze oplossing brengt echter behoorlijk wat extra kosten met zich mee in vergelijking met een collectieve installatie.[78] Hierdoor zullen minder appartementsmede-eigenaars geneigd zijn om in het project te stappen.[79] In het Vlaams Parlement werd in 2018 een conceptnota voor nieuwe regelgeving ingediend, maar daar werd bij het schrijven van deze tekst geen uitvoering aan gegeven.[80]

3.3. "Blokkering" in het appartementsrecht

16. ***Geen specifieke wetsbepaling*** **–** Het Belgische appartementsrecht verhindert uiteraard niet dat de koper van een appartement zijn woning verduurzaamt. De dualistische structuur zorgt er wel voor dat hij niet eenzijdig kan optreden wanneer de beoogde verbeteringswerken aan zijn privatief gedeelte ook een invloed hebben op de gemeenschappelijk delen. Er bestaat weliswaar een bijzondere wettelijke bepaling die werken aan de gemeenschappelijke delen mogelijk maakt zonder de toestemming van de algemene vergadering (art. 3.82, § 2 BW), maar de plaatsing van zonnepanelen is expliciet uitgesloten uit het toepassingsgebied.[81] Bij gebrek aan een bijzondere wetsbepaling in deze materie moet de algemene vergadering bij haar beslissingen steeds de "gewone" wettelijke meerderheidsregels respecteren. Zoals hoger uiteengezet, zal de vereiste meerderheid in heel wat gevallen een hoge 4/5 stemmeerderheid zijn.

---

[75] T. DERUYTTER, "Hernieuwbare energiebronnen" in *Energierecht in België en Vlaanderen 2021*, Mortsel, Intersentia, 2021, 348.

[76] R. TIMMERMANS, "De bijdrage van appartementseigenaars in de energietransitie door het plaatsen van zonnepanelen", *T.App.* 2019, afl. 2, 14.

[77] www.tijd.be/tablet/newspaper/vooraan/zonnepanelen-op-appartement-binnenkort-mogelijk/10076286.html.

[78] P. CLAEYS, *Onderbenutting van het zonne-energiepotentieel van appartementsdaken: 'energiedelen' uit de schaduw*, www.stibbe.com/en/news/2019/august/onderbenutting-van-het-zonneenergiepotentieel-van-appartementsdaken-energiedelen-uit-de-schaduw.

[79] *Ibid.*, zie ook www.tijd.be/tablet/newspaper/vooraan/zonnepanelen-op-appartement-binnenkort-mogelijk/10076286.html.

[80] Conceptnota voor nieuwe regelgeving betreffende het delen van energie binnen een gebouweenheid, 1760 (2018-2019), p. 2.

[81] Zie *infra*, randnr. 6.

GEZAMENLIJKE CONCLUSIE

17. ***Algemene conclusie –*** Zowel in het Belgische als in het Nederlandse appartementsrecht kan enkel de algemene vergadering van de VME (Vereniging van Mede-eigenaars) of de VvE (Vereniging van Eigenaars) beslissen over de plaatsing van zonnepanelen op het gemeenschappelijke dak. De wetgever (in België) of het splitsingsreglement in de splitsingsakte (in Nederland) bepaalt met welke meerderheid die beslissing moet worden genomen. De vereiste meerderheid zal echter verschillen afhankelijk van de juridische figuur die wordt gekozen (huur, exclusief gebruiksrecht, opstalrecht). In de praktijk zal het uiteraard ook voorkomen dat de vereiste meerderheid voor het plaatsen van zonnepanelen niet wordt bereikt, zeker wanneer het project slechts van *één* of enkele mede-eigenaars uitgaat. In het Belgische recht beschikken de appartementsmede-eigenaars over verschillende vorderingen die garanderen dat ze de vraag nog aan de rechter kunnen voorleggen. Ook in het Nederlandse recht bestaat de mogelijkheid om besluit te laten toetsen door de rechter. Verrassend lijkt een grote hindernis voor de plaatsing van zonnepanelen zich in het Belgisch energierecht te situeren. Wanneer er door de algemene vergadering rechtsgeldig wordt beslist om zonnepanelen te plaatsen, rijzen er in de praktijk vaak ook vragen over de kosten voor het plaatsen en het onderhoud hiervan. Het Belgische appartementsrecht legt de kostenverdeling met betrekking tot het onderhoud, de herstelling en de vernieuwing van de gemeenschappelijke delen wettelijk vast, maar de statuten kunnen andere verdeelsleutels bevatten. Belemmeringen zoals het Belgische energierecht kent het Nederlandse recht niet, maar al met al is de plaatsing van zonnepanelen een juridische uitdaging.

OP ZOEK NAAR DE STRUIKELBLOKKEN VOOR VERDUURZAMING VAN DE HUURWONING DOOR HET PLAATSEN VAN ZONNEPANELEN IN NEDERLAND EN BELGIË

Hanne VYNCKE
Assistente bijzondere overeenkomsten Universiteit Gent,
Vakgroep Metajuridica, Privaat- en Ondernemingsrecht

Justine VAN LOCHEM
Advocaat huurrecht bij Dentons in Amsterdam
Bijzonder hoogleraar huurrecht Rijksuniversiteit Groningen

1. INLEIDING: ONDERZOEK NAAR VERDUURZAMING VAN DE HUURWONING VANUIT EEN SPECIFIEKE CASUS

1. In zowel Nederland als België is de wens tot verduurzaming van woningen actueel. Indien deze woningen verhuurd worden, kunnen de werken tot verduurzaming een impact hebben op de (woning)huurrelatie. Deze bijdrage behandelt de juridische perikelen bij een wens tot verduurzaming van een huurwoning op de private huurmarkt. Wat gebeurt er indien de huurder hiermee niet akkoord gaat? Kan de medewerking van de huurder worden afgedwongen? (deel 1.1) En hoe zit het met de kosten en de lasten verbonden aan deze investering? Waar dienen zij te vallen? Ook zal de energielevering van de huurwoning veranderen. Hoe kunnen de partijen dit regelen? (deel 2.2) Welke impact kan deze verandering in energielevering hebben op de huurprijs? (deel 2.3) Zou (in België) de renovatiehuur van toepassing kunnen zijn en is er een vergelijkende variant in Nederland? (deel 2.4) Welke wettelijke waarborgen zijn er enerzijds voor de huurder met betrekking tot het grondrecht op wonen en anderzijds voor het rendement van de verhuurder? Werd hierbij het evenwicht tussen deze partijen behouden? (deel 3)

Deze bedenkingen worden behandeld vertrekkende van de concrete casus van het plaatsen van zonnepanelen op (het complex met daarin) de woning, eigendom van de verhuurder en voorwerp van een woninghuurovereenkomst.[1] Op die manier wordt een aanzet gegeven in het schetsen van de mogelijke pijnpunten en wordt een overzicht bezorgd van de geldende regels. Een dergelijk overzicht werd in de Belgische rechtsleer tot op heden immers nog niet, dan wel in beperkte mate naar voor gebracht.[2] Minstens is deze denkoefening nog niet herhaald sinds het bestaan van de drie regionale regelgevingen.[3] Voorliggende tekst tracht hieraan te remediëren door bovenal een overzicht te bieden van de geldende regels van woninghuurrecht en de mogelijke struikelblokken hierbij te kaderen. In de Nederlandse rechtspraak en literatuur is al wel aandacht besteed aan specifieke onderdelen binnen dit onderwerp,[4] maar ook daar is nog niet alles uitgekristalliseerd.

2. Het Belgische luik van de bespreking van de verduurzaming van huurwoningen vangt steeds aan met de regeling onder de (federale) Woninghuurwet, om vervolgens de

[1] De beschouwingen kunnen uiteraard redelijk eenvoudig worden getransponeerd naar andere feitenconstellaties.
[2] De grote uitzondering voor de Nederlandstalige rechtsleer in België is een bijdrage van Timmermans die vier isolatiemaatregelen bespreekt, zie TIMMERMANS, *Huur* 2018/1, p. 3-8.
[3] Uiteraard bevat de in deze bijdrage gehanteerde rechtsleer relevante beschouwingen, doch geen hiervan hanteerde de specifieke insteek van de energiebesparende investering aan het woninghuurgoed.
[4] Zie bv. het arrest van het Hof Amsterdam 26 juni 2018 (ECLI:NL:GHAMS:2018:2113) met noot van P.G.A. VAN DER SANDEN en J.K. SIX-HUMMEL in *WR* 2019/21.

vergelijking met de drie gewesten te maken. Waar nodig, wordt ook het gemeen huurrecht[5] betrokken. Op die manier bestrijkt de bijdrage de volledige Belgische rechtsorde.

Alvorens dieper op de inhoudelijke analyse in te gaan, is het passend te kaderen waarom de realiteit voor de Belgische huurwetgeving een dergelijke aanpak vereist en tot verschillende antwoorden en analyses kan leiden afhankelijk van de ligging van het goed. Sedert de zesde staatshervorming van 2014 is huur een gewestelijke materie.[6] Bijgevolg werd door de drie gewesten inmiddels een eigen regelgeving voor woninghuur afgekondigd.[7] In Vlaanderen hanteert het Vlaamse Woninghuurdecreet bovendien eerbiedigende werking voor de schriftelijke woninghuurovereenkomsten gesloten voor 1 januari 2019, zodat hierop de federale Woninghuurwet van toepassing blijft.[8] Hierbij kan ook worden aangestipt dat het toepassingsgebied van de regionale woninghuurwetten niet volledig gelijkloopt.[9]

Voor een volledige analyse dienen aldus vier wetgevingen bekeken te worden. Daarenboven komt ook het gemeen huurrecht om de hoek kijken, daar waar de woninghuurwetgeving als *lex specialis* geen van de *lex generalis* afwijkende regels in het leven heeft geroepen.[10] Waar een regel van het gemeen huurrecht van tel is, zal deze worden vermeld bij de federale regelgeving. De lezer dient er in dat geval op bedacht te zijn dat deze regel ook zal gelden in de gewesten, voor zover zij hiervan niet afgeweken hebben in de specifieke woninghuurwetten.[11]

De Nederlandse regelgeving zit anders in elkaar. Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW) bevat de regels voor de verhuur van woonruimte in artikelen 201 t.e.m. 231 (algemene gedeelte) en artikelen 232 t.e.m. 282 (specifiek voor woonruimte). Enkele onderwerpen zijn nader uitgewerkt in uitvoeringswetten en besluiten, bijvoorbeeld de Uitvoeringswet huurprijzen woonruimte, het Besluit huurprijzen woonruimte en het Besluit servicekosten. Deze regels gelden voor alle woonruimtes in Nederland. Verschillen in regelgeving die van invloed zijn op de huurovereenkomst afhankelijk van waar de huurwoning is gelegen, vinden we alleen in gemeentelijke regels, met name Huisvestingsverordeningen.[12] Daarin kunnen gemeentes regels stellen aan bijvoorbeeld het aantal bewoners in een woning of eisen rondom verhuur via een platform als Airbnb. Voor de onderhavige discussie zijn die verordeningen minder relevant.

---

[5] Met name de regels uit art. 1708-1762*bis* oud BW die als *lex generalis* hun werking behouden wanneer de wetgever geen afwijkende *lex specialis* inzake (woning)huurrecht heeft afgekondigd.

[6] Art. 15 Bijzondere Wet 6 januari 2014 met betrekking tot de zesde staatshervorming (*BS* 31 januari 2014); zie ook DAMBRE e.a. 2019, p. 3; KOHL en BARÉ 2019, p. 53.

[7] Voor het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, zie Ordonnantie 27 juli 2017 houdende de regionalisering van de woninghuurovereenkomst (*BS* 30 oktober 2017); voor het Waalse Gewest, zie Decreet 15 maart 2018 betreffende de woninghuurovereenkomst (*BS* 28 maart 2018) en voor het Vlaamse Gewest, zie Decreet 9 november 2018 houdende bepalingen betreffende de huur van voor bewoning bestemde goederen of delen ervan (*BS* 7 december 2018).

[8] Art. 83-84 VWD. In het Brussels Hoofdstedelijk Gewest en in het Waalse Gewest werd er voor onmiddellijke werking geopteerd, zie art. 17, § 2 Ordonnantie 27 juli 2017 houdende de regionalisering van de woninghuurovereenkomst (*BS* 30 oktober 2017), respectievelijk art. 91 WWD. Enkel in het Vlaamse Gewest is de werking van de federale Woninghuurwet aldus (vooralsnog) nog ten volle behouden.

[9] CARETTE en BRULEZ 2017, p. 77-78; DEFRAITEUR 2019, p. 129; KOHL en BARÉ 2019, p. 56-57 en 82-83; LOUVEAUX 2018, p. 73-76; TIMMERMANS, *Huur* 2019/2, p. 60.

[10] Zie ook CARETTE en BRULEZ 2017, p. 69.

[11] Voor het Waalse Gewest zijn deze regels opgenomen in hoofdstuk II van het Waalse Decreet Woninghuur. Zie hieromtrent KOHL en BARÉ 2019, p. 54.

[12] Het Besluit huurprijzen woonruimte is een nationale regelgeving, maar het bevat wel een onderscheid afhankelijk van de ligging van een huurwoning. Het besluit geeft namelijk een afwijkend aantal punten binnen het WWS voor de WOZ-waarde van kleine nieuwbouw huurwoningen in de regio Amsterdam en Utrecht. WWS betekent 'Woningwaarderingsstelsel' en dit betreft een puntentelling (aan diverse aspecten van een huurwoning worden punten toegekend, bv. de oppervlakte en de WOZ-waarde) aan de hand waarvan de maximale huurprijzen voor de sociale huursector berekend kunnen worden.

Daar waar derhalve wordt besproken hoe de Nederlandse regelgeving in elkaar zit, geldt dit voor heel Nederland.

2. DE MOGELIJKE STRUIKELBLOKKEN

2.1. Medewerking van de huurder

3. In dit eerste onderdeel wordt bekeken wat er gebeurt indien een verhuurder zonnepanelen wenst te plaatsen op het huurgoed, maar de (woning)huurder hieraan niet wenst mee te werken. Kan de verhuurder dan nog iets ondernemen of dient hij zich hierbij neer te leggen?

België – FEDERAAL

4. Voor een huurovereenkomst onder gelding van de Woninghuurwet bepaalt artikel 1724 van het oud Burgerlijk Wetboek dat de verhuurder de dringende werkzaamheden aan de huurwoning dient uit te voeren[13] en dat de huurder deze moet gedogen. Pas wanneer deze meer dan 40 dagen zouden duren, is er een recht op vergoeding voor derving van het huurgenot. Indien partijen het hieromtrent niet eens raken, spreekt de vrederechter zich uit over het dringend karakter van de werken.[14]

In de rechtsleer is evenwel aanvaard dat verbeteringen aan de huurwoning of moderniseringen niet als dringende herstellingen gezien kunnen worden.[15]

Het plaatsen van zonnepanelen kan op basis van bovenstaande overweging moeilijk onder een 'dringende herstelling' worden geplaatst. Op grond van de regels geldend onder het federaal woninghuurrecht is het niet mogelijk deze werken af te dwingen van een niet-meewerkende huurder.

5. Het plaatsen van zonnepanelen zou echter onder de energiezuinige investeringen kunnen vallen, zodat de regionale regelgevingen mogelijk een uitweg bieden. In Wallonië en Brussel werd immers aan de werken die de energiezuinigheid van het huurgoed positief beïnvloeden een speciaal statuut toegekend.

België – VLAANDEREN

6. De minst innoverende regeling op dit vlak is terug te vinden in het Vlaamse Woninghuurdecreet (hierna: 'VWD'). Artikel 27 VWD herhaalt de federale regeling inzake de dringende herstellingen, met dien verstande dat vergoeding al na een duur van de werken van 30 dagen toegekend wordt. Voor deze huurovereenkomsten geldt aldus eveneens dat afdwingen van de werken niet mogelijk zal zijn op grond van de figuur van de dringende herstellingen.

België – WALLONIË

7. Artikel 21 van het Waalse Decreet Woninghuur (hierna: 'WWD') biedt meer mogelijkheid op het vlak van afdwingbaarheid van dergelijke werken. Hierin wordt uitdrukkelijk bepaald dat de huurder de energiebesparende werken, opgenomen in de lijst van de Waalse overheid, dient te dulden. Deze werken worden op deze manier op hetzelfde niveau geplaatst als de dringende herstellingen uit het federaal woninghuurrecht. Ook hier bepaalt de wet dat indien deze werken meer dan 40 dagen duren de huurder recht heeft op

[13] TIMMERMANS, *Huur* 2018/1, p. 5.
[14] Vred. Luik 26 juni 1992, *T.Vred*. 1993, p. 299.
[15] DAMBRE 2020, p. 195; TIMMERMANS, *Huur* 2018/1, p. 5.

vergoeding voor genotsderving én – zo bepaalt het laatste lid van artikel 21 WWD – indien deze werken tot de onbewoonbaarheid van het huurgoed zouden leiden, dan wordt de woninghuurovereenkomst ontbonden. Algemeen zou verwacht kunnen worden dat de installatie van zonnepanelen onder deze regeling zouden vallen. De lijst van energiebesparende werken[16] omvat echter wél de installatie van een zonneboiler, maar niet van zonnepanelen. Ook onder het Waalse Decreet ontbreekt bijgevolg een wettelijke basis voor het afdwingen van de installatie van zonnepanelen.

België – BRUSSEL

8. De Brusselse Ordonnantiegever heeft oog willen hebben voor de werken die de energieprestatie van de huurwoning kunnen verbeteren.[17] De voor de verhuurder meest voordelige regeling is dan ook terug te vinden in artikel 221 van de Brusselse Huisvestingscode. De eerste paragraaf van deze bepaling stelt immers dat de verhuurder het recht heeft om in de loop van de overeenkomst alle werken uit te voeren bestemd om de energieprestatie van de woning te verbeteren, op voorwaarde dat de huurovereenkomst die de partijen bindt geen overeenkomst van korte duur[18] betreft. Er wordt geen definitie gegeven van wat de werken die de energieprestatie verbeteren kunnen zijn, maar met Louveaux kan er worden aangenomen dat het gaat om werken die de EPC-score van het huurgoed zullen verbeteren.[19] De verhuurder is hierbij wel aan twee voorwaarden gebonden. Ten eerste dient de verhuurder de huurder hiervan minstens één maand op voorhand op de hoogte te brengen. Ten tweede zijn dergelijke werken per driejarige periode van de huurovereenkomst maar één maal toegestaan.

Verder stelt artikel 221, § 1 van de Brusselse Huisvestingscode nog een aantal vereisten aan de werken zelf: zij mogen in elk geval niet langer dan 60 dagen duren (zo niet, is er recht op vergoeding voor de huurder) en mogen in elk geval de duur 'vastgesteld door de Regering' niet overschrijden; bewoning van het huurgoed door de huurder tijdens de uitvoering van de werken moet mogelijk zijn; de werken mogen na voltooiing niet leiden tot vermindering van het woongenot; ook gedurende de werken mag er geen sprake zijn van onredelijke vermindering van het woongenot en de werken mogen ten slotte niet nodig zijn om het huurgoed in overeenstemming met de goede staat van onderhoud te brengen.[20]

Naast deze specifieke regeling voor werken die de energieprestatie verbeteren, verwijst artikel 221 van de Brusselse Huisvestingscode ook specifiek naar de gemeenrechtelijke regel uit artikel 1724 van het oud Burgerlijk Wetboek inzake dringende herstellingen die onverkort blijft gelden.

De installatie van zonnepanelen lijkt – minstens vanuit een theoretisch oogpunt – aan alle vereisten van artikel 221 van de Brusselse Huisvestingscode te kunnen voldoen. Met an-

[16] Art. 2 B.W.Reg. 5 juli 2018 tot vaststelling van de bijlagen voor elke type huurovereenkomsten, de lijst van de energiebesparende werken en de lijst van de rechtspersonen die gemachtigd zijn om de glijdende huurovereenkomst toe te passen in uitvoering van het decreet van 15 maart 2018 betreffende de woninghuurovereenkomst (*BS* 3 oktober 2018). Hierin wordt bepaald dat de energiebesparende werken vallend onder de regeling deze zullen zijn in de zin van art. 5 B.W.Reg. 4 april 2019 tot invoering van een premieregeling voor de uitvoering van een audit, van de rapporten over de opvolging van de werken ervan en van de investeringen tot bevordering van energiebesparing en van de renovatie van een woning (*BS* 1 juli 2019). Dit artikel zelf verwijst naar de bijlage bij het besluit waarin de toepasselijke werken opgelijst worden.

[17] DEFRAITEUR 2019, p. 119.

[18] Dit is de overeenkomst van maximaal drie jaar, zie art. 238 Brusselse Huisvestingscode.

[19] LOUVEAUX 2018, p. 542. Zie aldaar ook de interessante beschouwing – die het opzet van deze bijdrage te buiten gaat – omtrent de situatie waarin de verhuurder werken die de energieprestatie verbeteren, combineert met werken die niet onder deze regeling vallen.

[20] Zulks dient immers reeds het geval te zijn bij aanvang van de huurovereenkomst, zie art. 219 Brusselse Huisvestingscode.

dere woorden is er voor de verhuurder van een woning in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest (die voldoet aan de meldingsplicht en zich houdt aan de beperking uit art. 221, § 1 Brusselse Huisvestingscode) een recht om deze werken uit te voeren. De huurder kan deze werken in principe niet weigeren.

België – BESLUIT

9 Slechts voor de verhuurders in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest kan er een eenduidig positief antwoord worden gegeven. Op grond van artikel 221 van de Brusselse Huisvestingscode hebben zij een recht op het uitvoeren van energiebesparende werken (binnen de modaliteiten van deze bepaling).[21] In het Waalse Gewest kregen bepaalde energiebesparende werken een preferentieel statuut toegekend, maar de installatie van zonnepanelen valt buiten deze regeling. In het Vlaamse Gewest en binnen de federale regelgeving is er evenmin sprake van een werkelijk recht op het uitvoeren van dergelijke werken.

10. Strikt bekeken vanuit de vigerende wetgeving zou dit kunnen betekenen dat een verhuurder die zonnepanelen wenst te plaatsen, tegengehouden kan worden door een huurder die dit idee niet genegen is. Evenwel kan hier kort de bedenking worden gemaakt dat verbintenisrechtelijke correctiemechanismen, zoals de leer van het verbod op rechtsmisbruik[22] en de uitvoering van de overeenkomsten te goeder trouw, in bepaalde omstandigheden ervoor kunnen zorgen dat de verhuurder alsnog niet in de kou blijft staan. Zo kan worden gedacht aan een installatie tijdens de vakantie van de huurder, waarbij de huurder geen enkel nadeel aan deze werken zou ondervinden en het voordeel dat hij aldus kan halen uit de weigering disproportioneel is aan het nadeel voor de verhuurder die zijn investering gedwarsboomd ziet. Een uitgebreide bespreking hiervan gaat evenwel het opzet van deze bijdrage te buiten. Bovendien is het voorleggen van het geschil aan de vrederechter ook steeds mogelijk.[23]

Voor de volledigheid kan hier ten slotte worden opgemerkt dat een verhuurder er ook voor kan opteren de huurovereenkomst te beëindigen teneinde de plannen voor installatie van zonnepanelen te kunnen uitvoeren in geval van een hardnekkig weigerend huurder. Zulks is uiteraard enkel mogelijk indien de verhuurder zich bevindt binnen de opzegmogelijkheden van de huurovereenkomst[24] (waarin nergens een specifieke regeling voor het geval van verduurzaming van de huurwoning werd voorzien).

Nederland

11. Als een verhuurder in Nederland werkzaamheden wenst uit te voeren in of aan het gehuurde pand, dan wordt er onderscheid gemaakt tussen 'dringende werkzaamheden' en 'renovatie'. Renovatie ziet doorgaans op vernieuwingen of toevoegingen in of aan de gehuurde woning. Dringende werkzaamheden zijn reparaties of werkzaamheden ter voorkoming van schade die niet zonder nadeel kunnen worden uitgesteld, bijvoorbeeld omdat uitstel tot extra kosten leidt.[25] Het mislopen van subsidie als werkzaamheden niet binnen een bepaalde termijn kunnen worden uitgevoerd, kan er ook toe leiden dat de werkzaamheden gezien moeten worden als dringend.[26] Desondanks is het aannemelijk dat het plaatsen van zonnepanelen, ook al zou daar een (tijdelijke) subsidie aan verbonden zijn, in Nederland niet onder dringende werkzaamheden geschaard kan worden. Zeker niet in het geval van zonnepanelen op het dak van een appartementencomplex, omdat het dak vermoedelijk niet

[21] LOUVEAUX 2018, p. 541.
[22] Cass. 6 april 1984, *Arr.Cass*. 1983-84, p. 1049.
[23] Art. 591, 1° Ger.W.
[24] Zie hiervoor art. 3 WHW; art. 17-19 en 21, § 1, vierde lid VWD; art. 55 WWD en art. 237, 238, vierde lid en 239, § 1 Brusselse Huisvestingscode. Zie ook DAMBRE 2019, p. 63-88; LOUVEAUX 2018, p. 263-270.
[25] Kamerstukken II 1997-98, 26089, nr. 3, p. 30 en Kamerstukken II 2000-01, 26932, nr. 5, p. 9.
[26] TUINMAN, T&C BW, commentaar op art. 7:220 BW.

het gehuurde zal betreffen (althans dat de huurder ten aanzien daarvan geen gebruiksrecht heeft) en het daarmee geen werkzaamheden aan het gehuurde zelf zijn.

Het onderscheid tussen dringende werkzaamheden en renovatiewerkzaamheden is relevant voor de verhouding tussen verhuurder en huurder. In het geval van dringende werkzaamheden bestaat er een gedoogplicht: de huurder moet gelegenheid bieden tot het uitvoeren van de werkzaamheden. In het geval van renovatie dient de verhuurder te bewerkstelligen dat de huurder meewerkt. In beginsel dient de verhuurder de huurder daartoe een redelijk renovatievoorstel voor te leggen. Het kan natuurlijk ook dat partijen er in goed overleg samen uitkomen omdat zowel de verhuurder als de huurder de werkzaamheden uitgevoerd wensen te hebben.

Wat bijzonder is aan de situatie van het feit dat er iets op het dak wordt geplaatst, is dat bij een gehuurd appartement het dak doorgaans niet tot het gehuurde behoort. In beginsel staat het de eigenaar/verhuurder dus vrij, althans ten aanzien van zijn huurrelatie, om daar wijzigingen aan te brengen.[27]

12. Er is overigens wel rechtspraak van succesvol verzet door huurders tegen wijzigingen aan de buitenzijde van een appartementencomplex. Een bekend voorbeeld daarvan is het appartementencomplex waarvan het houtwerk aan de buitenzijde werd geschilderd in een andere kleur. Het betreft al een oud arrest van de Hoge Raad.[28] Geoordeeld wordt dat het genot van een woning in niet-onbelangrijke mate afhangt van de aanblik daarvan.[29] In de conclusie van de advocaat-generaal wordt overigens overwogen dat niet iedere verandering van kleur bij buitenschilderwerk een wanprestatie oplevert aan de zijde van de verhuurder, maar het is kennelijk wel mogelijk.[30]

13. Maar de huurders krijgen het gelijk niet altijd aan hun zijde. Zo is er ook een uitspraak van enige tijd geleden waarbij de rechtbank te Amsterdam oordeelde over protest van de huurders tegen een zendmast die op het dak van een appartementencomplex werd geplaatst.[31] De verhuurder had daartoe delen van daken verhuurd aan telecombedrijven. De huurders meenden dat de verhuurder daarmee tekortschoot in de nakoming van de huurovereenkomst richting de huurders. Zij onderbouwden dit door onder meer aan te geven dat de zendmasten straling afgeven die schadelijk is voor de gezondheid. De rechter had de huurders uitgenodigd om daar onderzoek (metingen) naar te laten verrichten en de resultaten daarvan in te brengen, maar de huurders hebben daarvan afgezien. De rechter overweegt daarop dat niet is aangetoond dat de straling over een bepaalde norm heengaat. 'Abstracte overlast', namelijk ongerustheid/onzekerheid, is volgens de kantonrechter onvoldoende om wanprestatie aan de zijde van de verhuurder jegens de huurders aan te nemen.[32]

Hadden de huurders de straling in hun woning kunnen aantonen, dan zou de slotsom van deze uitspraak ongetwijfeld anders zijn geweest.

14. Is dit nu te vergelijken met zonnepanelen? Vermoedelijk niet. Als gezegd, bevinden ze zich op het dak, dus buiten het gehuurde. En ik kan me niet bedenken wat een bezwaar van een huurder zou kunnen zijn, tenzij de huurder bijvoorbeeld een dakterras zou hebben of er al langer problemen zijn met de dakbedekking (bv. lekkages) die eerst opgelost moe-

[27] Art. 14.1 algemene bepalingen ROZ-model 2017/21.
[28] HR 16 mei 1986, *NJ* 1986/779.
[29] HR 16 mei 1986, *NJ* 1986/779, r.o. 3.1.
[30] Concl. bij HR 16 mei 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AC9349, overw. 38.
[31] Ktr. Amsterdam 18 maart 2003, *WR* 2003/47.
[32] Ktr. Amsterdam 18 maart 2003, *WR* 2003/47, r.o. 5.1.

ten worden voordat er iets op het dak geplaatst kan worden. Maar dat zijn bezwaren die zich doorgaans niet zullen voordoen.

Je wordt dan pas als verhuurder met de huurder geconfronteerd op het moment dat je de verhuurde woning wilt aansluiten op de zonnepanelen. Dan moet je in het gehuurde zijn (in ieder geval de meterkast) en vinden er wijzigingen plaats. Zijn die niet onder dringende werkzaamheden te scharen, dan zullen er afspraken met de huurder gemaakt moeten worden. Weigert de huurder mee te werken en de verhuurder wil toch doorzetten, dan zal bij een rechter aangetoond moeten worden dat de weigering door de huurder bijvoorbeeld in strijd met de redelijkheid en billijkheid is.

2.2. Kostenverdeling

2.2.1. Investeringskosten

15. Indien de installatie van de zonnepanelen – al dan niet na discussie tussen de partijen bij de huurovereenkomsten – doorgang krijgt, roept deze nog een aantal vragen op. Want wat kunnen nu de financiële gevolgen zijn voor de huurder en de verhuurder? Hierbij wordt eerst stilgestaan bij de kosten die de verhuurder heeft gemaakt: kan hij deze op enige wijze verhalen op de huurder? Ten tweede wordt de mogelijke invloed op de huurprijs bekeken.

België – FEDERAAL

16. De federale Woninghuurwet (hierna: 'WHW') omvat geen regel hieromtrent, zodat voor de huurovereenkomsten vallend onder deze wet het gemeen recht van toepassing blijft. Uit de regels van het verbintenissenrecht volgt als verdelingsprincipe voor het gemeen huurrecht dat de huurder de kosten en de lasten met betrekking tot het gebruik en het genot van het huurgoed draagt, terwijl de kosten en de lasten voortvloeiend uit het eigendomsrecht ten laste van de verhuurder vallen.[33]

De kosten van installatie van de zonnepanelen kunnen worden gezien als een kost voortvloeiend uit het eigendomsrecht van het huurgoed. Zelfs indien men discussies omtrent de exacte aard van de zonnepanelen buiten beschouwing laat, staat vast dat deze minstens ook na het vertrek van de huurder met het huurgoed verbonden zullen blijven en de huurder niet zullen volgen naar een nieuwe woning. Zij zijn bovendien in elk geval eigendom van de verhuurder. Bijgevolg zal deze kost op basis van deze algemene principes ten laste van de verhuurder vallen.

Het gebruik van de elektriciteit opgewekt door deze panelen hangt dan weer samen met het gebruik en het genot van het huurgoed, zodat algemeen beschouwd kan worden aangenomen dat deze kosten ten laste van de huurder zullen zijn. Het gaat hierbij om de jaarlijkse vergoedingen voor aansluiting op het elektriciteitsnet, zoals ook in het volgend randnummer zal blijken.

België – VLAANDEREN

17. In het Vlaamse Gewest herhaalt artikel 36, § 1 VWD bovenstaand verdelingsprincipe als volgt: de kosten met betrekking tot de uitoefening van zakelijke rechten op de woning zijn ten laste van de verhuurder, terwijl deze die te maken hebben met het gebruik van de woning ten laste van de huurder vallen.

[33] Art. 1248 oud BW: kosten voor betaling zijn ten laste schuldenaar; DAMBRE 2020, p. 213-214.

Een en ander wordt bovendien geconcretiseerd door de lijst die werd opgesteld door de Vlaamse Regering met overzicht van kosten die aan de huurder, dan wel de verhuurder mogen worden aangerekend. Deze lijst, opgenomen als bijlage bij het besluit van de Vlaamse Regering van 7 december 2018,[34] is evenwel niet limitatief, maar wel exemplatief. De vermelde posten leggen een dwingende verdeling op. Voor kosten en lasten die niet op de lijst staan, dienen partijen het verdelingsprincipe toe te passen.[35] De zonnepanelen worden hierop niet vermeld, maar de lijst bevat wel een aantal voor de analyse relevante kosten. Zo wordt het gebruik van elektriciteit aan de huurder toegewezen en vallen de grote herstellingen aan gemeenschappelijke installaties (behoudens oneigenlijk gebruik door de huurder) ten laste van de verhuurder. Deze elementen zetten de onder het gemeen recht – dat aldus onder het Vlaamse Woninghuurdecreet hernomen wordt – besproken opdeling aldus op scherp. Bijgevolg zal de verhuurder de kosten van installatie en onderhoud van de zonnepanelen dienen te dragen. De kosten voor het gebruik van de hierdoor opgewekte energie, waaronder de netvergoeding (het 'prosumententarief') voor gebruik van het elektriciteitsnet door de panelen, zullen bij de huurder liggen. De Vlaamse overheid vordert deze vergoeding inderdaad in bij de gebruiker en dit is in het geval van een huurgoed de huurder.[36]

België – WALLONIË EN BRUSSEL

18. In het Waalse Decreet en in de Brusselse Huisvestingscode is omtrent het verdelingsprincipe geen bijzondere regeling opgenomen.

België – BESLUIT

19. De gemeenrechtelijke regels – waarvan in geen enkele gewestelijke wetgeving afgeweken wordt – staan toe om de kosten horend bij het plaatsen van zonnepanelen te verdelen tussen de huurder en de verhuurder. De huurder draagt de kosten samenhangend met het gebruik, hetgeen neerkomt op de netvergoeding horend bij de zonnepanelen. De verhuurder daarentegen zal de kosten samenhangend met zijn eigendomsrecht dragen, hetgeen zal neerkomen op de kosten voor aanschaf, installatie en onderhoud van de panelen. Het gros van de kosten komt met andere woorden bij de verhuurder terecht.

Nederland

20. De Nederlandse regelgeving kent een verdeling bij kosten voor onderhoud en reparaties aan datgene wat wordt verhuurd. Kort gezegd, komt groot onderhoud en herstel van gebreken voor rekening van de verhuurder en kleine herstellingen moeten door de huurder op diens kosten worden uitgevoerd.[37] Neemt de verhuurder klein onderhoud voor zijn rekening, dan kan dit worden doorbelast aan de huurder.[38] In appartementencomplexen zien we dat vaak: schoonmaak wordt bijvoorbeeld aangemerkt als klein onderhoud en het vervangen van (met een ouderwets woord) 'lichtpeertjes' eveneens. Dit wordt in een appartementencomplex vaak centraal uitgevoerd in opdracht van de verhuurder. De kosten hiervoor worden via de servicekosten doorbelast aan de huurders.

21. Voor wat betreft zonnepanelen, is er een onderscheid tussen de aanschaf en de installatie daarvan enerzijds en het onderhoud en de energielasten anderzijds.[39]

[34] Bijlage 2 'Lijst van kosten die aan de huurder of verhuurder aangerekend mogen worden als vermeld in artikel 4' bij B.Vl.Reg. 7 december 2018 ter uitvoering van het Vlaamse Woninghuurdecreet (*BS* 18 december 2018).
[35] DAMBRE e.a. 2019, p. 36.
[36] 'Betalers van het prosumententarief', vlaanderen.be. Er is één uitzondering, namelijk de personen die het sociale tarief betalen voor elektriciteit: zij dienen het prosumententarief niet te dragen.
[37] Art. 7:217 BW.
[38] Beleidsboek nutsvoorzieningen en servicekosten (Huurcommissie), versie 1 januari 2021.
[39] www.huurcommissie.nl/over-de-huurcommissie/toelichting-beleidsboeken-over-zonnepanelen.

Als de verhuurder gedurende een huurovereenkomst overgaat tot het aanschaffen en het installeren van zonnepanelen (al dan niet in VvE-verband), dan moeten er als gezegd afspraken worden gemaakt met de huurder als de gehuurde woning hierop aangesloten wordt. Dat is ook het moment om afspraken te maken over een verdeling van de investeringskosten, iets waar de huurder vermoedelijk enkel voor openstaat als zijn energielasten omlaag zullen gaan. De wet biedt ook een mogelijkheid tot het verhogen van de huurprijs na woningverbeteringen (art. 7:255 BW). Sinds 1 mei 2021 is daar in Nederland ook een specifiek wettelijk artikel voor inzake woningen die in de vrije markt worden verhuurd (geliberaliseerd – art. 7:255a BW). Dit levert de huurders bescherming op omdat de huurverhoging enkel gebaseerd wordt op de investeringen. Kort gezegd, is van belang dat de werkzaamheden die de verhuurder heeft uitgevoerd daadwerkelijk het woongerief verhogen. Daarnaast moet de huurverhoging als gezegd in redelijke verhouding staan tot de kosten voor de gedane veranderingen of toevoegingen. De Huurcommissie in Nederland heeft hier een rekenmaatstaf voor. Heel kort gezegd, komt het erop neer dat je een huurverhoging kunt doorvoeren waarmee je over een bepaalde periode een deel van de gemaakte kosten terugkrijgt via de huurprijs. Het is dus geen verdienmodel. Komen partijen niet uit de huurverhoging, dan kan hulp van de Huurcommissie worden ingeschakeld.

22. Als de zonnepanelen (mede) zouden leiden tot een woning met een lage warmtegraad, ook wel een zogenaamde nul-op-de-meterwoning (een NOM), dan wel nagenoeg een NOM (een op gas verwarmde woning of een woning aangesloten op het warmtenet), dan kan met de huurder ook een zogenaamde Energieprestatievergoeding (EPV) worden overeengekomen.[40] Dit is een bedrag dat wordt betaald naast de huur en naast de servicekosten. Het is echt een separate vergoeding. Het doel van een EPV is dat de verhuurder zekerheid krijgt over het rendement op zijn investeringen die ertoe hebben geleid dat de woning een laag energieverbruik heeft en soms zelfs extra energie opwekt. De energievraag van de huurder kan immers wisselend zijn, maar de lasten voor de kosten voor de verhuurder zijn een feit. Het doel van de EPV is ook dat de huurder zekerheid krijgt over zijn woonlasten, kortom: duidelijkheid voor beide partijen. Als de woning overigens toch een hogere warmtevraag heeft dan voorgespiegeld, dan kan de huurder naar de Huurcommissie om de EPV te laten verlagen.

Het maken van dergelijke afspraken gedurende de huurovereenkomst is soms ingewikkeld. Een huurder moet vertrouwen hebben in de verlaging van zijn energierekeningen en bereid zijn daartegenover een hoger vast bedrag te gaan betalen. Verhuurders die daar met hun huurders niet uitkomen, hebben soms een probleem. Zeker als blijkt dat de investeringen bestanddeel zijn geworden van het gehuurde, want dan worden ze geacht te zijn vervat in de afgesproken huurprijs.[41]

2.2.2. Verandering in de elektriciteitskosten?

23. In het voorgaande onderdeel werd de verdeling van de kosten samenhangend met de aanschaf, de installatie, het onderhoud en het gebruik van de zonnepanelen bekeken. In wat volgt, wordt een blik geworpen op de invloed op de elektriciteitskosten. Na plaatsing loopt de levering van elektriciteit immers via de zonnepanelen en dient de huurder niet meer (uitsluitend) af te nemen bij een van de reguliere energieleveranciers. De kosten van energielevering zullen met andere woorden wijzigen ingevolge de installatie van de zonnepanelen. Wat zijn hiervan de gevolgen voor de huurder en de verhuurder?

[40] Art. 7:237 lid 4 BW en het Besluit energieprestatievergoeding huur.
[41] Zie bv. Hof Amsterdam 26 juni 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2113 (RVR 2019/10).

België – FEDERAAL

24. De regel uit het gemeen huurrecht (art. 1728*ter*, § 1 oud BW) stelt dat de kosten en de lasten verbonden aan de huur steeds met werkelijke uitgaven moeten overeenstemmen. Hiervan kan worden afgeweken indien partijen uitdrukkelijk overeenkomen dat de kosten en de lasten in vaste bedragen worden bepaald (de zogenaamde regeling met forfaitaire kosten en lasten). Bijgevolg moet een positieve invloed van zonnepanelen op de energiekosten dus ook doorstromen naar de verschuldigde kosten voor energielevering. Dit voordeel komt zo bij de huurder terecht.

Voor de huurovereenkomsten vallend onder de federale Woninghuurwet geldt bovendien dat artikel 7, § 2 WHW iedere partij te allen tijde toestaat aan de vrederechter de herziening van de forfaitaire kosten en lasten te vragen of de omzetting hiervan in werkelijke kosten en lasten. De wet stelt dat de rechter beslist tot omzetting 'wanneer deze mogelijk is' en dat hij bepaalt vanaf wanneer deze omzetting ingaat. Hij houdt hierbij rekening met de ontwikkeling van de werkelijke uitgaven, zo zegt de wet ook. Een vermindering van de energiekosten door het plaatsen van zonnepanelen lijkt bij uitstek een ontwikkeling die tot een dergelijke omzetting kan nopen. De huurder die een forfait betaalt voor de elektriciteitskosten en vaststelt dat dit na plaatsing van de zonnepanelen niet meer met de werkelijkheid overeenstemt, kan bijgevolg – indien hij geen overeenstemming bereikt met de verhuurder – de vrederechter om omzetting naar de werkelijke (en inmiddels lagere) kosten verzoeken. Op die manier kan de huurder in elk geval genieten van de voordelige invloed van de zonnepanelen op de energiekosten. Een minnelijke regeling tussen partijen geniet de voorkeur omdat hiermee een procedure vermeden wordt, doch de wetgever bouwde zo een oplossing in voor het geval waarin partijen hieromtrent geen overeenstemming kunnen bereiken.

Indien de huurder ook voor de installatie van de zonnepanelen reeds rechtstreeks de kosten voor energie droeg via een energieleverancier of in geval van een regeling met afrekening van werkelijke kosten, dan geniet de huurder uiteraard ook meteen van de verlaging van deze kosten.

België – VLAANDEREN, WALLONIË EN BRUSSEL

25. De regeling van artikel 7, § 2 WHW wordt hernomen in respectievelijk artikel 36, § 2 VWD en artikelen 58, § 3 en 224, § 2 van de Brusselse Huisvestingscode.

Artikel 24 WWD herhaalt de regel uit artikel 1728*ter*, § 1 van het oud Burgerlijk Wetboek.

België – BESLUIT

26. Verschillende bepalingen garanderen de Belgische woninghuurder dat de kosten voor energie met de werkelijkheid overeenstemmen of dat hij de omzetting naar werkelijke kosten kan vragen. Bijgevolg kan de huurder hierop terugvallen teneinde te kunnen genieten van de vermindering in de kosten voor energie die de zonnepanelen teweeg zullen brengen.

Nederland

27. De kosten van de zonnepanelen die niet via de huurprijs (puntentelling bij aanvang of art. 7:255/255a BW gedurende de huur) of de EPV kunnen worden doorbelast, kunnen mogelijk nog bij de huurder worden neergelegd via de servicekosten.[42] Via de servicekosten kan niet alleen de geleverde stroom worden doorbelast, maar ook een vergoeding voor het gebruik van roerende zaken die de verhuurder ter beschikking stelt. Zo gaat dat bijvoorbeeld ook met meubilair en stoffering als die wordt meeverhuurd. Je zou dus wellicht de

[42] Voor een uiteenzetting over de EPV en servicekosten, zie onder meer HIELKEMA GS Huurrecht 2021.

constructie kunnen bedenken dat de verhuurder de woning verhuurt met de zonnepanelen als roerende zaken. Hier is weer het onderscheid van belang of zonnepanelen roerend of onroerend zijn en daar is zoals ik zei discussie over in de literatuur en de rechtspraak. De uitkomst lijkt te zijn dat als de zonnepanelen technisch geïntegreerd zijn in het dak (ze kunnen dus niet meer worden verwijderd zonder functieverlies van het dak), zij onroerend zijn. Maar bij een appartementencomplex blijft dan de vraag of ze onderdeel gaan uitmaken van het gehuurde (want het dak behoort daar in dat geval doorgaans niet toe). Worden de zonnepanelen los op het dak gezet en daar enkel aan vastgeschroefd, dan blijven het in de regel roerende zaken tenzij aangetoond kan worden dat zij 'bestemd zijn om duurzaam ter plaatse te blijven'.[43]

2.3. Huurprijsherziening energiezuinige investeringen

2.3.1. Lopende de huurovereenkomst

28. De installatie van zonnepanelen als energiezuinige investering kan bovendien, naast een invloed op de energiekosten, die hierboven besproken werd, ook tot gevolg hebben dat de huurder geconfronteerd wordt met een huurprijsherziening. Waar hierboven leek dat vooral de huurder de vruchten zou kunnen plukken van de installatie van zonnepanelen, volgt uit de mogelijkheid tot huurprijsherziening dat ook de verhuurder zal genieten van positieve financiële gevolgen.

België – FEDERAAL

29. Onder artikel 7, § 1 WHW wordt een huurprijsherziening enkel toegestaan tussen de negende en de zesde maand voorafgaandelijk aan het verstrijken van de lopende driejarige periode.[44] Bovendien is hiertoe een akkoord tussen partijen vereist. Komen partijen niet tot een dergelijk akkoord, dan kan er een vordering worden ingeleid bij de vrederechter. De vrederechter zal de huurprijsherziening toestaan indien de mogelijke huurprijs ingevolge nieuwe omstandigheden ten minste 20 % hoger of lager geworden is. Verder vermeldt artikel 7, § 2, tweede lid WHW nog een ander – hier relevant – geval waarbij de vrederechter de huurprijsherziening zal toekennen. Het betreft hier het geval waarin de mogelijk door de verhuurder te vragen huurprijs gestegen is ingevolge uitgevoerde werken. Deze werken mogen niet nodig geweest zijn om het huurgoed in goede staat van onderhoud te brengen. Hier geldt slechts een vereiste van wijziging van de huurprijs met 10 %. Hoewel de Woninghuurwet aldus niet expliciet verwijst naar energiebesparende investeringen om een huurprijsherziening toe te staan, is het ingevolge artikel 7, § 2, tweede lid WHW wel mogelijk dat de verhuurder een verhoging van de huurprijs verkrijgt na plaatsing van zonnepanelen. Uiteraard op voorwaarde dat de huurprijs minstens 10 % gestegen zou zijn door deze werken én voor zover partijen zich binnen de vereiste periode van drie maanden binnen de lopende driejarige periode bevinden. De huurprijsherziening omwille van plaatsing van zonnepanelen lijkt dus niet zeer eenvoudig voor de verhuurder wiens huurovereenkomst onder de Woninghuurwet valt, doch het is ook niet volledig onmogelijk.

België – VLAANDEREN

30. In het Vlaamse Gewest werd een regeling voor huurprijsherziening ingevoerd die expliciet verwijst naar de energiebesparende investeringen. Bedoeling van de decreetge-

[43] Zie bv. VAN DIJK-ELSINGA en NOORT 2018.

[44] Dit is de opdeling van de huurovereenkomst van lange duur (zijnde: langer dan drie jaar) in verschillende periodes van drie jaar en waarbij bepaalde opzegmogelijkheden slechts aan het einde van een dergelijke periode mogelijk zijn. Op die manier kan de huurder voor het einde van drie jaar niet zomaar met het einde van de huurovereenkomst worden geconfronteerd. Zie hieromtrent art. 3 WHW.

ver was hiermee energiebesparende maatregelen door de verhuurder te stimuleren.[45] Artikel 35, § 2 VWD regelt specifiek de huurprijsherziening ingevolge energiebesparende investeringen aan het huurgoed. De bepaling stelt dat partijen een dergelijke herziening te allen tijde kunnen overeenkomen.[46] De energiebesparende investeringen die onder deze regeling kunnen vallen, zijn deze die de energieprestatie van het goed verbeteren. Voor de term 'energieprestatie van een gebouw' wordt de definitie gehanteerd uit artikel 1.1.3, 42°/1 van het Energiedecreet van 8 mei 2009[47] die luidt als volgt: "de berekende of gemeten hoeveelheid energie die nodig is om aan de vraag naar energie te voldoen die verband houdt met een normaal gebruik van het gebouw, waaronder energie die wordt gebruikt voor verwarming, koeling, ventilatie, warmwatervoorziening en verlichting." De installatie van zonnepanelen valt hier met andere woorden onder.

Ook hier is een uitweg voorzien indien partijen het niet eens zouden worden omtrent een eventuele huurprijsherziening na uitvoering van de werken. In dat geval kunnen zij zich tot de vrederechter richten die een herziening zal toestaan indien de normale huurwaarde van het huurgoed ingevolge de gemaakte investeringen minstens 10 % hoger ligt dan de eisbare huurprijs op het moment van het vatten van de rechter. Het decreet legt de rechter op uitspraak te doen naar billijkheid. Indien de huurprijs herzien wordt, dan geldt de nieuwe huurprijs vanaf de maand na de voltooiing van de werken. Ook hier worden werken uitgesloten die nodig waren om het huurgoed in overeenstemming te brengen met de levering in goede staat van onderhoud en het voldoen aan de vereisten van veiligheid, gezondheid en woningkwaliteit uit de Vlaamse Codex Wonen.

De verhuurder onder het Vlaamse Woninghuurdecreet bevindt zich aldus in een iets betere positie dan onder de Woninghuurwet: hij is niet gebonden door een zeer strakke tijdsperiode, maar kan een dergelijke herziening te allen tijde vragen. De drempelwaarde van 10 % blijft behouden, alsook de mogelijkheid de rechter te vatten. Een gelijkaardige regeling als die van artikel 7, § 1 WHW is evenwel eveneens terug te vinden in het Vlaamse Woninghuurdecreet voor de 'reguliere' huurprijsherziening.[48]

België – WALLONIË

31. Artikel 58, § 1 WWD omvat dezelfde regeling als deze onder de Woninghuurwet, waarbij een verhoging mogelijk is indien de huurprijs ingevolge werken met 10 % gestegen is, met als verschil dat een verhoging van de huurprijs aan bijkomende vereisten onderworpen wordt. Een verhoging is onder gelding van dit decreet enkel mogelijk indien de huurovereenkomst schriftelijk gesloten is én indien ze ook (in geval van huur van een onroerend goed) werd geregistreerd. Ten slotte bepaalt artikel 58, § 1, laatste lid WWD dat het bij de levenslange huurovereenkomst mogelijk is af te zien van het recht op huurprijsherziening. Er wordt een uitdrukkelijke rechterlijke controle in het artikel voorzien. De rechter doet uitspraak naar billijkheid. Belangrijk is echter op te merken dat de korte periode voor herziening (tussen de negende en de zesde maand voor het einde van de driejarige periode) behouden werd.

Onder deze bepaling lijkt een verhoging van de huurprijs ingevolge installatie van de zonnepanelen aldus evenzeer mogelijk, voor zover aan de gestelde vereisten met betrekking tot de huurovereenkomst voldaan is en partijen zich binnen de correcte tijdsperiode bevinden.

[45] DAMBRE 2018, p. 291.
[46] Doch, men zou kunnen opmerken dat deze mogelijkheid ook al volgt uit het principe van de contractvrijheid.
[47] Decreet 8 mei 2009 houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid (aangehaald als het Energiedecreet) (*BS* 7 juli 2009).
[48] Zie art. 35, § 1 VWD, waarbij huurprijsherziening enkel kan tussen de negende en de zesde maand voorafgaandelijk aan het verstrijken van de lopende driejarige periode en waarbij een verhoging of een verlaging van de normale huurwaarde van minstens 20 % vereist is.

België – BRUSSEL

32. Ook artikel 221, § 2 van de Brusselse Huisvestingscode bepaalt dat partijen kunnen overeenkomen dat energiebesparende werken zullen leiden tot een huurprijsherziening. De Brusselse ordonnantiegever stelde hierbij drie voorwaarden voorop. Partijen dienen dit op uitdrukkelijke wijze overeen te komen en zulks minstens een maand voor uitvoering van de werken. Als twee bijkomende voorwaarden geldt dat de verhoging evenredig dient te zijn aan de reële kostprijs van de uitgevoerde werken, alsook aan de verbetering van de energieprestatie.[49]

Onder artikel 221, § 2 van de Brusselse Huisvestingscode werd geen uitdrukkelijke rechterlijke controle ingebouwd. Deze is dan weer wel terug te vinden in artikel 240 van de Brusselse Huisvestingscode die de regeling voor huurprijsherziening omvat, los van energiebesparende maatregelen. Artikel 240 van de Brusselse Huisvestingscode geeft aan te bestaan 'onverminderd artikel 221'. Artikel 221, § 2 vermeldt dan weer dat de regeling geldt 'niettegenstaande artikel 240'. Het lijkt dus dat beide regelingen naast elkaar blijven gelden.[50] Bijgevolg is in de rechtsleer aanvaard dat ook hier de rechterlijke controle mogelijk moet zijn en blijven.[51] Cumul van beide regelingen is echter niet mogelijk, nu artikel 240 van de Brusselse Huisvestingscode een verhoging uitsluit indien er al een huurprijsherziening geweest is ingevolge artikel 221 van de Brusselse Huisvestingscode.

België – BESLUIT

33. De verhuurder heeft in alle drie de gewesten de mogelijkheid een huurprijsherziening (te proberen) door te voeren ingevolge de plaatsing van zonnepanelen. Onder de Woninghuurwet en het Waalse Decreet Woninghuur is dit recht beperkter, maar eveneens voorhanden. De minst stringente voorwaarden zijn terug te vinden in het Vlaamse Gewest, hoewel er daar ook meteen in dezelfde bepaling een rechterlijke controle als waarborg voor de huurder werd ingebouwd. In het Brussels Hoofdstedelijk Gewest worden eveneens bijkomende voorwaarden opgelegd.

Nederland

34. In Nederland hebben we voor bestaande huurovereenkomsten de eerder beschreven mogelijkheden: (a) een huurprijsverhoging op grond van artikel 7:255 (a) Burgerlijk Wetboek (de huurprijsverhoging bij woningverbetering) of (b) het overeenkomen van een EPV of (c) het doorbelasten van enkele kostenposten via de servicekosten. Een andere huurprijsherziening is niet mogelijk (sinds 1 mei 2021 ook niet bij vrijesectorwoningen).[52]

2.3.2. Bij aanvang van een nieuwe huurovereenkomst

35. De verhuurder zou ervoor kunnen opteren de huurprijs van de lopende huurovereenkomst niet te proberen te wijzigen, maar wenst misschien wel zijn investering te zien renderen bij het afsluiten van een nieuwe huurovereenkomst door het vragen van een hogere huurprijs. Is dit mogelijk?

[49] Enige voorwaarde omtrent de totale lasten voor de huurder ingevolge deze wijziging is er met andere woorden niet. Het is dus niet uitgesloten dat de lasten voor de huurder hoger zouden worden maar, gelet op de vereiste tot overeenstemming, dient een dergelijke verhoging wel door de huurder te worden aanvaard.
[50] LOUVEAUX 2018, p. 546.
[51] DEFRAITEUR 2019, p. 119.
[52] Zie hierover VAN DE PEST 2018.

België – FEDERAAL, WALLONIË EN BRUSSEL

36. In België zijn er algemeen beschouwd slechts zeer weinig regels die de contractvrijheid voor huurprijzen inperken.[53] Zo bepalen partijen onder het Vlaamse Woninghuurdecreet bijvoorbeeld ook nog steeds volledig vrij de basishuurprijs.[54] In Brussel werd er een '*grille*' in het leven geroepen waarbinnen de huurprijs zich zou moeten situeren, maar deze is louter indicatief.[55] Een hogere huurprijs bij een volgende huurovereenkomst omwille van de aanwezigheid van zonnepanelen op de huurwoning is dus in principe mogelijk. Binnen het woninghuurrecht is er echter een algemene regel te ontwaren die zegt dat de basishuurprijs in geval van korte opeenvolgende contracten – ingevolge beëindiging door de verhuurder – van minder dan drie jaar of gelijk aan drie jaar gedurende negen opeenvolgende jaren niet hoger mag zijn dan de bij het begin van de negenjarige periode eisbare huurprijs. Deze mag wel worden aangepast aan de kosten van levensonderhoud. Er is hier echter een uitzondering op die relevant is voor deze bijdrage. Is de normale huurwaarde van het goed met ten minste 10 % gestegen ingevolge uitgevoerde werken, dan is een hogere huurprijs wel mogelijk. Uiteraard kan deze redenering enkel – zoals ook in voorgaand onderdeel – standhouden indien er aanvaard wordt dat de plaatsing van zonnepanelen ook werkelijk een verhoging van de huurwaarde met 10 % rechtvaardigt. Wanneer de huurprijs verhoogde, hoewel er niet aan deze voorwaarde was voldaan, kan de rechter de te hoge huurprijs verminderen tot hetgeen eisbaar was krachtens de vorige overeenkomst volgens een in de wet terug te vinden formule. Deze regeling was op federaal niveau opgenomen in artikel 7, § 1*bis*, eerste lid WHW en wordt hernomen in artikel 58, § 2 WWD en in artikel 241 van de Brusselse Huisvestingscode.

België – VLAANDEREN

37. De voorgaande regeling is niet terug te vinden in het Vlaamse Woninghuurdecreet, zodat de verhuurder vallend onder dit decreet niet beperkt wordt in de mogelijkheid zijn huurprijs te verhogen naar een volgende huurder toe.

België – BESLUIT

38. Algemeen gesteld, is het voor de verhuurder die zonnepanelen liet installeren mogelijk om zijn investering vergoed te zien in een hogere huurprijs bij een volgende huurovereenkomst. In geval van korte opeenvolgende overeenkomsten van drie jaar of minder, is dit eventueel op voorwaarde dat de zonnepanelen de huurwaarde verhoogden met minstens 10 % voor verhuurders onder de Woninghuurwet, het Waalse Decreet Woninghuur of de Brusselse Huisvestingscode.

Nederland

39. Verhuurders die tijdens een huurwisseling dergelijke investeringen doen, bevinden zich in een makkelijkere positie dan verhuurders met lopende huurovereenkomsten, omdat bij nieuwe verhuur de woning in de markt kan worden gezet als energiezuinig met bijbehorende huurprijs. Voor wat betreft de puntentelling van woningen (in Nederland hebben we het Woningwaarderingssysteem, een puntentelling op grond waarvan te berekenen is of de woning gereguleerd of in de vrije markt verhuurd kan worden), is het volgende relevant. Energiezuinige woningen krijgen meer punten vanwege het gunstige energielabel (energie-index).[56] Is met de huurder een EPV overeengekomen, dan liggen de te verkrijgen punten voor het energielabel lager om te voorkomen dat de huurder in feite dubbel betaalt voor dezelfde investeringen.

[53] Voor een uitgebreide bespreking, zie DAMBRE 2008.
[54] DAMBRE e.a. 2019, p. 32; CARETTE en BRULEZ 2017, p. 87.
[55] DEFRAITEUR 2019, p. 121.
[56] Besluit huurprijzen woonruimte, bijlage 1, onder A sub 4.

2.4. Renovatiehuur

België

40. Teneinde een zo volledig mogelijk beeld te schetsen van de woninghuurwetgeving die van tel kan zijn bij de verduurzaming van de huurwoningen, is het passend even stil te staan bij de figuur van de renovatiehuurovereenkomst. Bovenstaande regels kunnen namelijk alle worden doorkruist door het sluiten van een dergelijke overeenkomst. De renovatiehuurovereenkomst is een schriftelijke overeenkomst van woninghuur waarbij de huurder zich verbindt bepaalde werkzaamheden uit te voeren aan het huurgoed binnen een bepaalde termijn. De verhuurder verbindt er zich als tegenprestatie toe om de huur niet op te zeggen (voor een periode die negen jaar niet te boven mag gaan) of om de verschuldigde huurprijs te verminderen of kwijt te schelden, dan wel om geen huurprijsherziening te vragen gedurende een bepaalde periode.

De renovatiehuur is terug te vinden in zowel artikel 8 WHW, artikel 13 VWD, artikel 50 WWD als artikel 222 van de Brusselse Huisvestingscode. Enkel in deze laatste regelgeving is er sprake van een bijkomende toepassingsvoorwaarde, namelijk dat de huur niet voor minder dan drie jaar gesloten is, en zijn er een aantal bijkomende formele vereisten (art. 222, § 1 Brusselse Huisvestingscode).[57]

41. In geval van een huurder met de juiste vakkennis zouden partijen aldus van de renovatiehuur gebruik kunnen maken om installatie van zonnepanelen te bekomen en de verduurzaming van de huurwoning te bevorderen. De bedenking rijst uiteraard wel dat dit eerder uitzonderlijk zal zijn.

Nederland

42. In Nederland kennen wij geen renovatiehuurovereenkomst.

3. BESLUIT

3.1. Bescherming huurder?

België

43. Hoewel de huurder – onder voorbehoud van het zich bezondigen aan een inbreuk op het verbod op rechtsmisbruik – de installatie van zonnepanelen als verduurzamingswerken aan de gehuurde woning kan tegenhouden, wordt de huurder mogelijk met een hogere huurprijs geconfronteerd indien de werken doorgang vinden. De huurder kan dus ten gevolge van de installatie met een zwaardere financiële last te maken krijgen (in sommige gevallen voor zover aanvaard wordt dat de zonnepanelen de huurwaarde met 10 % doen toenemen).

44. De vraag kan dan ook rijzen of dit zijn grondrecht op wonen niet in het gedrang kan brengen en of er geen bescherming van de huurder tegen een dergelijke last nodig is. Evenwel dringt de vaststelling zich al snel op dat er in de meeste gevallen een rechterlijke controle is ingebouwd bij de procedures omtrent de huurprijsherziening.[58] Ook los daarvan is een procedure bij de vrederechter uiteraard altijd mogelijk voor de huurder die vreest dat zijn woonzekerheid wordt bedreigd.[59] Bovendien wordt het financieel nadeel van een hogere huurprijs deels gecompenseerd door de verlaging van de kosten voor energieverbruik.

[57] Voor een bespreking, zie LOUVEAUX 218, p. 551-552.
[58] Art. 7, § 1 WHW, art. 35, § 2 VWD, art. 58, § 1 WWD en art. 240 Brusselse Huisvestingscode.
[59] Op grond van art. 591, 1° Ger.W.

Dambre overweegt voor het Vlaamse Woninghuurdecreet dat de betaalbaarheid van de woning in het gedrang zou kunnen komen omdat de regeling de verhuurder toelaat zijn energiebesparende investeringen deels te recupereren op zijn huurder via een hogere huurprijs. Dit zou dan kunnen worden gezien als een aantasting van het grondrecht op wonen, maar Dambre merkt ook op dat er een duidelijk legitiem doel aan deze mogelijke aantasting gekoppeld is. De regeling streeft immers het stimuleren van energiebesparende maatregelen na. Deze mogelijke aantasting kan dan ook proportioneel zijn, waarbij rekening dient gehouden te worden met de mogelijke voordelen die de huurder zou kunnen hebben door de energiebesparende investering, zoals een daling van de energiekosten. Hierbij dient bekeken te worden of dit dan in verhouding blijft met de meerprijs die de huurder dient te betalen.[60] De financiële bepalingen van het Vlaamse Woninghuurdecreet betreffen bij uitstek het spanningsveld tussen de betaalbaarheid en de toegankelijkheid voor de huurder en het redelijk rendement voor de verhuurder.[61] Dit evenwicht heeft men trachten te bewaren. De hogere huurprijs zou worden gecompenseerd door de lagere energiekosten.[62] Deze redenering kan worden doorgetrokken naar de overige gewesten.

De mogelijke negatieve invloed op de situatie van de huurder lijkt dan ook beperkt, minstens is er een waarborg ingebouwd door een mogelijkheid tot rechterlijke controle in die gevallen waar dit mogelijk wel zo zou zijn.

Nederland

45. Zoals eerder toegelicht, zal een huurder in Nederland mogelijk worden geconfronteerd met een huurprijsverhoging wanneer de zonnepanelen na het plaatsen aan te merken zijn als onroerende zaken. De zonnepanelen moeten dan wel aangemerkt kunnen worden als een woningverbetering (art. 7:255 en 255a BW), hetgeen doorgaans het geval zal zijn. Die huurprijsverhoging is beperkt, want deze is gebaseerd op de investeringskosten. Voor een huurder met een niet-geliberaliseerde huurprijs mag de nieuwe huurprijs (dus inclusief de verhoging) nooit meer bedragen dan de maximale huurprijs die hoort bij het puntentotaal van de huurwoning conform het WWS (art. 7:255, lid 1 BW). Als de zonnepanelen na plaatsing roerende zaken blijven, dan is de verhuurder aangewezen op de servicekosten om een gebruiksvergoeding bij de huurder in rekening te brengen.[63]

3.2. Rendement verhuurder?

België

46. De verhuurder zal op zijn beurt een rendement verwachten van zijn investering tot verduurzaming van zijn huurgoed. Uit bovenstaande analyse blijkt dat het gros van de kosten – minstens in de eerste periode na de investering – bij de verhuurder valt en blijft, terwijl de huurder diegene is die het voordeel van de verlaging van de energiekosten zal genieten. Bovendien kan de huurder de werken trachten tegen te houden én heeft de verhuurder geen zekerheid dat de huurprijsherziening in geval van betwisting ook zal worden toegekend (al is het wel te vermoeden dat er enige verhoging zal worden toegekend, al is het maar ter compensatie van de lagere energiekosten). Desalniettemin is reeds vooropgesteld dat de hogere huurprijs kan worden gezien als de billijke bijdrage van de huurder aan

[60] DAMBRE 2018, p. 291.
[61] DAMBRE e.a. 2019, p. 48.
[62] *Parl.St.* Vl.Reg., "Memorie van toelichting bij het voorontwerp van decreet houdende bepalingen betreffende de huur van voor bewoning bestemde goederen of delen ervan", 2017, nr. DOC.0790/3bis, 11; CARETTE en BRULEZ 2017, p. 87.
[63] Beleidsboek Huurverhoging na woningverbetering (Huurcommissie), versie juni 2018, p. 11.

de verduurzaming van de huurwoningen die immers ook een positieve invloed heeft op de woningkwaliteit.[64]

Hierbij kan ook het gewenste evenwicht tussen de woonzekerheid voor de huurder en het behoorlijk rendement voor de verhuurder bij woninghuur worden herhaald. Deze doelstelling voor de federale Woninghuurwet werd bijvoorbeeld voor het Vlaamse Woninghuurdecreet hernomen.[65] De vraag rijst dan ook of met deze stringente woninghuurregels de installatie van zonnepanelen op de huurwoning interessant blijft voor een verhuurder. Evenwel zal de investering in het huurgoed en de stijging in waarde hiervan door de verduurzaming die de zonnepanelen met zich meebrengen, in elk geval verworven zijn.

Nederland

47. Als de zonnepanelen worden aangemerkt als roerende zaken, dan kan de verhuurder een vergoeding via de servicekosten aan de huurder in rekening brengen (mits dit is overeengekomen). Zijn de zonnepanelen onroerende zaken, dan zal de Nederlandse verhuurder op grond van de eergenoemde artikelen 7:255 en 255a BW goede kans maken om (een deel van) zijn investeringskosten bij de huurder in rekening te kunnen brengen door een verhoging van de huurprijs. Het gaat dan alleen om de kosten die direct te koppelen zijn aan de geriefsverbetering voor de huurder. Kosten voor onderhoud kunnen niet worden meegenomen en blijven derhalve bij de verhuurder. De verhuurder is dus degene die in eerste instantie de kosten draagt; de huurverhoging is gebaseerd op een afschrijvingstermijn van de betreffende kosten. Om die reden mag ook rente worden doorberekend; hiervoor wordt uitgegaan van financieringslasten via een hypothecaire lening.[66]

3.3. Wettelijk kader en evenwicht tussen partijen

België

48. Binnen het kader van de dwingendrechtelijke gewestelijke regels voor woninghuur zijn er een aantal drempels voor de plaatsing van zonnepanelen op een huurwoning en dit voornamelijk indien de huurder weigert medewerking te verlenen aan deze werken. Desalniettemin is er sprake van een duidelijk wettelijk kader – dat in deze bijdrage op beschrijvende wijze werd uiteengezet – waarbinnen de installatie van zonnepanelen en ook werken tot verduurzaming van de huurwoning in het algemeen mogelijk zijn. De belangrijkste discussiepunten werden in de wet geregeld, zodat partijen weten waar zij aan toe zijn.

De huurder dient rekening te houden met een mogelijke verzwaring van zijn financiële lasten door een verhoging van de huurprijs, maar kan hierbij rekenen op een mogelijke rechterlijke controle als extra waarborg en kan genieten van lagere energiekosten. De verhuurder daarentegen zal het gros van de kosten dragen en dient mogelijk in geval van aanhoudende weigering van de huurder zijn plannen op te bergen tot het einde van de huurovereenkomst. Desalniettemin zal een verhuurder die de zonnepanelen plaatst, genieten van het blijvend rendement van deze investering in het huurgoed. Zo zijn er voor beide partijen voor- en nadelen, waardoor er voorzichtig gesteld kan worden dat het evenwicht tussen partijen werd bewaard.

Nederland

49. Ook in Nederland moet de verhuurder er rekening mee houden dat hij het grootste deel van de kosten draagt als er zonnepanelen worden geplaatst gedurende de huurover-

[64] CARETTE en BRULEZ 2017, p. 87; Timmermans, *Huur* 2018/1, p. 8.
[65] DAMBRE 2018, p. 285.
[66] Beleidsboek Huurverhoging na woningverbetering (Huurcommissie), versie juni 2018, p. 7.

eenkomst, zeker bij een onwelwillende huurder. Bij de huurder die instemt met de zonnepanelen als woningverbetering, kan de huurprijs worden verhoogd zodat de investering op den duur kan worden terugverdiend. Zodra een nieuwe huurovereenkomst wordt gesloten, kan de verhuurder de investering meenemen in de huurprijs, zeker bij vrijesectorwoningen, zolang huurders bereid zijn meer te betalen voor een energiezuinige woning. Ook de verhuurders van sociale huurwoningen kunnen extra punten rekenen (en komen daarmee uit op een hogere huurprijs) bij een energiezuinige woning, hoewel dit mogelijk niet kostendekkend is. Daarnaast bestaat nog wel de mogelijkheid met de huurder een EPV overeen te komen.

50. Van belang is met name dat een verhuurder, voordat de investering wordt gemaakt, goed nagaat welke (on)mogelijkheden er zijn richting de huurder. Er zijn voorbeelden van verhuurders die forse investeringen hebben gedaan, maar niet tijdig of op de juiste wijze overeenstemming hebben bereikt met de huurder over de kosten en als gevolg daarvan een groot deel van de investering voor hun eigen rekening hebben moeten nemen.

51. Tot slot verdient opmerking dat in deze bijdrage is uitgegaan van de situatie dat de verhuurder eigenaar is van het pand of van een appartementsrecht in het pand en zelf overgaat tot het plaatsen van zonnepanelen. Andere vormen zijn echter ook goed mogelijk, bijvoorbeeld dat een exploitant het dak huurt om daar zonnepanelen op te plaatsen en te exploiteren, eventueel door levering van energie aan de bewoners (mogelijk ook huurders) in het pand.[67]

Aangehaalde literatuur

BERGER en KREMER 2017
K.L.G. BERGER en W.L.J. KREMER, *Zonnepanelen: stimuleringsmaatregelen en verhuurscenario's*, Bouwrecht (Br) 2017/19.

CARETTE en BRULEZ 2017
N. CARETTE en P. BRULEZ, "Naar een Vlaams (woning)huurrecht. Een eerste verkenning" in B. TILLEMAN en A. VERBEKE (eds.), *Bijzondere overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2017, p. 67-99.

DAMBRE 2008
M. DAMBRE, *De huurprijs*, Brugge, die Keure, 2008.

DAMBRE 2018
M. DAMBRE, "Het Vlaams Woninghuurdecreet in het licht van het grondrecht op wonen" in I. OPDEBEEK, E. VAN ZIMMEREN en D. VERMEIR (eds.), *Voor Recht, Rechtvaardigheid En Camus: Liber Amicorum Bernard Hubeau*, Brugge, die Keure, 2018, p. 277-293.

DAMBRE 2019
M. DAMBRE, "Duur, opzegging en beëindiging van de woninghuurovereenkomst volgens de nieuwe bepalingen van het Vlaams Woninghuurdecreet" in M. DAMBRE, B. HUBEAU, T. VANDROMME, D. VERMEIR, W. BUELENS, N. CARETTE, S. RUTTEN, K. VANHOVE, A. VAN OEVELEN, L. VAN VALCKENBORGH en S. VERSCHAFFEL, *Het nieuwe Vlaamse Woninghuurdecreet*, Brugge, die Keure, 2019, p. 63-88.

[67] Zie bv. VAN DRUNEN en HINSKENS-VAN NECK 2021 evenals BERGER en KREMER 2017.

DAMBRE e.a. 2019
M. DAMBRE, B. HUBEAU, T. VANDROMME en D. VERMEIR, "Woninghuur in het Vlaams Gewest anno 2019: overzicht van nieuwigheden in het Vlaams Woninghuurdecreet" in *Woninghuur in De Drie Gewesten Anno 2019*, Brugge, die Keure, 2019, p. 1-49.

DAMBRE 2020
M. DAMBRE, *Handboek bijzondere overeenkomsten*, Brugge, die Keure, 2020.

DEFRAITEUR 2019
V. DEFRAITEUR, "Le bail d'habitation en Région de Bruxelles-Capitale. L'ordonnance du 27 juillet 2017 et le Code bruxellois du logement" in *Woninghuur in De Drie Gewesten Anno 2019*, Brugge, die Keure, 2019, p. 111-145.

HIELKEMA GS Huurrecht 2021
H.M. HIELKEMA, Groene Serie Huurrecht, aantekening 1 t.e.m. 4 bij art. 7:261a BW, Kluwer 2021.

KOHL en BARÉ 2019
B. KOHL en C. BARÉ, "Réforme du bail en Région wallonne: le décret du 15 mars 2018 relatif au bail d'habitation" in *Woninghuur in De Drie Gewesten Anno 2019*, Brugge, die Keure, 2019, p. 51-110.

LOUVEAUX 2018
B. LOUVEAUX, *Bail d'habitation en Région de Bruxelles-Capitale*, Brussel, Larcier, 2018.

TIMMERMANS, *Huur* 2018/1
R. TIMMERMANS, "Het dilemma tussen het afdwingen van energieneutraal makende werken aan de huurwoning en een huurprijsverhoging", *Huur* 2018, afl. 1, p. 3-8.

TIMMERMANS, *Huur* 2019/2
R. TIMMERMANS, "Het regionaal woninghuurrecht in rechtsvergelijkend perspectief (Deel I)", *Huur* 2019, afl. 2, p. 59-63.

VAN DIJK-ELSINGA en NOORT 2018
S.I. VAN DIJK-ELSINGA en J.M. VAN NOORT, *Zonnepanelen: roerend of onroerend? En heeft de (onder)huurder een wegbreekrecht?*, Bedrijfsjuridische berichten (Bb) 2018/44.

VAN DE PEST 2018
S.M. VAN DE PEST, "Zonnepanelen op daken van woonruimte: let the sunshine in", *Tijdschrift Huurrecht in de Praktijk*, SDU 2018, nr. 8 (154).

VAN DRUNEN en HINSKENS-VAN NECK 2021
M.M.G.B. VAN DRUNEN en M.E. HINSKENS-VAN NECK, *Het huuraanvullende opstalrecht in duurzame energieprojecten – een verkennend onderzoek*, *WPNR* 2021/7315, p. 194 e.v.

ZONNEPANELEN IN GEMENGDE COMPLEXEN, FLATGEBOUWEN MET EIGENAAR-BEWONERS EN HUURDERS

Mr. dr. Mechteld VAN DER VLEUTEN[1]
(Juridisch) adviseur, bestuurssecretaris en interim-manager
Wetenschappelijk adviseur RST Advocaten

INHOUD

Inleiding 49
1. Particuliere eigenaars in een gemengd complex 50
2. Huurders in een gemengd complex 50
   2.1. Welke regels gelden in Nederlandse VvE's? 50
      2.1.1. Gebruikersverklaring 51
      2.1.2. Gebruikersverklaring niet getekend 52
   2.2. Welke regels gelden in Belgische VME's? 52
      2.2.1. Gebruikersverklaring 53
   2.3. Op welke wijze heeft een huurder invloed of inspraak? 54
      2.3.1. Huurdersinspraak in Nederlandse VvE's 54
      2.3.2. Huurdersinspraak in Belgische VME's 55
   2.4. Kan een huurder medewerking afdwingen of besluiten tegenhouden? 56
      2.4.1. Geen vervangende machtiging voor huurders in Nederlandse VvE's 56
      2.4.2. Vernietiging van besluiten door huurders in Nederlandse VvE's 57
      2.4.3. Vernietiging van besluiten door huurders in Belgische VME's 58
3. Verhurende eigenaars in gemengde complexen 58
   3.1. De 'verhuurdersklem' in Nederlandse VvE's 58
   3.2. Situatie met een getekende gebruikersverklaring in Nederlandse VvE's 59
   3.3. Geen verhuurdersklem in Belgische VME's 59
4. Misbruik van macht 60
   4.1. Misbruik van macht in Nederlandse VvE's 61
   4.2. Stemkrachtbeperking in Belgische VME's 62
   4.3. Blokkerende minderheid in Belgische VME's 63
5. Conclusie 63

INLEIDING

Het plaatsen van zonnepanelen op het dak van een in appartementsrechten gesplitst gebouw is al ingewikkeld met eigenaars onderling, maar wat nou als er een of meerdere appartementen verhuurd zijn? Soms is er zelfs sprake van een grooteigenaar die vele woningen verhuurt. Dat verandert de situatie. In dat geval zijn er drie partijen, waarvan hun betrokkenheid, hun zeggenschap en de regels waar ze zich aan moeten houden van elkaar

[1] Deze bijdrage is voor een belangrijk deel gebaseerd op auteurs dissertatie: M.C.E. VAN DER VLEUTEN, *Gemengde complexen, een onderzoek naar de juridische knelpunten in woongebouwen met zowel huurders als eigenaars-bewoners* (diss. Heerlen), Maastricht, Nexus 2017. Mechteld van der Vleuten is (juridisch) adviseur, bestuurssecretaris en interim-manager voor woningcorporaties. Zij is verbonden aan RST Advocaten in Breda als wetenschappelijk adviseur.

verschillen. Het is goed om hierin inzicht te hebben als de eigenaars mochten besluiten zonnepanelen te plaatsen. Deze bijdrage tracht dit inzicht te verstrekken.

Hoe moet het bijvoorbeeld als de Vereniging van Eigenaars (hierna VvE) of de Vereniging van Mede-eigenaars (hierna VME) ergens toe besluit, waarover de verhurende eigenaar geen overeenstemming heeft bereikt met zijn huurders? Kan hij dan worden gedwongen om toch mee te werken aan de besluiten van de eigenaars, of gaan de huurders voor? Welke middelen hebben huurders om zich te verzetten tegen besluiten van de VvE/VME die ook hen raken? En wie kan indien nodig medewerking van de huurders afdwingen, de verhurende eigenaar of (ook) de VvE/VME?

Het is overigens zowel in de Belgische als in de Nederlandse wet (art. 5:120 BW) toegestaan dat een eigenaar zijn appartement, inclusief het gebruik van de gemeenschappelijke gedeelten in gebruik geeft, dus verhuurt. Wel moet in beide systemen meteen het bestuur *c.q.* de syndicus worden geïnformeerd.

1. PARTICULIERE EIGENAARS IN EEN GEMENGD COMPLEX

Charlotte Willemot en Claudia Siewers hebben in een eerdere bijdrage de geldende regels van zowel de Nederlandse als de Belgische vereniging (reglement, statuten en een eventueel huishoudelijk reglement) en de wettelijke bepalingen toegelicht. Eigenaars hebben invloed in de besluitvorming via hun stemrecht. Een hen onwelgevallig besluit kan worden aangevochten via de rechter met een verzoek tot vernietiging. Een actie kan mogelijk worden afgedwongen met een vervangende machtiging van de kantonrechter.

2. HUURDERS IN EEN GEMENGD COMPLEX

In het navolgende licht ik toe wat de positie is van een huurder in een gemengd complex. Eerst ga ik in op welke regels gelden, daarna volgt een toelichting op de wijze waarop huurders invloed of inspraak in de besluitvorming hebben en of zij besluiten kunnen tegenhouden of misschien zelfs afdwingen.

2.1. Welke regels gelden in Nederlandse VvE's?

Voor huurders gelden uiteraard de bepalingen uit de huurovereenkomst, zowel in België als in Nederland. De Nederlandse wet bepaalt in artikel 5:120, lid 2 van het Burgerlijk Wetboek dat regels omtrent gebruik, beheer en onderhoud (en eventuele andere regels die op gebruikers van toepassing zijn verklaard (denk bv. aan boetebepalingen bij overtredingen van VvE-regels, de bestemming en de bepalingen over het ontzeggen van verder gebruik)[2] *die in het splitsingsreglement zijn opgenomen*, automatisch op *alle gebruikers* (zittende en nieuwe) maar slechts op *nieuwe huurders* van toepassing zijn.[3] Het tweede deel van dit artikellid geldt namelijk ook voor gebruikers die hun recht al hadden vóórdat de regel van kracht werd, maar weer niet voor huurders, want daarvoor geldt de uitzondering van artikel 5:120, lid 3 van het Burgerlijk Wetboek. Woonde de huurder al in het complex voordat

[2] ASSER/S.E. BARTELS en A.A. VAN VELTEN, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5, Zakenrecht, Eigendom en beperkte rechten*, 510.

[3] Vergelijk A.A. VAN VELTEN en F.J. VONCK, *Appartementsrecht en aanverwante rechtsfiguren voor de privaatrechtelijke vormgeving van bouwwerken, Preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht nr. 44*, Den Haag, IBR 2016, p. 95, waarin wordt toegelicht waarom het vanzelfsprekend is dat erfpachters en opstallers gebonden zijn aan de VvE-regels, ook zonder dat zij de gebruikersverklaring *ex* art. 35 Modelreglement 2006 ondertekenen.

het voorschrift van kracht werd, dan geldt de bepaling in het splitsingsreglement niet, tenzij de huurder daarin heeft toegestemd. Een appartementseigenaar die wil dat de huurder zich toch aan de voorschriften houdt, kan de kantonrechter verzoeken te beslissen dat de betreffende bepaling in het splitsingsreglement ten aanzien van die huurder komt te gelden.[4] Deze wettelijke regeling heeft geen betrekking op regels in het huishoudelijk reglement, en geldt (voor huurders) ook niet voor wijzigingen in het splitsingsreglement en evenmin voor in de toekomst vast te stellen regels. Regels als bedoeld in artikel 5:128 van het Burgerlijk Wetboek die niet in het huishoudelijk reglement zijn opgenomen, kunnen nooit aan een gebruiker (inclusief huurders) worden tegengeworpen, tenzij hij daarmee ingestemd heeft.[5] Volgens het huurrecht (en het algemene overeenkomstenrecht) geldt immers slechts dat wat bij het aangaan van de (huur)overeenkomst overeengekomen is.[6]

Gebruikers zijn evenmin als huurders ook nooit *van rechtswege* gebonden aan de regels in het huishoudelijk reglement, tenzij dat huishoudelijk reglement in het splitsingsreglement is opgenomen (hetgeen zelden het geval is).[7] In dat uitzonderlijke geval zou het huishoudelijk reglement wel van rechtswege van toepassing zijn op zowel gebruikers als huurders.

Een zittende huurder is niet gebonden aan het splitsingsreglement en wijzigingen daarin enerzijds of aan andere door de VvE vastgestelde regels over het gebruik van de gemeenschappelijke gedeelten anderzijds, tenzij de huurder daartoe wordt gedwongen op grond van artikel 5:120, lid 3 of artikel 5:128, lid 2 van het Burgerlijk Wetboek.[8] Per geval dient er dan een beroep op de kantonrechter te worden gedaan.[9]

2.1.1. Gebruikersverklaring

Om onduidelijkheid omtrent de gebondenheid van huurders en andere gebruikers aan VvE-regels te voorkomen, en ook om huurders en andere gebruikers aan meer VvE-regels te binden dan alleen de regels die zijn opgenomen in het reglement van splitsing, is de gebruikersverklaring geïntroduceerd. Onder alle modelreglementen[10] van de Koninklij-

[4] Art. 5:120, lid 2 en lid 3 BW. Reglementsbepalingen gelden wel voor zowel anterieure als posterieure gebruikers (R.F.H. MERTENS, *Monografieën BW B29 (Appartementen)*, Deventer, Kluwer, 2006, nr. 33), R.F.H. MERTENS, *GS Zakelijke rechten*, Deventer, Kluwer, art. 5:120, aant. 4, ASSER/S.E. BARTELS en A.A. VAN VELTEN, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5, Zakenrecht, Eigendom en beperkte rechten*, 511. Anders R.F.H. MERTENS, *GS Zakelijke rechten*, Deventer, Kluwer art. 5:120 BW, aant. 6. Zie ook R.F.H. MERTENS, *GS Zakelijke rechten*, Deventer, Kluwer, art. 5:120, aant. 3.

[5] ASSER/S.E. BARTELS en A.A. VAN VELTEN, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5, Zakenrecht, Eigendom en beperkte rechten*, 513. Zie ook R.F.H. MERTENS, *GS Zakelijke rechten*, Deventer, Kluwer, art. 5:128 BW, aant. 3.

[6] M.C.E. VAN DER VLEUTEN, "Appartementsrecht en woningcorporaties: welke knelpunten zijn er in de praktijk?", *Tijdschrift voor de procespraktijk* 2009/4, p. 110-118, p. 110. Zie ook D.H. DE WITTE, "VvE, appartementseigenaar/verhuurder en huurder: een gecompliceerde driehoeksverhouding", *Tijdschrift voor huurrecht bedrijfsruimte* 2014/2, p. 85-89, p. 86.

[7] HR 10 februari 2012, *NJ* 2012/113 (Kittler/De Woonplaats). Zie ook N.L.J.M. RIJSSENBEEK, *De model-splitsingsreglementen toegelicht*, Den Haag, IBR 2015, p. 175. Bovendien zijn het dan geen bepalingen van het huishoudelijk reglement meer, maar van het reglement van splitsing. Zie ook ASSER/S.E. BARTELS en A.A. VAN VELTEN, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5, Zakenrecht, Eigendom en beperkte rechten*, 446.

[8] R.F.H. MERTENS, *GS Zakelijke rechten*, Deventer, Kluwer, art. 5:128, aant. 3. Al met al een weinig overzichtelijke regeling, volgens ASSER/S.E. BARTELS en A.A. VAN VELTEN, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5, Zakenrecht, Eigendom en beperkte rechten*, 513. Let op: zittende gebruikers zijn wel gebonden aan de regels in het splitsingsreglement.

[9] M.C.E. VAN DER VLEUTEN, "Appartementsrecht en woningcorporaties: welke knelpunten zijn er in de praktijk?", *Tijdschrift voor de procespraktijk* 2009/4, p. 110-118, p. 111. Zie ook M.J.J. NIJENHOF, "Spanning tussen woningcorporaties en VvE bij gemengd wonen", *Tijdschrift huurrecht in praktijk* 2012/3, p. 68-74, p. 69.

[10] De KNB geeft sinds jaar en dag modellen voor splitsingsreglementen uit. Het is niet verplicht deze te gebruiken, maar de modellen werden en worden wel veelvuldig toegepast, hetgeen de acceptatie bij geldverstrekkers

ke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) is de in gebruik gevende of verhurende eigenaar verplicht om zijn gebruiker of huurder een verklaring te laten ondertekenen, waarin deze verklaart dat hij de bepalingen van het splitsingsreglement en het eventuele huishoudelijk reglement, alsmede eventuele regels als bedoeld in artikel 5:128, lid 1 van het Burgerlijk Wetboek, voor zover die op een gebruiker betrekking hebben, zal naleven.[11] Deze verklaring wordt sinds het modelreglement van 1992 geacht ook betrekking te hebben op besluiten en bepalingen die pas na die verklaring worden genomen respectievelijk vastgesteld, tenzij een beroep op die besluiten en bepalingen jegens de gebruiker in strijd zou zijn met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid.[12] Het bestuur dient daarom de gebruiker sinds modelreglement 1992 van iedere aanvulling of verandering van het reglement of het eventuele huishoudelijk reglement, alsmede van eventuele regels als bedoeld in artikel 5:128 van het Burgerlijk Wetboek, op de hoogte te stellen. Hiermee wordt de lacune in de wet opgelost: zowel huurders als andere gebruikers moeten zich volgens deze verklaring aan álle VvE-regels houden.

2.1.2. Gebruikersverklaring niet getekend

Wanneer een eigenaar zijn appartement in gebruik geeft of verhuurt, wordt de verplichting om de gebruiker de gebruikersverklaring ter ondertekening voor te leggen niet zelden vergeten. Verzuimt de eigenaar om de gebruikersverklaring te laten tekenen, of tekent de huurder niet, dan is de huurder slechts gebonden aan de regels die bij het aangaan van de huurovereenkomst in het splitsingsreglement staan met betrekking tot het gebruik, het beheer en het onderhoud.[13] De verhurende eigenaar is dan in gebreke ten opzichte van de VvE en bovendien kan de VvE in principe de gebruiker uit het appartement verwijderen en hem het verdere gebruik ontzeggen.[14]

2.2. Welke regels gelden in Belgische VME's?

De wet bepaalt dat de bepalingen van de (ingeschreven) statuten van een VME rechtstreeks gelden voor alle mede-eigenaars evenals voor alle houders van een zakelijk of persoonlijk recht. Vanwege de verplichting de basisakte, waarvan de statuten deel uitmaken, over te schrijven in de registers van het bevoegde kantoor van de Algemene Administratie van de Patrimoniumdocumentatie (art. 577-5, § 2 / 3.86, § 1, sub 2 BW),[15] zijn ze kenbaar, hetgeen rechtvaardigt dat ze ook op gebruikers van toepassing zijn.[16] Dat betekent dat de

---

en verzekeraars bespoedigt. De bekendste modellen zijn die van 1973, 1983, 1992, 2006 en de meest recente van 2017. In deze bijdrage wordt steeds verwezen naar de bepalingen van Modelreglement 2006, omdat het model van 2017 nog weinig is toegepast.

[11] ASSER/S.E. BARTELS en A.A. VAN VELTEN, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5, Zakenrecht, Eigendom en beperkte rechten*, 506.

[12] N. VEGTER, *De vereniging van eigenaars* (diss. Groningen), Den Haag, Boom, 2012, p. 146. VEGTER bedoelt niet de ballotageregeling die als annex in de modelreglementen is opgenomen. Deze regeling wordt veel toegepast in serviceflatgebouwen, en regelt dat een privégedeelte pas kan worden bewoond na verkregen toestemming van het bestuur van de VvE. Zie nader hierover R.F.H. MERTENS, *Appartementsrecht en de welstandsbepalingen* (diss. Maastricht), Deventer, Kluwer 1989, hoofdstuk 3 en R.F.H. MERTENS, *Monografieën BW B29 (Appartementen)*, Deventer, Kluwer, 2006, nr. 35 (art. 35, lid 1 Modelreglement 2006). Art. 59, lid 2 Modelreglement 2006 bepaalt overigens dat deze regels in het huishoudelijk reglement opgenomen moeten worden.

[13] R.F.H. MERTENS, *GS Zakelijke rechten*, Deventer, Kluwer, art. 5:120, aant. 4.

[14] Art. 37, lid 2 en art. 39 Modelreglement 2006 *jo* art. 5:112, lid 4 BW. Zie ook R.F.H. MERTENS, *GS Zakelijke rechten*, Deventer, Kluwer, art. 5:112 BW, aant. 4.3.

[15] Na het schrijven van deze bijdrage is het nieuwe Boek 3 'Goederen' in het Belgische Burgerlijk Wetboek geïntroduceerd (*BS* 17 maart 2020, p. 15764-15799). De inwerkingtreding was op 1 september 2021. Daarom is in deze bijdrage steeds ook het nieuwe wetsartikel genoemd.

[16] R. TIMMERMANS, *Handboek appartementsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, nr. 1577.

bepalingen gelden voor alle gebruikers en dus ook alle huurders, ongeacht of de bepalingen anterieur of posterieur aan de huurovereenkomst tot stand zijn gekomen (art. 577-10, § 1 / 3.93, § 1 BW).[17]

Hetzelfde geldt voor de regels uit het huishoudelijk reglement en besluiten van de algemene vergadering, mits de huurder of andere gebruiker correct is geïnformeerd (art. 577-10, § 4 / 3.93, § 5 BW). Bij aanvang van de huurovereenkomst moet de nieuwe huurder daarom door zijn verhuurder schriftelijk worden geïnformeerd over het reglement van orde en van reeds door de vergadering genomen besluiten (art. 577-10, § 4 / 3.93, § 5 BW).[18] Daarna (of als de verhuurder zijn verplichting niet is nagekomen)[19] is dit de taak van de syndicus, maar de verhuurder is aansprakelijk als de kennisgeving te laat plaatsvindt (art. 577-10, § 4, 1° / 3.93, § 5, 1° BW). Verzuimt de syndicus om de huurders op de hoogte te stellen van besluiten van de algemene vergadering, dan gelden deze besluiten (nog) niet voor die huurders.[20] Dat hoeft overigens geen probleem te zijn, het volstaat dat de syndicus zo spoedig mogelijk het betreffende besluit alsnog met een aangetekende brief aan de huurder stuurt.[21] Het is dan ook belangrijk dat de syndicus goed op de hoogte blijft van de aanwezige huurders in het complex.[22] In het Belgische recht is de huurder dus aan dezelfde regels gebonden als de eigenaar.[23]

In het Belgische appartementsrecht zijn gebruikers al diegenen die een persoonlijk of een zakelijk recht op het privégedeelte hebben gekregen. Er gelden geen afwijkende regels voor huurders of andere persoonlijk of zakelijk gerechtigden: zij zijn allen gebonden aan de regels van de appartementsmede-eigendom.[24]

2.2.1. Gebruikersverklaring

Een gebruikersverklaring is in het Belgische systeem niet nodig: alle gebruikers zijn immers van rechtswege gebonden aan de bepalingen in de statuten, en ook aan de bepalingen van het reglement van orde of latere besluiten van de vergadering, mits deze op de juiste

[17] R. TIMMERMANS, "De preventieve en de rechtsbescherming van de huurder tegen zijn eventuele onwetendheid en achterstelling bij appartementseigendom", *Huur* 2008, p. 60-69, p. 63; R. TIMMERMANS, *Handboek appartementsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, nr. 1579.

[18] R. TIMMERMANS, *Handboek appartementsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, nr. 1580. Volgens P. DAEMS en J. VAN RIEBEKE, "De V.M. en de huurder: praktische aspecten van een aparte relatie", *Tijdschrift huur* 2001/2, p. 50-54, p. 50, betekent dit niet dat de huurder een kopie van de documenten hoeft te krijgen, een bepaling in de huurovereenkomst met de plaats waar de stukken kunnen worden ingezien, volstaat.

[19] R. TIMMERMANS, "De preventieve en de rechtsbescherming van de huurder tegen zijn eventuele onwetendheid en achterstelling bij appartementseigendom", *Huur* 2008, p. 60-69, p. 64.

[20] Vred. Veurne 6 maart 2003, *T.App.* 2004/1, 31.

[21] J. KOKELENBERG e.a., "Overzicht van rechtspraak zakenrecht (2000-2008)", *Tijdschrift voor Privaatrecht (TPR)* 2009/3, p. 1113-1721, nr. 312.

[22] P. DAEMS en J. VAN RIEBEKE, "De V.M. en de huurder: praktische aspecten van een aparte relatie", *Tijdschrift huur* 2001/2, p. 50-54, p. 50. Zie ook R. TIMMERMANS, "De preventieve en de rechtsbescherming van de huurder tegen zijn eventuele onwetendheid en achterstelling bij appartementseigendom", *Huur* 2008, p. 60-69, p. 64. In de praktijk werkt dit niet naar tevredenheid, zie P. LECOCQ en V. SAGAERT, *Beleidsaanbevelingen: Hervorming van de regels inzake gedwongen mede-eigendom van gebouwen en groepen van gebouwen*, Federale Overheidsdienst Justitie, 2017, p. 10, waarin een wijzigingsvoorstel wordt gedaan, zodanig dat de verhurende eigenaar verplicht wordt de syndicus te informeren over verhuringen.

[23] R. TIMMERMANS, *Handboek appartementsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, nr. 1584. Zie ook C. WILLEMOT, "Actuele ontwikkelingen inzake appartementsrecht" in A. WYLLEMAN (ed.), *Rechtskroniek voor het Notariaat, deel 23*, Brugge, die Keure, 2013, p. 1-49, p. 19 en C. VAN DER MERWE (ed.), *European Condominium Law*, Cambridge, University Press, 2015, p. 499, die aangeeft dat de verplichtingen van de huurder soms groter zijn dan die van de eigenaars.

[24] N. CARETTE en K. SWINNEN, "(Bijna) 3 jaar nieuwe appartementswet" in N. CARETTE (ed.), *X., Appartementsrecht I: Stand van zaken en topics*, Antwerpen, Intersentia 2013, p. 1-28, p. 2.

wijze zijn gecommuniceerd met de gebruikers (art. 577-10, § 1 en 4 / 3.93, § 1 en 5 BW). Wel moet de huurder op de hoogte worden gebracht van nieuwe regels en besluiten. Tot dat moment gelden deze regels niet voor hen. De verhuurder is aansprakelijk ten opzichte van de VME en ten opzichte van zijn huurder voor de schade die mogelijk ontstaat door de vertraging of het uitblijven van de voorgeschreven kennisgeving.[25]

2.3. Op welke wijze heeft een huurder invloed of inspraak?

Deze bijdrage behandelt de casus van een VvE of een VME die zonnepanelen op het dak wenst te leggen. In het complex is de helft van de woningen verhuurd, waarvan 25 % van voordat er verkocht werd (dus zittende huurders) en 25 % van na die tijd (nieuwe huurders). Voor de helft van de Nederlandse huurders geldt dus alleen de huurovereenkomst, voor de andere helft geldt de huurovereenkomst, maar ook de bepalingen in het splitsingsreglement over gebruik, beheer en onderhoud en eventuele andere bepalingen. In beide groepen zit een huurder die om al dan niet vermeende medische redenen ernstig bezwaar maakt tegen zonnepanelen boven zijn hoofd, op het dak. Wat kunnen beide groepen huurders doen om de plaatsing van de zonnepanelen tegen te houden?
Aan de andere kant bevatten beide groepen ook huurders die juist heel graag zonnepanelen wensen! Wat kunnen zij doen om ervoor te zorgen dat het gebouw die zonnepanelen krijgt? Hierna volgt een toelichting op de inspraakmogelijkheden van huurders, eerst in het Nederlandse recht en daarna in het Belgische appartementsrecht.

2.3.1. Huurdersinspraak in Nederlandse VvE's

Om met de laatste vraag te beginnen: huurders hebben in het Nederlandse recht geen toegang tot de VvE-vergadering. Ze hebben dus geen rechtstreekse invloed in de besluitvorming. Als zij zonnepanelen wensen, zullen ze dat moeten zien te bereiken via hun verhurende eigenaar. Die praat en beslist immers mee in de VvE. Zij kunnen daarvoor hun inspraakrechten op grond van de "Wet overleg huurder-verhuurder" (Wohv) gebruiken. In Nederland is huurdersinspraak conform deze wet een wettelijk recht. Huurders hebben – onder voorwaarden – het recht om advies te geven over beleidswijzigingen, en de verhuurder moet daarmee serieus omgaan. Daarnaast kunnen Nederlandse huurders wellicht ook nog gebruikmaken van een artikel dat huurders helpt hun verhuurder over de streep te trekken. Justine van Lochem vertelt daarover in haar bijdrage meer.

Vormen
De vergadering van eigenaars kan besluiten aan huurders toestemming te geven om als toehoorder of informant bij de vergadering aanwezig te zijn. Zo'n regeling hoeft niet in het splitsingsreglement te worden opgenomen. In theorie kan een huurder ook toegang krijgen tot de vergadering wanneer hij als bestuurder is benoemd (art. 5:131, lid 2 BW), als wanneer hij als jurist of accountant een eigenaar vergezelt (art. 49 MR 2006) of wanneer een huurder zitting heeft in de door de vergadering benoemde Raad van Commissarissen. Commissarissen behoeven immers geen eigenaar te zijn (art. 57, lid 4 MR 2006). In de praktijk komen deze varianten zelden of niet voor. Ook een lidmaatschap van een door de vergadering in te stellen commissie conform artikel 58 Modelreglement 2006 is denkbaar. Huurders kunnen tot slot nog worden benoemd in de kascommissie, hoewel ook dat niet vaak voorkomt.

[25] R. TIMMERMANS, *Handboek appartementsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, nr. 1581.

Volmacht
Een beproefde manier om huurders toegang te verschaffen tot de vergadering van eigenaars is het verlenen van een volmacht door de verhurende eigenaar.[26] Een grooteigenaar mag per appartementsrecht een volmacht verstrekken. Soms wordt, om te voorkomen dat een belanghebbende in een appartementensplitsing 'stemmen ronselt', een maximumaantal volmachten vastgesteld. Om machtsmisbruik voor te zijn, is in het Modelreglement 2006 daarom ook bepaald dat een bestuurder niet als gevolmachtigde kan optreden. In het Nederlandse recht is er verder geen stemkrachtbeperking zoals die wel in het Belgische recht bestaat, waarover later meer.

Overlegwet
Voor Nederlandse woningcorporaties speelt de Wet op het overleg huurder-verhuurder (Wohv) een belangrijke rol, ook in gemengde complexen. Deze wet regelt het overleg tussen huurdersorganisaties en bewonerscommissies enerzijds en professionele verhuurders (een woningcorporatie of een eigenaar van tenminste 25 voor de verhuur bestemde woongelegenheden) anderzijds. De Wohv bepaalt de vormvereisten voor de inspraak van huurders (overleg en advies) bij het beleid van de verhuurder. Huurdersorganisaties en bewonerscommissies hebben recht op informatie, recht op overleg en recht op het geven van advies. In een enkel geval is er ook nog een instemmingsrecht.[27]

2.3.2. Huurdersinspraak in Belgische VME's

In het Belgische recht geldt geen verplichte huurdersinspraak zoals in het Nederlandse recht, hoewel de bevoegdheid er wel is.[28] Wel groeit in de Belgische verenigingen van mede-eigenaars het belang van huurdersinspraak, omdat zij ook gebruikmaken van de gemeenschappelijke delen. Betrekken van huurders kan het democratisch gehalte versterken. De Belgische huurders in een VME hebben – in tegenstelling tot in het Nederlandse recht – het voordeel dat de syndicus iedereen die geen stemrecht heeft in de VME wel de datum van de vergadering moet meedelen om hen in staat te stellen schriftelijk vragen of opmerkingen m.b.t. de gemeenschappelijke gedeelten te formuleren (art. 577-8, § 4, sub 8 / 3.89, § 5, 6º BW). Het staat de vergadering echter vrij om deze mededelingen te behandelen of niet, er is geen agenderingsplicht.[29] Dit impliceert dat de door de huurders aangebrachte punten mogelijk nooit betrokken worden in de besluitvorming, althans niet wanneer deze

[26] Art. 3:60 e.v. BW en art. 49 Modelreglement 2006.
[27] Voor een casus waarin de bewonerscommissie geïnformeerd had willen worden over de beleidswijziging van woningcorporatie Eigen Haard om in de toekomst niet meer een meerderheidsbelang in gemengde complexen te behouden, zie Hof Amsterdam 14 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX4220, *WR* 2013/53. Niet de bewonerscommissie maar de huurdersorganisatie op instellingsniveau is in dergelijke gevallen de overlegpartner. Zie voorts Rb. Amsterdam 18 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3772, waaruit duidelijk wordt dat art. 8, lid 3, sub b Wohv aan de kantonrechter een beperkte mogelijkheid geeft te bepalen dat het beleidsvoornemen (tot uitponding van een wooncomplex) van de verhuurder niet mag worden uitgevoerd. Woningcorporatie Rochdale heeft voor de directe gevolgen van het voorgenomen besluit tot verkoop van de woningen in het wooncomplex toereikende informatie verstrekt. Hoewel de verkoop van de sociale huurwoningen in het complex onmiskenbaar tot een lastiger beheersituatie zal leiden en de rechtspositie van de zittende huurders enigszins wordt gewijzigd doordat zij hinder kunnen ondervinden van nieuwe eigenaars of gebruikers van nieuwe eigenaars waarop woningcorporatie Rochdale geen invloed heeft, kan niet worden gesteld dat deze omstandigheden, gelet op de overige omstandigheden van het geval, waaronder het eigen belang van Rochdale, meebrengen dat Rochdale in redelijkheid niet tot haar besluit heeft kunnen komen.
[28] Art. 6, § 1 Sociaal Huurbesluit.
[29] R. TIMMERMANS, *Handboek appartementsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, nr. 1596. Zie ook C. VAN DER MERWE (ed.), *European Condominium Law*, Cambridge, University Press, 2015, p. 499.

punten niet op de agenda worden gezet.[30] Deze bepaling verschaft de huurders evenmin toegang tot de algemene vergadering.[31]

Vormen
Indirecte huurdersparticipatie is mogelijk als commissaris van de rekeningen. De commissaris van de rekeningen houdt toezicht op de financiën (hij moet vaststellen dat de informatie die de syndicus heeft verstrekt toereikend en correct is en hij controleert de balans).[32] De vergadering wijst deze commissaris (één persoon) jaarlijks aan en dit hoeft geen mede-eigenaar te zijn (art. 577-8/2 / 3.91 BW). Dit kan dus ook een huurder zijn. De algemene vergadering beslist over zijn taken en bevoegdheden.[33] Deze functie is nieuw sinds de wetswijziging van 2010 en lijkt op de Nederlandse kascommissie in de VvE.

Tot slot is het denkbaar dat een huurder die erkend vastgoedmakelaar is, syndicus is van een VME. Lidmaatschap van de Raad van Mede-eigendom is sinds de wetswijziging van 2010 uitgesloten, zie artikel 577-7, § 1, sub c / 3.90, § 1 van het Burgerlijk Wetboek. Voor deze wetswijziging was het nog wel mogelijk dat een huurder lid was van de Raad van Beheer.[34]

Als bezwaar tegen huurdersparticipatie wordt evenals in Nederland genoemd het feit dat zeggenschap in de vereniging nauw verbonden is met het eigendomsrecht, en dat alleen de mede-eigenaars meebetalen: wie betaalt, bepaalt. Het toekennen van rechtstreekse zeggenschap wordt onevenwichtig gevonden.[35]

Volmacht
Iedere eigenaar kan zich in de algemene vergadering laten vertegenwoordigen door een lasthebber, die al dan niet mede-eigenaar is (art. 577-6, § 7 / 3.87, § 7 BW).

2.4. Kan een huurder medewerking afdwingen of besluiten tegenhouden?

Een eigenaar kan zich tot de rechter wenden als een door de VvE genomen besluit hem niet bevalt. Hij kan een vervangende machtiging van de kantonrechter verzoeken, ter vervanging van de benodigde toestemming. De vraag kan opkomen of deze mogelijkheid ook huurders ter beschikking staat. Daarover gaat deze paragraaf.

2.4.1. Geen vervangende machtiging voor huurders in Nederlandse VvE's

Huurders hebben in het Nederlandse recht geen mogelijkheid om via de rechter de medewerking van de VvE af te dwingen via een vervangende machtiging. Wel kunnen ze van hun verhuurder vragen om in geval van gebreken een dergelijke procedure op te starten. Een VvE die niets doet, is geen 'excuus' voor de verhurende eigenaar, de huurder behoudt zijn rechten op het verhelpen van gebreken aan het gehuurde. In dat geval kan de verhu-

[30] R. TIMMERMANS, "Huurdersparticipatie bij appartementseigendom", *Het huurrecht in de praktijk* 2013/1, p. 3-6, p. 5. Zie ook P. DAEMS en J. VAN RIEBEKE, "De V.M. en de huurder: praktische aspecten van een aparte relatie", *Tijdschrift huur* 2001/2, p. 50-54, p. 51.
[31] P. DAEMS en J. VAN RIEBEKE, "De V.M. en de huurder: praktische aspecten van een aparte relatie", *Tijdschrift huur* 2001/2, p. 50-54, p. 51.
[32] R. TIMMERMANS, *Handboek appartementsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, nr. 1316-1318.
[33] R. TIMMERMANS, *Handboek appartementsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, nr. 1321.
[34] P. DAEMS en J. VAN RIEBEKE, "De V.M. en de huurder: praktische aspecten van een aparte relatie", *Tijdschrift huur* 2001/2, p. 50-54, p. 54.
[35] R. TIMMERMANS, "Huurdersparticipatie bij appartementseigendom", *Het huurrecht in de praktijk* 2013/1, p. 3-6, p. 4-5.

rende eigenaar de kantonrechter om een vervangende machtiging verzoeken – zodat hij het gebrek zelf kan (laten) herstellen op kosten van de VvE – of herstel vorderen.

2.4.2. Vernietiging van besluiten door huurders in Nederlandse VvE's

Uit artikel 5:130 en artikel 2:15, lid 3 van het Burgerlijk Wetboek blijkt dat besluiten vernietigbaar zijn op verzoek van iemand die een redelijk belang heeft bij de naleving van de verplichting die niet is nagekomen, of op verzoek van de VvE zelf. Wie belanghebbende is, moet voor ieder type verzoekschriftprocedure uit de aard van de procedure en de daarmee verband houdende wetsbepalingen worden afgeleid.[36] Belanghebbenden zijn zonder twijfel in ieder geval de leden van de VvE. Mogelijk kunnen gebruikers of huurders ook belanghebbenden zijn. Rijssenbeek stelt dat een gebruiker of een huurder daarentegen geen beroep kan doen op de vernietigingsgrond onder sub b van artikel 2:, lid 1 van het Burgerlijk Wetboek, omdat het moet gaan om de eisen van redelijkheid en billijkheid die worden gevorderd van de rechtspersoon en degenen die krachtens de wet en de statuten bij zijn organisatie zijn betrokken (art. 2:8, lid 1 BW). Rijssenbeek legt dit uit als 'de VvE en haar leden' en concludeert dat huurders en andere gebruikers slechts vernietiging kunnen vragen op grond van strijd met wet, statuten of huishoudelijk reglement.[37] In de literatuur wordt erop gewezen dat huurders bovendien beschermd worden door de regelingen van artikel 5:120, lid 3 en artikel 5:128, lid 2 van het Burgerlijk Wetboek, en daar nog bovenop kunnen huurders tegenover hun verhuurder aanvoeren dat een VvE-besluit jegens de huurder in relatie tot de huurovereenkomst niet te goeder trouw is.[38]

Naar mijn mening is deze uitleg te beperkt, nu zowel in de wet als in de statuten bepalingen staan waarmee huurders en andere gebruikers gebonden worden aan regels van de VvE. Een gebruiker of een huurder is daarmee ook bij de organisatie van de VvE betrokken, en kan mijns inziens worden gezien als iemand die een redelijk belang kan hebben bij besluiten binnen de VvE. Huurders en andere gebruikers zouden dus mijns inziens, evenals leden van de VvE, op grond van artikel 5:130 van het Burgerlijk Wetboek moeten kunnen verzoeken om vernietiging van een besluit. Deze opvatting vindt steun in de uitspraak van de rechtbank Noord-Holland, waarin vader en zoon, eigenaar en gebruiker, verzochten om vernietiging van het besluit tot ontzegging van het gebruik wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid.[39] Ook de rechtbank Midden-Nederland achtte een huurder ontvankelijk die wegens strijd met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid vernietiging van een VvE besluit verzocht.[40]

Kortom: de huurder is over het algemeen afhankelijk van het stemgedrag van zijn verhuurder in de VvE als het gaat om het afdwingen of het tegenhouden van bijvoorbeeld zonnepanelen.

---

[36] HR 25 oktober 1991, *NJ* 1992/149 (Leonhard Woltjer Stichting).
[37] N.L.J.M. RIJSSENBEEK, *De model-splitsingsreglementen toegelicht*, Den Haag, IBR 2015, p. 250. Zie ook R.F.H. MERTENS, C. VENEMANS en G. VERDOES KLEIJN, *Pre advies 'Naar een vernieuwd appartementsrecht'*, Lelystad, Koninklijke Vermande, 1997, p. 127.
[38] ASSER/S.E. BARTELS en A.A. VAN VELTEN, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 5, Zakenrecht, Eigendom en beperkte rechten*, 561.
[39] Ktr. Noord-Holland 7 april 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:3118. Het besluit is overigens in stand gebleven omdat de kantonrechter met de VvE van mening was dat vanwege de incidenten rondom de zoon van de VvE niet langer verlangd kan worden om de overlast te accepteren.
[40] Ktr. Midden-Nederland 24 september 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:4991, *RVR* 2014/8, r.o. 4.6.1.

2.4.3. Vernietiging van besluiten door huurders in Belgische VME's

In het Belgische appartementsrecht kan ook de huurder naleving van de VME-regels via de rechter afdwingen, zowel ten opzichte van de VME, als de verhurende eigenaar, als andere mede-eigenaars als ten opzichte van een andere huurder.[41] De zinsnede in artikel 577-10, § 1 / 3.93, § 1 van het Burgerlijk Wetboek '*kunnen rechtstreeks worden tegengesteld door degenen aan wie ze kunnen worden tegengesteld*' betekent dat het gaat om een wederkerige tegenwerpbaarheid van de bepalingen in de statuten. Niet alleen kunnen de VME of de mede-eigenaars de huurder aanspreken op naleving van de statuten, de huurder kan dat andersom ook.

Het is daarbij wel nodig dat de huurder niet alleen aannemelijk maakt dat hij schade lijdt door het aangevochten besluit, maar ook dat dit besluit onregelmatig, onrechtmatig of bedrieglijk was. Weliswaar wordt – in tegenstelling tot artikel 577-9, § 2 / 3.93, § 5, 2º van het Burgerlijk Wetboek – dit vereiste niet uitdrukkelijk gesteld in artikel 577-10, § 4 / 3.93, § 5, maar het leek de vrederechter in Nieuwpoort vanzelfsprekend dat het met de wil van de wetgever onverenigbaar zou zijn dat dankzij een ruimere verhaalsmogelijkheid een huurder een gunstigere positie zou hebben dan een mede-eigenaar om de vernietiging of de wijziging van een besluit van de algemene vergadering te vorderen.[42]

Huurders hebben toegang tot de rechter wanneer de algemene vergadering een besluit neemt dat de huurders een persoonlijk nadeel berokkent. De rechter kan het besluit niet alleen vernietigen, maar ook wijzigen. Het Nederlandse begrip 'vervangende machtiging' wordt voor zover mij bekend daarvoor niet gebruikt in het Belgische appartementsrecht.

3. VERHURENDE EIGENAARS IN GEMENGDE COMPLEXEN

In grote lijnen gelden voor verhurende eigenaars dezelfde regels als voor de particuliere eigenaars. Dat laat echter de verplichtingen jegens de huurder uit hoofde van de huurovereenkomst onverlet.

3.1. De 'verhuurdersklem' in Nederlandse VvE's

De verhurende eigenaar kan als het ware 'klem' komen te zitten tussen de verplichtingen uit het appartementsrecht enerzijds en het huurrecht en de huurovereenkomst anderzijds, bijvoorbeeld wanneer een huurder iets wil wijzigen aan de buitenzijde van het gehuurde. Als de verhuurder niet in de huurovereenkomst heeft opgenomen dat voor veranderingen aan de buitenzijde altijd toestemming moet worden gevraagd, hangt het ervan af of de huurder wel of niet aan de betreffende VvE-regels is gebonden. Is dat het geval (zoals bij een nieuwe huurder), dan gelden de VvE-regels en heeft de huurder zich daaraan te houden. Is dat niet het geval, dan gelden de afspraken in de huurovereenkomst en/of algemene huurvoorwaarden. Is daarin geen verbod op het aanbrengen van wijzigingen aan de

[41] R. TIMMERMANS, *Handboek appartementsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, nr. 1593. Zie ook P. DAEMS en J. VAN RIEBEKE, "De V.M. en de huurder: praktische aspecten van een aparte relatie", *Tijdschrift huur* 2001/2, p. 50-54, p. 50 en N. CARETTE en K. SWINNEN, "(Bijna) 3 jaar nieuwe appartementswet" in N. CARETTE (ed.), *X., Appartementsrecht I: Stand van zaken en topics*, Antwerpen, Intersentia 2013, p. 1-28, p. 2, vn. 4.

[42] Vred. Nieuwpoort 27 juni 2000, *T.App.* 2001/1, 21, betreffende een handelshuurder die vernietiging van een vergaderbesluit vorderde.

buitenzijde van het gehuurde opgenomen, dan komt de verhuurder klem te zitten tussen de huurder en de VvE.[43] Dit speelt in de praktijk vooral bij schotelantennes.
Een andere klemmende situatie kan ontstaan wanneer de VvE bepaald onderhoud niet wil uitvoeren, terwijl dat in het huurrecht een gebrek aan het gehuurde vormt. De verhurende eigenaar zal dan zijn stemkracht moeten inzetten om de VvE te bewegen het onderhoud wél uit te voeren.
Een belangrijke vorm van beklemming is echter de renovatie. Als een huurder op grond van het huurrecht niet verplicht is om aan de werkzaamheden mee te werken, maar de verhurende eigenaar op grond van de besluitvorming in de VvE wel moet meewerken aan de werkzaamheden, kan hij in een zeer lastig parket terechtkomen.

3.2. Situatie met een getekende gebruikersverklaring in Nederlandse VvE's

De huurder die de gebruikersverklaring heeft getekend, waarmee hij akkoord is gegaan met de VvE-regels, is niet alleen gebonden aan deze VvE-regels ten opzichte van zijn verhurende eigenaar, maar ook ten opzichte van de gezamenlijke eigenaars en de VvE. Dat betekent dat als de VvE besluit tot een renovatie, de huurder daaraan in principe is gebonden, en dat hij geen beroep meer kan doen op de hiervoor genoemde regeling uit het huurrecht.[44] De huurder kan nog wel een beroep doen op een bepaling zoals is opgenomen in artikel 35, lid 3 van het Modelreglement 2006, wanneer een beroep op toekomstige besluiten en bepalingen jegens de gebruiker mogelijk in strijd zou zijn met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid.[45] Wijziging van de kleur van het schilderwerk is zo'n voorbeeld. Dat valt onder renovatie, waardoor de huurder instemmingsrecht heeft. Onder omstandigheden kan het onredelijk zijn wanneer de kleur van het buitenschilderwerk drastisch gewijzigd wordt.

3.3. Geen verhuurdersklem in Belgische VME's

De frictie die we in het Nederlandse recht kennen bij huurders die gelegitimeerd het gehuurde (met name de buitenzijde) aanpassen aan hun wensen terwijl binnen de VvE regels gelden die dit verbieden, kan in België niet voorkomen omdat de huurder in de VME is geïntegreerd. Alle VME-regels zijn in beginsel ook voor de huurder van kracht.

In het Belgische mede-eigendomsrecht kan de huurder zich rechtstreeks tot de VME wenden bij gebrek aan gemeenschappelijke delen, juist omdat de huurder 'geïntegreerd' is in de mede-eigendom.[46] De verhurende mede-eigenaar kan via de syndicus van de VME verlangen dat gebreken aan de gemeenschappelijke gedeelten verholpen worden, en indien nodig bij de rechter 'vervangende machtiging' vragen of het werk op eigen kosten uitvoeren.[47]

---

[43] Zie ook D. DE VRIES en M. SCHEEPER, "Wat zijn de regels met betrekking tot schotelantennes in een flatgebouw?", *Tijdschrift huurrecht in praktijk* 2014/5, p. 14-16, p. 14.
[44] S.J.M. VERHOEVEN, "Verhuurder klem tussen andere eigenaars en huurder", *Tijdschrift voor huurrecht bedrijfsruimte* 2004/4, p. 105-109, p. 107. Art. 7:220 BW speelt immers geen rol in de verhouding tussen de huurder en gezamenlijke eigenaars.
[45] S.J.M. VERHOEVEN, "Verhuurder klem tussen andere eigenaars en huurder", *Tijdschrift voor huurrecht bedrijfsruimte* 2004/4, p. 105-109, p. 107. Aldus ook M.J.J. NIJENHOF, "Spanning tussen woningcorporaties en VvE bij gemengd wonen", *Tijdschrift huurrecht in praktijk* 2012/3, p. 68-74, p. 73.
[46] R. TIMMERMANS, *Handboek appartementsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, nr. 1617. Zie ook R. TIMMERMANS, "Actiemogelijkheden van de vereniging van mede-eigenaars tegen wederrechtelijk of laakbaar gedrag van de huurder", *Huur* 2012/3, p. 95-104, p. 97.
[47] R. TIMMERMANS, *Handboek appartementsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, nr. 1618.

Een regeling zoals in artikel 7:220 van het Burgerlijk Wetboek in het Nederlandse recht komt niet voor in het Belgische recht.[48] Als de algemene vergadering beslist om over te gaan tot renovatie van gemeenschappelijke delen, bindt dit besluit ook de huurders (zie art. 577-10, § 4 / 3.93, § 5 BW) en zal de huurder de werkzaamheden waarbij hij voordeel heeft, moeten gedogen.[49] Ook wanneer toegang nodig is tot het privégedeelte, zal hij dat moeten gedogen.[50]
Als de renovatie eveneens betrekking heeft op de privégedeelten, moet echter wel rekening worden gehouden met de rechten van huurders. De uitvoering van deze werkzaamheden wordt geregeld door de individuele huurovereenkomst, behalve als het gaat om werken die vallen onder het toepassingsbereik van artikel 577-7, § 1, sub 1e / 3.88, § 1, 1º, sub d van het Burgerlijk Wetboek en waarover de algemene vergadering kan beslissen. Dit besluit bindt immers ook de huurder conform artikel 577-10, § 4 / 3.93, § 5.[51]

Wanneer de huurder hinder heeft van de werkzaamheden kan de huurder van de VME huurprijsvermindering of schadevergoeding vorderen.[52] Wanneer de privégedeelten niet meer bewoond kunnen worden door of tijdens de werkzaamheden, dan zal de huurovereenkomst beëindigd moeten worden.[53] Ook hier geldt dat de besluiten van de VME tegen iedere houder van een zakelijk of persoonlijk recht op het onroerend goed in mede-eigendom, juridisch afdwingbaar zijn. De huurder is dus gehouden vergaderbesluiten te respecteren, zelfs als deze gevolgen hebben voor het gebruik van het privégedeelte.[54] Wel heeft de huurder het recht van verzet via de rechter, binnen de termijn van drie maanden om een besluit te laten vernietigen (art. 577-10, § 4, 2° BW / thans binnen twee maanden na de kennisgeving en uiterlijk vier maanden na de vergadering, art. 3.93, § 5, BW).
Om het zekere voor het onzekere te nemen kan de auteur van het reglement van mede-eigendom een bepaling opnemen die complexgewijze renovatie van het complex regelt, onder meer door de ontruiming van de privégedeelten op te leggen. Ook huurders zijn dan hieraan gebonden. De verhurende eigenaar kan deze bepaling dan benadrukken door opname ervan in de huurovereenkomst, waardoor er bovendien een contractuele plicht ontstaat voor de huurder.[55] Strikt genomen is dat echter niet nodig.

4. MISBRUIK VAN MACHT

De vraag kan opkomen of er binnen het appartementsrecht sprake kan zijn van misbruik van bevoegdheid. Wanneer een eigenaar een groot deel van de appartementsrechten in eigendom heeft, of wanneer een eigenaar niet zozeer in aantal appartementsrechten, maar wel in stemrechten de meerderheid heeft, kan de grens tussen gebruik en misbruik van bevoegdheid (het uitoefenen van het aan de eigendom verbonden stemrecht) worden overschreden. Dit is vooral aan de orde wanneer de belangen van de particuliere eigenaars tegenstrijdig zijn met die van de grooteigenaar. Een eigenaar mag met zijn eigendom in principe doen wat hem belieft. De vrijheid van de eigenaar om met zijn goed te doen wat hij wil, vindt echter zijn begrenzing in de vrijheden van anderen. Overschrijding van de grens werd in het Nederlandse recht van oudsher ‘misbruik van recht’ genoemd, thans

[48] R. TIMMERMANS, *Handboek appartementsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, nr. 1648.
[49] R. TIMMERMANS, *Handboek appartementsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, nr. 1624.
[50] R. TIMMERMANS, *Handboek appartementsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, nr. 1625.
[51] S. SNAET en M. VREVEN, “Appartementsmede-eigendom: nieuwbouwprojecten en renovatie van appartementsgebouwen” in N. CARETTE (ed.), *X., Appartementsrecht I: Stand van zaken en topics*, Antwerpen, Intersentia 2013, p. 149-192, p. 185.
[52] R. TIMMERMANS, *Handboek appartementsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, nr. 1624.
[53] R. TIMMERMANS, *Handboek appartementsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, nr. 1626.
[54] R. TIMMERMANS, *Handboek appartementsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, nrs. 1627-1628.
[55] R. TIMMERMANS, *Handboek appartementsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, nr. 1635.

misbruik van bevoegdheid. Dat wil zeggen, een daad die in eerste instantie een daad van eigendomsuitoefening is, maar in verhouding tot het belang van de ander een daad van grensoverschrijding is, dus van onrechtmatige aard jegens die ander.[56]

4.1. Misbruik van macht in Nederlandse VvE's

Via de schakelbepaling van artikel 3:15 van het Burgerlijk Wetboek kan de bepaling van artikel 3:13 ervan omtrent misbruik van bevoegdheid ook buiten het vermogensrecht toepassing vinden, mits de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. De dogmatische vraag kan worden gesteld of het inzetten van meerderheidsmacht bij een stemming in een VvE mogelijk een kwestie is van misbruik van bevoegdheid *ex* artikel 3:13 of van strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid *ex* artikel 2:8 van het Burgerlijk Wetboek. De huidige opinie is dat *misbruik* van een monopoliepositie onrechtmatig is en niet het *gebruik* ervan. Bij het oordeel daarover moeten alle omstandigheden in acht worden genomen. Deze lijn wordt heden ten dage over het algemeen gevolgd in de rechtspraak over misbruik *versus* gebruik van stemrecht in VvE's.[57]

Er zijn in de loop der jaren diverse gerechtelijke procedures gevoerd over de vraag of een grooteigenaar zijn stemrecht heeft ingezet ten gunste van besluitvorming in strijd met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. De hoofdregel die uit de jurisprudentie volgt, is dat een eigenaar met een meerderheidsbelang in beginsel zijn stemrecht onbelemmerd kan uitoefenen – ook om zijn eigen belangen te dienen – maar dat hij daarbij voldoende rekening moet houden met de gerechtvaardigde belangen van de overige eigenaars, en dat hij voldoende transparantie en zorgvuldigheid moet betrachten. Anders ligt het in de rede dat de maatstaven van redelijkheid en billijkheid de rechter brengt tot vernietiging van een dergelijk met meerderheidsmacht genomen besluit.

In VvE's geldt dat beslissingen worden genomen op basis van meerderheidsbesluiten. Daarbij geldt de voor het betreffende besluit vereiste meerderheid. Dat een meerderheid een besluit neemt dat voor een minderheid nadelige gevolgen heeft, kan niet per definitie als misbruik van meerderheidsmacht worden bestempeld, ook niet als die meerderheid van stemmen aan één eigenaar toebehoort. Wanneer een eigenaar het niet eens is met een genomen besluit, kan hij binnen een maand nadat hij van het besluit heeft kennisgenomen of heeft kunnen kennisnemen, de kantonrechter verzoeken om het besluit te vernietigen (art. 5:130 BW). Vernietiging is onder andere mogelijk wegens strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid die door artikel 2:8 worden geëist (art. 2:15, lid 1, onder b.) Dat is de rechtsgrond waarop doorgaans een beroep wordt gedaan wanneer er bezwaar gemaakt wordt tegen een besluit dat met meerderheidsmacht is genomen.

Bij de beantwoording van de vraag of een grooteigenaar zich heeft 'misdragen' bij de uitoefening van zijn stemrecht, wordt getoetst aan de maatstaven van redelijkheid en billijkheid die tussen eigenaars hebben te gelden. Daarbij moet worden bezien of bij een juiste afweging van alle bij het besluit betrokken belangen in redelijkheid en naar billijkheid tot het besluit is kunnen komen, en of daarbij de nodige zorgvuldigheid in acht is genomen. Er is daarbij nog geen volledige duidelijkheid over de mate van terughoudendheid die de rechter toepast bij deze toets. Het antwoord op deze vraag kan in ieder geval niet los worden gezien van de tussen de vergadering van eigenaars en het verzoekende lid bestaande relatie.

[56] J. EGGENS, *Over de verhouding van eigendom en verbintenis, mededelingen der KNAW, afd. letterkunde, nieuwe reeks, deel 23, nr. 7*, Amsterdam, NV Noord-Hollandse Uitgeversmaatschappij 1960, p. 188-189.
[57] Zie ook R.F.H. MERTENS, "Machtsoverwicht in de vereniging van eigenaars", *VvErecht.nl* 2013/13 juni 2013, www.vverecht.nl/2013/06/machtsoverwicht-in-de-vereniging-van-eigenaars/, waarin hij een overzicht geeft van de belangrijkste jurisprudentie over misbruik van macht.

Uitgangspunt is dat een appartementseigenaar met een meerderheidspositie in de vergadering van eigenaars zijn stemrechten mag gebruiken bij de totstandkoming van elk besluit. Hij mag daarbij ook zijn eigen belangen dienen, maar dit is wel beperkt tot zijn belang als appartementseigenaar en hij dient zich open en transparant op te stellen.[58] Bij de besluitvorming kan volgens de rechtspraak sprake zijn van strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid wanneer sprake is van een of meer van de volgende situaties:

- er wordt onvoldoende rekening gehouden met de belangen van particuliere eigenaars;
- de VvE wordt aan een niet-marktconforme overeenkomst gebonden,
- de grooteigenaar wordt onredelijk bevoordeeld;
- de particuliere eigenaars worden onredelijk benadeeld;
- de belangen van de particuliere eigenaars worden op ernstige wijze geschonden;
- het stemrecht wordt gebruikt om een besluit erdoor te drukken zonder dat over motieven openheid en transparantie wordt betracht;
- er wordt zonder enige motivering gestemd.

4.2. Stemkrachtbeperking in Belgische VME's

In België geldt, anders dan in het Nederlandse appartementsrecht, een beperking van de stemkracht vanwege artikel 577-6, § 7/artikel 3.87, § 7 van het Burgerlijk Wetboek. Bepaald is dat niemand, zelfs niet als lasthebber, aan de stemming kan deelnemen voor een groter aantal stemmen dan het totaal van de stemmen waarover de andere aanwezige of vertegenwoordigde mede-eigenaars beschikken. De macht van de grooteigenaar is in het Belgische appartementsrecht dus ingeperkt.

Opvallend is dat volgens deze bepaling in artikel 577-6, § 7 / 3.87, § 7 van het Burgerlijk Wetboek bovendien niemand meer dan 3 volmachten mag aannemen, tenzij hij nog niet meer dan 10 % van het totaal aantal stemmen in het complex heeft of vertegenwoordigt.[59] De grens van 10 % geldt echter niet wanneer een mede-eigenaar over niet meer dan drie volmachten beschikt. Het is dus mogelijk dat een eigenaar met 3 volmachten toch meer dan 10 % van de stemmen heeft.[60] De volmachtenbeperking hangt samen met de stemkrachtbeperking met als doel te verhinderen dat één eigenaar te veel macht krijgt in de VME. Net als in Nederland mag ook een huurder een volmacht aannemen. Daarentegen staat deze regel in de weg aan het verlenen van een volmacht aan ieder van zijn huurders door een grooteigenaar. Op deze manier zou de bedoeling van deze bepaling immers omzeild kunnen worden, als een grooteigenaar alsnog via zijn huurders zijn volledige stemrecht zou kunnen uitoefenen.

Het doel van deze bepalingen is het dienen van het algemeen belang van de mede-eigendom op zodanige wijze dat het standpunt van de meerderheid niet botweg kan worden opgelegd aan de minderheid.[61] Deze regel is van dwingend recht, zie artikel 577-14 / 3.100

[58] Zie ook A.A. VAN VELTEN en F.J. VONCK, *Appartementsrecht en aanverwante rechtsfiguren voor de privaatrechtelijke vormgeving van bouwwerken, Preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht nr. 44*, Den Haag, IBR 2016, p. 68.

[59] In het Belgische recht worden de begrippen volmacht en lastgeving anders gebruikt dan in het Nederlandse recht, waar volmacht is geregeld in Boek 3 BW (art. 3:60 e.v.) en de lastgeving is geregeld in Boek 7 BW (art. 7:414 e.v.).

[60] N. CARETTE en K. SWINNEN, "(Bijna) 3 jaar nieuwe appartementswet" in N. CARETTE (ed.), *X., Appartementsrecht I: Stand van zaken en topics*, Antwerpen, Intersentia 2013, p. 1-28, p. 10.

[61] R. TIMMERMANS, *Handboek appartementsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, nr. 552.

van het Burgerlijk Wetboek. De interpretatie van *one man one vote* is ook in het Belgische recht ongeldig: men moet uitgaan van het aantal stemmen dat iedere eigenaar heeft.[62]

4.3. Blokkerende minderheid in Belgische VME's

Het Belgische appartementsrecht kent wel, meer dan in Nederland, de 'blokkerende minderheid'. Artikel 577-9, § 7 / 3.92, § 8 van het Burgerlijk Wetboek bevat een regeling ter voorkoming van misbruik van *minderheidsmacht*, als uitvloeisel van het ook in het Belgische recht geldende uitgangspunt dat een minderheid zich naar een door de meerderheid genomen besluit moet schikken. Wanneer een minderheid van mede-eigenaars de algemene vergadering op onrechtmatige wijze belet om een besluit te nemen met de voor dat besluit vereiste meerderheid, kan een daardoor benadeelde eigenaar de rechter vragen een vervangend besluit te nemen (vergelijk de regeling van de vervangende machtiging in het Nederlandse appartementsrecht). Het gaat dan om een situatie waarbij een minderheid een besluit tegenhoudt zonder enig rechtmatig belang, of met een belang dat buiten alle verhouding staat met het nadeel dat de andere eigenaars daarvan ondervinden.[63]

5. CONCLUSIE

Uit deze bijdrage blijkt dat huurders in meer of mindere mate invloed kunnen uitoefenen wanneer de eigenaars in een appartementencomplex zonnepanelen wensen te plaatsen. Voor het plaatsen van zonnepanelen is medewerking van een huurder in het Nederlandse recht over het algemeen niet nodig. Er zijn echter zeker verduurzamingsmaatregelen denkbaar waarbij de Nederlandse huurder wel bewogen moet worden om zijn medewerking te verlenen. Denk aan het plaatsen van dubbel glas of de overstap naar een warmtenet. In dat geval kan medewerking gemakkelijker worden verkregen wanneer de huurder een gebruikersverklaring heeft getekend. In het Belgische recht is er geen discussie of een huurder wel of geen medewerking zou moeten verlenen; hij is geïntegreerd in het appartementsrecht waardoor de besluiten van de VME ook jegens de huurder afdwingbaar zijn.

Noch in het Belgische, noch in het Nederlandse recht kan een huurder verduurzamingsmaatregelen afdwingen. Wel bestaat de mogelijkheid dat een huurder zich via de rechter verweert tegen een door de VvE/VME genomen besluit, ook als dat zou betekenen dat hij daarmee een verduurzamingsingreep zou tegenhouden. Vooralsnog betekent de mondiale enorme verduurzamingsopgave (nog?) niet dat realisatie van een ingreep bij een belangenafweging als vanzelfsprekend zwaarder weegt dan eventuele andere belangen. Het blijft derhalve mogelijk dat een minderheid van de eigenaars besluitvorming blokkeert of via de rechter terug laat draaien.

Tot slot is het leerstuk van misbruik van macht kort aangestipt, dat in het Nederlandse recht een grotere rol speelt dan in het Belgische. Grooteigenaars kunnen hun stemrecht (in België in beperkte mate) inzetten mits zij zich voldoende rekenschap geven van de belangen van de andere eigenaars en voldoende transparantie betrachten.

Dit alles vormt mijns inziens een pleidooi om huurders te betrekken bij het reilen en zeilen in de VvE/VME. Hoe groter de betrokkenheid, hoe groter de kans op een goede verhouding, waarmee een gezamenlijk draagvlak voor de besluiten kan ontstaan. Het grote belang

[62] Vred. Verviers 23 november 2007, *T.App.* 2008/1, 19.
[63] R. TIMMERMANS, *Handboek appartementsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2015, nr. 802.

van investeringen in duurzaamheid legitimeren naar mijn mening dat niet alleen de eigenaars beslissen, maar dat dat samen met de huurders gebeurt.

DEEL II.
DUURZAAM CONTRACTEREN EN ONDERNEMEN

CO_2-BEPRIJZING EN DUURZAAMHEID

Edwin WOERDMAN*
Hoogleraar markten en regulering, Faculteit Rechtsgeleerdheid, Rijksuniversiteit Groningen

1. INLEIDING

In diverse media wordt vaak verheugd gereageerd als de CO_2-prijs omhooggaat.[1] Denk aan de recente prijsstijging van verhandelbare emissierechten, hét Europese instrument om CO_2 te beprijzen, of aan de extra CO_2-heffing die is ingevoerd voor de Nederlandse industrie.[2] Hoe duurder het vervuilende product, hoe duurzamer uiteindelijk de samenleving, zo is het idee. Een stijgende CO_2-prijs betekent immers een sterkere prikkel voor elektriciteitsbedrijven, de industrie en de luchtvaartsector om hun uitstoot van broeikasgassen te verminderen.

In de basis klopt deze economische theorie, maar door de institutionele vormgeving van CO_2-beleid in Europa wordt hiermee slechts een halve waarheid verkondigd. Voornoemde redenering geeft namelijk blijk van onvoldoende rechtseconomisch inzicht in het doel en in de werking van emissiehandel. Het is belangrijk om dit te doorgronden, ook omdat de Europese Commissie het huidige emissiehandelssysteem wil uitbreiden naar de scheepvaartsector en een apart emissiehandelssysteem wil creëren voor producenten van brandstoffen voor het wegvervoer en de gebouwde omgeving.[3]

Als de emissiehandel verder wordt uitgebreid, krijgen grote en kleine energieverbruikers steeds vaker te maken, direct of indirect, met de marktprijs van CO_2 – van energierekening tot benzinepomp. Geldt hierbij: hoe hoger de CO_2-prijs, hoe duurzamer de consument? Of moeten we als samenleving juist blij zijn met een lage CO_2-prijs?

2. DE VERVUILER BETAALT

Milieuvervuiling mag niet over de schutting worden gegooid, daarover zijn zowel economen als juristen het eens. Vanwege de efficiëntie willen economen dat externe effecten geïnternaliseerd worden: internalisering betekent dat schadeveroorzakers zelf de schadekosten dragen, zodat die kosten niet (langer) op de samenleving worden afgewenteld. Milieuschade tast de welvaart aan en moet daarom worden beprijsd. Onder meer omwille van de

* www.rug.nl/staff/e.woerdman/, e-mail: e.woerdman@rug.nl.

[1] R. KOSTER, "Miljarden extra voor klimaatbeleid door stijgende opbrengst CO2-rechten", *NOS Nieuws* 11 november 2021; T. OPHEIKENS, "Industrie ziet de CO2-prijs snel oplopen: 'Het is een soort bitcoin'", *NOS Nieuws* 13 juni 2021; E. VAN DER WALLE, "CO2 uitstoten gaat nu echt geld kosten", *NRC Handelsblad* 24 augustus 2018; G. PERINO, "The EU ETS needs a new autopilot: a proposed reform for the MSR", *FSR Climate/Life Dicet blog post* 19 maart 2021.

[2] Het Europese emissiehandelssysteem (EU ETS) richt zich voornamelijk op de uitstoot van koolstofdioxide (CO_2). Sinds 2013 reguleert het ook de uitstoot van lachgas (N2O) bij de productie van bepaalde zuren en de uitstoot van perfluorkoolwaterstoffen (PFK's) bij de productie van aluminium. Deze broeikasgassen worden omgerekend in kooldioxide-equivalenten. Voor het gemak spreekt men daarom vaak over de CO_2-prijs.

[3] The European Green Deal, COM(2019) 640 final, Brussel, Europese Commissie. Zie ook Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 2003/87/EC establishing a system for greenhouse gas emission allowance trading within the Union (…), 14 juli 2021, COM(2021) 551 final, Brussel, Europese Commissie.

effectiviteit en de rechtvaardigheid willen juristen dat vervuilers rekening houden met de milieuschade die ze veroorzaken: daarom is het zogenoemde "vervuiler betaalt"-beginsel opgenomen in artikel 191 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Daarbij zijn zowel economen als juristen het erover eens dat voorkomen beter is dan genezen: juristen spreken over het beginsel van preventief handelen, in hetzelfde artikel 191, en economen benadrukken de *ex ante* prikkel die uitgaat van milieubeprijzing om vervuiling te reduceren.[4]

Milieubeprijzing zorgt ervoor dat de vervuiler betaalt. Als vervuiling eerst gratis was maar door wetgeving een prijs krijgt, worden de veroorzakers ertoe aangezet om hun vervuiling te verminderen of zelfs te beëindigen. Hierdoor wordt verduurzaming gestimuleerd, zowel bij producenten als bij consumenten, bijvoorbeeld door kolencentrales te vervangen door windmolenparken en door over te stappen van benzineauto naar elektrische auto. Dergelijke ondernemings- en gedragskeuzes zijn afhankelijk van de hoogte van die prijs en van de vormgeving van het wetgevende instrument. Dit is waar het spannend wordt. Want welk instrument is het meest efficiënt om vervuiling te beprijzen en hoe hoog moet de prijs dan zijn die de vervuiler betaalt? Laten we deze rechtseconomische vervolgvraag beantwoorden aan de hand van wat vele wetenschappers en politici zien als een van de grootste milieuproblemen en risico's van onze tijd: klimaatverandering.[5]

3. DE KOSTEN VAN GEVEILDE EN GRATIS EMISSIERECHTEN

Het wereldwijde klimaat verandert met name door de verbranding van fossiele brandstoffen, zoals kolen, olie en gas. Bij verbranding komen broeikasgassen vrij, vooral CO_2, die bijdragen aan de opwarming van de aarde. Dit leidt volgens wetenschappelijk onderzoek tot allerlei, ook onvoorziene, vormen van schade, variërend van meer bosbranden, zwaardere regenbuien, hevigere stormen en oogsten die vaker mislukken tot een afname van de spermakwaliteit en zelfs een toename van het aantal zelfmoorden.[6]

Duurzame ontwikkeling vereist '*climate action*' middels CO_2-reductie ter bestrijding van klimaatverandering, zoals vastgelegd door de Verenigde Naties in 'Sustainable Development Goal' (SDG) 13.[7] CO_2-beprijzing geeft een prikkel om die uitstoot te verminderen. Om schadelijke CO_2-uitstoot te beprijzen, moet een CO_2-belasting of CO_2-emissiehandel worden ingevoerd. Bij een CO_2-belasting is er zekerheid over de CO_2-prijs in de vorm van het belastingtarief, maar is er onzekerheid over het milieueffect: hoe hoog moet de belasting immers zijn om een gesteld emissiereductiedoel te halen? Bij CO_2-emissiehandel is dat omgekeerd: er is zekerheid over het milieueffect doordat emissies onder het emissieplafond moeten blijven, terwijl er onzekerheid is over de marktprijs van CO_2 die immers fluctueert. Onder economen is er geen consensus over de vraag welke van deze twee instrumenten het beste is.[8] Dit gebrek aan wetenschappelijke consensus versterkt het politieke karakter van de instrumentkeuze. In de EU is zowat twintig jaar geleden met gekwalificeerde meerderheid gekozen voor CO_2-emissiehandel, met name omdat een CO_2-belasting

[4] N. HANLEY, J.F. SHOGREN en B. WHITE, "Economic Incentives for Environmental Protection: An Overview" in *Environmental Economics in Theory and Practice*, Londen, Palgrave, 1997.
[5] World Economic Forum (2021), *The Global Risks Report 2021*, 16de editie, Genève, Zwitserland.
[6] IPCC (2018), Global Warming of 1.5°C: Special Report; University of East Anglia, "Climate change damaging male fertility", *ScienceDaily* 13 november 2018; M. BURKE *et al.* (2018), "Higher temperatures increase suicide rates in the United States and Mexico", *Nature Climate Change* 8, 723-729.
[7] B. AKKERMANS, "Duurzaamheid in internationaal en Europees perspectief" in B. AKKERMANS *et al.*, *Duurzaam wonen*, Den Haag, Sdu, 2019, p. 21-50.
[8] S.-L. HSU, "Prices versus quantities" in K.R. RICHARDS en J. VAN ZEBEN (red.), *Policy Instruments in Environmental Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2020, p. 183-198.

unanimiteit vereiste en daardoor strandde in het wetgevingsproces. Ook de energie-intensieve industrie prefereerde emissiehandel boven een belasting, omdat emissierechten gratis konden worden verkregen.[9]

Zo werd het 'European Union Emissions Trading System' (EU ETS) geboren. Dit systeem legt verplichte emissieplafonds op aan installaties die in eigendom zijn van energiebedrijven, energie-intensieve industrieën en commerciële luchtvaartmaatschappijen. Sinds 2013 omvat het systeem tevens olieraffinaderijen en staalfabrieken, evenals productiefaciliteiten voor bijvoorbeeld ijzer, aluminium, metalen, cement, kalk, glas, papier en karton. Deze bedrijven moeten jaarlijks hun uitstoot dekken door een daarmee corresponderende hoeveelheid emissierechten in te leveren bij de overheid. Vervolgens krijgen zij ieder volgend jaar minder emissierechten toegewezen: hierdoor ontstaat een dalend emissieplafond in de EU met als ambitie om klimaatneutraal te zijn in 2050. Bedrijven kunnen dit steeds kleinere aantal emissierechten onderling verhandelen om zo hun uitstoot van broeikasgassen op een kosteneffectieve wijze te verminderen.

Met het oog op de internalisering van klimaatschade is het van belang om te begrijpen dat gratis emissierechten niet kosteloos zijn. Gratis emissierechten hebben alternatieve kosten ('*opportunity costs*') op het moment dat ze worden gebruikt om uitstoot mee te dekken. De alternatieve kosten zijn de gemiste verkoopopbrengsten en daarmee de prijs van de emissierechten die moet worden doorberekend in de productprijs aan consumenten. De producent zal zijn emissierechten alleen dan niet verkopen als hij de gemiste opbrengsten ervan via de productprijs kan terugverdienen.[10] Die doorberekening duwt de prijs van het vervuilende product omhoog, zoals de prijs van elektriciteit, staal of papier, precies zoals de bedoeling is volgens het 'vervuiler betaalt'-beginsel.[11]

Het financiële voordeel dat gratis emissierechten betekenen voor bedrijven kan echter worden omgedraaid in een financieel voordeel voor de overheid door de emissierechten te veilen.[12] Sinds 2013 moeten elektriciteitsbedrijven al hun emissierechten kopen op een veiling, maar de internationaal concurrerende industrie krijgt haar emissierechten nog altijd gratis.[13] Voor de effectiviteit en de efficiëntie van de emissiehandel maakt dit echter niet uit: al deze Europese bedrijven moeten onder absolute, dalende emissieplafonds blijven en kunnen de geveilde of gratis emissierechten verhandelen op de CO_2-markt.[14] Bij hogere uitstoot dan ze aan emissierechten hebben, volgt een sanctie van 100 euro per ton CO_2, sinds 2013 vermeerderd met het inflatiepercentage: de boete begeeft zich daardoor inmiddels richting de 120 euro.

[9] E. WOERDMAN, *The Institutional Economics of Market-Based Climate Policy*, Amsterdam, Elsevier, 2004.
[10] Verhelderend is de analogie tussen arbeid en emissierechten. Een zelfstandig ondernemer met een bloemenzaak hoeft zijn eigen arbeid niet in te huren, in tegenstelling tot de arbeid van zijn werknemers waarvoor hij loon betaalt. Dat neemt echter niet weg dat hij ook zijn eigen arbeid in rekening moet brengen. Hij hoeft uiteraard niet eerst te betalen voor zijn eigen arbeid, maar hij zet deze arbeid wel degelijk in en berekent de waarde hiervan door in de prijs van zijn bloemen. Deze waarde wordt bepaald door zijn perspectieven op de arbeidsmarkt. Wat hij elders kan verdienen, zal hij als 'opportunity cost' beschouwen voor wat hij minimaal zal willen verdienen in zijn eigen bedrijf. Een soortgelijke bedrijfseconomische redenering geldt voor de gratis emissierechten, bijvoorbeeld van een glasproducent. De ondernemer heeft hier weliswaar niet voor hoeven te betalen, maar hij zet deze rechten wel in bij de productie van glas, terwijl hij ze ook anders had kunnen inzetten, namelijk verkopen. Daarom berekent hij de waarde van de emissierechten door in de prijs van glas.
[11] E. WOERDMAN, A. ARCURI en S. CLÒ, "Emissions Trading and the Polluter-Pays Principle: Do Polluters Pay under Grandfathering?", *Review of Law and Economics* 2008, 4(2), 565-590.
[12] E. WOERDMAN, O. COUWENBERG en A. NENTJES, "Energy Prices and Emissions Trading: Windfall Profits from Grandfathering?", *European Journal of Law and Economics* 2009, 28, 185-202.
[13] Art, 10*bis*, lid 12, Richtl. (EU) 2009/29/EG tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG, OJ 2009 L. 140/63-87.
[14] R.W. HAHN en R.N. STAVINS, "The Effect of Allowance Allocations on Cap-and-Trade System Performance", *Journal of Law and Economics* 2011, 54(4), 267-94.

4. DE INVLOED VAN REGELWIJZIGINGEN OP DE CO_2-PRIJS

In principe bepaalt de hoogte van de boete de maximale prijs van emissierechten in de EU: als een emissierecht en daarmee uitstootvermindering duurder zou worden dan de hiervoor genoemde 120 euro, dan kunnen energie-intensieve bedrijven ervoor kiezen om meer uit te stoten dan ze aan rechten hebben en de goedkopere boete betalen. In de praktijk ligt deze maximale prijs echter hoger, omdat deze bedrijven ook een reparatieverplichting hebben: wat ze dit jaar te veel uitstoten, moeten ze volgens artikel 16 van de Richtlijn emissiehandel volgend jaar inhalen met extra emissiereducties.[15]

In de basis wordt de CO_2-prijs bepaald door vraag en aanbod. De wetgeving bepaalt het aanbod van emissierechten. Dit aanbod is doelbewust beperkt, en wordt jaarlijks verlaagd, om zo ervoor te zorgen dat bedrijven onder het emissiehandelssysteem hun CO_2-uitstoot stapsgewijs verminderen. Dit betekent dat de CO_2-prijs niet alleen reageert op toe- en afnemende vraag, maar ook op juridische wijzigingen in de regels van het systeem. Zo startte de CO_2-prijs in 2005 op 10 euro en steeg hij naar 30 euro in 2006 om vervolgens terug te vallen naar bijna nul euro in 2007 toen bekend was geworden dat er meer emissierechten waren uitgedeeld dan er aan uitstoot was. Enerzijds was het emissieplafond te hoog geworden door gebrek aan informatie, door het lobbyen van bedrijven en door de import van emissiereducties uit klimaatprojecten van buiten Europa. Anderzijds ging de prijs ook onderuit omdat de wetgeving verbood dat emissierechten uit de startfase 2005-2007 konden worden meegenomen naar de tweede handelsfase 2008-2012.[16]

Sinds 2008 is het opsparen van emissierechten voor later gebruik (‘*banking*’) juridisch mogelijk gemaakt, waardoor de prijs nooit meer zo ver daalde als toen. Meer dan tien jaar geleden verwachtten ambtenaren en handelaren een CO_2-prijs in de EU van ongeveer 25 tot 35 euro in 2010 en van 35 tot 50 euro in 2020.[17] De CO_2-prijs startte in 2008 rond de 25 euro maar na vraaguitval door de financiële crisis daalde de prijs tot zowat 5 euro aan het begin van de derde handelsfase 2013-2020. Hierdoor waren er inmiddels twee miljard meer emissierechten op de markt dan er aan uitstoot was. Toch zakte de prijs niet naar nul, omdat de emissierechten naar volgende handelsfasen meegenomen mogen worden. Bovendien verwachtten bedrijven in de toekomst een steeds grotere door de politiek opgelegde schaarste aan emissierechten.

Die verwachte schaarste aan emissierechten was en is gerechtvaardigd. Niet alleen omdat de EU in 2050 CO_2-neutraal wil zijn en onlangs besloot om de reductiedoelen voor 2030 aan te scherpen van 40 naar 55 %. Maar ook omdat de EU sinds 2019 een soort emissierechtenstofzuiger in werking heeft ingesteld, de ‘Market Stability Reserve’ (MSR), die het veilingvolume van emissierechten automatisch vermindert en zelfs een deel van de emissierechten annuleert in geval van een emissierechtenoverschot.[18] Door juridisch ingrijpen wordt het aanbod dus beperkt. Dit zorgde ervoor dat het overschot aan emissierechten aan het einde van de derde handelsfase 2013-2020 met een derde was gedaald en dat de CO_2-prijs was gestegen van 5 euro in 2013 tot ruim 30 euro in 2020. We zitten nu aan het begin van de vierde handelsfase, die startte in 2021, op een CO_2-prijs van inmiddels ongeveer 75 euro.

[15] Richtl. 2003/87/EC, *OJ* 2009 L. 275/32-46.
[16] E. WOERDMAN, “EU Emissions Trading System” in E. WOERDMAN, M.M. ROGGENKAMP en M. HOLWERDA (red.), *Essential EU Climate Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2021, p. 44-73.
[17] Point Carbon (2008), *Carbon 2008: Post-2012 is Now*, Oslo, Point Carbon, p. 31.
[18] E. WOERDMAN, “Hoe emissiehandel werkt: als stofzuiger-met-wegwerpzak”, *Klimaatweb* 12 april 2021.

5. OVERHEIDSINGRIJPEN IN DE CO_2-PRIJS

Volgens artikel 1 van de Richtlijn emissiehandel is dit handelssysteem ingesteld "(...) teneinde de emissies van broeikasgassen op een kosteneffectieve en economisch efficiënte wijze te verminderen."[19] Een afgeleid doel (of: nevendoel), zoals verwoord in de preambule van deze richtlijn, is om klimaatvriendelijke technologieën te stimuleren, zoals waterstof in de transportsector of CO_2-opslag in de industrie. Emissiehandel is echter een technologieneutraal instrument voor milieubeleid. De overheid schrijft immers geen specifieke technologieën voor, maar de marktprijs van een emissierecht bepaalt welke technologie de emissiereducties tegen de laagst mogelijke kosten kan realiseren. Door het jaarlijks dalende emissieplafond worden bedrijven in het EU ETS gedwongen om hun uitstoot te verminderen. Ze mogen zelf weten welke technologie ze daarvoor inzetten.

Een bedrijf dat meer broeikasgasemissies dan emissierechten heeft, beschikt over diverse mogelijkheden om dit verschil op te heffen, waaronder:

- de boete betalen per ontbrekend emissierecht;
- de ontbrekende emissierechten kopen van een ander bedrijf;
- emissies reduceren door energiebesparing of hernieuwbare energie;
- emissies afvangen en onder de grond opslaan ('CCS' genoemd).

Aan al deze opties hangt een prijskaartje. Als de kosten van het reduceren van een ton CO_2 middels energiebesparing lager zijn dan de CO_2-prijs, zal het bedrijf energie besparen en geen emissierechten bijkopen. Als de kosten van het reduceren van een ton CO_2 middels Carbon Capture and Storage (CCS) hoger zijn dan de CO_2-prijs, dan zal het bedrijf mogelijk emissierechten bijkopen in plaats van CCS in te zetten. Ook geeft de CO_2-prijs een prikkel aan technologiebedrijven om hun technieken zodanig aan te passen dat de kosten waarmee CO_2 kan worden bespaard omlaaggaan. Zo kunnen de kosten van CCS straks bijna worden gehalveerd door een gloednieuwe technologie (2-EEMPA) die CO_2 kan afvangen zonder (de nu benodigde energie voor) kokend water.[20]

Hoe hoger de CO_2-prijs, hoe aantrekkelijker het dus wordt voor bedrijven om relatief dure reductietechnologie te ontwikkelen en te gebruiken. Daarnaast kunnen subsidies worden verstrekt om innovatieve klimaatvriendelijke technologieën op te schalen, bijvoorbeeld betaald uit de inkomsten van geveilde emissierechten, zoals ook de Richtlijn emissiehandel regelt. Maar het werkt ook andersom: technologische innovaties, zoals grotere windmolens in zee, kunnen leiden tot kostenbesparingen bij het reduceren van CO_2-uitstoot, waardoor de CO_2-prijs daalt en naleving dus goedkoper wordt.[21] Dit geeft vervolgens meer politieke ruimte om de emissieplafonds verder aan te scherpen.

Kosten behoren tot de belangrijkste belemmeringen voor verduurzaming.[22] CO_2-beprijzing draagt bij aan het verlagen van de verduurzamingskosten door de innovatieprikkel die hieruit voortvloeit, namelijk de prikkel om goedkopere emissiereductietechnologie te ontwikkelen en te gebruiken. Uit empirisch onderzoek blijkt dat het Europese emissiehandelssysteem erin slaagt om uitstoot te reduceren en klimaatvriendelijke technologie te stimuleren,

[19] Richtl. 2003/87/EC, OJ 2009 L. 275/32-46.
[20] R.F. SERVICE, "Carbon capture marches toward practical use", *Science* 2021, 371 (6536), p. 1300.
[21] E. WOERDMAN, "Klimaatrecht tussen marktwerking en overregulering", *Nederlands Tijdschrift voor Energierecht* 2019, 18(2), 50-57.
[22] Zie bv. J. ROY *et al.* (2018), "Sustainable Development, Poverty Eradication and Reducing Inequalities" in *Global Warming of 1.5°C: An IPCC Special Report*; Globescan (2019), *Healthy en Sustainable Living: A Global Consumer Insights Project*; B. HOOPS, "Het recht en de transitie naar duurzaam wonen" in B. AKKERMANS *et al.*, *Duurzaam wonen*, Den Haag, Sdu, 2019, p. 51-86.

zelfs bij een lage CO_2-prijs.[23] Toch ging het enkele EU-lidstaten allemaal niet hard genoeg. Tijdens de derde handelsfase 2013-2020, toen de CO_2-prijs nog rond de 5 euro lag, besloten eerst het Verenigd Koninkrijk (toen nog EU-lidstaat) en later ook Nederland om een CO_2-bodemprijs in te voeren voor elektriciteitsbedrijven. Als de CO_2-prijs lager is dan die bodemprijs, dan betalen deze bedrijven het verschil in de vorm van een heffing.

De bodemprijs in het Verenigd Koninkrijk werd vastgesteld op 16 pond in 2013 en zou stapsgewijs oplopen tot 30 pond in 2020. Veelzeggend is dat die stijgende bodemprijs al snel blijvend werd afgekapt op 18 pond. Die 30 pond zou klimaatbeleid toch wel erg duur maken, vooral in een fase van economisch herstel na de financiële crisis van enkele jaren eerder.[24] Hiermee neemt de politiek op houterige, administratieve wijze de flexibele rol van de markt over. Emissiehandel fungeert immers als automatische stabilisator: in economisch goede tijden stijgt de CO_2-prijs, in economisch slechte tijden daalt de CO_2-prijs.[25]

Ook Nederland besloot tot administratieve interventie. Het wetsvoorstel minimum CO_2-prijs elektriciteitsopwekking, dat een bodemprijs beoogt van 12 euro in 2020 en van 32 euro in 2030, is (pas) begin 2022 aangenomen. Al langer van kracht is de CO_2-bodemprijs voor de Nederlandse industrie, die stijgt van 30 euro in 2020 tot 127 euro in 2030, hoewel eerst een groot deel en later een klein deel van de uitstoot wordt vrijgesteld van de CO_2-heffing.[26] Ook Frankrijk probeerde een CO_2-heffing in te voeren, maar die stuitte op massale, zelfs gewelddadige protesten van de zogenoemde 'gele hesjes'-beweging.

Kennelijk is het niet onmogelijk maar ook niet eenvoudig om de CO_2-prijs met administratief ingrijpen te verhogen. Een toegevoegde nationale heffing stimuleert weliswaar de ontwikkeling van klimaatvriendelijke technologie, een afgeleid doel van emissiehandel, maar een CO_2-prijsdaling wordt erdoor belemmerd omdat die extra heffing immers als bodemprijs fungeert. Zo'n bodemprijs kan klimaatbeleid duurder maken dan nodig is en schuurt met het primaire doel van de Richtlijn emissiehandel: een kosteneffectieve reductie van CO_2-uitstoot.

Maar bovenal negeert het administratief verhogen van de CO_2-prijs de razendsnel dalende kosten van CO_2-vrije energietechnologie en van emissiereductietechnieken. Zo zijn de kosten van windenergie, zonne-energie en batterijopslag de laatste jaren spectaculair gedaald, zelfs harder dan analisten hadden voorspeld.[27] Cruciaal is dat deze kostendalingen uiteindelijk weerspiegeld zullen worden in een dalende CO_2-prijs. Een lage CO_2-prijs in een markt voor emissierechten is dus een signaal dat technologische vooruitgang effectief is in het bedwingen van de emissiereductiekosten, ondanks de steeds scherpere klimaatdoelen.

De marktprijs voor CO_2 is dus een heel ander verhaal dan de administratieve prijs van een CO_2-belasting of klimaatvriendelijke subsidie. Bij zulke belasting of subsidie geldt in principe: hoe hoger het bedrag, hoe duurzamer de consument. Door de inelastische vraag naar energie en gewoontegedrag van consumenten heeft een prijsverhoging weliswaar een beperkt duurzaamheidseffect, maar in principe leiden hogere belastingen op vuile producten

[23] P. BAYER en M. AKLIN, "The European Union Emissions Trading System Reduced CO2 Emissions Despite Low Prices", 2020, 117(16) PNAS, 8804-8812; B. PREST, D. BURTRAW en K. PALMER, *Waiting for Clarity: How a Price on Carbon Can Inspire Investment*, Report 21-08, Washington, Resources for the Future, 2021.
[24] https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/sn05927/.
[25] E. WOERDMAN en A. NENTJES, "Misconceptions about Emissions Trading in Europe" in A. MARCIANO en G.B. RAMELLO (red.), *Law and Economics in Europe and the U.S.*, Londen, Springer, 2016, p. 211-227.
[26] https://wetten.overheid.nl/BWBR0044578/2021-01-01.
[27] IRENA (2018), *Renewable Power Generation Costs in 2017*, Abu Dhabi, International Renewable Energy Agency (IRENA), p. 21.

en hogere subsidies op schone producten tot duurzamer consumentengedrag.[28] In een emissiehandelssysteem wordt het tempo van uitstootvermindering niet zozeer bepaald door de hoogte van de CO_2-prijs, maar vooral door de snelheid waarmee het emissieplafond daalt. Hoe lager het plafond, hoe duurzamer de producent en daardoor de consument.

6. DE SCHADEKOSTEN VAN CO_2-UITSTOOT

Maar zou de prijs van emissierechten in de EU niet veel hoger moeten zijn dan die nu is, kijkend naar de schadekosten van CO_2-uitstoot, in de economische literatuur de 'Social Cost of Carbon' (SCC) genoemd? Dat is een interessante gedachte, maar ook een hellend vlak. Dit vlak helt namelijk van enkele tientjes tot vele honderden euro's per ton CO_2. Het probleem is immers dat de kostenschattingen van klimaatschade enorm variëren, niet alleen per land of regio, maar ook afhankelijk van het gebruikte model en de gekozen veronderstellingen. Naar welke econoom willen we luisteren?

Volgens de Amerikaanse econoom Kotchen (2018) bedragen de schadekosten voor de EU rond de 50 euro.[29] Als dat zo is, dan zitten we met de huidige Europese prijs van ongeveer 75 euro voor emissierechten meer dan goed. Maar industriële partijen die graag willen verdienen aan de afvang en opslag van CO_2, zien liever nóg hogere prijzen: Carbon Capture and Storage (CCS) is doorgaans pas rendabel vanaf zowat 60 euro per ton CO_2 maar vaak bedragen de kosten ervan nu het dubbele.[30] Ook financiële dienstverleners zien in principe graag verder stijgende CO_2-prijzen, zodat zij als tussenpersonen aan de handel in emissierechten kunnen verdienen.

Volgens een bekende studie in *Nature* kost de klimaatschade wereldwijd omgerekend tussen de 154 en 700 euro per ton CO_2, met een mediaan van 363 euro.[31] Ook volgens diverse gezaghebbende Nederlandse economen, waaronder Jeroen van den Bergh en oud-staatssecretaris Rick van der Ploeg, wordt klimaatschade schromelijk onderschat.[32] Als we toekomstige klimaatschade zwaarder wegen, als we minder risico willen nemen op onherstelbare schade aan bossen en biodiversiteit, en als we erkennen dat oceanen in de toekomst steeds minder CO_2 kunnen opnemen, dan zeggen zij dat CO_2-prijzen minstens 105 euro moeten bedragen en waarschijnlijk richting de 250 à 500 euro moeten gaan.

Dit klinkt als een ver-van-mijn-bedshow. Want welke EU-lidstaat rekent nu met CO_2-schadekosten van 500 euro, of zelfs meer, terwijl de marktprijs voor CO_2 zowat 75 euro bedraagt? Het antwoord is: Zweden. In 2020 verhoogde de Zweedse Transport Administratie de CO_2-kosten in kosten-batenanalyses om investeringen in transportinfrastructuur te beoordelen van 100 euro naar maar liefst 682 euro.[33] Wilt u dit even op u laten inwerken? Dit

[28] M. MULDER, *Regulation of Energy Markets: Economic Mechanisms and Policy Evaluation*, Cham, Springer, 2021; J.W. BOLDERDIJK, L. STEG, E. WOERDMAN, R. FRIESWIJK en J.I.M. DE GROOT, "Understanding Effectiveness Skepticism", *Journal of Public Policy and Marketing* 2017, 36(2), 348-361.
[29] M.J. KOTCHEN, "Which Social Cost of Carbon? A Theoretical Perspective", *Journal of the Association of Environmental and Resource Economists* 2018, 5(3), 673-694.
[30] R. KOELEMEIJER *et al.*, *Kosten energie- en klimaattransitie in 2030 – update 2018, Planbureau voor de Leefomgeving Publicatienummer 3241*, 2018; L. BECK en L. TEMPLE-SMITH, "Is CCS Expensive? Decarbonisation Costs in the Net-Zero Context", *Global CCS Institute Brief*, 2020.
[31] K. RICKE *et al.*, "Country-level Social Cost of Carbon", *Nature Climate Change* 2018, 895–900.
[32] J. VAN DEN BERGH en W. BOTZEN, "A Lower Bound to the Social Cost of CO2 Emissions", *Nature Climate Change* 2014, 4: 253–258; S. DIETZ, F. VAN DER PLOEG, A. REZAI en F. VENMANS (forthcoming), "Are Economists Getting Climate Dynamics Right and Does It Matter?", *Journal of the Association of Environmental and Resource Economists* (online beschikbaar als working paper).
[33] "Analysmetod och Samhällsekonomiska Kalkylvärden för Transportsektorn", *ASEK 7.0* (2020); I. VIERTH en A. MERKEL, "Internalization of External and Infrastructure Costs Related to Maritime Transport in Sweden", *Research in Transportation Business en Management*, 2020 (in press, online beschikbaar).

gaat richting de 700 euro per ton CO_2 uit de hierboven genoemde studie in *Nature*. Dat is ook niet vreemd, want het Zweedse overheidsorgaan heeft dit CO_2-bedrag rechtstreeks uit deze en andere economische studies naar klimaatschade gehaald.

Dit Zweedse gebruik van CO_2-schadekostenstudies is des te interessanter als men bedenkt dat de Europese Commissie het emissiehandelssysteem wil gaan uitbreiden naar de scheepvaart en een apart emissiehandelssysteem wil gaan optuigen voor producenten van brandstoffen die gebruikt worden in het wegvervoer en de gebouwde omgeving. Betekent dit dat de Europese CO_2-prijs, of onze nationale CO_2-heffing, ook richting de 700 euro moet worden opgeschroefd om catastrofale klimaatverandering te beteugelen?

Het antwoord is: nee. De hoogte van de CO_2-prijs heeft in principe geen effect op de steeds kleinere omvang van het aantal emissierechten. Dit dalende emissieplafond is cruciaal: het zorgt ervoor dat de toegestane uitstoot ieder jaar kleiner wordt, om uiteindelijk op netto nul CO_2-emissies te eindigen in 2050, zoals de EU beoogt. De handel in emissierechten zorgt er ondertussen voor dat bedrijven de goedkoopste manier kunnen kiezen om aan hun emissiereductieverplichtingen te voldoen. Als de technologie niet zou veranderen, dan zorgt een steeds krapper emissieplafond voor een steeds hogere CO_2-prijs: hoe minder rechten, hoe hoger immers de prijs. Maar omdat hernieuwbare energie en CO_2-reductietechnieken steeds goedkoper worden, zal de CO_2-prijs minder hard stijgen – of zelfs dalen. Uiteindelijk moeten de kosten van klimaatschade niet worden verward met de prijs van emissierechten: die CO_2-prijs reflecteert immers (niet de schadekosten maar) de reductiekosten per eenheid CO_2 onder het emissieplafond.[34]

Een nuancering van dit antwoord betreft de komst van het annuleringsmechanisme in de 'Market Stability Reserve' (MSR).[35] Vanaf 2023 worden emissierechten in de MSR geannuleerd die boven het veilingvolume liggen van het voorgaande jaar. De MSR mag slechts zoveel emissierechten bevatten als in het voorgaande jaar zijn geveild: de rest wordt dus permanent verwijderd. Dit betekent dat een extra nationale CO_2-heffing tot iets meer emissiereducties zou kunnen leiden als het tarief hoger is dan de (fluctuerende) prijs van emissierechten. Een effectieve bodemprijs leidt tot meer emissiereducties, waardoor er meer rechten op de markt komen en de MSR groeit, waarna een beperkt deel van deze rechten automatisch wordt geschrapt.[36] Deze beperkte extra reductie kan later echter weer teniet worden gedaan, omdat de MSR in zijn huidige ontwerp emissierechten mag uitspugen als de schaarste toeneemt.[37] De complexe vormgeving van CO_2-beprijzing zal vermoedelijk nog vele jaren aanleiding geven tot politieke discussies en juridische aanpassingen.

[34] J.E. ALDY *et al.*, "Keep climate policy focused on the social cost of carbon", *Science* 2021, 373 (6557), 850-852.

[35] Besluit (EU) 2015/1814 betreffende de instelling en de werking van een marktstabiliteitsreserve voor de EU-regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten en tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG, OJ 2015 L. 264/1-5.

[36] R. GERLAGH en R.J.R.K. HEIJMANS, "Climate-conscious consumers and the buy, bank, burn program", *Nature Climate Change* 2019, 9, 428-433.

[37] Als het emissierechtenoverschot in een bepaald jaar 'groot' is (meer dan 833 miljoen emissierechten), wat pas in het volgende jaar kan worden berekend, wordt (nu 24 % maar vanaf 2023) 12 % van dit surplus in deze reserve geplaatst door het veilingvolume te verminderen met een overeenkomstig aantal emissierechten in het jaar daarna. Als het overschot aan emissierechten 'klein' is (minder dan 400 miljoen emissierechten), worden 100 miljoen emissierechten uit de reserve vrijgegeven.

7. CONCLUSIE

Voor een CO_2-belasting of klimaatvriendelijke subsidie geldt in principe: hoe hoger het bedrag, hoe duurzamer de consument. Weliswaar is de praktijk weerbarstiger, bijvoorbeeld door gewoontegedrag van consumenten en door hun inelastische vraag naar energie, maar in principe leiden hogere belastingen op vuile producten en hogere subsidies op schone producten tot duurzamer consumentengedrag.

Het is echter een misvatting om te denken dat dit principe ook opgaat bij emissiehandel. In een emissiehandelssysteem wordt het tempo van uitstootvermindering niet bepaald door de hoogte van de CO_2-prijs, maar door de snelheid waarmee het emissieplafond daalt. Hoe stringenter het plafond, hoe duurzamer de producent en daardoor de consument. De CO_2-prijs zorgt vervolgens voor een optimale verdeling van emissiereductiemogelijkheden onder het emissieplafond: die marktprijs laat immers zien tegen welke laagste kosten uitstoot verminderd kan worden en voorkomt zo onnodige investeringen in relatief dure reductietechnologie. Bij emissiehandel geldt dus: hoe lager het plafond, hoe duurzamer de consument.

Het administratief verhogen van de marktprijs van CO_2, bijvoorbeeld met een bodemprijs, negeert bovendien de razendsnel dalende kosten van CO_2-vrije energietechnologie en van emissiereductietechnieken. Bij sectoren die onder een emissiehandelssysteem vallen, zoals nu energie en industrie maar straks ook brandstofproducenten voor wegvervoer en gebouwde omgeving, moet de samenleving juist blij zijn met een lage CO_2-prijs. Het is een signaal dat technologische vooruitgang effectief is om de emissiereductiekosten laag te houden, ondanks de steeds scherpere klimaatdoelen. Sterker nog: een lagere CO_2-prijs schept de benodigde politieke ruimte om de emissieplafonds sneller naar beneden te brengen. Het is veelzeggend dat de EU in 2020 besloot om de reductiedoelstelling voor 2030 flink aan te scherpen, van 40 naar 55 procent, na een decennium waarin de lage prijs van emissierechten ver onder de aanvankelijke voorspellingen lag.

DUURZAAM VENNOOTSCHAPSRECHT: DE AANZET VOOR EEN BESLOTEN VENNOOTSCHAP MET MAATSCHAPPELIJK DOEL (BVM)

Harold KOSTER[1]
Hoogleraar ondernemingsrecht, Universiteit Leiden

1. INLEIDING

Milton Friedman stelde in 1970 dat '*the social responsibility of business is to increase its profits*'[2] en dat de bescherming van menselijke en maatschappelijke belangen een overheidstaak is. Die gedachte gaat *anno* 2021 niet meer op. In onze samenleving is behoefte aan bedrijven die maatschappelijke belangen primair stellen in plaats van het denken in aandeelhouderswaarde. De OECD verwoordt dergelijk social entrepreneurship als volgt:

> "*It is the entrepreneurship that has as main goal to address pressing social challenge and meet social needs in an innovative way while serving the general interest and common good for the benefit of the community. In a nutshell, social entrepreneurship targets to social impact primarily rather than profit maximisation in their effort to reach the most vulnerable groups and to contribute to inclusive and sustainable growth.*"

Ook de politiek heeft aandacht voor sociale ondernemers.[3] Zo staat in het regeerakkoord van het kabinet-Rutte III:

> "*Er komen passende regels en meer ruimte voor ondernemingen met sociale of maatschappelijke doelen met behouden van een gelijk speelveld.*"

Er zijn de afgelopen jaren de nodige initiatieven geweest om de zichtbaarheid van maatschappelijke ondernemingen te vergroten. Zo kennen we in Nederland de Stichting Code Sociale Ondernemingen die een Register Sociale Ondernemingen bijhoudt. Ondernemingen die ingeschreven wensen te worden, dienen de Code Sociale Ondernemingen te onderschrijven en worden voorafgaandelijk aan de registratie onderworpen aan een review. Een ander voorbeeld is de B Corp. Dit is van oorsprong een in Amerika opgezette certificering door de non-profitorganisatie B Lab.[4] De 'B' staat voor '*beneficial*' voor de samenleving. In de criteria die B Lab heeft opgesteld, wordt rekening gehouden met de United Nations Sustainable Development Goals.

Een recent initiatief is het op 9 maart 2021 ter consultatie[5] gepubliceerde voorontwerp voor een besloten vennootschap met een maatschappelijk doel getiteld 'Aanzet voor een wet-

[1] Verbonden aan de Universiteit van Leiden.
[2] M. FRIEDMAN, "The social responsibility of business is to increase its profits", *The New York Times Magazine*, 13 september 1970.
[3] MCKINSEY schatte dat Nederland in 2016 ongeveer 5.000 tot 6.000 maatschappelijke ondernemingen kende met ongeveer 75.000 medewerkers. Zie MCKINSEY & Company, *Scaling the impact of the social enterprise sector*, 2016, p. 5.
[4] Over de B Corp, zie R.L. POUWER, "B Corp in het Nederlandse vennootschapsrecht anno 2019 nog een storm in een glas water", *MvO* 2019/7.
[5] Die consultatie liep tot 30 april 2021.

telijke regeling voor een besloten vennootschap met maatschappelijk doel (BVm)'.[6] Het voorontwerp (hierna ook: 'Aanzet') bevat geen concrete wettekst, maar een 'aanzet' voor een wettelijke regeling voor de BVm, dat wil zeggen het bevat kenmerken en contouren voor een wettelijke regeling. In deze bijdrage onderzoek ik dit voorstel.[7] Ik sluit af met enkele conclusies.

2. ACHTERGRONDEN EN REIKWIJDTE

Uit onderzoek blijkt dat maatschappelijke ondernemingen in de praktijk een gebrek aan erkenning en herkenning ervaren.[8] Het doel van de beoogde wettelijke regeling is daarom het vormgeven van de erkenning en betere herkenning van maatschappelijke ondernemingen die vanuit een besloten vennootschap worden uitgeoefend.[9] Bij de vormgeving van de Aanzet is gekeken naar andere EU-lidstaten waar al een wettelijke regeling voor maatschappelijke ondernemingen is ingevoerd. Uit de Aanzet blijkt dat van de 27 lidstaten plus Zwitserland 16 lidstaten al wetgeving kennen, gericht op de ondersteuning van maatschappelijke ondernemingen, terwijl in drie lidstaten wetgeving in voorbereiding is.

Uitgangspunt is dat als geopteerd wordt voor de BVm, dit kan worden geregistreerd in het handelsregister en mag in de handelsnaam de toevoeging 'besloten vennootschap met maatschappelijk doel' worden gebruikt alsmede de toevoeging 'BVm' of 'B.V.m', mits aan de eisen wordt voldaan die de wet daarvoor stelt. Een dergelijke aanduiding zou volgens de Aanzet de maatschappelijke onderneming beter voor het voetlicht plaatsen bij opdrachtgevers, financiers, afnemers en andere betrokkenen of belanghebbenden. De BVm betreft dus niet de introductie van een nieuwe, aparte vennootschap als rechtspersoon. Het is een rechtspersoon die een BV als rechtsvorm heeft en die daarmee aan de voorschriften voor besloten vennootschappen in Boek 2 BW dient te voldoen. Uit de Aanzet volgt dat een BVm een BV is die aan drie specifieke vereisten voldoet. Ten eerste dienen de bestuurders van de vennootschap ten overstaan van een notaris de wil te hebben geuit dat de BVm-wet op de vennootschap onvoorwaardelijk van toepassing is. Het zou goed zijn in dit kader om toe te staan dat dit bij oprichting geschiedt door de oprichters of de beoogde bestuurders. Voorts zou mijns inziens de vraag welke bevoegdheid de aandeelhouders hierbij hebben, ook aandacht behoeven. In de kern, zo zou je kunnen zeggen, doen de aandeelhouders immers bij de keuze voor een BVm partieel afstand van hun winstgerechtigdheid ten behoeve van het gekozen maatschappelijk belang. Enige betrokkenheid bij de besluitvorming hierover lijkt niet onlogisch. Het tweede vereiste is dat de statuten van de besloten vennootschap op het tijdstip van die wilsuiting van de bestuurders in overeenstemming dienen te zijn met de eisen van de wettelijke BVm-regeling. Het derde vereiste betreft dat een notaris in een notariële akte dient te hebben verklaard dat voldaan is aan de eerste twee vereisten. De notaris dient aldus te beoordelen of het doel van de BV van maatschappelijk belang is in

[6] www.internetconsultatie.nl/bvm.

[7] Over dit voorontwerp, zie ook M.J.L.A.M. ZILLIKENS-LOOS, Mr. Q.M.J.A. CRUL en Mr. T.A. SCHRIEMER, "De nieuwe juridische jas voor de maatschappelijke onderneming komt eraan: de BVm", *MvO* 2021/3-4, en Chr. M. STOKKERMANS, "Naar een wettelijke verankering van de maatschappelijke onderneming", *MvO* 2021/3-4.

[8] KPMG/NYENRODE, *Stimuleren van (h)erkenning van sociale ondernemingen*, Den Haag, maart 2020, p. 5. Dit onderzoek is uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat.

[9] Over een eerder voorstel van Tweede Kamerlid BRUINS, zie J.M. DE JONGH, "Naar een nieuwe variant van de BV? Initiatiefnota Ondernemen met een maatschappelijke missie", *Ondernemingsrecht* 2018/121. Voor eerdere gedachtevorming over een maatschappelijke rechtsvorm, zie M.J. VAN UCHELEN-SCHIPPER, "Sociale ondernemingen in Nederland: is het BV-recht nog flexibel genoeg?", *WPNR* 2020,7298; J.M. DE JONGH, A.J.P. SCHILD en L. TIMMERMAN, "Naar maatschappelijke varianten van de rechtsvormen in Boek 2 BW?" in *Maatschappelijk verantwoord ondernemen*, preadvies Nederlandse Juristen-Vereniging, Deventer, Kluwer, 2010. Voor een rechtsvergelijkende studie, zie A. ARGYROU, *Social enterprises in the EU*, Deventer, Wolters Kluwer, 2018.

de zin van de wettelijke regeling. Ik neem aan dat dit een marginale toetsing betreft, maar het zou goed zijn als de reikwijdte van de rol van de notaris wordt verduidelijkt.

Het voorstel voor de BVm beperkt zich tot de rechtsvorm van de BV. In de Aanzet valt te lezen dat is meegewogen dat toespitsing op één rechtsvorm bijdraagt aan de uniformiteit van (h)erkenning van de maatschappelijke onderneming. Voor het openstellen van de regeling van de maatschappelijke onderneming voor andere rechtsvormen is daarom niet gekozen. Zo zou voor personenvennootschappen een dergelijke regeling complicaties opleveren omdat er uiteenlopende vennootschapsrechtelijke kaders zijn waarbij rechtspersoonlijkheid ontbreekt, er geen sprake is van notariële betrokkenheid bij de oprichting en er geen statutaire verplichtingen gelden. Dit betekent voorts dat ook de coöperatie, de vereniging en de stichting buiten het bereik van een wettelijke regeling zullen vallen. Bij de coöperatie is volgens de Aanzet een wezenlijk knelpunt dat het doel van deze rechtsvorm primair gelegen zal moeten zijn in het krachtens overeenkomsten voorzien in de stoffelijke behoeften van haar leden. Dat zou nauwelijks verenigbaar zijn met de voorwaarde dat het maatschappelijk doel vooropgesteld moet worden bij het bestemmen van de winst. Hetzelfde zou *grosso modo* voor de vereniging gelden. Over stichtingen staat in de Aanzet dat deze buiten het bereik van de regeling vallen om te voorkomen dat een diffuus grensgebied ontstaat tussen de maatschappelijke organisatie en de maatschappelijke onderneming. Dit omdat maatschappelijke organisaties doorgaans een doelvermogen kennen die door contributies, subsidies en/of schenkingen is ontstaan, terwijl een maatschappelijke onderneming een product en/of een dienst levert op basis van een zelfstandig verdienmodel. Zou een stichting een onderneming drijven met een zelfstandig verdienmodel en een maatschappelijk label willen verkrijgen, dan zou, zo valt te lezen in de Aanzet, de stichting omgezet kunnen worden in een BVm. Ook zou een stichting enig aandeelhouder kunnen worden van een BVm. Ten slotte wordt ook de NV niet geschikt geacht als juridisch raamwerk voor een maatschappelijke onderneming, omdat de aandelen van de NV vrij verhandelbaar zijn. Daardoor vormt, zo de Aanzet, “het gerechtvaardigde eigenbelang van aandeelhouders om te delen in de winst en de beperkte invloed van het bestuur om tegenwicht te bieden aan de stem van de algemene vergadering, een te groot risico voor de primair maatschappelijke koers en bestendige succes van de onderneming”. Het is mij vooralsnog onduidelijk waarom dit laatste aspect en voorts de vrije verhandelbaarheid het waarborgen van een maatschappelijk doel in de weg zit. Overigens geldt dat de aandelen van een besloten vennootschap zonder blokkeringsregeling ook vrij verhandelbaar zijn, waardoor dergelijke besloten vennootschappen dan dus eigenlijk ook geen BVm zouden moeten kunnen worden.

De keuze voor de BVm betekent derhalve dat andere rechtsvormen buiten deze regeling vallen. Zij kunnen de benaming ‘met maatschappelijk doel’ dus niet voeren. Deze keuze draagt volgens de wetgever bij aan de uniformiteit van de herkenning en de erkenning van de maatschappelijke onderneming. Dit argument vind ik niet overtuigend. Wat is er tegen een NVm? Zeker nu de meeste NV’s een besloten karakter hebben, En waarom zou een coöperatie zich niet ook met ‘een maatschappelijk doel’ kunnen optuigen? Het krachtens overeenkomsten voorzien in de stoffelijke behoeften van haar leden wordt heden ten dage niet erg strikt meer opgevat en lijkt mij geen belemmering. Kortom, wat mij betreft, wordt de NVm en de coöperatie met een maatschappelijk doel ook toegestaan.

Ten slotte is van belang dat in de Aanzet wordt aangestipt dat de regeling van de BVm in een aparte wet naast Boek 2 BW wordt vastgelegd. Dat is mijns inziens bepaald niet een voor de hand liggende keuze, nu veel aspecten die in een wettelijke regeling van de BVm geregeld zullen gaan worden, aanknopen bij bepalingen die nu al zijn opgenomen in Boek 2 BW. Voorts is niet duidelijk waarom er een aparte wet zou moeten komen en de BVm niet in Boek 2 BW kan worden vastgelegd. Daar zou nog eens over nagedacht moeten worden.

3. MAATSCHAPPELIJK BELANG VAN HET DOEL

De bedoeling is dat in de wettelijke regeling vastgelegd gaat worden dat een BVm verplicht is met haar werkzaamheden een in de statuten omschreven doel van maatschappelijk belang na te streven of te bevorderen, zonder dat die doelomschrijving de mogelijkheid tot het doen van uitkeringen van winst of reserves (volledig) uitsluit. Het is daarbij de bedoeling dat de vennootschap rechtstreeks gericht is op een maatschappelijk belang, en niet dat slechts zijdelings een gunstig effect op het maatschappelijk belang uitgaat. De statuten van de BVm dienen voorts een omschreven voorwerp van werkzaamheid te bevatten dat in overeenstemming is met het doel van maatschappelijk belang. Als maatschappelijk belang worden aangemerkt volgens de Aanzet: a. welzijn; b. cultuur; c. onderwijs: wetenschap en onderzoek; d. bescherming van natuur en milieu, daaronder begrepen bevordering van duurzaamheid; e. gezondheidszorg; f. jeugd- en ouderenzorg; g. ontwikkelingssamenwerking; h. dierenwelzijn; i. religie, levensbeschouwing en spiritualiteit; j. de bevordering van de democratische rechtsorde; k. volkshuisvesting; l. mensenrechten; m. arbeidsmarktparticipatie; n. een combinatie van deze doelen. Er is voor gekozen om een kader te bieden wanneer er sprake is van een maatschappelijk belang omdat 'maatschappelijk belang' als zodanig onvoldoende onderscheidende waarde heeft. Er is hiervoor aansluiting gezocht bij de categorieën van doelen die voor de ANBI-regeling als algemeen nut worden beschouwd,[10] mede omdat uit onderzoek[11] blijkt dat dit een passend kader is terwijl er voorts ook geen goed of beter alternatief operationeel kader voorhanden is. Alhoewel ook andere keuzes gemaakt hadden kunnen worden, is naar mijn mening de keuze om aan te sluiten bij de categorieën van doelen die voor de ANBI-regeling als algemeen nut worden beschouwd, zeker verdedigbaar. Nadat in de praktijk enige ervaring is opgedaan, kan dan worden geëvalueerd of, en in hoeverre, dit aanpassing vereist. Er lijkt overigens op basis van deze criteria veel ruimte voor besloten vennootschappen om voor de BVm-status te kiezen. Omdat deze status echter wel de nodige aanvullende verplichtingen met zich meebrengt, is het de vraag of '*greenwashing*' veel zal gaan voorkomen.

Wordt BVm ten onrechte in de handelsnaam gebruikt, dan zal dat in strijd zijn met de Handelsnaamwet, zo wordt voorgesteld. Alsdan kan iedere belanghebbende de kantonrechter verzoeken degene die de verboden handelsnaam voert, te veroordelen daarin zodanige door de rechter te bepalen wijziging aan te brengen, dat de gestelde onrechtmatigheid wordt opgeheven.

Voorts kan dan, als de feitelijke werkzaamheid van een BVm in ernstige mate in strijd is met het statutaire doel, de rechter op verzoek van een belanghebbende of het openbaar ministerie de ontbinding uitspreken. Ten slotte geldt dat de Handelsnaamwet bepaalt dat hij die een handelsnaam voert in strijd met de wet, gestraft wordt met een geldboete van de tweede categorie. De betekenis van deze sancties lijkt mij evenwel in de praktijk van weinig betekenis. In de Aanzet (p. 9) wordt ook al aangestipt dat handhaving van deze regelgeving moeizaam zal zijn.

4. WINST, VERMOGEN EN UITKERINGEN

Voor de onderwerpen winst, vermogen en uitkeringen is in de Aanzet ook aandacht. In de wettelijke regeling zal worden vastgelegd dat "de algemene vergadering van aandeelhouders van een BVm bij het bestemmen van de winst en het vaststellen van uitkeringen de

[10] Mensenrechten en arbeidsparticipatie zijn toegevoegd.
[11] T. LAMBOOY, P. ANTHONI en A. ARGYROU, "Aren't we all pursuing societal goals in our businesses? Defining "societal purpose" as pursued by social enterprises", *Sustainable development*, 2020/28.

verwezenlijking of de bevordering van het maatschappelijk doel voorop moet stellen, voor zover dit de instandhouding en de langetermijnbelangen van de aan de vennootschap behorende onderneming niet in gevaar brengt". De bedoeling is aldus dat de meeste winst in de onderneming wordt aangewend ten behoeve van het maatschappelijk doel (uitbreidings- of vervangingsinvesteringen). Het betekent dat uitkeringen uit vermogen niet te hoog mogen zijn. Daarnaast geldt overigens dat de reguliere vereisten die Boek 2 BW bevat over de bevoegdheid van de algemene vergadering tot winstbestemming en vaststelling van uitkeringen voor besloten vennootschappen ook voor de BVm zullen gelden.

Er is derhalve niet voor gekozen voor een specifiekere vastlegging wat met winst en vermogen dient te gebeuren via bijvoorbeeld een begrenzende winst- en vermogensklem, omdat dit wellicht concreter houvast biedt maar tevens minder flexibiliteit en beoordelingsvrijheid overlaat. Uit onderzoek blijkt overigens dat in Nederland geïnterviewde maatschappelijke ondernemers het billijk vinden indien voor maatschappelijke ondernemingen zou gelden dat het maximaal uitkeerbare percentage van de winst ergens tussen de 25 en 50 % zou liggen.[12] Uit de Aanzet blijkt dat in sommige andere landen wel voor een specifieke, begrenzende regeling is gekozen. Zo geldt in het Verenigd Koninkrijk voor een Community Interest Company een winstklem die het uitkeerbare bedrag maximeert op 35 % van de winst na belastingheffing. De Luxemburgse Société d'Impact Sociétal dient een aandelenkapitaal te hebben dat verdeeld moet zijn in 50 % winstrechtloze impactaandelen en 50 % vrije aandelen. Ik vind het achterwege laten van een winst- en vermogensklem niet onlogisch, ook omdat dergelijke beperkingen in de praktijk toch (uiteindelijk) wel vaak met succes worden ontweken.

In de Aanzet wordt overigens wel als referentiepunt genoemd een bestemming ten behoeve van het maatschappelijk doel van 50 % van de over een boekjaar gemaakte winst. Maar uiteindelijk zal het van verschillende aspecten afhangen, zoals de omvang van de toe- of afname van winst en het karakter daarvan, de strategie van het bedrijf, de levensfase van de onderneming en de opstelling van de aandeelhouders. Of een bepaald percentage van de winst het maatschappelijk doel voldoende vooropstelt, is ook afhankelijk van de financiële situatie van een BVm. Zo zou het kunnen gebeuren volgens de Aanzet dat een BVm verliezen lijdt en de aandeelhouders bereid zijn tot een kapitaalinjectie, mits aan hen een hoger uitkeringspercentage van de winst wordt toegekend. Daardoor zou het voor het maatschappelijk doel bestemde percentage van de winst tot onder de 50 % kunnen zakken.

Het is voorts niet zo volgens de aanzet dat een BVm verplicht is investeringen te doen om het maatschappelijk doel voorop te stellen in omstandigheden waarin dat voor andere vennootschappen in dezelfde financiële situatie normaal gesproken niet prudent zou zijn. Ook is het toegestaan om reserves op te bouwen en aan te houden voor slechtere tijden. Wordt er evenwel misbruik gemaakt van deze regels, dan kan de rechter mogelijk ingrijpen. In de Aanzet wordt het volgende voorbeeld gegeven:

> "*Een voorbeeld hiervan is als vreemd vermogen door de BVm wordt aangetrokken bij de directeur, die tevens enig aandeelhouder is, en voor de financiering van dat vreemd vermogen ten laste van een reserve een (veel) te hoge vergoeding wordt betaald. De directeur en tevens enig aandeelhouder ontvangt in zijn hoedanigheid van financier in dat geval meer gelden dan een andere financier voor de verstrekking van hetzelfde vermogen tegen marktconforme voorwaarden zou hebben verkregen. De overcompensatie van de (directeur-)aandeelhouder is in dat geval niet ten goede gekomen aan het maatschappelijk doel. Er is dan ten koste van eerder naar de reserve gevloeide winst geld vanuit de maatschappelijke onderneming naar de*

[12] KPMG/NYENRODE, *Stimuleren van (h)erkenning van sociale ondernemingen*, Den Haag, maart 2020.

> *aandeelhouder gegaan met als gevolg dat het maatschappelijk doel voorop lijkt te zijn gesteld. Maar daardoor resteert minder geld voor het maatschappelijke doel.*"

In de Aanzet wordt ook genoemd dat inkoop door de vennootschap van aandelen of certificaten tegen terugbetaling is toegestaan conform de daarvoor in het Burgerlijk Wetboek opgenomen regels. De terugbetaling zal over het algemeen aandeel- en certificaathouders ten goede komen en dus niet tot een directe en reële investering in de onderneming leiden.

Voorts zal de wettelijke regeling inhouden, ter aanvulling van de bestaande regels opgenomen in artikel 2:216 van het Burgerlijk Wetboek, dat het bestuur van een BVm de goedkeuring van een besluit van de algemene vergadering dat strekt tot uitkering dient te weigeren, indien het bestuur meer dan gerede twijfel heeft of behoort te hebben dat die uitkering de BVm belemmert het maatschappelijk doel voorop te stellen. Hiermee wordt volgens de Aanzet bedoeld dat dit niet verderstrekkend is dan de instandhouding en de langetermijnbelangen van de BVm dat toelaten. Weigering door het bestuur is derhalve niet toegelaten bij de enkele aanwezigheid van twijfel. Is er redelijkerwijs discussie mogelijk over de strijdigheid van een uitkering met het vooropstellen van het maatschappelijk doel, dan zal het bestuur de goedkeuring aan de vaststelling niet mogen ontzeggen. Het voordeel van de twijfel komt dan toe aan het bevoegde orgaan dat het besluit heeft genomen. Het zou voorkomen dat het bestuur te veel zeggenschap over de besluitvorming over uitkeringen zou krijgen.

Iets anders is dat het erop lijkt dat er voor het bestuur een aansprakelijkheidsrisico kan ontstaan als het bestuur ten onrechte de uitkering heeft goedgekeurd. In de Aanzet wordt hierover het volgende gezegd (p. 15):

> "*Het enkele feit dat een rechter achteraf oordeelt dat strijd [met het uitkeringscriterium] aanwezig is, wil niet zeggen dat het bestuur verkeerd heeft gehandeld.*"

Het zou, denk ik, goed zijn als dit in de memorie van toelichting nader wordt verduidelijkt wanneer aansprakelijkheid dreigt, zeker nu het voorgestelde criterium voor het bestuur niet altijd eenvoudig zal zijn te beoordelen, ook omdat door de open norm het voorstelbaar is dat er een grotere kans is dat belanghebbenden eerder een aanknopingspunt zien om kritiek te uiten.

In de wettelijke regeling zal voorts worden opgenomen dat op voorstel van het bestuur van de BVm de algemene vergadering een beleid tot winstbestemming en aanwending van vermogen voert, waarin het maatschappelijk doel voorop wordt gesteld. Dit beleid kan zich over meerdere boekjaren uitstrekken en moet openbaar worden gemaakt. Voorts zal worden bepaald dat de statuten de bevoegdheid van de algemene vergadering van aandeelhouders van een BVm, tot vaststelling van een maatschappelijk winst- en reservebeleid, mogen beperken of toekennen aan een ander orgaan dan het bestuur. Dit maatschappelijk winst- en reservebeleid voor ieder boekjaar over de periode waarop dat beleid betrekking heeft, dient een gemotiveerde inschatting te bevatten van: i) het deel van de te verwachten winst dat bestemd zal worden voor de verwezenlijking of de bevordering van het maatschappelijk doel: ii) het deel van de te verwachten beschikbare reserves dat bestemd zal worden voor de verwezenlijking of de bevordering van het maatschappelijk doel; iii) het deel dat bestemd zal worden voor uitkeringen en iv) het deel dat geschikt is voor beide. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld.

Door deze verplichte transparantie krijgen partijen meer inzicht en kunnen dan bij niet-naleving van de wet de BVm aanspreken en uiteindelijk de kwestie voorleggen aan de rechter. Indien vast komt te staan dat dit beleid ernstig tekortschiet door het maatschappe-

lijk belang daarin niet voorop te stellen, is het besluit tot vaststelling van dat beleid nietig wegens strijdigheid met de statuten of de wet, zo valt in de Aanzet te lezen. De vraag is dan wel wat dit betekent voor reeds gedane uitkeringen.

De wettelijke regeling zal voorts een bepaling bevatten op grond waarvan grotere ondernemingen in het bestuursverslag een paragraaf dienen op te nemen die ingaat op onder meer de maatschappelijke waarde. Een afzonderlijk maatschappelijk jaarverslag is overigens ook toegestaan. Uit de maatschappelijke paragraaf of uit het maatschappelijke jaarverslag moet het doel en de werkzaamheid van de BVm blijken en de met de werkzaamheid gerealiseerde maatschappelijke waarde in het afgelopen boekjaar. Ook zou gedacht kunnen worden aan het in de wet opnemen dat hieruit ook de uitvoering van het winst- en reservebeleid moet blijken alsook op welke wijze en met welke activiteiten de onderneming haar relatie met onderscheiden *stakeholders* in het afgelopen boekjaar heeft vormgegeven. Het voeren van dit beleid mag achterwege blijven als gedurende de periode waarop dat beleid betrekking heeft met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid geen winst zal worden behaald of als de instandhouding van de onderneming van de BVm door het doen van uitkeringen onmiddellijk in gevaar zou worden gebracht.

De BVm die een maatschappelijk winst- en reservebeleid opstelt, kan daar '*stakeholders*' bij betrekken. In de Aanzet wordt opgemerkt dat de BVm een stakeholderbeleid kan voeren. Het uitgangspunt van het stakeholderbeleid is de wederkerigheid van de relatie tussen de maatschappelijke onderneming en haar *stakeholders*. Een dergelijk beleid omvat een analyse wie voor de onderneming belangrijke primaire en secundaire *stakeholders* zijn, welke belangen en invloed zij elk hebben, alsmede in hoeverre die belangen en invloed van betekenis zijn voor het doel dat de BVm en de daaraan toebehorende maatschappelijke onderneming zich stelt.

Ten slotte geldt dat de statuten van een BVm de bestemming van het overschot na vereffening van het vermogen van de BVm in geval van ontbinding, of de wijze waarop die bestemming zal worden vastgesteld, dienen te bevatten. Dit overschot moet toekomen aan een andere BVm of aan een andere rechtspersoon die een ideëel of sociaal doel nastreeft. Vraag is naar mijn mening of niet ook een deel aan de aandeelhouders zou moeten kunnen worden toegekend. Volgens de Aanzet kan dat niet. Daar zou mijns inziens nog eens over nagedacht kunnen worden.

5. BEËINDIGING TOEPASSELIJKHEID BVM-REGELING

Het bestuur van een BVm kan besluiten tot beëindiging van de toepasselijkheid van de BVm-status. Het bestuur legt het besluit daartoe neer ten kantore van de rechtspersoon en kondigt de nederlegging aan in een landelijk verspreid dagblad, onder vermelding van de rechtsvorm, naam en zetel van de BV en de vermelding dat de BVm-wet op die BV van toepassing is. Ook hier speelt mijns inziens de vraag of aandeelhouders en wellicht vooral ook de andere *stakeholders* hier niet iets over te zeggen zouden moeten hebben. Voorts komt de vraag op of publicatie op de website van de BVm van het voornemen tot beëindiging van de BVm-status niet ook zou moeten worden voorgeschreven.

Een belanghebbende kan tegen beëindiging in verzet komen bij de rechtbank. Dat kan tot een maand nadat het bestuur van de betreffende BV het besluit heeft aangekondigd. Een besluit tot beëindiging van de toepasselijkheid van de BVm-wet op een BV die tevens BVm is, wordt niet van kracht zolang verzet kan worden gedaan. Indien tijdig verzet is gedaan, wordt het besluit eerst van kracht, zodra het verzet is ingetrokken of de opheffing van het verzet uitvoerbaar is.

De rechtbank wijst het verzet toe, indien er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat het besluit strijdig is met het belang van voortgezette toepasselijkheid van de BVm-wet op de BV. Daarbij moet in aanmerking worden genomen het belang dat de persoon, die in verzet is gekomen, heeft bij die voortgezette toepasselijkheid van die wet op de BV die tevens BVm is.

In de Aanzet wordt voorts opgemerkt dat indien het verzet zich richt op een BV die tevens BVm is en zich na beëindiging van de toepasselijkheid van de BVm-wet wil omzetten in een andere rechtsvorm, dient deze BVm een notarieel ontwerp van de akte aan de rechter over te leggen. De notaris moet dan in de akte van omzetting verklaren dat door de rechtbank een akte van non-verzet is verstrekt dan wel dat bewijs is overgelegd waaruit blijkt dat verzet dat is gedaan, is ingetrokken of de opheffing daarvan uitvoerbaar is. Vraag die dit oproept is, of dit niet zo eenvoudig ontweken kan worden door de omzetting nog even uit te stellen.

6. JURIDISCHE FUSIE EN SPLITSING

De Aanzet gaat ook in op juridische fusie en splitsing omdat een juridische fusie of een splitsing ook invloed kan hebben op toepassing van de BVm-regeling. De wettelijke regeling zal voor juridische fusie en splitsing met betrokkenheid van een BVm daarom aanvullende regels gaan bevatten. Zo zal worden geregeld dat als in een voorstel tot fusie of splitsing de verkrijgende rechtspersoon geen BVm is, een belanghebbende bij de te fuseren of te splitsen BVm in verzet mag komen bij de rechtbank tegen dat voorstel. Er is aldus sprake van een verruimde kring van personen die tot het instellen van verzet gerechtigd zijn.

Verzet aantekenen kan tot een maand nadat alle te fuseren of te splitsen rechtspersonen de nederlegging of de openbaarmaking van het voorstel hebben aangekondigd. De rechtbank wijst het verzet tegen een voorstel tot fusie of splitsing toe indien er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat het voorstel strijdig is met het maatschappelijke doel van de BVm. Hiervan zal in elk geval sprake kunnen zijn indien ten aanzien van de beoogde verkrijger, gezien haar statutaire doelstelling en/of de feitelijke werkzaamheden, redelijkerwijs niet de verwachting bestaat dat zij een bijdrage aan het verwezenlijken van het maatschappelijk doel van de gefuseerde of gesplitste BVm zal (kunnen) leveren. Voorts wijst de rechtbank het verzet toe indien een belanghebbende door de voorgestelde fusie of splitsing zodanig in zijn belang bij voortgezette toepasselijkheid van de BVm-wet wordt geschaad, dat het dulden van de uitvoering daarvan in redelijkheid niet van hem kan worden gevergd. Dit kan het geval zijn als de belangen van degenen die bij de te fuseren of te splitsen BVm en haar activiteiten zijn betrokken, zoals opdrachtgevers, financiers, werknemers en anderen, door de voorgenomen fusie of splitsing worden geschaad, gelet op hun belang bij voortgezette toepasselijkheid van de BVm-wet op de BVm.

Voordat de rechter beslist, kan de rechter partijen in de gelegenheid stellen binnen een door hem gestelde termijn een door hem omschreven wijziging in het voorstel tot fusie of splitsing aan te brengen. Is niettemin de akte van fusie of splitsing al verleden terwijl tijdig verzet is gedaan en dit verzet niet is opgeheven of de opheffing daarvan nog niet uitvoerbaar is, kan de rechter op een ingesteld rechtsmiddel bevelen dat de verkrijgende rechtspersoon de statuten wijzigt zodat daaruit blijkt dat het vermogen van de gefuseerde of gesplitste BVm dat krachtens de juridische fusie of splitsing op de verkrijgende rechtspersoon is overgegaan, slechts met toestemming van de rechter anders mag worden besteed dan aan het maatschappelijke doel van de gefuseerde of gesplitste BVm. Dit kan indien de juridische fusie of splitsing strijdig is met het belang van de beëindigde BVm. De rechter kan daarbij bevelen dat uit de gewijzigde statuten van de verkrijgende rechtspersoon moet

blijken dat de bevoegdheid tot wijziging van deze toevoeging slechts mogelijk is met toestemming van de rechter.

Zijn alle bij een juridische fusie of splitsing betrokken partijen een BVm, dan kan geen beroep worden gedaan op dit verzetsrecht. Het is de vraag of dit niet heroverweging verdient. Immers, een verkrijgende BVm kan een ander maatschappelijk doel kennen en daarmee de belangen van bepaalde betrokkenen van een andere bij de juridische fusie of splitsing betrokken rechtspersoon nadelig beïnvloeden.

7. TOEZICHT EN HANDHAVING

De wettelijke regeling zal ook een nieuwe enquêtegerechtigde introduceren. In het wetsvoorstel zal namelijk worden vastgelegd dat een stichting of een vereniging die collectieve belangen van anderen behartigt, bevoegd is een verzoek in te dienen bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam om een onderzoek te laten instellen naar het beleid en de gang van zaken van de BVm in relatie tot het maatschappelijk belang dat in de statuten van die BVm is neergelegd. Een voorwaarde daarvoor is dat de desbetreffende stichting of vereniging een of meer maatschappelijke belangen op basis van haar statuten behartigt die tot eenzelfde categorie gerekend kunnen worden als die de te onderzoeken BVm met haar doel nastreeft of bevordert. Overwogen zou kunnen worden, zo meen ik, mocht een BVm een *stakeholders*orgaan kennen, om deze ook enquêtebevoegdheid toe te kennen.

Het valt op dat de Aanzet verder weinig aandacht besteedt aan effectieve handhaving van en toezicht op de BVm-regeling. Mijns inziens zou in elk geval over twee aspecten nader nagedacht dienen te worden. Ten eerste de vraag of er niet meer geregeld dient te worden over de invloed van *stakeholders*. Zo zou voorgeschreven kunnen worden dat een BVm een *stakeholders*beleid dient te hebben en dat over de uitvoering van dat beleid verantwoording moet worden afgelegd. Ook zou overwogen kunnen worden een *stakeholders*orgaan voor te schrijven voor een BVm met een bepaalde omvang. Ten tweede noem ik als aandachtspunt of er niet een toetsende autoriteit zoals ACM aangewezen moet worden die toeziet op naleving van de BVm-regelgeving.

8. CONCLUSIE

In dit artikel is de Aanzet over de BVm besproken. Betreft de BVm een waardevolle aanvulling van het rechtspersonenrecht? Naar mijn mening is dat zeker het geval. Het regelen van de erkenning en de (betere) herkenning van maatschappelijke ondernemingen is zonder meer een positieve ontwikkeling. Uit het voorgaande blijkt echter ook dat de voorgestelde regeling nog enkele vragen oproept. Ook zijn er voorstellen die heroverweging verdienen. Daartoe is een aantal suggesties gedaan. Deze kanttekeningen nemen niet weg dat met de BVm mijns inziens een waardevol initiatief is genomen. Het wachten is nu op het wetsvoorstel. Ik ben benieuwd welke keuzes de wetgever gaat maken.

DUURZAAMHEID GEFINANCIERD: ROL EN PLICHTEN VAN FINANCIELE DIENSTVERLENERS

Veerle COLAERT
Hoogleraar financieel recht KU Leuven

Arnaud VAN CAENEGEM[1]
Doctoraatsonderzoeker KU Leuven

1. INLEIDING

Duurzaamheid op de Europese agenda. De financiële sector speelt een belangrijke rol in de beleidsplannen van de Europese Commissie om de doelstellingen van de UN Sustainable Development Goals[2] en het Klimaatakkoord van Parijs[3] te bereiken. Het Actieplan: Duurzame Groei Financieren (hierna: Actieplan) van 2018 zet uiteen hoe het financieel recht moet worden gewijzigd om ervoor te zorgen dat de financiële sector kapitaal kanaliseert naar economische activiteiten die passen binnen die duurzaamheidsdoelstellingen en dat de sector zich weerbaar maakt tegen de risico's die klimaat, milieu en sociale uitdagingen stellen.[4] Het integreren van milieu-, sociale en governance- (hierna: ESG)[5] overwegingen in beleggingsbeslissingen, enerzijds, en duurzaam risicomanagement, anderzijds, zijn dan ook de basisdoelstellingen van duurzame financiering of "sustainable finance".[6]

Rol van financiële dienstverleners. In het Actieplan grijpen een heel aantal maatregelen in op de relatie financiële dienstverlener-belegger. Dit is niet verwonderlijk, gelet op de belangrijke rol van financiële dienstverleners bij het verschaffen van toegang tot duurzame beleggingen aan professionele en vooral ook niet-professionele beleggers.

Onderzoek heeft vastgesteld dat beleggingen van niet-professionele beleggers vaak niet stroken met hun persoonlijke overtuigingen, omdat zij niet weten dat of hoe die overtuigingen kunnen worden geïntegreerd in hun beleggingsbeslissingen, omdat zij vrezen dat duurzame producten minder opbrengen of omdat dergelijke producten onvoldoende beschikbaar zijn.[7] Dit wordt onder meer toegeschreven aan een gebrek aan communicatie door de financiële dienstverlener.[8]

Zelfs wanneer de belegger in een duurzaam fonds belegt, toont onderzoek van Amerikaanse fondsen door Brakman-Reiser en Tucker aan dat de belegger vaak niet weet waar hij

[1] Deze bijdrage werd bijgewerkt tot 10 december 2021.
[2] *UN Doc*, A/RES/70/1.
[3] Art. 2 Verenigde Naties, Paris Agreement, 2015; Besluit 2016/1841 EP en Raad 5 oktober 2016 betreffende de sluiting, namens de Europese Unie, van de Overeenkomst van Parijs, die is aangenomen in het kader van het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake klimaatverandering (*Pb.L.* 2016, afl. 282).
[4] Commissiedocument 97 van 2018 (hierna: Actieplan).
[5] In het Nederlands afgekort als 'MSG' maar het Engelse 'ESG' komende van Environmental, Social and Governance is de gangbare afkorting.
[6] Actieplan, *l.c.*, noot 4, p. 2.
[7] H. PILAJ, "The Choice Architecture of Sustainable and Responsible Investment: Nudging Investors Toward Ethical Decision-Making", *J Bus Ethics* 2017, p. 743; F. PAETZOLD en T. BUSCH, "Unleashing the Powerful Few: Sustainable Investing Behaviour of Wealthy Private Investors", *Organization and Environment* 2014, p. 348; EUROSIF, "European SRI study", www.eurosif.org, 2018; zie ook Actieplan, *l.c.*, noot 4, p. 6.
[8] EUROSIF, "European SRI study", www.eurosif.org, 2018, p. 76; zie ook Actieplan, *l.c.*, noot 4, p. 6.

aan toe is.[9] Duurzame financiële producten hanteren volgens deze studie al te verschillende beleggingsstrategieën, waarbij de details of concrete omlijning van activiteiten en engagementen op vlak van duurzaamheid niet altijd duidelijk worden aangegeven. Ook de beperkte mogelijkheden van beleggers om duurzaamheidsaspecten te verifiëren en op basis van die aspecten financiële producten te vergelijken, zijn nefast voor het beleggersvertrouwen in de markt van duurzame financiële producten.[10]

Maatregelen. De Europese regelgever heeft daarom een reeks maatregelen getroffen die ervoor moeten zorgen dat ook de retailbelegger zijn weg vindt naar, en in het gamma van, duurzame beleggingen. Financiële dienstverleners spelen daarbij een doorslaggevende rol. In de regulering van deze dienstverleners kunnen voor bepaalde activiteiten parameters worden opgelegd die bepalen wanneer een economische activiteit duurzaam is, of kan de focus worden gelegd op transparantie in beleggingsprocedures om beleggers tot een ethische zelfreflectie aan te zetten.[11] Daarnaast werden ook de gedragsregels die gelden in de relatie financiële dienstverlener-belegger aangepast.

Overzicht. In deze bijdrage geven we een overzicht van de Europese wetgeving inzake duurzame financiering die van toepassing is op of onmiddellijk relevant is voor financiële dienstverleners. In wat volgt, schetsen we daartoe eerst de internationale en Europese achtergrond van de 'sustainable finance'-beweging. Vervolgens gaan we in op de belangrijkste wetgevende initiatieven die in dit verband werden genomen of in de steigers staan. We bespreken met name (i) het uniform EU-classificatiesysteem voor duurzame economische activiteiten ("taxonomie"), (ii) het Ecolabel, (iii) de Verordening betreffende informatieverschaffing over duurzaamheid in de financiëledienstensector; (iv) de Verordening voor het creëren van een nieuwe categorie van benchmarks om de koolstofvoetafdruk van beleggingen te vergelijken en (v) de aanpassingen aan de MiFID II- en IDD-gedragsregels met betrekking tot beleggingsdiensten en verzekeringsdistributie. We sluiten af met een conclusie.

2. INTERNATIONALE EN EUROPESE CONTEXT

2.1. Internationale context

Initiatieven van de Verenigde Naties. De eerste internationale initiatieven inzake duurzame financiering dateren van 1992. In de context van de Rio Earth Summit van 1992 startte het "*United Nations Environment Programme*" een samenwerking op met de banksector, die resulteerde in de "*UNEP Statement by Banks on the Environment and Sustainable Development*". Dit initiatief werd later uitgebreid naar de volledige financiële sector, inclusief verzekeraars, en uiteindelijk omgevormd tot de "*UNEP Statement of Commitment by Financial Institutions on Sustainable Development*" (hierna: UNEP FI).[12]

Lange tijd werd de integratie van ESG-overwegingen bij het nemen van beleggingsbeslissingen echter beschouwd als een ongeoorloofde inmenging van de persoonlijke voorkeuren van de dienstverlener of als onverenigbaar met de idee van winstmaximalisatie.[13]

[9] D. BRAKMAN-REISER en A. TUCKER, "Buyer beware: variation and opacity in ESG and ESG index funds", *Cardozo Law Review* 2020, p. 1976.
[10] Overw. 13 Verord. (EU) 2020/852 EP en Raad 18 juni 2020 betreffende de totstandbrenging van een kader ter bevordering van duurzame beleggingen en tot wijziging van Verordening (EU) 2019/2088 (*Pb.L.* 2020, afl. 198) (hierna: Taxonomieverordening).
[11] B. RICHARDSON, *Fiduciary law and responsible investing: in nature's trust*, Oxfordshire, Routledge, 2013, 2.
[12] www.unepfi.org/.
[13] J. SANDBERG, "Socially Responsible Investment and Fiduciary Duty: Putting the Freshfields Report into Perspective", *Journal of Business Ethics* 2010, p. 144.

UNEP FI gaf daarom in 2005 de opdracht aan het advocatenkantoor Freshfields om duidelijkheid te scheppen over de vraag of het integreren van ESG-factoren in het beleggingsbeleid van pensioenfondsen, verzekeringsmaatschappijen en beleggingsondernemingen, vrijwillig toegestaan, wettelijk verplicht of net gehinderd werd door wet- en regelgeving in zeven landen.[14] Het rapport concludeerde dat het integreren van ESG-overwegingen in een beleggingsanalyse om de financiële prestaties betrouwbaarder te voorspellen duidelijk toegestaan is. De integratie van ESG-overwegingen in het beleggingsbeleid mag ook wanneer een keuze moet worden gemaakt tussen verschillende beleggingen met dezelfde financiële kenmerken.[15] De integratie is verplicht wanneer een consensus (expliciet of impliciet) tussen de begunstigden van het portfolio een bepaalde investeringsstrategie voorschrijft. Een fondsbeheerder kan bovendien op eigen initiatief bepaalde activa mijden wanneer de ESG-kenmerken ervan het actiefbestanddeel zo verwerpelijk maken dat er niet in belegd kan worden (bv. wegens schending van internationaal erkende normen, zoals het verbod op kinderarbeid).[16] Verder bouwend op die conclusies werden een jaar later de "*Principles for Responsible Investment*" (PRI) gepubliceerd,[17] bestaande uit zes eerder breed geformuleerde beginselen.[18]

In 2015 nam de algemene vergadering van de Verenigde Naties de "UN Sustainable Development Goals" aan en werd het Klimaatakkoord van Parijs ondertekend.[19] Vooral in de EU werd dit aangegrepen om een omvattend duurzaamheidsbeleid uit te werken, waar duurzame financiering een belangrijke pijler van uitmaakt.

2.2. Europese context

Vijfde en volgende klimaatactieplannen. Hoewel het *sustainable finance*-beleid van de Europese Unie pas recent grotere aandacht heeft gekregen, gaat dit bijna even ver terug als de hierboven genoemde internationale initiatieven. In het vijfde klimaatactieplan van 1992 stelde de Europese Commissie al vast dat de inschatting van de risico's van bedrijven door financiële instellingen, een sterke en soms zelfs een beslissende invloed uitoefent op beleggings- en beheerbeslissingen, wat ten behoeve van het milieu kan worden ingezet.[20] De daaropvolgende actieplannen en een parallel initiatief van de Europese Commissie om maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO) te promoten, leidden uiteindelijk tot

[14] Frankrijk, Duitsland, Italië, Japan, Spanje, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten: UNEP FI en Freshfields, "A legal framework for the integration of environmental, social and governance issues into institutional investment", 2005, www.unepfi.org/fileadmin/documents/freshfields_legal_resp_20051123.pdf.
[15] UNEP FI, "A legal framework for the integration of environmental, social and governance issues into institutional investment", www.unepfi.org, 2005, p. 12 (hierna: Freshfields).
[16] Freshfields, *l.c.*, noot 14, p. 12.
[17] www.unpri.org.
[18] B. RICHARDSON, *Fiduciary law and responsible investing: in nature's trust*, Oxfordshire, Routledge, 2013, p. 91.
[19] Zie voetnoten 2-3.
[20] Commissiedocument (*Pb.L.* 1993, afl. 138/27 en 72); een herziening van datzelfde actieplan in 1998 moedigde verleners van financiële diensten zoals banken en verzekeringsmaatschappijen zelfs expliciet aan om bij hun transacties milieuoverwegingen te laten meespelen: art. 5, tweede lid, Besluit (EU) 2179/98/EG EP en Raad 24 september 1998 betreffende de herziening van het beleidsplan en actieprogramma van de Europese Gemeenschap inzake het milieu en duurzame ontwikkeling "Op weg naar duurzame ontwikkeling" (*Pb.L.* 1998, afl. 275/8). Ook het zesde klimaatactieplan van 2002 benadrukte de noodzaak voor de financiële sector om milieuoverwegingen te integreren, onder meer in de financiële verslaggeving: art. 3 (7) Besluit (EU) 1600/2002/EG EP en Raad 22 juli 2002 tot vaststelling van het Zesde Milieuactieprogramma van de Europese Gemeenschap (*Pb.L.* 2002, afl. 242/5). In het zevende klimaatactieplan van 2013 ligt nog steeds de nadruk op het aanmoedigen van Europese bedrijven om in het kader van hun financiële verslaglegging milieu-informatie te publiceren; overw. 77 *jo.* 84 Besluit (EU) 1386/2013/EU EP en Raad 20 november 2013 inzake een nieuw algemeen milieuactieprogramma voor de Europese Unie voor de periode tot en met 2020 "Goed leven, binnen de grenzen van onze planeet" (*Pb.L.* 2013, afl. 54/193-194).

een eerste concreet wetgevend initiatief met Richtlijn (EU) 2014/95/EU met betrekking tot de bekendmaking van niet-financiële informatie en informatie inzake diversiteit door bepaalde grote ondernemingen en groepen.[21]

High-Level Expert Group. Het Europese beleid inzake duurzame financiering kwam echter pas echt van de grond nadat de Europese Unie de UN Sustainable Development Goals en de klimaatdoelstelling van het Klimaatakkoord van Parijs onderschreven had. In 2016 stelde de Europese Commissie een High-Level Expert Group (hierna: HLEG) samen om een blauwdruk voor hervormingen van het Europees financieel recht uit te tekenen met het oog op de bevordering van duurzame financiering.[22] Bij de beoordeling van de kapitaalmarktunie in 2017 benadrukte de Europese Commissie nogmaals de nood aan een fundamentele hervorming van het financieel systeem om beleggingen duurzamer te maken.[23]

In 2018 leverde de HLEG haar rapport af. De groep definieerde het concept "duurzame financiering" aan de hand van twee doelstellingen: (i) de financiële sector meer doen bijdragen aan duurzame en inclusieve groei en (ii) financiële stabiliteit versterken door ESG-factoren in beleggingsbeslissingen te incorporeren.[24] De groep kwam tot de conclusie dat daartoe een omvattende herziening van het hele systeem nodig was en selecteerde acht prioritaire maatregelen.[25]

Actieplan: Duurzame Groei Financieren. Op basis van de bevindingen van het tussentijdse en vervolgens het definitieve rapport van de HLEG stelde de Europese Commissie een actieplan op, dat specifiek focust op duurzaam financieren.[26] Het Actieplan definieert drie globale doelstellingen en tien concrete actiepunten. De doelstellingen zijn: (i) kapitaalstromen heroriënteren in de richting van duurzame investeringen om duurzame en inclusieve groei te bewerkstelligen, (ii) financiële risico's als gevolg van de klimaatverandering, de uitputting van hulpbronnen, de aantasting van het milieu en sociale kwesties beheren en (iii) transparantie en langetermijndenken bij financiële en economische activiteiten stimuleren.[27]

---

[21] Richtl. (EU) 2014/95/EU EP en Raad 22 oktober 2014 tot wijziging van Richtlijn 2013/34/EU met betrekking tot de bekendmaking van niet-financiële informatie en informatie inzake diversiteit door bepaalde grote ondernemingen en groepen (*Pb.L.* 2014, afl. 330/1).

[22] High-Level Expert Group on Sustainable Finance, "Final Report", https://ec.europa.eu, 2018, p. 2 (hierna: High-Level Expert Group).

[23] Commissiedocument 292 van 2017, p. 9.

[24] High-Level Expert Group, *l.c.*, noot 22, p. 6.

[25] High-Level Expert Group, *l.c.*, noot 22, p. 5.

[26] High Level Expert Group on Sustainable Finance, "Interim Report", https://ec.europa.eu, 2017; High-Level Expert Group, *l.c.*, noot 22.

[27] Actieplan, *l.c.*, noot 4, p. 2; Opgemerkt mag worden dat de Europese Unie niet gewacht heeft op dit actieplan en ook voordien al een aantal initiatieven heeft genomen om duurzame financiering te integreren in haar beleid. Al in de PRIIPs Verordening van 2014 werd bepaald dat het Essentiële Informatie Document voor verpakte producten, indien van toepassing, specifieke door het product beoogde milieudoelstellingen of sociale doelstellingen van het product moest vermelden (art. 8, (3), c., ii en art. 8 (4) Verord. (EU) 1286/2014 EP en Raad 26 november 2014 over essentiële-informatiedocumenten voor verpakte retailbeleggingsproducten en verzekeringsgebaseerde beleggingsproducten (PRIIP's) (*Pb.L.* 2014, afl. 352)). Bij de wijziging van de aandeelhoudersrechtenrichtlijn in 2017 werd dan weer een verplichting voor vermogensbeheerders ingevoerd om institutionele beleggers op de hoogte te brengen of en hoe zij rekening houden met ESG-aspecten (overw. 22 *jo.* 3*nonies* (2), b Richtl. (EU) 2017/828/EU EP en Raad 17 mei 2017 tot wijziging van Richtlijn 2007/36/EG wat het bevorderen van de langetermijnbetrokkenheid van aandeelhouders betreft (*Pb.L.* 2017, afl. 132/1)). Voor het in 2019 ingevoerde Pan-Europees pensioenproduct (PEPP) moet het essentiële informatiedocument informatie bevatten over de aard en de voornaamste kenmerken van het PEPP, waaronder informatie, indien beschikbaar, over de prestaties van de beleggingen wat betreft ES- factoren (art. 28 (3), c, xii Verord. (EU) 2019/1238 EP en Raad 20 juni 2019 inzake een pan-Europees persoonlijk pensioenproduct (PEPP) (*Pb.L.* 2019, afl. 198/1) zie ook overw. 8). Bij de recente wijziging van de verordeningen die de werking van de Europese toezichthoudende autoriteiten bepalen, heeft de wetgever duurzaamheid gedefinieerd als een volwaardig onderdeel van de gemeenschappelijke toezichtscultuur, onder meer door het invoeren van een monitoringsysteem voor de beoordeling van wezenlijke ESG-gerelateerde

Europese Green Deal. Op 11 december 2019 nam de Europese Commissie de Europese Green Deal aan als een beleidsplan om de Europese economie te verduurzamen.[28] Om de bijdrage van de private sector aan de Europese Green Deal verder uit te bouwen, werd een vernieuwde strategie voor duurzame financiering aangenomen op 6 juli 2021.[29] Met deze nieuwe strategie bevestigt de Commissie de primaire doelstelling om via regelgeving private kapitaalstromen te kanaliseren naar duurzame sectoren.[30] Aan de hand van zes actiepunten wil de Commissie nieuwe maatregelen nemen om ook de financiering van genomen tussenstappen richting verduurzaming te promoten, om de inclusieve toegang tot opportuniteiten in duurzame financiering te bewerkstelligen, om de weerbaarheid ten aanzien van duurzaamheidsrisico's te verbeteren, om de bijdrage van de financiële sector aan de financiering van duurzaamheid te vergroten en om meer in te zetten op internationale samenwerking.[31]

3. DUURZAAMHEID GEDEFINIEERD: LABELS EN TAXONOMIE

Achtergrond. De belangrijkste en meest dringende stap met het oog op duurzame financiering was een EU-classificatiesysteem of taxonomie voor duurzame economische activiteiten.[32] Er bestonden immers wel verschillende nationale duurzaamheidslabels voor financiële producten, zoals het "Towards Sustainability Label" van het Belgische Febelfin, maar die hanteerden geen gemeenschappelijk ijkpunt om duurzaamheid te definiëren. Het doel van de taxonomie is om ondernemingen en beleggers een gemeenschappelijke taal te bieden die toelaat economische activiteiten als (in eerste instantie) ecologisch duurzaam te classificeren. Luidens de Taxonomieverordening (EU) 2020/852 moet een EU-classificatie van ecologisch duurzame economische activiteiten de ontwikkeling van toekomstig Uniebeleid ter ondersteuning van duurzame financiering mogelijk maken. Zo zullen er onder meer Uniebrede normen voor ecologisch duurzame financiële producten worden ingevoerd, evenals labels die formele erkenning bieden van de naleving van die normen in de hele Unie.[33] Hieronder wordt eerst kort ingegaan op het "Towards Sustainability Label" dat ontwikkeld werd op initiatief van Febelfin, vervolgens op de hoofdlijnen van de Taxonomieverordening, om ten slotte het Europees Ecolabel te belichten.

---

risico's, rekening houdend met het Klimaatakkoord van Parijs (art. 29 (1), f Verord. (EU) 1093/2010; art. 29 (1), f Verord. (EU) 1094/2010; art. 29 (1), f Verord. (EU) 1095/2010, zoals gewijzigd door Verord. (EU) 2019/2175 EP en Raad 18 december 2019 tot wijziging van Verordening (EU) 1093/2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Bankautoriteit), Verordening (EU) 1094/2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Autoriteit voor verzekeringen en bedrijfspensioenen), Verordening (EU) 1095/2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Autoriteit voor effecten en markten), Verordening (EU) 600/2014 betreffende markten in financiële instrumenten, Verordening (EU) 2016/1011 betreffende indices die worden gebruikt als benchmarks voor financiële instrumenten en financiële overeenkomsten of om de prestatie van beleggingsfondsen te meten, en Verordening (EU) 2015/847 betreffende bij geldovermakingen te voegen informatie (*Pb.L.* 2019, afl. 334/1)).

[28] Commissiedocument 640 van 2019.

[29] Commissiedocument 390 van 2021.

[30] Commissiedocument 390 van 2021, p. 2.

[31] Commissiedocument 390 van 2021, p. 4.

[32] Actieplan, *l.c.*, noot 4, 4.

[33] Overw. 16 Taxonomieverord., *l.c.*, noot 10.

3.1. Het Towards Sustainability Label

Beginselen. Het "Towards Sustainability Label" is gestoeld op vijf beginselen waarbij het hanteren van duurzaamheidsstrategieën[34] gecombineerd wordt met het uitsluiten of uitfaseren van "bruine" investeringen (investeringen op de zogenaamde "bruine lijst").[35] Verder gelden er bijkomend vereisten inzake transparantie,[36] informatie voor de klant[37] en toezicht.[38,39]

Interactie met taxonomie. Op 31 mei 2021 werden de criteria van het "Towards Sustainability Label" herzien. Op dat moment kregen reeds meer dan 570 beleggingsfondsen, indexproducten, verzekeringsfondsen en spaarproducten het label, goed voor een waarde van 390 miljard euro aan beheerde activa.[40] Deze nieuwe criteria treden in werking vanaf januari 2022.[41] Daarin wordt aangegeven dat de taxonomie kan dienen als één van de kaders voor belegginsstrategieën die focussen op duurzaamheidsthema's en voor het impact

[34] Ondernemingen die voor hun producten het label ambiëren, moet ten minste de volgende twee strategieën gebruiken: (i) integratie van ESG-factoren en (ii) negatieve/uitsluitende screening. Daarnaast moeten een of meer van de volgende aanvullende strategieën worden toegepast: (i) positieve/best-in-class screening, (ii) op normen gebaseerde screening (iii) investeren op basis van duurzaamheidsthema's en (iv) impactbeleggen of investeren in de gemeenschap. Alle activa in de portefeuille moeten bovendien worden beoordeeld op hun duurzaamheid. Zie FEBELFIN, "A quality standard for sustainable and socially responsible financial products: Final text", www.towardssustainability.be, 2019, p. 11-12 (hierna: Febelfin).

[35] Beleggingen in (i) ondernemingen die het VN Global Compact overtreden, (ii) wapens, (iii) tabak, (iv) steenkool en (v) onconventionele olie en gas zijn niet toegelaten. Financiering van tijdelijke energiebronnen zoals conventionele olie en gas en kernenergie moet bovendien beperkt zijn en worden onderworpen aan betrokkenheid van aandeelhouders. Zie FEBELFIN, *o.c.*, noot 34, p. 19.

[36] Een maatschappelijk verantwoord financieel product moet een overzicht geven van zijn positie ten aanzien van mogelijk niet-duurzame praktijken en kwesties die onderwerp zijn van maatschappelijk debat of controverse, zoals niet-hernieuwbare energie, biodiversiteit, onderdrukkende regimes en belastingontduiking. Zie FEBELFIN, *l.c.*, noot 34, p. 30.

[37] Alle informatie over het duurzame karakter van het product die relevant is voor de potentiële klant, moet op een duidelijke, begrijpelijke en vergelijkbare manier beschikbaar zijn op een website beheerd door het Central Labelling Agency, in de vorm van een gestandaardiseerd 'Duurzaamheids-ID' voor elk product. Voor commerciële en wettelijk verplichte informatie moet worden verwezen naar de distributeur of de manager van het product. Zie FEBELFIN, *l.c.*, noot 34, p. 32.

[38] De naleving van het geadverteerde duurzaamheidsbeleid wordt beoordeeld door een onafhankelijke en gekwalificeerde derde partij. Het "Central Labelling Agency" (CLA) selecteert en benoemt deze onafhankelijke partij, evalueert naleving van het beleid van de onderneming met de eisen van de kwaliteitsnorm en verleent het label. De naleving wordt jaarlijks gecontroleerd. Febelfin levert twee van de acht leden van de raad van bestuur van het CLA. Zie FEBELFIN, *l.c.*, noot 34, p. 33.

[39] T. VAN DEN BERGHE en L. EKLUND, *Defining sustainable financial products – Sustainability labels in the context of EU sustainable finance legislation*, www.towardssustainability.be, 31 mei 2021, p. 4; CENTRAL LABELLING AGENCY, "Towards Sustainability – Kwaliteitsnorm en label voor duurzame en maatschappelijk verantwoorde financiële producten: Tweejaarlijkse herziening 2020 Raadplegingsdocument", www.towardssustainability.be, p. 3 (hierna: CLA).

[40] CLA, *l.c.* noot 39, p. 1.

[41] In die herziening werden de verplichte beleggingsstrategieën uitgebreid, de "bruine lijst" verduidelijkt en de transparantievereisten in lijn gebracht met de regelgeving. Volgens de herziening moeten ondernemingen die voor hun producten het label ambiëren, ten minste vier strategieën hanteren. Daarbij moet men drie strategieën steeds gebruiken en kan men voor de vierde strategie kiezen uit zes erkende strategieën. De drie verplichte strategieën zijn: (i) integratie van ESG-factoren, (ii) negatieve/uitsluitende screening en (iii) op normen gebaseerde screening. Voor de vierde strategie is men verplicht minstens één van de volgende te kiezen: (i) selectie op basis van best-in-class in een industrie, sector of regio, of op basis van het hele beleggingsuniversum, (ii) investeren op basis van duurzaamheidsthema's, (iii) impactbeleggen, (iv) weging van individuele posities in functie van ESG scores, (v) een betere prestatie op vlak van ESG-indicatoren nastreven dan een benchmark of (vi) een alternatieve strategie hanteren waarbij in het selectieproces de voorkeur uitgaat naar meer duurzame effecten en op voorwaarde dat die strategie door het CLA werd erkend. Betrokkenheid als aandeelhouder en liefdadigheid zijn mogelijk maar worden niet beschouwd als aanvullende strategieën. CENTRAL LABELLING AGENCY, "Revised Towards Sustainability Quality Standard Final criteria", www.towardssustainability.be, 31 mei 2021, p. 4.

beleggen.[42] Er is met andere woorden een rol voor de taxonomie in de beoordeling van bepaalde beleggingsstrategieën, maar in de nadere invulling van duurzaamheid blijft de beheerder van het financieel product vrij, binnen de grenzen van de "bruine lijst". In het herziene Actieplan kondigt de Commissie aan dat zij de wenselijkheid van een algemeen regelgevend kader voor labels zal nagaan, waarbij zij onder meer de geloofwaardige invulling van duurzaamheid in de uitgifte van labels zal onderzoeken.[43]

3.2. De Taxonomieverordening

Doelstelling. Zoals gezegd, levert de Taxonomieverordening in essentie een begrippenkader. In eerste instantie is dit beperkt tot klimaat- en milieugerelateerde aspecten, met in ondergeschikte orde enkele rudimentaire sociale en governanceparameters. Door het hanteren van objectieve parameters voor klimaat- en milieuaspecten moet het risico op '*greenwashing*' worden ingeperkt.[44] In het herziene Actieplan kondigt de Europese Commissie aan een rapport op te stellen over richtsnoeren betreffende activiteiten die bijdragen aan sociale doelstellingen.[45] Een eerste ontwerp van advies voor een sociale taxonomie werd op 12 juli 2021 door het adviescomité van de Commissie, het Platform voor Duurzame Financiering, gepubliceerd.[46]

Definitie van "ecologisch duurzaam". De Taxonomieverordening formuleert zes milieudoelstellingen: de mitigatie van klimaatverandering, de adaptatie aan klimaatverandering, het duurzaam gebruik en de bescherming van water en mariene hulpbronnen, de transitie naar een circulaire economie, de preventie en bestrijding van verontreiniging, en de bescherming en het herstel van de biodiversiteit en ecosystemen.[47] Een economische activiteit wordt beschouwd als ecologisch duurzaam wanneer deze aan de volgende vier voorwaarden voldoet:

(i) de activiteit draagt substantieel bij aan ten minste één van deze milieudoelstellingen;
(ii) de activiteit doet geen ernstige afbreuk aan een andere doelstelling;
(iii) de activiteit wordt verricht conform minimale mensenrechtelijke waarborgen – dit is de enige sociale norm –; en
(iv) de activiteit voldoet aan de zgn. "technische screeningscriteria" van de Commissie.[48]

Technische screeningscriteria. De Europese Commissie moet de eerder vage begrippen van de Taxonomieverordening ('substantiële bijdrage', 'ernstige afbreuk' …) concretiseren in technische screeningscriteria.[49] Ter voorbereiding van de technische screeningscriteria heeft een Technical Expert Group een rapport opgesteld over het gebruik van de taxonomie voor een aantal economische activiteiten.[50] De experten geven daarin per sector de achter-

[42] CENTRAL LABELLING AGENCY, "Revised Towards Sustainability Quality Standard Final criteria", www.towardssustainability.be, 31 mei 2021, p. 9-10.
[43] Commissiedocument 390 van 2021, p. 7.
[44] In de Taxonomieverordening is '*greenwashing*' de praktijk waarbij een oneerlijk concurrentievoordeel wordt verkregen door een financieel product als milieuvriendelijk in de markt te zetten, terwijl het in feite niet aan elementaire milieunormen voldoet: overw. 11 Taxonomieverord., *l.c.*, noot 10.
[45] Overw. 6 en art. 26 (2), b Taxonomieverord.; Commissiedocument 390 van 2021, p. 10.
[46] Platform on Sustainable Finance, "Draft Report by Subgroup 4: Social Taxonomy", https://ec.europa.eu/, 2021.
[47] Art. 9 Taxonomieverord.
[48] Art. 3 Taxonomieverord.
[49] Art. 19 Taxonomieverord.
[50] TECHNICAL EXPERT GROUP, "Taxonomy: Final report of the Technical Expert Group on Sustainable Finance", https://ec.europa.eu/, 2020; TECHNICAL EXPERT GROUP, "Updated methodology and Updated

liggende redenering weer en, afhankelijk van de doelstelling, leggen zij de kwalitatieve of kwantitatieve voorwaarden en meetmethoden vast.

Op basis van deze voorbereidende werken keurde de Commissie op 21 april 2021 de screeningscriteria van de taxonomie voor mitigatie van en adaptatie aan klimaatverandering goed en nam ze deze formeel aan op 4 juni 2021 in een gedelegeerde verordening, om gebruikt te kunnen worden in de transparantieverplichtingen vanaf 1 januari 2022.[51] Tegen 31 december 2021 moet de taxonomie voor de vier overige milieudoelstellingen opgesteld zijn om operationeel te zijn vanaf 1 januari 2023.[52] Voor die overige milieudoelstellingen publiceerde het Platform voor Duurzame Financiering een ontwerp van advies op 3 augustus 2021.[53]

Transitieactiviteiten. De vraag rees hoe activiteiten moeten worden behandeld die schadelijk zijn voor het milieu, maar waarvoor vooralsnog geen technologisch en economisch haalbaar koolstofarm alternatief bestaat. Om bedrijven die dergelijke activiteiten uitoefenen te stimuleren om hun ecologische voetafdruk in elk geval te minimaliseren, heeft de Taxonomieverordening bepaald dat dergelijke activiteiten kunnen voldoen aan de doelstelling van mitigatie van klimaatverandering door bovengemiddeld ecologisch te presteren in vergelijking met de rest van de sector of industrie.[54] Dit kan met name wanneer zij (i) broeikasgasemissieniveaus vertonen die overeenstemmen met de beste prestaties in de sector of de industrie, (ii) de ontwikkeling en de toepassing van koolstofarme alternatieven niet in de weg staan en (iii) niet leiden tot een lock-in[55] van koolstofintensieve activa, gelet op hun economische levensduur.[56]

Faciliterende activiteiten. Ook een 'faciliterende' economische activiteit die zelf niet voldoet aan de definitie van "ecologisch duurzaam", maar die het rechtstreeks mogelijk maakt dat andere activiteiten een substantiële bijdrage leveren aan een of meer van de doelstellingen, valt onder dezelfde voorwaarden als een transitieactiviteit onder de taxonomie.[57]

Technical Screening Criteria", https://ec.europa.eu/, 2020; De adviesfunctie van de Technical Expert Group werd in oktober 2020 overgenomen door het "Platform voor duurzame financiering", die tevens instaat voor de evaluatie en de actualisatie van de prestatiecriteria (art. 20 Taxonomieverord.). Op de aanbevelingen van het Platform en de technische evaluatiecriteria van de Europese Commissie zal toezicht worden gehouden door een "deskundigengroep van de lidstaten" die de Commissie adviseert over de geschiktheid van de technische criteria en die zal dienen als forum voor communicatie tussen de lidstaten en de Commissie (art. 24 Taxonomieverord.).

[51] Art. 10 (6), 11 (6) en 27 (2), a Taxonomieverord.; Gedelegeerde Verord. (EU) 2021/2139 Commissie 4 juni 2021 tot aanvulling van Verordening (EU) 2020/852 van het Europees Parlement en de Raad door technische screeningcriteria vast te stellen om de voorwaarden te bepalen waaronder een specifieke economische activiteit kan worden aangemerkt als substantieel bijdragend aan de mitigatie van klimaatverandering of de adaptatie aan klimaatverandering, en om uit te maken of die economische activiteit niet ernstig afbreuk doet aan een van de andere milieudoelstellingen (*Pb.L.* 2021, afl. 442/1).

[52] Art. 12 (5), 13 (5), 14 (5), 15 (5) en 27 (2), b Taxonomieverord.

[53] Platform on Sustainable Finance, "Taxonomy pack for feedback', https://ec.europa.eu/, 2021.

[54] Art. 10 (2) Taxonomieverord.

[55] De Technical Expert Group verwijst voor een definitie van 'lock-in' naar een artikel van P. ERICKSON *et al.* Daarin definiëren de auteurs 'lock-in' als de neiging van bepaalde koolstofintensieve technologieën om lange tijd te blijven bestaan waardoor klimaatneutrale alternatieven moeilijker hun ingang kunnen vinden. Zij bestuderen dit op een wereldwijde schaal. Een van de drijfveren voor een lock-in is onder meer de hoge constructiekost maar relatief lage operationele kost van de technologie. Als voorbeeld geven zij steenkool- en gascentrales. Door in deze technologieën te investeren, verhoogt men de kosten om klimaatdoelstellingen te halen door flexibiliteit in de toekomst te hypothekeren. Hoewel die technologieën kunnen bijdragen aan de vermindering van de uitstoot op korte termijn, zijn zij niet verenigbaar met een klimaatneutraal Europa tegen 2050: TECHNICAL EXPERT GROUP, "Frequently asked questions about the work of the European Commission and the Technical Expert Group on Sustainable Finance on EU Taxonomy en EU Green Bond Standard", https://ec.europa.eu, p. 13; P. ERICKSON, S. KARTHA, M. LAZARUS en K. TEMPEST, "Assessing carbon lock-in", *Environ. Res. Lett.* 2015, p. 1.

[56] Art. 10 (2) *jo.* overw. 39 Taxonomieverord.

[57] Art. 16 en overw. 42 Taxonomieverord.

Uitbreiding van de taxonomie. In het herziene Actieplan kondigde de Commissie aan om een bijkomende gedelegeerde verordening aan te nemen binnen de doelstellingen van mitigatie van en adaptatie aan klimaatverandering met een focus op landbouw en controversiëlere vormen van energieproductie, zoals door middel van gascentrales en nucleaire energie.[58] Zij geeft tevens aan te zullen nagaan of economische activiteiten die slechts gemiddeld presteren op vlak van ecologische duurzaamheid ook erkend moeten worden in de taxonomie.[59]

Toepassingsgebied. De taxonomie is in de eerste plaats een begrippenlijst. Deze kan dan ook vrijwillig worden gebruikt door eenieder, inclusief actoren die niet onder het toepassingsgebied van de verordening vallen.[60] Het gebruik van de taxonomie is echter verplicht in drie specifieke gevallen.

Vooreerst moeten lidstaten en de Europese Unie de taxonomie gebruiken wanneer zij regels vooropstellen die van toepassing zijn op financiëlemarktdeelnemers of ondernemingen die financiële producten of obligaties uitgeven die als ecologisch duurzaam ter beschikking gesteld worden.[61]

Ten tweede moeten financiëlemarktdeelnemers die financiële producten ter beschikking stellen, de taxonomie gebruiken in hun precontractuele en periodieke informatieverschaffing.[62] Zoals bij de bespreking van de Informatieverschaffingsverordening[63] wordt uitgewerkt, moeten financiële dienstverleners onder meer informatie verstrekken over de vraag of de financiële producten die zij aanbieden bijdragen aan de milieudoelstellingen van de taxonomie.[64]

Ten derde zijn ondernemingen die onderworpen zijn aan de verplichting om (geconsolideerde) niet-financiële informatie te publiceren overeenkomstig Richtlijn (EU) 2013/34/EU verplicht om daarbij de taxonomie te gebruiken.[65] Op basis van het advies van de Europese Toezichthoudende Autoriteiten (hierna: ETA), publiceerde de Europese Commissie op 6 juli 2021 een gedelegeerde verordening met de concretisering van drie kritische prestatie-indicatoren (KPI's) om de ecologische duurzaamheid van niet-financiële ondernemingen te kunnen nagaan en de manier van communicatie daaromtrent te stroomlijnen. Deze drie KPI's zijn omzet, kapitaaluitgaven (CapEx) en operationele uitgaven (OpEx).[66]

[58] Commissiedocument 390 van 2021, p. 6-7.
[59] Commissiedocument 390 van 2021, p. 7.
[60] In de verordening staat met name een aanmoediging voor economische actoren die niet onder de verordening vallen om vrijwillig informatie over hun duurzame economische activiteiten op hun website te publiceren: overw. 15 Taxonomieverord.
[61] Art. 1 (2), a Taxonomieverord.; bestaande fiscale stimuleringsregelingen die dateren van voor 12 juli 2020 waarbij met certificaten wordt gewerkt en die vereisten bevatten voor financiële producten die op de financiering van duurzame projecten zijn gericht, worden van de verordening uitgesloten, zie art. 27 (3) Taxonomieverord.
[62] Art. 1 (2), b en 5-7 Taxonomieverord.
[63] Verord. (EU) 2019/2088 EP en Raad 27 november 2019 betreffende informatieverschaffing over duurzaamheid in de financiëledienstensector (*Pb.L.* 2019, afl. 317/1) (hierna: Informatieverschaffingsverordening).
[64] Overw. 13 Taxonomieverord.
[65] Art. 1 (2), c Taxonomieverord. Vanuit een proportionaliteitsoogpunt werd besloten om kleinere ondernemingen uit te sluiten van de verplichting, zie overw. 22 Taxonomieverord.
[66] Art. 8 Taxonomieverord.; Gedelegeerde Verord. (EU) 2021/2178 EC 6 juli 2021 tot aanvulling van Verordening (EU) 2020/852 van het Europees Parlement en de Raad door vaststelling van de inhoud en de presentatie van door niet aan artikel 19*bis* of artikel 29*bis* van Richtlijn 2013/34/EU onderworpen ondernemingen te rapporteren informatie betreffende ecologisch duurzame economische activiteiten en door vaststelling van de methode om aan deze rapportageverplichting te voldoen (*Pb.L.* 2021, afl. 443/9).

Ondernemingen actief in de financiële sector, zijn onderworpen aan een aangepaste set van KPI's.[67]

3.3. Ecolabel

Doelstelling. De High-Level Expert Group zag de ontwikkeling van een vrijwillig EU-"green label" voor fondsen en vervolgens andere retailproducten, als een manier om retailbeleggers in staat te stellen duurzame beleggingen te identificeren.[68] Een uitbreiding van de vereisten van het reeds bestaande "Ecolabel" naar financiële retailproducten, leek daarbij voor de hand liggend.[69] Overeenkomstig het Actieplan, onderzoekt de Commissie momenteel het gebruik van het Ecolabel voor bepaalde financiële producten, waarbij uiteraard de taxonomie zal worden toegepast om uit te maken of een product voldoende "groen" is om dit label te krijgen.[70]

Criteria. Momenteel werkt men voor alternatieve beleggingsinstellingen (abi), instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe), verzekeringsproducten en spaarrekeningen aan zeven criteria die de toekenning van het label zouden bepalen.[71] Voorlopig liggen de volgende zeven criteria op tafel. Het product moet (i) een minimumpercentage van de totale activa onder beheer beleggen in ecologisch duurzame economische activiteiten. Het product moet bepaalde beleggingen uitsluiten op basis van (ii) ecologische overwegingen en (iii) sociale en governanceoverwegingen. Het moet (iv) betrokken zijn bij de ondernemingen waarin het belegt door bijvoorbeeld een betrokkenheidsbeleid op te stellen en stemrechten uit te oefenen en (v) de impact van de belegger verbeteren. Op het niveau van transparantie moet de beheerder (vi) jaarlijks bepaalde minimuminformatie verschaffen aan de retailbelegger en (vii) het label slechts gebruiken zoals voorgeschreven staat.[72]

Ontwikkeling. Het eerste criterium werd reeds aan een test van 101 duurzame UCITS-aandelenfondsen onderworpen met betrekking tot het doel 'mitigatie' onder de taxonomie. Uiteindelijk kwamen slechts drie fondsen in aanmerking.[73] De vierde en laatste versie van het technisch rapport werd gepubliceerd in maart 2021 en de aanname van een verordening door de Commissie staat gepland in het derde kwartaal van 2022.[74]

---

[67] Art. 3-7 Gedelegeerde Verord. (EU) 2021/2178 EC 6 juli 2021 tot aanvulling van Verordening (EU) 2020/852 van het Europees Parlement en de Raad door vaststelling van de inhoud en de presentatie van door niet aan artikel 19*bis* of artikel 29*bis* van Richtlijn 2013/34/EU onderworpen ondernemingen te rapporteren informatie betreffende ecologisch duurzame economische activiteiten en door vaststelling van de methode om aan deze rapportageverplichting te voldoen (*Pb.L.* 2021, afl. 443/9).

[68] High-Level Expert Group, *l.c.*, noot 22, p. 29; De HLEG verwijst daarbij naar de meest ontwikkelde Europese labels zoals French TEEC, LuxFlag Climate Finance, Climetrics, SEImetrics en de German FNG als basis.

[69] Het Ecolabel is een vrijwillig label dat wordt aangevraagd door producenten voor hun producten en diensten en toegekend door een onafhankelijke organisatie indien aan minimumeisen in verband met milieukwaliteit en -prestatie wordt voldaan: art. 2 *jo.* 4 (2) *jo.* 6 Verord. (EU) 66/2010 EP en Raad 25 november 2009 betreffende de EU-milieukeur (*Pb.L.* 2010, afl. 27/1).

[70] Actieplan, *l.c.*, noot 4, p. 5; JRC, "Development of EU Ecolabel criteria for Retail Financial Products - Technical Report 2.0: Draft proposal for the product scope and criteria", https://susproc.jrc.ec.europa.eu/Financial_products/, 2019.

[71] JRC, "Development of EU Ecolabel criteria for Retail Financial Products - Technical Report 3.0: Draft proposal for the product scope and criteria", https://susproc.jrc.ec.europa.eu/product-bureau/, 2020, p. 9-12 (hierna: Ecolabel rapport 3.0).

[72] JRC, "Development of EU Ecolabel criteria for Retail Financial Products - Technical Report 4.0: Draft proposal for the product scope and criteria", https://susproc.jrc.ec.europa.eu/product-bureau/, maart 2021, p. 17.

[73] EUROPESE COMMISSIE, "Testing Draft EU Ecolabel Criteria on UCITS equity funds", https://susproc.jrc.ec.europa.eu/product-bureau/, 2020, p. 36.

[74] JRC, "Update on: Development of EU Ecolabel criteria for 'retail financial products'", https://susproc.jrc.ec.europa.eu/product-bureau/, 2020; EUROPESE COMMISSIE, "EU Ecolabel criteria for retail financial products

4. INFORMATIEVERSTREKKING OVER DUURZAAMHEID

4.1. Overzicht van wetgevende initiatieven

Informatiedocumenten met informatie over duurzaamheid. Zoals hoger aangehaald, grijpen heel wat maatregelen in op de relatie financiële dienstverlener-belegger. Een eerste set van dergelijke maatregelen zijn informatieverplichtingen. Deze dragen er immers toe bij dat de cliënt zich bewust wordt van de duurzaamheid van de producten waarin hij kan beleggen. De PRIIPs-Verordening bepaalt bijvoorbeeld dat het zgn. Essentiële Informatie Document voor verpakte producten, dat een verkoper of adviseur moet verschaffen aan zijn cliënt, de door het product beoogde milieudoelstellingen of sociale doelstellingen moet vermelden indien van toepassing.[75] Ook voor pan-Europese pensioenproducten (PEPPs) moet het essentiële informatiedocument, indien beschikbaar, informatie bevatten over de ESG-prestaties.[76] Het prospectus dat moet worden opgesteld wanneer een onderneming een openbaar beroep op het spaarwezen doet, moet vooralsnog geen specifieke vermeldingen bevatten over de ESG-factoren van de uitgifte, maar mag dat wel. In het herziene Actieplan geeft de Commissie aan dat zij de wenselijkheid van minimuminformatieverplichtingen over ESG in de Prospectusverordening (EU) 2017/1129 zal onderzoeken.[77] Wel heeft een Technical Expert Group (TEG) aanbevolen dat de Europese Commissie een zgn. "Green Bond Standard" (GBS) zou uitwerken, die in lijn met de taxonomie zou bepalen wanneer een obligatie als "groen" bestempeld kan worden. De TEG ziet dit niet als een wetgevend initiatief, maar als een standaard die de Europese Commissie zou uitvaardigen via een Mededeling, en die uitgevende instellingen op vrijwillige basis kunnen naleven.[78] De Europese Commissie publiceerde op 6 juli 2021 toch een voorstel voor een verordening die een Europese standaard voor groene obligaties zou creëren.[79] Het gebruik van de GBS zou nog steeds vrijwillig zijn, maar kan als gemeenschappelijke standaard van een "groene" obligatie het vertrouwen voor beleggers vergroten en het risico op *greenwashing* beperken. Het meest volwaardige wetgevende initiatief op gebied van informatieverschaffing aan beleggers in verband met duurzaamheid is tot op heden echter de Informatieverschaffingsverordening. Deze wordt meer uitgebreid besproken in 4.2.

ESG-ratings en -benchmarks. Een belangrijk hulpmiddel voor beleggers om de duurzaamheid van financiële producten in te schatten, zijn voorts ESG-ratings. Er zijn verschillende actoren actief die ESG-ratings toekennen, maar hun activiteiten worden op dit ogenblik niet gereguleerd of gecontroleerd, waardoor grote risico's ontstaan op *greenwashing*, misallocatie van kapitaal en misselling. In januari 2021 heeft ESMA de Europese Commissie daarom opgeroepen tot een wetgevend initiatief dat de kwaliteit en de betrouwbaarheid van ESG-ratings moet reguleren.[80] Ook benchmarks, waarmee de prestaties van een product kunnen worden vergeleken, zijn een belangrijke bron van informatie voor beleggers. De Benchmarkverordening[81] werd daarom recent aangepast om rekening te houden met

(europa.eu)", https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12982-EU-Ecolabel-criteria-for-retail-financial-products_en.

[75] Art. 8 (3), c., ii en art. 8 (4) PRIIPs-Verord. (EU) 1286/2014, *l.c.*, noot 27.

[76] Art. 28 (3), c, xii en overw. 8 Verord. (EU) 2019/1238, *l.c.*, noot 27.

[77] Commissiedocument 390 van 2021, p. 7.

[78] TECHNICAL EXPERT GROUP, "Proposal for an EU Green Bond Standard", https://ec.europa.eu/, 2019, p. 9.

[79] EUROPESE COMMISSIE, "Consultation Document – Consultation on the Renewed Sustainable Finance Strategy", https://ec.europa.eu, 8 april 2020, p. 14 e.v.; EUROPESE COMMISSIE, "Targeted Consultation Document - Establishment of an EU Green Bond Standard", https://ec.europa.eu, 12 juni 2020; Commissiedocument 391 van 2021.

[80] S. MAIJOOR, "Brief aan Commissaris McGuinness", www.esma.europa.eu/, 29 januari 2021.

[81] Verord. (EU) 2016/1011 EP en Raad 8 juni 2016 betreffende indices die worden gebruikt als benchmarks voor financiële instrumenten en financiële overeenkomsten of om de prestatie van beleggingsfondsen te meten en tot wijziging van Richtlijnen 2008/48/EG en 2014/17/EU en Verordening (EU) nr. 596/2014 (*Pb.L.* 2016, afl. 171/1).

de nood aan betrouwbare ESG-benchmarks. Deze wijzigingen worden meer uitgebreid besproken in 4.3.

4.2. De Informatieverschaffingsverordening

Doel. Gestandaardiseerde niet-financiële informatie moet leiden tot een betere vergelijkbaarheid van de duurzaamheid van financiële producten en kan bijdragen tot weloverwogen beleggingsbeslissingen. Bovendien moet dit zorgen voor eerlijkere mededinging tussen financiële producten en hun distributiekanalen, ook over lidstaatgrenzen heen, waardoor het aanbod aan duurzame financiële producten zou verruimen.[82] Tot slot speelt informatieverstrekking ook een sensibiliserende rol, waarbij meer en betere informatie ertoe kan bijdragen dat het nodige kapitaal vrijgemaakt wordt om de duurzaamheidstransitie mee te financieren.[83] De Informatieverschaffingsverordening beoogt daarom dat financiële dienstverleners meer en kwalitatievere niet-financiële informatie verschaffen aan de hand van geharmoniseerde en gestandaardiseerde transparantievereisten zowel op entiteitsniveau als op het niveau van het financieel product. Publicitaire mededelingen mogen bovendien geen contradictorische informatie bevatten.[84]

Crosssectoraal toepassingsgebied. "Financiële producten" omvatten deelbewijzen in alternatieve beleggingsinstellingen (abi) en instellingen voor collectieve belegging in effecten (icbe), verzekeringsgebaseerde beleggingsproducten (IBIP), pensioenproducten en -regelingen, pan-Europese persoonlijke pensioenproducten (PEPPs) en individueel vermogensbeheer.[85] Er worden dan ook dezelfde vereisten opgelegd aan dienstverleners uit de beleggings-, verzekerings- en pensioensector, zodat er geen fragmentatie is in het regulerend kader die tot een commercieel voordeel van één sector zou kunnen leiden. Uiteraard blijven sectorale informatieverplichtingen eveneens van toepassing. De Informatieverschaffingsverordening vult transparantievereisten in bestaande verordeningen en richtlijnen aan.[86]

De Informatieverschaffingsverordening legt verplichtingen op aan "financiëlemarktdeelnemers" en "financieel adviseurs". Financiëlemarktdeelnemers zijn verzekeringsondernemingen die een beleggingsverzekering beschikbaar stellen, beleggingsondernemingen en kredietinstellingen die vermogensbeheer verstrekken, instellingen voor bedrijfspensioenvoorziening, ontwikkelaars van pensioenproducten, PEPP-aanbieders en beheerders van collectieve beleggingsfondsen.[87] Lidstaten kunnen optioneel ook ontwikkelaars van pensioenproducten die nationale socialezekerheidsregelingen beheren onder het toepassingsgebied brengen.[88]

Een aantal verplichtingen zijn ook van toepassing op "financieel adviseurs". Zij worden gedefinieerd als verstrekkers van beleggings- of verzekeringsadvies, waaronder verzekeringstussenpersonen en verzekeringsondernemingen die verzekeringsadvies verstrekken met betrekking tot beleggingsverzekeringen, en kredietinstellingen, beleggingsondernemingen en abi- en icbe-beheerders die beleggingsadvies verstrekken.[89]

---

[82] Overw. 9 Informatieverschaffingsverord., *l.c.*, noot 63.
[83] Overw. 8 Informatieverschaffingsverord.
[84] Art. 13 Informatieverschaffingsverord.
[85] Merk op dat de Informatieverschaffingsverordening 'individueel vermogensbeheer' als financieel product kwalificeert, zie art. 2 (12) Informatieverschaffingsverord.
[86] Overw. 11 Informatieverschaffingsverord.
[87] Art. 2 (1) Informatieverschaffingsverord.
[88] Art. 16 Informatieverschaffingsverord.
[89] Art. 2 (11) Informatieverschaffingsverord.

Kleine beleggingsondernemingen en bepaalde verzekeringstussenpersonen met minder dan drie werknemers zijn in hun adviesfunctie echter vrijgesteld van de verplichtingen in de verordening.[90] Deze vrijstelling is slechts optioneel; lidstaten kunnen, mits kennisgeving aan de Commissie en de Europese toezichthouders kiezen om de uitzondering niet toe te passen. Hoewel deze kleine financieel adviseurs de transparantieverplichtingen van de Informatieverschaffingsverordening desgevallend niet moeten naleven, dienen ze wel de duurzaamheidsrisico's in hun adviesprocedures in aanmerking te nemen (*infra*).[91]

De aard van de activiteiten bepaalt het toepasselijk regime indien een financiële instelling zowel financiëlemarktdeelnemer als financieel adviseur is. Zij moeten worden beschouwd als financiëlemarktdeelnemers wanneer zij handelen in de hoedanigheid van ontwikkelaars van financiële producten, ook wat betreft vermogensbeheer, en als financieel adviseurs wanneer zij beleggings- of verzekeringsadvies verstrekken.[92]

Classificatie. De verordening maakt een onderscheid tussen duurzame en andere financiële producten. De verordening definieert twee types duurzame financiële producten, met verschillende ambitieniveaus, die aan gestandaardiseerde transparantievereisten moeten voldoen.[93]

Het eerste type product wordt omschreven in artikel 8, als een product dat "*onder andere ecologische of sociale kenmerken of een combinatie van die kenmerken promoot, op voorwaarde dat de ondernemingen waarin is belegd praktijken op het gebied van goed bestuur volgen*". Volgens de Europese Commissie volstaat voor het 'promoten' van deze kenmerken dat de indruk wordt gewekt dat een financieel product ook rekening houdt met ecologische of sociale kenmerken in haar beleggingsbeleid of doelstellingen.[94]

"Artikel 9"-producten daarentegen hebben '*duurzame beleggingen tot doel*'. Een 'duurzame belegging' wordt verder gedefinieerd "*als een belegging in een economische activiteit die bijdraagt aan het bereiken van een milieudoelstelling*[95] *[…] of […] aan de verwezenlijking van een sociale doelstelling*[96] *[…] mits deze beleggingen geen ernstige afbreuk doen aan die doelstellingen en de ondernemingen waarin is belegd praktijken op het gebied van goed bestuur volgen*[97]".[98]

Informatie over kenmerken of doelstelling. Informatie over de kenmerken van "artikel 8"-producten en de doelstelling van "artikel 9"-producten moet worden opgenomen door financiëlemarktdeelnemers in hun precontractuele informatie, periodieke verslagen en op hun website.

---

[90] Met name de verzekeringstussenpersonen die verzekeringsadvies met betrekking tot IBIP's verstrekken, zie overw. 6 en art. 17 (1) Informatieverschaffingsverord.
[91] Overw. 6 Informatieverschaffingsverord.: dit zijn de vereisten onder MiFID II en IDD.
[92] Overw. 7 Informatieverschaffingsverord.
[93] Overw. 21 Informatieverschaffingsverord.
[94] Commissiedocument 4858 van 2021 (Annex), p. 8.
[95] In de definitie worden een aantal voorbeelden aangehaald: milieudoelstellingen zoals gemeten aan de hand van bv. belangrijke hulpbronnenefficiëntie-indicatoren voor het gebruik van energie, hernieuwbare energie, grondstoffen, water en land, voor de productie van afval, en broeikasgasemissies, en voor het effect op de biodiversiteit en de circulaire economie.
[96] In de definitie worden een aantal voorbeelden aangehaald: een belegging die bijdraagt aan de aanpak van ongelijkheid, of die de sociale samenhang, de sociale integratie en de arbeidsverhoudingen bevordert, of een belegging in menselijk kapitaal of in economisch of sociaal achtergestelde gemeenschappen.
[97] In de definitie worden een aantal voorbeelden aangehaald: goede managementstructuren, betrekkingen met hun werknemers, beloning van het betrokken personeel en naleving van de belastingwetgeving.
[98] Art. 2 (17) Informatieverschaffingsverord.

Voor "artikel 8"-producten en "artikel 9"-producten moet de manier waarop aan de duurzaamheidskenmerken respectievelijk duurzaamheidsdoelstelling wordt voldaan in precontractuele informatiedocumenten worden opgenomen. Bijkomend moet volgens het advies van de ETA voor een "artikel 8"-product het aandeel van 'duurzame beleggingen' worden aangegeven.[99] Indien er een index als referentiebenchmark wordt aangeduid, moet voor een "artikel 8"-product informatie over de consistentie van die kenmerken met die index worden opgenomen.[100] Voor een "artikel 9"-product moet in dat geval informatie over de afstemming van de index op de doelstelling worden opgenomen en het verschil met een bredere marktindex worden toegelicht.[101]

In de periodieke verslagen moet worden gerapporteerd over de mate waarin aan de kenmerken werd voldaan voor een "artikel 8"-product.[102] Voor een "artikel 9"-product moeten in de periodieke verslagen duurzaamheidsindicatoren worden vooropgesteld. Aan de hand van die indicatoren moet het algemene duurzaamheidseffect van het financiële product worden gemeten. Indien een index als referentiebenchmark is aangewezen, moet de financiëlemarktdeelnemer een vergelijking tussen de effecten van het product met de effecten van de aangewezen index en van een brede marktindex op basis van die indicatoren beschrijven.[103]

Voor een "artikel 9"-product moeten financiëlemarktdeelnemers aangeven in de precontractuele en periodieke informatieverschaffing aan welke doelstellingen in de zin van de taxonomie hun onderliggende beleggingen substantieel bijdragen, welk aandeel van het product aan de taxonomie voldoet en op welke manier. Belegt het financieel product met andere woorden in economische activiteiten die aan milieudoelstellingen bijdragen, moet duidelijk zijn aan welke doelstellingen die activiteiten bijdragen en hoe en in welke mate die gefinancierd worden.[104] Ook het aandeel van faciliterende en transitieactiviteiten moet duidelijk worden aangegeven.[105]

Dezelfde verplichting geldt voor "artikel 8"-producten die ecologische kenmerken promoten. Indien de taxonomie niet wordt gebruikt, moet een verklaring in die zin worden opgenomen met de disclaimer dat het aspect 'geen ernstige afbreuk' enkel geldt voor het aandeel van de voor het financieel product geselecteerde beleggingen dat voldoet aan de taxonomie.[106]

Tot slot moeten financiëlemarktdeelnemers alle voorgaande informatie voor elk duurzaam financieel product op hun website plaatsen, samen met een beschrijving van de kenmerken of de doelstelling en methoden om die te beoordelen, te meten en te monitoren.[107] Dat deze vorm van publiciteit '*greenwashing*' moet tegengaan, blijkt uit het feit dat die informatie duidelijk, bondig en begrijpelijk geformuleerd moet zijn en op een nauwkeurige, eerlijke, duidelijke, niet-misleidende, eenvoudige en beknopte wijze moet worden weergegeven op een prominente, gemakkelijk toegankelijke plaats van de website.[108]

---

[99] EBA, ESMA en EIOPA, *Final Report on draft Regulatory Technical Standards*, *JC* 2021 03, www.esma.europa.eu, 2 februari 2021, p. 28.
[100] Art. 8 Informatieverschaffingsverord.
[101] Art. 9 Informatieverschaffingsverord.
[102] Art. 11 (1), a Informatieverschaffingsverord.
[103] Art. 11 (1), b Informatieverschaffingsverord.
[104] Art. 5, 2de alinea en overw. 18 Taxonomieverord.
[105] Art. 5 Taxonomieverord.
[106] Art. 6 Taxonomieverord.
[107] Art. 10 Informatieverschaffingsverord; deze informatie omvat ook de gegevensbronnen, de criteria voor de screening van de onderliggende activa en de relevante duurzaamheidsindicatoren die worden gebruikt om de ecologische of sociale kenmerken of het algemene duurzame effect van het financiële product te meten.
[108] Art. 10 (1) Informatieverschaffingsverord.

Informatie over risico's en externaliteiten. Naast de mogelijkheid om met financiële producten duurzame kenmerken of doelstellingen na te streven, zijn er ook duurzaamheidsrisico's waaraan financiële producten zijn blootgesteld. Zo'n duurzaamheidsrisico is "*een gebeurtenis of omstandigheid op ecologisch, sociaal of governancegebied die, indien ze zich voordoet, een werkelijk of mogelijk wezenlijk negatief effect op de waarde van de belegging kan veroorzaken*".[109] Bovendien kunnen beleggingsbeslissingen en beleggings- of verzekeringsadvies negatieve externaliteiten veroorzaken.[110] Externaliteiten worden gedefinieerd als "*de belangrijkste ongunstige effecten van beleggingsbeslissingen c.q. advies op 'duurzaamheidsfactoren*'". Duurzaamheidsfactoren worden gedefinieerd als "*ecologische, sociale en werkgelegenheidszaken, eerbiediging van de mensenrechten, en bestrijding van corruptie en van omkoping*".[111] Over deze duurzaamheidsrisico's en externaliteiten moeten financiëlemarktdeelnemers informatie verschaffen in hun precontractuele informatie, op hun website en in hun beloningsbeleid.

In hun precontractuele informatie moeten zij transparant zijn over de integratie van duurzaamheidsrisico's en over de ongunstige effecten op duurzaamheid van al hun financiële producten.[112] Een financiëlemarktdeelnemer kan er evenwel ook voor kiezen om de ongunstige effecten van beleggingsbeslissingen op duurzaamheidsfactoren niet in aanmerking te nemen, voor zover hij een verklaring in die zin opneemt in de precontractuele informatie, waarin hij die beslissing motiveert.[113]

Alle financiële producten die niet onder artikel 8 of 9 vallen, moeten een verklaring opnemen dat "*de onderliggende beleggingen van het financiële product geen rekening houden met de EU-criteria voor ecologisch duurzame economische activiteiten*".[114]

Op entiteitsniveau moeten financiëlemarktdeelnemers en financieel adviseurs op hun website informatie publiceren over hun gedragslijnen inzake de integratie van duurzaamheidsrisico's in hun beleggingsbeslissingsprocedure *c.q.* beleggings- of verzekeringsadviesprocedure[115] en over de vraag of en hoe zij de ongunstige effecten van beleggingsbeslissingen *c.q.* beleggings- of verzekeringsadvies op duurzaamheidsfactoren in aanmerking nemen.[116] Indien zij deze niet in aanmerking nemen, moeten zij dit ook op hun website aangeven en motiveren.[117] Enkel grote ondernemingen met meer dan 500 werknemers zijn *verplicht* deze effecten in aanmerking te nemen, voor hen geldt dit *comply-or-explain*mechanisme niet.[118]

In het beloningsbeleid moet tot slot informatie over de compatibiliteit van het beleid met duurzaamheidsrisico's worden opgenomen en eveneens via de website worden bekendgemaakt.[119]

Technische uitwerking. De Commissie moet de inhoud en de presentatie van bovenstaande verplichtingen verder uitwerken in gedelegeerde verordeningen.[120] Na consultatie pu-

[109] Art. 2 (22) Informatieverschaffingsverord.
[110] Overw. 16 Informatieverschaffingsverord.
[111] Art. 2 (24) Informatieverschaffingsverord.
[112] Art. 6-7 Informatieverschaffingsverord.
[113] Art. 7 *in fine* Informatieverschaffingsverord.
[114] Art. 7 Taxonomieverord.
[115] Art. 3 Informatieverschaffingsverord.
[116] Art. 4 Informatieverschaffingsverord.
[117] *Ibid*.
[118] Die verplichting geldt vanaf 30 juni 2021, zie art. 4 (3) Informatieverschaffingsverord.
[119] Art. 5 Informatieverschaffingsverord.
[120] Met uitzondering van de duurzaamheidsrisico's, die worden gespecifieerd in sectorale regulering, met name in Richtl. (EU) 2009/65/EG, (EU) 2009/138/EG, (EU) 2011/61/EU, (EU) 2013/36/EU, (EU) 2014/65/EU, (EU)

bliceerden de ETA een finaal rapport over de inhoud en de presentatie van de informatieverplichtingen met betrekking tot de 'geen ernstige afbreuk'-vereiste onder artikel 2 (17), de negatieve effecten op duurzaamheidsfactoren en de kenmerken en doelstellingen van "artikel 8"- respectievelijk "artikel 9"- producten.[121] Voor die laatste werden specifieke templates voor de precontractuele en periodieke informatieverplichtingen uitgewerkt, die later opnieuw werden aangepast in het licht van de wijzigingen door de Taxonomieverordening.[122,123]

Aan de informatieverplichtingen die betrekking hebben op precontractuele informatieverschaffing, de gedragslijnen, het beloningsbeleid en de publicaties op de website, moet voor het eerst worden voldaan op 10 maart 2021.[124] Aangezien de Commissie op basis van deze adviezen van de ETA nog geen gedelegeerde verordeningen heeft aangenomen, zijn de verplichtingen uit de Informatieverschaffingsverordening van toepassing zonder dat technische voorschriften voorhanden zijn.[125] Vanaf 1 januari 2022 moeten financiëlemarktdeelnemers voor "artikel 8"- en "artikel 9"-producten de taxonomie hanteren in de informatieverschaffing wat betreft mitigatie van en adaptatie aan klimaatverandering.[126] Periodieke informatie moet eveneens voor het eerst op 1 januari 2022 worden verschaft.[127] Vanaf 1 januari 2023 moeten financiëlemarktdeelnemers voor "artikel 8"- en "artikel 9"-producten de taxonomie hanteren wanneer informatie over de vier overige milieudoelstellingen van de taxonomie verstrekt wordt.[128]

4.3. Benchmarkverordening

Achtergrond. Een belangrijke bron van informatie is voor veel beleggers de benchmark, of referentie-indicator, waarmee zij de prestaties van het product waarin ze beleggen, kunnen vergelijken. Naarmate er meer interesse kwam bij beleggers in duurzame beleggingen, werden ook meer en meer gespecialiseerde ESG-benchmarks gecreëerd. De Europese wetgever merkte echter op dat benchmarkbeheerders niet altijd de noodzakelijke informatie ter beschikking stelden over de mate waarin zij ESG-factoren in aanmerking nemen in hun methodologie.[129] Voor gebruikers van benchmarks is het bijvoorbeeld onduidelijk of een koolstofarme index neerkomt op een benchmark die is afgestemd op de doelstellingen van het Klimaatakkoord van Parijs, dan wel alleen op het verkleinen van de koolstofvoetaf-

2016/97 en (EU) 2016/2341, of in op grond daarvan vastgestelde gedelegeerde handelingen en technische reguleringsnormen, zie overw. 14 Informatieverschaffingsverord.

[121] ESMA, EBA en EIOPA, "Final Report on draft Regulatory Technical Standards with regard to the content, methodologies and presentation of disclosures pursuant to Article 2a(3), Article 4(6) and (7), Article 8(3), Article 9(5), Article 10(2) and Article 11(4) of Regulation (EU) 2019/2088", *JC* 2021 03, www.esma.europa.eu, 2 februari 2021.

[122] ESMA, EBA en EIOPA, "Final Report on draft Regulatory Technical Standards with regard to the content and presentation of disclosures pursuant to Article 8(4), 9(6) and 11(5) of Regulation (EU) 2019/2088", *JC* 2021 50, www.esma.europa.eu, 22 oktober 2021.

[123] ESMA, EBA en EIOPA, "ESAs Survey on templates for Environmental and/or Social financial products under SFDR", https://ec.europa.eu/; zie ook het advies van de Securities and Markets Stakeholder Group in SMSG, "Advice to the ESAs: SMSG advice on the ESAs' Survey on templates for Environmental and/or Social financial products under SFDR", ESMA22-106-2993, www.esma.europa.eu, 2020.

[124] Art. 20 (2) Informatieverschaffingsverord.

[125] De Commissie heeft de toepassing van de nog aan te nemen gedelegeerde verordeningen eerst tot 1 juli 2022, en vervolgens tot 1 januari 2023 uitgesteld, zie EUROPESE COMMISSIE, "Information regarding regulatory technical standards under the Sustainable Finance Disclosure Regulation 2019/2088", 25 november 2021, p. 1.

[126] Art. 20 (3), c, i Informatieverschaffingsverord.

[127] Art. 20 (3), d Informatieverschaffingsverord.

[128] Art. 20 (3), c, ii Informatieverschaffingsverord.

[129] Overw. 18 Verord. (EU) 2019/2089 EP en Raad 27 november 2019 tot wijziging van Verordening (EU) 2016/1011 inzake EU klimaattransitiebenchmarks en op de Overeenkomst van Parijs afgestemde EU-benchmarks en informatieverschaffing over duurzaamheid over benchmarks (*Pb.L.* 2019, afl. 317).

druk van een standaardportefeuille van beleggingen.[130] Om die reden zouden beleggers de gespecialiseerde klimaatbenchmarks vaak links laten liggen en conventionele benchmarks blijven gebruiken om beleggingsstrategieën op af te stemmen en prestaties van beleggingsportefeuilles aan te meten. De methode van deze conventionele benchmarks is echter slechts in beperkte mate afgestemd op duurzaamheidsdoelstellingen, waardoor deze niet geschikt zijn om de prestaties van duurzame investeringen aan te meten.[131] Onder meer om die redenen werd de Benchmarkverordening[132] gewijzigd.[133]

Twee nieuwe categorieën van ESG-benchmarks. De Benchmarkverordening stelt eenvormige regels vast om de nauwkeurigheid en de integriteit van indices te waarborgen, die onder meer gebruikt worden om de prestaties van beleggingsfondsen te meten.[134] Om transparantie in koolstofarme benchmarks te verbeteren en *greenwashing* te voorkomen, werden in 2019 een EU-klimaattransitiebenchmark en een op de Overeenkomst van Parijs afgestemde benchmark ingevoerd.[135]

Voor die eerste categorie moeten benchmarkbeheerders, naast bijkomende transparantievereisten, de onderliggende activa selecteren, wegen of uitsluiten conform minimumcriteria en methodologieën die werden vastgesteld door de Commissie.[136] Op die manier verzekert men dat de benchmarkportefeuille zich op een decarbonisatietraject[137] bevindt, zonder dat de onderliggende activa betrekking hebben op activiteiten die ernstige afbreuk doen aan de andere ESG-doelstellingen.[138] De tweede categorie verschilt van de eerste door striktere minimumnormen en een hoger ambitieniveau, aangezien de koolstofuitstoot van de benchmarkportefeuille moet stroken met de doelstellingen van de Overeenkomst van Parijs.[139] De gedelegeerde verordening die deze minimumvereisten vastlegt, werd op 3 december 2020 gepubliceerd en trad in werking op 23 december 2020.[140]

Transparantie in alle benchmarks. Meer in het algemeen verhindert de onduidelijkheid over ESG-factoren in de methodologie van benchmarkbeheerders een daadwerkelijke, grensoverschrijdende vergelijking van beleggingsactiviteiten.[141] Alle benchmarkbeheerders moesten al informatie verschaffen over de essentiële aspecten van de methodologie

[130] Overw. 11-12 Verord. (EU) 2019/2089 EP en Raad 27 november 2019 tot wijziging van Verordening (EU) 2016/1011 inzake EU klimaattransitiebenchmarks en op de Overeenkomst van Parijs afgestemde EU-benchmarks en informatieverschaffing over duurzaamheid over benchmarks (*Pb.L.* 2019, afl. 317).
[131] Actieplan, *l.c.*, noot 4, 8.
[132] Verord. (EU) 2016/1011 EP en Raad 8 juni 2016 betreffende indices die worden gebruikt als benchmarks voor financiële instrumenten en financiële overeenkomsten of om de prestatie van beleggingsfondsen te meten en tot wijziging van Richtlijnen 2008/48/EG en 2014/17/EU en Verordening (EU) nr. 596/2014, (*Pb.L.* 2016, afl. 171/1), gewijzigd door Verord. (EU) 2019/2089 EP en Raad 27 november 2019 tot wijziging van Verordening (EU) 2016/1011 inzake EU-klimaattransitiebenchmarks en op de Overeenkomst van Parijs afgestemde EU-benchmarks en informatieverschaffing over duurzaamheid over benchmarks (*Pb.L.* 2019, afl. 317) (hierna: Benchmarkverordening).
[133] EUROPESE COMMISSIE, "Impact assesment", SWD(2018) 264 def., 24 mei 2018, p. 23.
[134] Art. 1 Benchmarkverord.
[135] Zie overw. 9 Verord. (EU) 2019/2089 EP en Raad 27 november 2019 tot wijziging van Verordening (EU) 2016/1011 inzake EU klimaattransitiebenchmarks en op de Overeenkomst van Parijs afgestemde EU-benchmarks en informatieverschaffing over duurzaamheid over benchmarks (*Pb.L.* 2019, afl. 317).
[136] Art. 3 (1), °23*bis jo*. art.19*ter jo*. art. 19*bis* (2) Benchmarkverord.
[137] Art. 3 (1), 23*quater jo*. art. 19*bis* (2), c Benchmarkverord.: een meetbaar, wetenschappelijk onderbouwd en tijdgebonden traject met het oog op aanpassing aan de doelstellingen van de Overeenkomst van Parijs, waarvan de vaststelling van dat traject geregeld wordt door de Commissie.
[138] Art. 19*ter*, iv Benchmarkverord.
[139] Art. 3 (1), 23*ter* Benchmarkverord.
[140] Gedelegeerde Verord. (EU) 2020/1818 Commissie 17 juli 2020 tot aanvulling van Verordening (EU) 2016/1011 van het Europees Parlement en de Raad wat betreft minimumnormen voor EU-klimaattransitiebenchmarks en op de Overeenkomst van Parijs afgestemde EU-benchmarks (*Pb.L.* 2020, afl. 406/17).
[141] Overw. 18 Verord. (EU) 2019/2089 tot wijziging van Benchmarkverordening (EU) nr. 2016/1011.

die zij gebruiken voor elke benchmark die zij aanbieden en publiceren.[142] Als onderdeel daarvan moeten zij nu ook een toelichting geven over de wijze waarop deze essentiële aspecten ESG-factoren weerspiegelen.[143] Bijkomend moet de beheerder voor elke benchmark een herziene benchmarkverklaring publiek beschikbaar stellen. De benchmarkverklaring is een informatiedocument met wettelijk voorgeschreven minimuminformatie over de benchmark.[144] In die benchmarkverklaring moet worden aangegeven op welke wijze in elke aangeboden en gepubliceerde benchmark of benchmarkgroep ESG-factoren worden weerspiegeld, of moet duidelijk worden aangegeven dat zulke doelstellingen niet nagestreefd worden.[145] De gedelegeerde verordeningen die de minimuminhoud en de templates voorschrijven voor de toelichting over de integratie van ESG-factoren in (i) de benchmarkverklaring en (ii) de benchmarkmethodologie werden gepubliceerd op 3 december 2020 en traden in werking op 23 december 2020.[146]

5. GEDRAGSREGELS

MIFID II en IDD. De tweede versie van de Richtlijn Markten in Financiële Instrumenten ("Markets in Financial Instruments Directive" of "MiFID II")[147] en de Verzekeringsdistributierichtlijn ("Insurance Distribution Directive" of "IDD")[148] bepalen het wettelijk kader voor de verhouding tussen beleggingsondernemingen *c.q.* verzekeringsdistributeurs en hun cliënten. In 2018 deed de Europese Commissie enkele voorstellen omtrent de integratie van duurzaamheidsrisico's en -factoren in deze wetgevende kaders.[149] Na consultaties[150] en technisch advies van ESMA en EIOPA[151] werden deze voorstellen bijgewerkt en enkele nieuwe verordeningen aangenomen.[152] Duurzaamheidsoverwegingen en -factoren worden

[142] Uitgezonderd beheerders van rentevoet- en valutawisselingsbenchmarks.
[143] Art. 13 (1), d Benchmarkverord.
[144] Art. 27 Benchmarkverord.
[145] Art. 27 (2*bis*) Benchmarkverord.: die verklaring wordt bijgehouden in het openbaar register van ESMA.
[146] Gedelegeerde Verord. (EU) 2020/1816 Commissie 17 juli 2020 tot aanvulling van Verordening (EU) 2016/1011 van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de toelichting in de benchmarkverklaring over de wijze waarop de ecologische, sociale en governancefactoren in elke aangeboden en gepubliceerde benchmark worden weerspiegeld (*Pb.L.* 2020, afl. 406/1); Gedelegeerde Verord. (EU) 2020/1817 Commissie 17 juli 2020 tot aanvulling van Verordening (EU) 2016/1011 van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de minimuminhoud van de toelichting over de wijze waarop de ecologische, sociale en governancefactoren in de benchmarkmethodologie worden weerspiegeld (*Pb.L.* 2020, afl. 406/12).
[147] Richtl. (EU) 2014/65/EU EP en Raad 15 mei 2014 betreffende markten voor financiële instrumenten en tot wijziging van Richtlijn 2002/92/EG en Richtlijn 2011/61/EU (*Pb.L.* 2014, afl. 173) (hierna: MiFID II).
[148] Richtl. (EU) 2016/97 EP en Raad 20 januari 2016 betreffende verzekeringsdistributie (herschikking) (*Pb.L.* 2016, afl. 26/19) (hierna: IDD).
[149] Gedelegeerde Verord. (EU) 2021/1253 Commissie 21 april 2021 tot wijziging van Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/565 wat betreft de integratie van duurzaamheidsfactoren, -risico's en -voorkeuren in bepaalde organisatorische vereisten en voorwaarden voor de bedrijfsvoering voor beleggingsondernemingen (*Pb.L.* 2021, afl. 277/1); Verord. (EU) 2021/1257 Commissie 21 april 2021 tot wijziging van Gedelegeerde Verordeningen (EU) 2017/2358 en Verordening (EU) 2017/2359 wat betreft de integratie van duurzaamheidsfactoren, -risico's en -voorkeuren in de vereisten inzake producttoezicht en -governance voor verzekeringsondernemingen en verzekeringsdistributeurs en in de regels inzake bedrijfsvoering en beleggingsadvies voor verzekeringsgebaseerde beleggingsproducten (*Pb.L.* 2021, afl. 277/18).
[150] ESMA, "Consultation Paper: On Integrating Sustainability Risks and Factors in MiFID II", ESMA35-43-1210, www.esma.europa.eu, 19 december 2018; EIOPA, "Consultation Paper on Technical Advice on the Integration of Sustainability Risks and Factors in the Delegated Acts under Solvency II and ID"D, EIOPA-BOS-18/483, https://register.eiopa.europa.eu, 26 november 2018.
[151] ESMA, "Technical advice to the European Commission on integrating sustainability risks and factors in MiFID II", ESMA35-43-1737, www.esma.europa.eu, 30 april 2019; EIOPA, "Technical Advice on the integration of sustainability risks and factors in the delegated acts under Solvency II and IDD", EIOPA-BoS-19/172, www.eiopa.europa.eu, 30 april 2019.
[152] Gedelegeerde Verord. (EU) 2021/1253 Commissie 21 april 2021 tot wijziging van Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/565 wat betreft de integratie van duurzaamheidsfactoren, -risico's en -voorkeuren in bepaalde organisatorische vereisten en voorwaarden voor de bedrijfsvoering voor beleggingsondernemingen (*Pb.L.* 2021,

daardoor verweven in enkele belangrijke bouwstenen van beleggersbescherming, zoals de regels omtrent de geschiktheidsbeoordeling, productgovernance, belangenconflicten en risicobeheer.[153]

Geschiktheidsbeoordeling. Bij het verstrekken van vermogensbeheer of beleggingsadvies moeten beleggingsondernemingen en verzekeringsdistributeurs beoordelen of beleggingsdiensten en financiële instrumenten *c.q.* beleggingsverzekeringen "geschikt" zijn voor een bepaalde cliënt. Daartoe moeten zij informatie inwinnen over de kennis en de ervaring, de financiële situatie en de beleggingsdoelstellingen van de cliënt.[154] ESMA stelde al in haar Richtsnoeren van 2018 over de geschiktheidsbeoordeling "*dat het een good practice zou zijn wanneer beleggingsondernemingen ook naar niet-financiële zaken kijken wanneer zij informatie verzamelen over de beleggingsdoelstellingen van de cliënt en, … ook informatie inwinnen over de voorkeuren van de cliënt met betrekking tot ESG-factoren (milieu (E), maatschappij (S) en governance (G))."*[155]

De Europese Commissie wijzigde de Gedelegeerde MiFID II- en IDD-Verordeningen om deze "good practice" uitdrukkelijk om te zetten in de relevante bepalingen.[156] Ten eerste zullen beleggingsondernemingen, verzekeringstussenpersonen of verzekeringsondernemingen, wanneer zij informatie inwinnen over de beleggingsdoelstellingen van hun cliënten, ook informatie over de duurzaamheidsvoorkeuren van de cliënt moeten opvragen.[157] Deze 'duurzaamheidsvoorkeuren' worden gedefinieerd als de keuze van een (potentiële) cliënt om financiële instrumenten die voor een minimumpercentage beleggen in ecologisch duurzame beleggingen in de zin van de Taxonomieverordening (EU) 2020/852 of in 'duurzame beleggingen' in de zin van de Informatieverschaffingsverordening (EU) 2019/2088, of die rekening houden met de belangrijkste ongunstige effecten op duurzaamheidsfacto-

afl. 277/1); Gedelegeerde Verord. (EU) 2021/1269 Commissie 21 april 2021 tot wijziging van Gedelegeerde Richtlijn (EU) 2017/593 wat betreft de integratie van duurzaamheidsfactoren in de productgoveranceverplichtingen (*Pb.L.* 2021, afl. 277/137); Gedelegeerde Verord. (EU) 2021/1257 Commissie 21 april 2021 tot wijziging van Gedelegeerde Verordeningen (EU) 2017/2358 en Verordening (EU) 2017/2359 wat betreft de integratie van duurzaamheidsfactoren, -risico's en -voorkeuren in de vereisten inzake producttoezicht en -governance voor verzekeringsondernemingen en verzekeringsdistributeurs en in de regels inzake bedrijfsvoering en beleggingsadvies voor verzekeringsgebaseerde beleggingsproducten (*Pb.L.* 2021, afl. 277/18).

[153] Ook enkele belangrijke nieuwe definities worden ingevoerd van gerelateerde nieuwe begrippen: duurzaamheidsvoorkeuren, duurzaamheidsfactoren en duurzaamheidsrisico (zie nieuw art. 2 (7)-(9) MiFID-Gedelegeerde Verord. nr. (EU) 2017/565, nieuw art. 1 (5)-(6) MiFID-Gedelegeerde Richtl. nr. (EU) 2017/593 en nieuw art. 2 (4)-(6) IDD Gedelegeerde Verord. nr. (EU) 2017/2359, die alle verwijzen naar art. 2 (17), (22) en (24) Informatieverschaffingsverord.

[154] Art. 25 (2) MiFID II *jo.* art. 54 MiFID-Gedelegeerde Verord. nr. 2017/565; art. 30 (1) IDD *jo.* art. 9 IDD Gedelegeerde Verord. nr. 2017/2359.

[155] ESMA, "Final Report: Guidelines on certain aspects of the MiFID II suitability requirements", ESMA35-43-869, www.esma.europa.eu, 28 mei 2018, p. 38, par. 28 (hierna: ESMA Richtsnoeren Geschiktheidsbeoordeling).

[156] Gedelegeerde Verord. (EU) 2021/1253 Commissie 21 april 2021 tot wijziging van Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/565 wat betreft de integratie van duurzaamheidsfactoren, -risico's en -voorkeuren in bepaalde organisatorische vereisten en voorwaarden voor de bedrijfsvoering voor beleggingsondernemingen (*Pb.L.* 2021, afl. 277/1); Gedelegeerde Verord. (EU) 2021/1257 Commissie 21 april 2021 tot wijziging van Gedelegeerde Verordeningen (EU) 2017/2358 en Verordening (EU) 2017/2359 wat betreft de integratie van duurzaamheidsfactoren, -risico's en -voorkeuren in de vereisten inzake producttoezicht en -governance voor verzekeringsondernemingen en verzekeringsdistributeurs en in de regels inzake bedrijfsvoering en beleggingsadvies voor verzekeringsgebaseerde beleggingsproducten (*Pb.L.* 2021, afl. 277/18).

[157] Art. 1(6) a) Gedelegeerde Verord. (EU) 2021/1253 Commissie 21 april 2021 tot wijziging van Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/565 wat betreft de integratie van duurzaamheidsfactoren, -risico's en -voorkeuren in bepaalde organisatorische vereisten en voorwaarden voor de bedrijfsvoering voor beleggingsondernemingen (*Pb.L.* 2021, afl. 277/1); art. 2 (3) a) Gedelegeerde Verord. (EU) 2021/1257 Commissie 21 april 2021 tot wijziging van Gedelegeerde Verordeningen (EU) 2017/2358 en Verordening (EU) 2017/2359 wat betreft de integratie van duurzaamheidsfactoren, -risico's en -voorkeuren in de vereisten inzake producttoezicht en -governance voor verzekeringsondernemingen en verzekeringsdistributeurs en in de regels inzake bedrijfsvoering en beleggingsadvies voor verzekeringsgebaseerde beleggingsproducten (*Pb.L.* 2021, afl. 277/18).

ren,[158] te integreren in de beleggingsstrategie alsook de beslissing van de cliënt over de mate waarin dat soort financiële instrumenten geïntegreerd moeten worden.[159]

Ten tweede zullen ook bij het classificeren van hun producten en beleggingsdiensten met het oog op het linken van deze producten aan beleggingsprofielen, ESG-overwegingen moeten worden meegenomen: beleggingsondernemingen moeten een adequaat beleid en procedures hebben om te verzekeren dat zij de aard en de kenmerken – daarin begrepen duurzaamheidsoverwegingen – verbonden aan de diensten en de instrumenten die zij selecteren voor hun cliënten, begrijpen.[160] De te wijzigen ESMA-Richtsnoeren zouden daaraan toevoegen dat daarbij ook de analyse van de onderneming met het oog op de productgovernanceverplichtingen (hierover *infra*) in overweging zou moeten worden genomen.[161] Het IDD-wetgevende kader bevat geen analoge bepaling.

In het geschiktheidsverslag ten slotte, waarin nu al moet worden vermeld hoe aan de doelstellingen van de cliënt wordt tegemoetgekomen, zou expliciet moeten worden aangegeven hoe ook aan zijn of haar duurzaamheidsvoorkeuren werd tegemoetgekomen.[162]

Zoals hierboven reeds bleek, heeft ESMA in haar consultatie ook uitdrukkelijk aangegeven hoe zij de Richtsnoeren in verband met de Geschiktheidsbeoordeling wil wijzigingen in functie van de wijzigingen aan de MiFID-Gedelegeerde Verordening. In het algemeen wil zij deze wijzigingen high-level houden om beleggingsondernemingen voldoende flexibiliteit te geven en om toezichthouders toe te laten een toezichtspraktijk te ontwikkelen.[163] Desalniettemin geeft ESMA in haar technisch advies enkele erg interessante inzichten met betrekking tot deze Richtsnoeren. Zo stelt ESMA vooreerst dat beleggingsondernemingen bij het opvragen van cliënteninformatie over ESG-voorkeuren, rekening moeten houden met de redenen waarom cliënten dergelijke vragen niet juist zouden beantwoorden. Ondernemingen zouden moeten trachten te vermijden dat een cognitieve distorsie de geldigheid en de betrouwbaarheid van de antwoorden van beleggers zou ondermijnen.[164] Ten tweede mag de invoering van ESG-elementen in de geschiktheidsbeoordeling nooit ingaan tegen het belang van de cliënt. Dit betekent dat ESG-doelstellingen van de cliënt pas in tweede orde komen, nadat een eerste productselectie is gebeurd in functie van de kennis en de

[158] De cliënt bepaalt in dat geval de kwantitatieve of kwalitatieve elementen waaruit moet blijken dat met die effecten rekening wordt gehouden, zie art. 1(1) Gedelegeerde Verord. (EU) 2021/1253 Commissie 21 april 2021 tot wijziging van Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/565 wat betreft de integratie van duurzaamheidsfactoren, -risico's en -voorkeuren in bepaalde organisatorische vereisten en voorwaarden voor de bedrijfsvoering voor beleggingsondernemingen (*Pb.L.* 2021, afl. 277/1).

[159] *Ibid*.

[160] Zie art. 1(6) c) Gedelegeerde Verord. (EU) 2021/1253 Commissie 21 april 2021 tot wijziging van Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/565 wat betreft de integratie van duurzaamheidsfactoren, -risico's en -voorkeuren in bepaalde organisatorische vereisten en voorwaarden voor de bedrijfsvoering voor beleggingsondernemingen (*Pb.L.* 2021, afl. 277/1).

[161] ESMA, "Consultation Paper: On Integrating Sustainability Risks and Factors in MiFID II", ESMA35-43-1210, www.esma.europa.eu, 19 december 2018, p. 25, met voorstel tot wijziging van par. 70 Richtsnoeren.

[162] Ook op dit punt hebben de bepalingen van de MiFID- en IDD-Gedelegeerde Verordeningen dezelfde strekking. Anders dan met betrekking tot de voorgaande punten, verschillen de precieze bewoordingen echter wel. Zie art. 1(6) e) Gedelegeerde Verord. (EU) 2021/1253 Commissie 21 april 2021 tot wijziging van Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/565 wat betreft de integratie van duurzaamheidsfactoren, -risico's en -voorkeuren in bepaalde organisatorische vereisten en voorwaarden voor de bedrijfsvoering voor beleggingsondernemingen (*Pb.L.* 2021, afl. 277/1); art. 1(3) Gedelegeerde Verord. (EU) 2021/1257 Commissie 21 april 2021 tot wijziging van Gedelegeerde Verordeningen (EU) 2017/2358 en Verordening (EU) 2017/2359 wat betreft de integratie van duurzaamheidsfactoren, -risico's en -voorkeuren in de vereisten inzake producttoezicht en -governance voor verzekeringsondernemingen en verzekeringsdistributeurs en in de regels inzake bedrijfsvoering en beleggingsadvies voor verzekeringsgebaseerde beleggingsproducten (*Pb.L.* 2021, afl. 277/18).

[163] ESMA, "Consultation Paper: On Integrating Sustainability Risks and Factors in MiFID II", ESMA35-43-1210, www.esma.europa.eu, 19 december 2018, p. 22, par. 6.

[164] *Ibid*., p. 22, par. 10.

ervaring, de financiële situatie en andere doelstellingen van de cliënt.[165] Ten derde erkent ESMA dat er, net als voor de beoordeling van de andere criteria van de geschiktheidsbeoordeling, verschillende methodes mogelijk zijn om de regels met betrekking tot de ESG-criteria na te leven. Zo kan bijvoorbeeld een vereenvoudigde benadering worden toegepast – waarbij de cliënt wordt gevraagd welk percentage van zijn of haar portfolio deze wil beleggen in klimaatduurzame, sociale en/of deugdelijkbestuurbeleggingen; dan wel een meer geavanceerde "portfoliobenadering" – waarbij de beleggingsonderneming op basis van de voorkeuren van de cliënt voor E-, S- en/of G-beleggingen, in staat is om het "ESG-profiel" van de portfolio van de cliënt te bepalen.[166] Ten vierde bevestigt ESMA uitdrukkelijk dat de beoordeling van de ESG-voorkeuren van de cliënt uiteraard niet gelinkt moet worden aan de grootte van zijn portfolio; de beoordeling van de ESG-doelstellingen als onderdeel van de geschiktheidsbeoordeling mag dus niet worden beperkt tot de meer welstellende cliënten.[167] Ten slotte bevestigt ESMA, wellicht ten overvloede, dat ESG-producten ook geschikt kunnen zijn voor cliënten zonder ESG-voorkeuren, maar dat niet-ESG-producten nooit geschikt kunnen zijn voor cliënten met ESG-voorkeuren.[168]

ESMA heeft aangegeven dat het de voorgestelde wijzigingen aan de Richtsnoeren pas zal implementeren nadat de gedelegeerde Verordening (EU) 2017/565 ook daadwerkelijk is aangepast, en dat zij pas van toepassing zullen zijn na de inwerkingtreding van de gewijzigde Verordening, voorzien 18 maanden na afkondiging ervan.[169] De te wijzigen richtsnoeren zouden vervolgens onmiddellijk van toepassing zijn op bestaande cliënten. Dit houdt echter niet in dat vanaf de eerste dag de profielen van alle cliënten aangepast zullen moeten zijn. Wel moet vanaf dan bij de herziening van bestaande profielen rekening worden gehouden met de gewijzigde richtsnoeren.[170] ESMA heeft de Richtsnoeren vooralsnog niet aangepast in overeenstemming met de in de consultatie voorgestelde wijzigingen.

Bovenstaande wijzigingen zullen zeker bijdragen aan de bewustwording van beleggers over het bestaan van duurzame beleggingsproducten en aan de perceptie van duurzame producten als een daadwerkelijke beleggingsoptie. Veel verregaandere maatregelen zijn echter denkbaar, zoals het presenteren van duurzame beleggingsproducten als standaardoptie wanneer zowel duurzame als niet-duurzame producten passen bij de andere behoeften en doelstellingen van de klant. Dit is een beleidsoptie waarover de Europese Commissie onlangs geconsulteerd heeft.[171] Een gelijkaardige maatregel bestaat al met betrekking tot de kosten en de complexiteit van het product: na een initiële selectie moeten financiële dienstverleners steeds nagaan of er geen equivalent product is, dat minder kost of minder complex is.[172] Het valt echter te bezien of een dergelijke maatregel, waarbij steeds zou

[165] *Ibid*., p. 23, par. 11. Deze visie werd ook verwoord in overw. 5 Gedelegeerde Verord. (EU) 2021/1253 Commissie 21 april 2021 tot wijziging van Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/565 wat betreft de integratie van duurzaamheidsfactoren, -risico's en -voorkeuren in bepaalde organisatorische vereisten en voorwaarden voor de bedrijfsvoering voor beleggingsondernemingen (*Pb.L.* 2021, afl. 277/1). Over de vragen en problemen die deze overweging oproept, zie V. COLAERT, "Integrating sustainable finance into the MiFID II and IDD investor protection frameworks", beschikbaar via https://ssrn.com/abstract=3786624, te verschijnen in D. BUSCH, G. FERRARINI en S. GRÜNEWALD, *Sustainable Finance in Europe*, Palgrave MacMillan 2021.

[166] ESMA, "Consultation Paper: On Integrating Sustainability Risks and Factors in MiFID II", ESMA35-43-1210, www.esma.europa.eu, 19 december 2018, p. 23, par. 12.

[167] *Ibid*., p. 23, par. 13.

[168] *Ibid*., p. 23-24, par. 14.

[169] ESMA, "Consultation Paper: On Integrating Sustainability Risks and Factors in MiFID II", ESMA35-43-1210, www.esma.europa.eu, 19 december 2018, p. 24, par. 16.

[170] ESMA, "Consultation Paper: On Integrating Sustainability Risks and Factors in MiFID II", ESMA35-43-1210, www.esma.europa.eu, 19 december 2018, p. 24, par. 17.

[171] Consultatiedocument van de Commissie, "Consultation on the renewed sustainable finance strategy", 2020, https://ec.europa.eu, p. 8.

[172] Zij moeten meer bepaald beschikken over adequate gedragslijnen en procedures om ervoor te zorgen dat zij, rekening houdend met de kosten en de complexiteit, toetsen of gelijkwaardige beleggingsdiensten of financiële

moeten worden nagegaan of een equivalent, maar duurzamer product even geschikt is, ook daadwerkelijk zal worden ingevoerd. Hoewel het zeker de duurzame financiering door particuliere beleggers zou stimuleren, zou het ook een paternalistisch kantje toevoegen aan de geschiktheidsbeoordeling.

Productgovernance. Ook de zogenaamde productgovernanceregels worden aangepast in functie van het Actieplan.[173] Het productgovernanceregime werd ingevoerd door MiFID II en IDD, bovenop de geschiktheids- en passendheidsvereisten, om het risico van "misselling" verder te verkleinen. Productgovernanceregels vereisen dat MiFID- en IDD-productfabrikanten (i) producten zo ontwerpen dat ze voldoen aan de behoeften van een geïdentificeerde doelmarkt van eindklanten, (ii) hun distributiestrategie afstemmen op deze doelmarkt en (iii) redelijke maatregelen nemen om ervoor te zorgen dat de producten naar deze doelmarkt worden gedistribueerd. MiFID-productdistributeurs moeten op hun beurt ook een doelmarkt identificeren voor de producten die ze distribueren, ofwel omdat de productfabrikant niet onderworpen was aan MiFID II, ofwel om de doelmarkt te verfijnen in het licht van hun kennis van hun klantenbestand.[174] Voor verzekeringsdistributeurs bestaat die laatste verplichting echter niet; zij kunnen vertrouwen op de doelmarkt die door de productfabrikant werd gedefinieerd. MiFID- en IDD-productdistributeurs mogen in principe niet verkopen aan klanten buiten de doelmarkt[175] en moeten de productfabrikant feedback geven.[176]

In haar richtsnoeren inzake productgovernance bepaalde ESMA al dat de onderneming dient te specificeren voor welke beleggingsdoelstellingen en -behoeften van cliënten een product is ontworpen. ESMA geeft daarbij als voorbeelden dat een product kan "*zijn ontworpen om te voldoen aan de behoeften van een specifieke demografische leeftijd, om fiscale efficiëntie te bewerkstelligen …, of met speciale kenmerken om specifieke beleggingsdoelstellingen te bereiken, zoals „valutabescherming", „groen beleggen", „ethisch beleggen", voor zover relevant.*"[177] EIOPA heeft geen richtsnoeren uitgevaardigd inzake productgovernance. Recente wijzigingen aan het MiFID- en IDD-wetgevend kader gaan verder en voorzien bindende regels aangaande de integratie van duurzaamheidsfactoren in het productgovernanceregime. Bij het bepalen en het periodiek herzien van de doelmarkt moeten zowel MiFID- als IDD-productfabrikanten, en MiFID-productdistributeurs, binnenkort ook rekening houden met eventuele duurzaamheidsvoorkeuren.[178]

---

instrumenten aan het profiel van hun cliënten kunnen beantwoorden. Zie art. 54 (9) MiFID II-Gedelegeerde Verord. (EU) 2017/565.

[173] ESMA, "Technical advice to the European Commission on integrating sustainability risks and factors in MiFID II", ESMA35-43-1737, www.esma.europa.eu, 30 april 2019, p. 17 e.v.; EIOPA, "Technical Advice on the integration of sustainability risks and factors in the delegated acts under Solvency II and IDD", EIOPA-BoS-19/172, www.eiopa.europa.eu, 30 april 2019, p. 35 e.v.

[174] Als de MiFID-productfabrikant dezelfde instelling is als de productdistributeur, moet slechts één doelmarkt worden bepaald (zie art. 10 (2) MiFID-Gedelegeerde Richtl. nr. (EU) 2017/593).

[175] Hierop zijn een aantal uitzonderingen. Zie V. COLAERT, "Product Governance: Paternalisme uitbesteed aan Financiële Instellingen", *TRV-RPS* 2018, p. 804-811.

[176] Art. 16 (3) en 24 (2) MiFID II- en art. 9-10 MiFID-Gedelegeerde Richtl. nr. (EU) 2017/593/EU; art. 25 IDD- en art. 4-11 IDD-Gedelegeerde Verord. nr. (EU) 2017/2358/EU. Zie hierover onder meer V. COLAERT, "Product Governance: Paternalisme uitbesteed aan Financiële Instellingen", *TRV-RPS* 2018, p. 804-811.

[177] ESMA, *Richtsnoeren voor productgovernance verplichtingen van MiFID I*, ESMA35-43-620N, www.esma.europa.eu, 5 februari 2018, par. 18.

[178] Art. 1 Gedelegeerde Verord. (EU) 2021/1269 Commissie 21 april 2021 tot wijziging van Gedelegeerde Richtlijn (EU) 2017/593 wat betreft de integratie van duurzaamheidsfactoren in de productgoveranceverplichtingen (*Pb.L.* 2021, afl. 277/137); art. 1 Gedelegeerde Verord. (EU) 2021/1257 Commissie 21 april 2021 tot wijziging van Gedelegeerde Verordeningen (EU) 2017/2358 en Verordening (EU) 2017/2359 wat betreft de integratie van duurzaamheidsfactoren, -risico's en -voorkeuren in de vereisten inzake producttoezicht en -governance voor verzekeringsondernemingen en verzekeringsdistributeurs en in de regels inzake bedrijfsvoering en beleggingsadvies voor verzekeringsgebaseerde beleggingsproducten (*Pb.L.* 2021, afl. 277/18).

Het gewijzigde wettelijke kader heeft echter een belangrijke beperking: duurzaamheidsfactoren moeten alleen in overweging worden genomen in het productgovernanceproces voor financiële instrumenten "die bedoeld zijn om te worden verspreid onder cliënten die op zoek zijn naar financiële instrumenten met een duurzaamheidsgerelateerd profiel".[179] De Commissie heeft inderdaad expliciet bevestigd dat de mogelijkheid om een doelmarkt voor klanten zonder duurzaamheidsvoorkeuren te identificeren, moet worden gehandhaafd.[180] In dat geval hoeft geen informatie over de duurzaamheid van het product te worden opgenomen in de doelmarktbeschrijving, behalve dat deze is gericht op beleggers zonder duurzaamheidsvoorkeuren. Als financiële instrumenten daarentegen bedoeld zijn om te worden gedistribueerd aan klanten met een duurzaamheidsgerelateerd profiel, moet de doelmarkt op een voldoende gedetailleerd niveau worden gedefinieerd.[181] EIOPA verduidelijkte in haar technisch advies aan de Commissie dat een algemene verklaring dat een verzekeringsproduct een ESG-profiel heeft, niet voldoende zou zijn.[182] Dit lijkt te betekenen dat in de beschrijving van de doelmarkt moet worden gespecificeerd of en in welke mate elk van de E-, S- en G-factoren door het product wordt bereikt.

ESMA wil haar Productgovernancerichtsnoeren aanpassen aan het gewijzigde wetgevende kader, door ESG-voorkeuren uitdrukkelijk te vermelden als onderdeel van de "doelstellingen en behoeften" van de cliënt,[183] en door een nieuwe *case study* toe te voegen, die betrekking heeft op een zgn. "Impact Investment Fund".[184] In deze richtsnoeren wil ESMA nogmaals benadrukken dat het niet nodig is om een negatieve doelmarkt vast te stellen in verband met ESG-producten: deze kunnen uiteraard ook worden verkocht aan beleggers die geen specifieke ESG-voorkeuren hebben kenbaar gemaakt.[185] Ook al heeft ESMA niet gespecificeerd wanneer zij die wijzigingen zou implementeren en wanneer ze in werking zouden treden, het lijkt waarschijnlijk dat zij dezelfde benadering zal volgen als met betrekking tot de Geschiktheidsrichtsnoeren (zie hierboven).

Belangenconflicten. Belangenconflicten zijn een belangrijke oorzaak van misselling en beleggersschade. De MiFID- en IDD-regimes ter beheersing van belangenconflicten bestaan uit drie stappen: (i) identificatie van mogelijke bronnen van belangenconflicten, (ii) beheer van belangenconflicten door de implementatie van een belangenconflictenbeleid en (iii) informatieverstrekking over belangenconflicten indien de beleggingsonderneming of

[179] Overw. 5 Gedelegeerde Verord. (EU) 2021/1269 Commissie 21 april 2021 tot wijziging van Gedelegeerde Richtlijn (EU) 2017/593 wat betreft de integratie van duurzaamheidsfactoren in de productgoveranceverplichtingen (*Pb.L.* 2021, afl. 277/137).
[180] Explanatory Memorandum van Gedelegeerde Verord. (EU) Commissie 21 april 2021 tot wijziging van Gedelegeerde Richtlijn (EU) 2017/593 wat betreft de integratie van duurzaamheidsfactoren in de productgoverance-verplichtingen (C(2021) 2612 final), 2.
[181] Overw. 5-6 Gedelegeerde Verord. (EU) 2021/1269 Commissie 21 april 2021 tot wijziging van Gedelegeerde Richtlijn (EU) 2017/593 wat betreft de integratie van duurzaamheidsfactoren in de productgoveranceverplichtingen (*Pb.L.* 2021, afl. 277/137). EIOPA stelde voor om dit expliciet in een nieuwe overw. 5*bis* IDD-Gedelegeerde Verord. nr. (EU) 2017/2358 in te schrijven (zie EIOPA, "Technical Advice on the integration of sustainability risks and factors in the delegated acts under Solvency II and IDD", EIOPA-BoS-19/172, www.eiopa.europa.eu, 30 april 2019, 37). Dit werd uiteindelijk slechts een overweging in de wijzigingsverordening (overw. 6 Gedelegeerde Verord. (EU) 2021/1257 Commissie 21 april 2021 tot wijziging van Gedelegeerde Verordeningen (EU) 2017/2358 en Verordening (EU) 2017/2359 wat betreft de integratie van duurzaamheidsfactoren, -risico's en -voorkeuren in de vereisten inzake producttoezicht en -governance voor verzekeringsondernemingen en verzekeringsdistributeurs en in de regels inzake bedrijfsvoering en beleggingsadvies voor verzekeringsgebaseerde beleggingsproducten (*Pb.L.* 2021, afl. 277/18)).
[182] EIOPA, "Technical Advice on the integration of sustainability risks and factors in the delegated acts under Solvency II and IDD", EIOPA-BoS-19/172, www.eiopa.europa.eu, 30 april 2019, 37.
[183] ESMA, "Consultation Paper: On Integrating Sustainability Risks and Factors in MiFID II", ESMA35-43-1210, www.esma.europa.eu, 19 december 2018, p. 18.
[184] ESMA, "Consultation Paper: On Integrating Sustainability Risks and Factors in MiFID II", ESMA35-43-1210, www.esma.europa.eu, 19 december 2018, p. 18-19.
[185] *Ibid*., 15, par. 13.

de verzekeringstussenpersoon niet kan verzekeren dat een belangenconflict de belangen van cliënten niet zal schaden.[186] ESG-overwegingen zijn een nieuwe bron van belangenconflicten en misselling. De EU-wetgever heeft daarom ook de MiFID- en IDD-regels inzake belangenconflicten verfijnd. De duurzaamheidswijzigingen van het belangenconflictenregime richten zich daarbij vooral op de eerste stap, "identificatie".

Artikel 33 van de MiFID-Gedelegeerde Verordening somt 5 minimumcriteria op waarmee rekening moet worden gehouden bij het identificeren van belangenconflicten die de belangen van een cliënt kunnen schaden. Dit artikel werd aangepast om duidelijk te maken dat de belangen van de opdrachtgever ook zijn of haar duurzaamheidsvoorkeuren omvatten.[187] Die wijzigingen maken eigenlijk vooral expliciet wat diligente beleggingsondernemingen al zouden moeten doen. Overweging 4 van de wijzigingsverordening bevestigt dat beleggingsondernemingen bij het identificeren van de types belangenconflicten die de belangen van de cliënt kunnen schaden, ook die soorten belangenconflicten moeten opnemen die kunnen ontstaan doordat de duurzaamheidsvoorkeuren van de cliënt worden opgenomen.[188] In de raadpleging die aan haar technisch advies aan de Commissie voorafging, verduidelijkte ESMA dat ondernemingen passende regelingen moeten treffen om ervoor te zorgen dat het opnemen van ESG-overwegingen in het adviesproces en het portefeuillebeheer niet zou leiden tot misselling of een verkeerde voorstelling van zaken, noch de belangen van de klanten zou mogen schaden. ESMA gaf daarbij ook een aantal interessante voorbeelden van hoe ESG-overwegingen kunnen worden gebruikt om de belangen van klanten te schaden: het verkopen van eigen of duurdere producten, het aanbevelen van onnodige transacties of het uitvoeren ervan voor klanten ('*churning*'), of producten of strategieën voorstellen als overeenstemmend met ESG-voorkeuren als dat niet het geval is.[189] De SMSG had geadviseerd om die voorbeelden in de overweging op te nemen, en ESMA bevestigde in haar definitieve advies aan de Commissie dat dit inderdaad nuttig zou zijn.[190] Desalniettemin zijn die voorbeelden niet opgenomen in de definitieve tekst van de verordening, en de huidige overweging 5 lijkt nu voornamelijk te gaan over de opname van duurzaamheidsfactoren in de geschiktheidstest.[191] De voorbeelden die in de ESMA-raadpleging zijn gegeven, zijn echter nog steeds nuttig om een duidelijker beeld te krijgen van hoe het opnemen van ESG-overwegingen kan leiden tot schade aan de belangen van klanten, en om beleggingsondernemingen te helpen bij het creëren van procedures voor belangenconflicten die rekening houden met deze potentiële bron van conflicten.

Voor distributeurs van verzekeringsgebaseerde beleggingsproducten is het regime van belangenconflicten eveneens gewijzigd. Ook hier werd expliciet toegevoegd dat "de belan-

[186] Art. 16 (3) en 23 MiFID II; art. 27 en 28 IDD.
[187] Art. 1 (4) Gedelegeerde Verord. (EU) 2021/1253 Commissie 21 april 2021 tot wijziging van Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/565 wat betreft de integratie van duurzaamheidsfactoren, -risico's en -voorkeuren in bepaalde organisatorische vereisten en voorwaarden voor de bedrijfsvoering voor beleggingsondernemingen (*Pb.L.* 2021, afl. 277/1).
[188] Overw. 4 Gedelegeerde Verord. (EU) 2021/1253 Commissie 21 april 2021 tot wijziging van Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/565 wat betreft de integratie van duurzaamheidsfactoren, -risico's en -voorkeuren in bepaalde organisatorische vereisten en voorwaarden voor de bedrijfsvoering voor beleggingsondernemingen (*Pb.L.* 2021, afl. 277/1).
[189] ESMA, "Consultation Paper: On Integrating Sustainability Risks and Factors in MiFID II", ESMA35-43-1210, www.esma.europa.eu, 19 december 2018, p. 10.
[190] ESMA, "Final Report: ESMA's technical advice to the European Commission on integrating sustainability risks and factors in MiFID II", ESMA35-43-1737, www.esma.europa.eu, 30 april 2019, p. 14 en 16; SMSG, "Advice to ESMA: ESMA Consultation Papers On integrating sustainability risks and factors in MIFID, the UCITS Directive and AIFMD", ESMA22-106-1683, www.esma.europa.eu, 6 maart 2019, p. 9.
[191] Overw. 5 Gedelegeerde Verord. (EU) 2021/1253 Commissie 21 april 2021 tot wijziging van Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/565 wat betreft de integratie van duurzaamheidsfactoren, -risico's en -voorkeuren in bepaalde organisatorische vereisten en voorwaarden voor de bedrijfsvoering voor beleggingsondernemingen (*Pb.L.* 2021, afl. 277/1).

gen van de cliënten" ook zijn of haar duurzaamheidsvoorkeuren omvatten.[192] In overweging 10 werd verduidelijkt dat verzekeringstussenpersonen en verzekeringsondernemingen ook eventuele belangenconflicten moeten identificeren die kunnen ontstaan ten gevolge van de integratie van duurzaamheidsvoorkeuren van cliënten.[193] In haar technisch advies had EIOPA voorgesteld om in de overweging een aantal voorbeelden op te nemen van ESG-overwegingen bij het identificeren van belangenconflicten, waaronder belonings- en stimuleringsstructuren voor externe vermogensbeheerders en volmachtadviseurs (*proxy advisors*), en belonings- en incentiveringsstructuren om de distributie van ESG-producten te promoten of om specifieke duurzaamheidsdoelstellingen van de verzekeringsonderneming te behalen die verschillen van de ESG-voorkeuren van de doelmarkt.[194] In de uiteindelijke overweging werden deze voorbeelden echter niet opgenomen.

Risicobeheer. Artikel 23 (1), a) van de MiFID-Gedelegeerde Verordening bepaalde al dat beleggingsondernemingen adequate beleidslijnen en procedures voor risicobeheer moeten vaststellen, implementeren en handhaven die de risico's met betrekking tot de activiteiten, de processen en de systemen van de onderneming identificeren, en het risiconiveau bepalen dat de onderneming wil opnemen. Nu is verduidelijkt dat beleggingsondernemingen daarbij ook expliciet rekening dienen te houden met duurzaamheidsrisico's.[195] Luidens overweging 3 van de wijzigingsverordening moeten ondernemingen bovendien de technische capaciteit en kennis hebben om die duurzaamheidsrisico's te analyseren.[196] Voor verzekerings- en herverzekeringsondernemingen zijn de bepalingen inzake risicomanagement opgenomen in de Solvency II-Uitvoeringsverordening.[197] Ook van hen wordt vereist dat duurzaamheidsrisico's worden weerspiegeld in hun risicobeheer en dat de identificatie en de beoordeling van duurzaamheidsrisico's worden gereflecteerd in de taken van de risicobeheerfunctie.[198]

6. CONCLUSIE

Impact van "sustainable finance" op financiële dienstverleners. Duurzame financiering is duidelijk één van dé thema's die het financieel recht de komende jaren zullen beheersen.

[192] Art. 2(2) Gedelegeerde Verord. (EU) 2021/1257 Commissie 21 april 2021 tot wijziging van Gedelegeerde Verordeningen (EU) 2017/2358 en Verordening (EU) 2017/2359 wat betreft de integratie van duurzaamheidsfactoren, -risico's en -voorkeuren in de vereisten inzake producttoezicht en -governance voor verzekeringsondernemingen en verzekeringsdistributeurs en in de regels inzake bedrijfsvoering en beleggingsadvies voor verzekeringsgebaseerde beleggingsproducten (*Pb.L.* 2021, afl. 277/18).

[193] Overw. 10 Gedelegeerde Verord. (EU) 2021/1257 Commissie 21 april 2021 tot wijziging van Gedelegeerde Verordeningen (EU) 2017/2358 en Verordening (EU) 2017/2359 wat betreft de integratie van duurzaamheidsfactoren, -risico's en -voorkeuren in de vereisten inzake producttoezicht en -governance voor verzekeringsondernemingen en verzekeringsdistributeurs en in de regels inzake bedrijfsvoering en beleggingsadvies voor verzekeringsgebaseerde beleggingsproducten (*Pb.L.* 2021, afl. 277/18)).

[194] EIOPA, "Technical Advice", EIOPA-BoS-19/172, https://register.eiopa.europa.eu, 30 april 2019, p. 33.

[195] Art. 1 (3) Gedelegeerde Verord. (EU) 2021/1253 Commissie 21 april 2021 tot wijziging van Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/565 wat betreft de integratie van duurzaamheidsfactoren, -risico's en -voorkeuren in bepaalde organisatorische vereisten en voorwaarden voor de bedrijfsvoering voor beleggingsondernemingen (*Pb.L.* 2021, afl. 277/1).

[196] Overw. 3 Gedelegeerde Verord. (EU) 2021/1253 Commissie 21 april 2021 tot wijziging van Gedelegeerde Verordening (EU) 2017/565 wat betreft de integratie van duurzaamheidsfactoren, -risico's en -voorkeuren in bepaalde organisatorische vereisten en voorwaarden voor de bedrijfsvoering voor beleggingsondernemingen (*Pb.L.* 2021, afl. 277/1).

[197] Gedelegeerde Verord. (EU) 2015/35 Commissie 10 oktober 2014 tot aanvulling van Richtlijn 2009/138/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II) *(Pb.L.* 2015, afl. 12/1).

[198] Art. 1 (3) Gedelegeerde Verord. (EU) 2021/1256 Commissie tot wijziging van Gedelegeerde Verordening (EU) 2015/35 wat betreft de integratie van duurzaamheidsrisico's in de governance van verzekerings- en herverzekeringsondernemingen (*Pb.L.* 2021, afl. 277/14).

Met het Actieplan Duurzame Groei Financieren en de Europese Green Deal wil de Europese Commissie het volledige regelgevende kader herzien met het oog op de inschakeling van de financiële sector in de transitie naar een duurzamere economie. In deze bijdrage hebben wij gefocust op de wetgevende initiatieven inzake duurzame financiering die relevant zijn voor financiële dienstverleners in hun relatie met beleggers.

Overbruggen van "value-action"-gap. Onderzoek heeft aangetoond dat de beleggingen van niet-professionele beleggers vaak niet stroken met hun persoonlijke overtuigingen, omdat zij niet weten dat of hoe die overtuigingen kunnen worden geïntegreerd in hun beleggingsbeslissingen, omdat zij vrezen dat duurzame producten minder opbrengen of omdat dergelijke producten onvoldoende beschikbaar zijn. Heel wat van de besproken regelgeving heeft duidelijk tot doel om ervoor te zorgen dat niet-professionele beleggers nog beter de weg naar duurzame beleggingen vinden.

Informatie. In deze bijdrage hebben we een overzicht gegeven van de vele informatieverplichtingen van financiëlemarktdeelnemers ten aanzien van beleggers in verband met de duurzaamheid van producten. Deze zullen er ongetwijfeld toe bijdragen dat beleggers zich beter bewust worden van het aanbod aan en de kenmerken van duurzame producten, en van het feit dat zij desgevallend hun "groene" gedachtegoed kunnen weerspiegelen in hun beleggingen.

Gedragsregels. Ook de verplichte bevraging van beleggers omtrent hun ESG-voorkeuren in de context van de geschiktheidsbeoordeling zal ongetwijfeld bijdragen tot de verdere bewustwording bij cliënten van de mogelijkheden die zij hebben om met hun beleggingen een duurzamere wereld te bewerkstelligen. En ook de integratie van duurzaamheidsoverwegingen in het productgovernanceproces en in het belangenconflictenregime dragen bij tot een betere beleggersbescherming, met oog voor de duurzaamheidsvoorkeuren van de belegger.

Wat is duurzaam? De hele transitie naar "sustainable finance" staat of valt echter met een sluitende definitie van wat een "duurzaam" product is. Hoewel in dit verband al belangrijke stappen zijn gezet, blijft dit de achilleshiel van de "sustainable finance"-beweging.

De Europese wetgeving definieert "duurzaam" met verwijzing naar "ESG"-risico's en factoren ("Environment, Social and Governance"). De Taxonomieverordening bepaalt vooralsnog echter enkel wanneer een economische activiteit als "ecologisch" duurzaam kan worden beschouwd. Om te voldoen aan de nieuwe informatieverplichtingen en aan de gewijzigde gedragsregels moeten financiële dienstverleners de duurzaamheid van een belegging echter vaststellen in functie van de drie ESG-factoren en -risico's. ESMA stelt dat beleggingsondernemingen, in afwachting van een meer volledige taxonomie, zelf standaarden moeten aannemen wat betreft de sociale en governancefactoren.[199] Deze situatie is verre van ideaal: zij verhoogt de *compliance*kost, leidt tot onzekerheid en kan leiden tot een verschillende kwalificatie van eenzelfde product bij verschillende financiële instellingen. Voor beleggers ondermijnt dit de vergelijkbaarheid. Labels, benchmarks en ratings kunnen dit probleem enigszins verzachten, maar brengen nieuwe problemen met zich mee. Er bestaan immers uiteenlopende labels, die door private instanties worden uitgevaardigd en die verschillende ladingen dekken. Verschillende labels zijn bovendien in zwang in de verschillende lidstaten, wat het gelijke speelveld tussen de lidstaten ondermijnt, en opnieuw de transparantie en de vergelijkbaarheid voor beleggers vertroebelt – nochtans een

[199] ESMA, "Technical advice to the European Commission on integrating sustainability risks and factors in MiFID II", ESMA35-43-1737, www.esma.europa.eu, 30 april 2019, p. 17; zie bv. NEDERLANDSE VERENIGING VAN BANKEN, "NVB response to Commission proposals on financing sustainable growth- MiFID II suitability requirements", https://ec.europa.eu, 21 juni 2018.

uitdrukkelijke doelstelling van het "sustainable finance"-beleid van de Europese Unie. ESG-ratings zouden een handige manier kunnen zijn om de duurzaamheid van producten, ongeacht of ze enig label hebben gekregen, te vergelijken. Deze ratings zijn vandaag echter niet gereguleerd en er wordt geen toezicht op gehouden, wat risico's inhoudt op "*greenwashing*" en misselling.

Besluit. Sinds de Europese Commissie haar Actieplan Duurzame Groei Financieren heeft uitgebracht, zijn er enorme stappen gezet. Nieuwe regelgeving faciliteert de overgang naar een meer duurzame financiering van economische activiteiten, en zowel financiëlemarktdeelnemers als beleggers zijn zich meer bewust van de mogelijkheden die duurzame financiering biedt.[200] Deze snelle evolutie brengt echter ook risico's met zich mee. De Europese wetgever is trendsetter en ontwerpt nieuwe regels aan een zelden gezien tempo. Toch lijken wetgeving en toezicht de evolutie in de markt niet te kunnen bijbenen. Belangrijke spelers (zoals ESG-ratingagentschappen en private labels) gaan voorlopig ongereguleerd en zonder overheidstoezicht hun gang. De Europese wetgever heeft ook deze spelers echter in het vizier, zodat gehoopt mag worden dat een aantal lacunes in de huidige wetgeving, en de risico's op *greenwashing* die daarmee gepaard gaan, in de nabije toekomst tot het verleden zullen behoren.

[200] Volgens een recente studie van EFAMA (European Fund and Asset Management Association), beheren vermogensbeheerders in Europa bijna 10,7 biljoen euro aan fondsen die op een of andere manier ESG-overwegingen in acht nemen, wat overeenstemt met bijna 45 % van de in Europa beheerde activa. Tegelijkertijd wordt wel aangegeven dat deze fondsen heel verschillende criteria hanteren en dat dus, bij de beoordeling van de vraag in hoeverre zij werkelijk duurzaam zijn, enige voorzichtigheid geboden is. EFAMA besluit: "*Retail demand for funds that take ESG considerations into account is booming and asset managers are responding accordingly by launching new ESG funds. Asset managers also get more and more requests for specific ESG mandates from their institutional clients.*" Zie EFAMA, "Markets Insights", issue #3, www.efama.org, 2020, p. 1 en 4.

DUURZAAMHEID IN HET GEMENE CONTRACTENRECHT: ECOLOGIE VAN EEN ANDERE ORDE?

Dr. Pieter GILLAERTS
Advocaat balie Brussel
Vrijwillig wetenschappelijk medewerker KU Leuven

1. INLEIDING, FOCUS EN OPZET

1. Duurzaamheid treedt vandaag steeds vaker en almaar prominenter op de voorgrond als een van de grote maatschappelijke uitdagingen van deze eeuw. Duurzaamheid is daarbij een vlag die vele, uiteenlopende ladingen dekt. Denk bijvoorbeeld aan de Duurzame Ontwikkelingsdoelstellingen ("*Sustainable Development Goals*" of "*SGDs*") die op 25 september 2015 formeel bij resolutie werden geformuleerd en aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties.[1] Ze strekken zich uit van armoedebestrijding en gendergelijkheid tot verantwoorde consumptie en productie. Duurzaamheid in brede zin behelst dan ook zowel ecologische als economische en sociale factoren (en de interactie en synergieën daartussen). In het kader van duurzame ontwikkeling wordt dat vaak[2] uitgedrukt in 3 P's: *people* (de sociale pijler van duurzame ontwikkeling), *planet* (de ecologische pijler van duurzame ontwikkeling) en *profit* (de economisch pijler van duurzame ontwikkeling).[3] In deze bijdrage[4] ligt de focus enkel op het *ecologische* aspect van duurzaamheid.

2. Ook het recht kan bijdragen tot het stimuleren van ecologische duurzaamheid.[5] In deze bijdrage zal het gemene contractenrecht centraal staan, met het Belgische contractenrecht als uitgangspunt. Het opzet van deze bijdrage is om bij wijze van eerste verkenning de mogelijkheden op te zoeken van hoe duurzaamheid kan inwerken op een contract en in hoeverre ecologische duurzaamheid aansluiting kan vinden bij de basis van het contractenrecht. Daarbij zal op twee fases worden ingegaan: de totstandkoming van overeenkomsten en de uitvoering ervan. Uit de analyse zal blijken dat ecologische duurzaamheid als collectief belang een moeilijke positie inneemt tussen de individuele belangen die spelen binnen de grenzen van de contractsvrijheid, en het algemeen belang als belangrijke grens voor die contractsvrijheid. Ecologische duurzaamheid zal in dat verband een gedeelde verantwoordelijkheid blijken te vormen voor contractspartijen, regelgevers en rechters.

2. TOTSTANDKOMING VAN OVEREENKOMSTEN

3. Het eerste moment waarop ecologische duurzaamheid op de voorgrond kan treden bij contracten, is bij de totstandkoming ervan. Om de mogelijke doorwerking van

[1] Resol. 70/1 Algemene vergadering Verenigde Naties (25 september 2015), *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, *UN Doc* A/RES/70/1.
[2] Zie bv. recentelijk VANDENHOLE, *TJK* 2017, p. 24-25, die erop wijst dat er ook kritiek is op de identificatie van duurzame ontwikkeling met deze drie P's.
[3] Deze 3 P's zijn ontleend aan ELKINGTON, *California Management Review* 1994, p. 90-100.
[4] Deze bijdrage vormt de beknopte neerslag van een bijdrage aan het TPR-colloquium 2021 met als thema: "Privaatrecht 2050. De weg naar ecologische duurzaamheid". De nadruk op ecologische duurzaamheid van deze bijdrage volgt dan ook diezelfde nadruk van het colloquium.
[5] Zie o.a. AKKERMANS en VAN DIJCK 2020; COLAERT 2021; EKARDT 2020; MAUERHOFER, RUPO en TARQUINIO 2020; PIERACCINI en NOVITZ 2020.

ecologische duurzaamheid op het ogenblik van totstandkoming te kunnen kaderen, is het aangewezen om eerst het algemene uitgangspunt van de begrensde contractsvrijheid kort in herinnering te brengen, met aandacht voor de algemene geldigheidsvereisten voor contracten en met een blik op de huidige hervormingsvoorstellen voor het nieuwe Burgerlijk Wetboek (BW) (a.). Daarna zal nader worden ingegaan op de wijzen waarop ecologische duurzaamheid haar weg kan vinden naar de contractuele context, waarbij het onderscheid zal worden gemaakt tussen gewilde en opgedrongen ecologische duurzaamheid (b.).

2.1. Algemeen kader: begrensde contractsvrijheid

4. Tegen de achtergrond van het postulaat van de individuele vrijheid ten tijde van de totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek van 1804, vormt het principe van de wilsautonomie het uitgangspunt van het Belgische contractenrecht.[6] Daaruit volgt het principe van de contractsvrijheid, dat onder meer inhoudt dat partijen vrij zijn om de inhoud van hun contract te bepalen.[7] Zoals uitgedrukt door Portalis in zijn *Discours préliminaire* bij de totstandkoming van de napoleontische *Code civil* in 1804:

> "*En général, les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse*."[8]

De contractsvrijheid is vandaag nog steeds een fundamenteel beginsel van het contractenrecht, zowel in België als elders.[9] Het verbaast dan ook niet dat het beginsel bijvoorbeeld opduikt in artikel II.–1:102 (1) van de *Draft Common Frame of Reference*,[10] in artikel 1.1 van de *Unidroit Principles* uit 2016[11] en in artikel 1:102 (1) van de *Principles of European Contract Law*.[12] Zoals verderop aan bod zal komen, houden ook de hervormingsvoorstellen met betrekking tot het verbintenissenrecht voor het nieuwe Belgische Burgerlijk Wetboek vast aan het uitgangspunt van een (weliswaar begrensde) contractsvrijheid op basis van de wilsautonomie van partijen (*cf. infra*, randnr. 8).

5. Indien het beginsel van de contractsvrijheid op absolute wijze zou gelden, zou dat betekenen dat ecologische duurzaamheid enkel deel kan uitmaken van een contract indien partijen dat hebben gewild. Reeds vanaf het begin van de *Code Napoléon* werden echter enkele grenzen gesteld aan de contractsvrijheid, waar Portalis in zijn *Discours préliminaire* meteen op wijst:

> "*La liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique*."[13]

---

[6] DE PAGE 1940, p. 424, nr. 461; STIJNS 2016, p. 38, nr. 47; VAN OEVELEN 1991, p. 98-99, nr. 4; VAN OMMESLAGHE 2013, p. 168, nrs. 79 e.v.; VANSWEEVELT en WEYTS, "Grondbeginselen" 2019, p. 129, nr. 205. Voor een korte schets van de historische context, zie KRUITHOF, *RW* 1985-86, p. 2734, nrs. 2 e.v.

[7] DE CONINCK, *Comm.Bijz.Ov.* 2010, p. 3-4, nrs. 1-2; STIJNS 2016, p. 39, nr. 48; VAN OEVELEN 1991, p. 104; VAN OMMESLAGHE 2013, p. 173; VANSWEEVELT en WEYTS, "Grondbeginselen" 2019, p. 129-130, nrs. 205-206; WÉRY 2021, p. 132, nr. 100 en p. 134, nr. 103.

[8] Zoals weergegeven in LOCRÉ 1836, p. 177.

[9] CLAEYS en TANGHE 2021, p. 43, nr. 36; WÉRY 2021, p. 132, nrs. 100 e.v.

[10] "*Parties are free to make a contract or other juridical act and to determine its contents, subject to any applicable mandatory rules.*"

[11] "*The parties are free to enter into a contract and to determine its content.*"

[12] "*Parties are free to enter into a contract and to determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing, and the mandatory rules established by these Principles.*"

[13] Zoals weergegeven in LOCRÉ 1836, p. 177.

De vrijheid voor partijen om de inhoud en de contouren van hun contractuele verbintenissen te bepalen was (en is nog steeds) niet absoluut.[14] Dat blijkt reeds uit artikel 1134, eerste lid Belgisch oud Burgerlijk Wetboek. Deze bepaling schrijft de bindende kracht van overeenkomsten voor. Ze bepaalt dat alle overeenkomsten die wettig zijn aangegaan, degenen die deze hebben aangegaan, tot wet strekken. Enkel *wettig aangegane* overeenkomsten binden aldus de partijen. Deze beperking verwijst naar de geldigheidsvereisten voor de totstandkoming van overeenkomsten, die bijgevolg nadere aandacht behoeven.

6. Artikel 1108 Belgisch oud Burgerlijk Wetboek somt vier geldigheidsvereisten op voor een overeenkomst, die betrekking hebben op de toestemming, de bekwaamheid tot contracteren, het voorwerp en de oorzaak.[15]

Sommige van deze geldigheidsvereisten volgen uit de wilsautonomie. Denk aan de vereisten van toestemming en bekwaamheid om te contracteren. Zij strekken er precies toe te waarborgen dat er wel degelijk sprake is van een wilsovereenstemming en liggen dan ook in het verlengde van de wilsautonomie zelf.[16]

Er zijn evenwel ook vereisten die daadwerkelijke beperkingen vormen van de wilsautonomie.[17] Zij zouden een manier kunnen vormen om alsnog ecologische duurzaamheid op te dringen aan de door partijen gevormde contractuele context.

7. In het algemeen vinden we dergelijke opgedrongen beperking van de wilsautonomie en van de resulterende contractsvrijheid terug in artikel 2 Belgisch oud Burgerlijk Wetboek (art. 6 *Code Napoléon*).[18] Deze bepaling schrijft voor dat bijzondere overeenkomsten geen afbreuk kunnen doen aan de wetten die de openbare orde en de goede zeden betreffen. Op deze begrippen wordt verder ingegaan (*cf. infra*, randnrs. 13 e.v.). Het staat vast dat naast de individuele belangen van contractspartij ook het algemeen belang niet uit het oog mag worden verloren.[19]

In het bijzonder bij de geldigheidsvereisten met betrekking tot het voorwerp en de oorzaak treden beperkingen aan de contractsvrijheid op de voorgrond, in lijn met voornoemde algemene beperking door de openbare orde en de goede zeden.

In het licht van de wilsautonomie zijn partijen in beginsel vrij om het voorwerp van hun contract te bepalen (*cf. supra*, randnr. 4). Niettemin moet het voorwerp geoorloofd zijn, wat zich evenwel situeert op het niveau van de verbintenis[20] en niet op het niveau van de hele overeenkomst.[21] Een bijzondere uiting van die geoorloofdheidsvereiste is de vereiste van artikel 1128 Belgisch oud Burgerlijk Wetboek dat het voorwerp in de handel moet zijn.[22] De geoorloofdheid van het voorwerp betekent dat het voorwerp niet strijdig mag zijn

[14] STIJNS en SWAENEPOEL 2010, p. 4, nrs. 7 e.v.; VANSWEEVELT en WEYTS, "Grondbeginselen" 2019, p. 132, nr. 210; WÉRY 2021, p. 316, nr. 307.
[15] Het voorgestelde art. 5.27 nieuwe Belgische BW bevestigt het bestaan van vier geldigheidsvereisten, zoals benadrukt in de MvT bij wetsvoorstel houdende Boek 5 "Verbintenissen" BW, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/001, p. 31.
[16] KRUITHOF, *RW* 1985-86, p. 2739, nrs. 4-5.
[17] KRUITHOF, *RW* 1985-86, p. 2739-2740, nr. 5.
[18] DE CONINCK, *Comm.Bijz.Ov.* 2010, p. 7-8, nr. 6; STIJNS 2016, p. 39, nr. 49.
[19] VAN OEVELEN 1991, p. 101; VANSWEEVELT en WEYTS, "Grondbeginselen" 2019, p. 133, nr. 211.
[20] Zie bv. Cass. 14 september 2000, *Arr.Cass*. 2000, p. 1365.
[21] STIJNS 2016, p. 104, nr. 131 en p. 107, nr. 136.
[22] WÉRY 2021, p. 285-286, nrs. 288-289. De koppeling tussen beide wordt ook gemaakt door VANSWEEVELT en WEYTS, "Geldigheidsvereisten" 2019, p. 231, nr. 364.

met de openbare orde of de goede zeden of met bepalingen van dwingend recht.[23] Centraal staat de vraag of het voorwerp een ongeoorloofde situatie doet ontstaan of in stand houdt.[24]

Ook met betrekking tot de oorzaak geldt dat deze geoorloofd moet zijn. Luidens artikel 1131 Belgisch oud Burgerlijk Wetboek kan een verbintenis geen gevolg hebben indien ze een ongeoorloofde oorzaak heeft. Dat is volgens artikel 1133 ervan het geval wanneer de oorzaak door de wet verboden is of wanneer ze strijdig is met de goede zeden of de openbare orde.[25] De geoorloofdheidsvereiste laat de rechtbanken toe om een controle uit te oefenen op contracten die het algemeen belang schaden.[26] De rechter zal moeten nagaan of de beslissende motieven van wie zich verbindt, niet verboden zijn door de wet of strijdig zijn met regels van openbare orde, goede zeden of dwingend recht.[27]

8. Bij de hervormingsvoorstellen met betrekking tot het verbintenissenrecht voor het nieuwe Burgerlijk Wetboek wordt vastgehouden aan het uitgangspunt van een begrensde contractsvrijheid op basis van de wilsautonomie van partijen:

> "*Geldt als uitgangspunt het beginsel van de wilsautonomie op grond waarvan de particulieren hun onderlinge verhoudingen naar eigen goeddunken kunnen regelen, dan bepaalt de openbare orde de grenzen*."[28]

Toch valt op dat de openbare orde[29] niet op eenzelfde prominente wijze aanwezig is in de voorgestelde bepalingen zelf. De hervormingsvoorstellen bevatten namelijk geen opvolger voor het huidige artikel 2 Belgisch oud Burgerlijk Wetboek. Volgens de toelichting bij de hervormingsvoorstellen heeft die bepaling geen autonome strekking en wordt de bepaling door de rechtspraak van het Hof van Cassatie[30] steevast uitgelegd in combinatie met de artikelen 1131 en 1133 ervan.[31] Meer zelfs, volgens de toelichting vormt de schending van de openbare orde bij de totstandkoming van het contract *an sich* nooit een nietigheidsgrond van het contract.[32] De meerderheid van de rechtsleer meent dan ook dat de nietigheid van een contract wegens strijdigheid met de openbare orde enkel kan voortvloeien uit de afwezigheid van één van de geldigheidsvereisten voor het contract.[33] Zoals geschetst, berusten sommige van die geldigheidsvereisten precies (deels) op de openbare orde (*cf. supra*, randnr. 7).

De schrapping van artikel 2 Belgisch oud Burgerlijk Wetboek heeft al enige kritiek uitgelokt. Zo wijzen Cornelis en Feltkamp erop dat die bepaling het mogelijk maakt om controle uit te oefenen over het private handelen en om activiteiten waardoor de samenleving schade wordt toegebracht, te weren als ongeoorloofd. Die controle zou nu nietszeggender worden en de mogelijkheid om risico's, kosten of schade af te wentelen op de samenleving

[23] STIJNS 2016, p. 107, nr. 136; WÉRY 2021, p. 286, nr. 289.
[24] Cass. 14 september 2000, *Arr.Cass*. 2000, p. 1365; Cass. 8 april 1999, *Arr.Cass*. 1999, p. 474.
[25] Zie bv. Cass. 10 september 2018, AR C.17.0113.N.
[26] WÉRY 2021, p. 308, nr. 303 en de verwijzingen aldaar.
[27] STIJNS 2016, p. 118, nr. 149.
[28] MvT bij wetsvoorstel houdende Boek 1 "Algemene bepalingen" BW, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1805/1, p. 11.
[29] Het verdwijnen van de term 'goede zeden' komt verder aan bod (*cf. infra*, randnr. 13).
[30] Cass. 15 februari 2016, *Pas*. 2016, nr. 107, concl. Adv. Gen. J.-M. GENICOT; Cass. 28 november 2013, *Pas*. 2013, nr. 646.
[31] MvT bij wetsvoorstel houdende Boek 1 "Algemene bepalingen" BW, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1805/1, p. 12.
[32] MvT bij wetsvoorstel houdende Boek 1 "Algemene bepalingen" BW, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1805/1, p. 12.
[33] DIRIX, *RW* 1988-89, p. 712; VAN MEERBEECK 2017, p. 32, nr. 33; VAN GERVEN en VAN OEVELEN 2015, p. 78; VAN OMMESLAGHE 2013, nr. 215.

of op de planeet wordt in de voorstellen volgens hen niet aangepakt.[34] In de rechtsleer werd in dat verband reeds verdedigd dat de openbare orde wel degelijk als zelfstandig toetsingscriterium kan worden beschouwd.[35] Hoe sterker en prominenter de openbare orde als toetsingscriterium en ultieme grens fungeert, des te krachtiger zou die openbare orde kunnen fungeren als instrument ter bescherming of ter bevordering van duurzaamheid. Maar heeft ecologische duurzaamheid een plaats in dat openbareordebegrip? De mogelijke integratie van duurzaamheid in het openbareordebegrip komt hierna aan bod.

2.2. Drie integratiewijzen voor ecologische duurzaamheid

9. Samengevat, blijkt uit het voorgaande een contractsvrijheid gebaseerd op de wilsautonomie van partijen, maar begrensd door zowel de openbare orde en de goede zeden als regels van dwingend recht. Uit dat gemeenrechtelijke vertrekpunt volgt dat ecologische duurzaamheid in essentie op drie manieren haar weg kan vinden naar het contract. In het licht van deze bijdrage en de nadruk op de doorwerking van ecologische duurzaamheid, kan daarbij een onderscheid worden gemaakt tussen twee categorieën van doorwerking. Enerzijds kan ecologische duurzaamheid of een bepaald ecologisch aspect worden beoogd door één of meerdere contractspartijen. Het gaat om gewilde ecologische duurzaamheid, die aan bod zal komen bij de eerste integratiewijze voor ecologische duurzaamheid. Anderzijds kan ecologische duurzaamheid zich ook opdringen aan het contract zoals partijen dat – mogelijk zonder bijzondere aandacht voor ecologische duurzaamheid – hebben gesloten. De tweede en de derde integratiewijze voor ecologische duurzaamheid zullen deze opgedrongen ecologische duurzaamheid betreffen. Waar de gewilde ecologische duurzaamheid perfect past binnen het uitgangspunt van de wilsautonomie en de contractsvrijheid, vormt de opgedrongen ecologische duurzaamheid een beperking van buitenaf die in het licht van het uitgangspunt om de nodige omzichtigheid vraagt.[36]

10. Een eerste manier houdt in dat partijen bij het vormgeven van het contract ecologische duurzaamheid hebben opgenomen in hun contract en deel laten uitmaken van de wilsovereenstemming tussen partijen. Gebruikmakend van hun contractsvrijheid, kunnen partijen immers verbintenissen opnemen en omschrijven in hun contract ter bevordering van ecologische duurzaamheid. Het is de eenvoudigste manier waarop ecologische duurzaamheid kan doorwerken in het contractuele veld.

Er kan worden gedacht aan expliciete duurzaamheidsclausules, desgevallend als onderdeel van een ruimer beleid inzake maatschappelijk verantwoord ondernemen oftewel '*Corporate Social Responsibility*' (CSR). Denk bijvoorbeeld aan de voorwaarde in een contract met de leverancier van hout dat het hout afkomstig moet zijn van bossen die duurzaam worden beheerd en waarbij het FSC-label (*Forest Stewardship Council*) van toepassing is. Bijzonder aan dergelijke clausules is dat ook externe belangen, zoals het milieu, worden meegenomen in de contractsluiting. Doordat een contractspartij ecologische duurzaamheid belangrijk vindt, dringt ecologische duurzaamheid als in wezen supra-individueel belang door in de contractuele verhouding via het individuele belang van een partij. Het wordt vertaald naar een bijzondere contractuele verplichting ten dienste van ecologische duurzaamheid. Het verdient aanbeveling om ecologische duurzaamheidsaspecten zo duidelijk mogelijk in de contractuele sfeer op te nemen en tijdens het proces van contractsluiting naar voren te laten komen.

[34] CORNELIS en FELTKAMP, *De Tijd* 16 april 2021.
[35] DE CONINCK, *Comm.Bijz.Ov.* 2010, p. 8, nr. 6; DE CONINCK, *TBBR* 2004, p. 303-304, nrs. 9-10.
[36] Zo werd bv. in het verleden reeds gewaarschuwd voor een uitholling van het begrip openbare orde door VAN OEVELEN, *TPR* 2011, p. 1367, nr. 18.

Het voordeel en het nadeel van deze manier vormen de keerzijden van dezelfde medaille. Enerzijds laat het partijen toe om zelf naar eigen wens vorm te geven aan de integratie van ecologische duurzaamheid in hun contract. Die vrijheid en flexibiliteit laten partijen toe om dat ecologische duurzaamheidsaspect zo goed mogelijk te doen passen in de ruimere context van hun contract en aansluiting te doen vinden bij de overige verbintenissen. Anderzijds betekenen diezelfde vrijheid en flexibiliteit dat ecologische duurzaamheid maar een rol zal spelen in zoverre partijen dat daadwerkelijk willen én er aandacht voor hebben (gehad) bij het vormgeven van hun contractuele relatie. Daartoe zijn weliswaar verschillende incentives mogelijk, zoals het hanteren van duurzame gunningscriteria in het kader van overheidsopdrachten.[37]

11. Een tweede manier bestaat erin dat ecologische duurzaamheid – of een aspect daarvan – is opgenomen in bijzondere wetgeving van dwingend recht. Dat dwingend recht dringt zich dan als beperking aan het contract op. Waar de eerste manier afhangt van het initiatief van de partijen, ligt het lot van ecologische duurzaamheid bij deze tweede manier in handen van de wetgever. Dergelijk wetgevend initiatief valt evenwel buiten het gemene contractenrecht, zodat een analyse van de verschillende bijzondere regelgevingen in dat verband buiten het bestek en het opzet van deze bijdrage valt.

Wel moet worden opgemerkt dat de vrijheid om de inhoud van contracten te bepalen almaar sterker ingeperkt is geworden door de aanzienlijke toename van regels van dwingend recht ter bescherming van particuliere belangen.[38]

12. Een derde en laatste mogelijkheid vereist de integratie van ecologische duurzaamheid in het begrip openbare orde, als beperking aan de contractsvrijheid. In welke mate is er plaats voor ecologische duurzaamheid binnen het openbareordeconcept? Tijd om die notie wat nader te bekijken.

13. Volgens Henri De Page is het allesbehalve eenvoudig om het begrip 'openbare orde' te omschrijven:

> "*Il s'agit d'une notion aussi vague que fondamentale, qui se sent bien plus qu'elle ne se définit.*"[39]

Niettemin vergt de noodzakelijke toepassing ervan als grens aan de contractsvrijheid enige invulling. Bij gebrek aan een wettelijke definitie van het begrip 'openbare orde', komt de invulling ervan aan de rechtspraak toe.[40] Volgens het Hof van Cassatie is de openbare orde dat wat de essentiële belangen van de staat of van de gemeenschap raakt of wat in het privaat recht de juridische grondslagen bepaalt waarop de economische of de morele orde van de maatschappij berust.[41] De goede zeden ligt in die omschrijving vervat als het morele on-

[37] Zo laat art. 81, § 2, 3°, a) Overheidsopdrachtenwet (wet 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, *BS* 14 juli 2016, nr. 2016021053, p. 44219) toe om rekening te houden met sociale, milieu- en innovatieve kenmerken. Deze bepaling codificeert het arrest-*Concordia Bus Finland* van het Hof van Justitie van de EU van 17 september 2002 (C-513/99, ECLI:EU:C:2002:495), waarin het Hof uitdrukkelijk groen licht gaf voor het verwerven van milieubeschermingscriteria in de gunningscriteria. Over duurzaam aanbesteden, zie GEERTS, *T.Gem.* 2017, p. 23-40.
[38] CORNELIS 2000, p. 21-22; DE CONINCK, *Comm.Bijz.Ov.* 2010, p. 8, nr. 6 en p. 10, nr. 9; STIJNS 2016, p. 48, nr. 62 e.v.; STIJNS en JANSEN, *TBBR* 2019, p. 14, nr. 30; VANSWEEVELT en WEYTS, "Grondbeginselen" 2019, p. 134, nr. 212; WÉRY 2021, p. 135, nr. 104 en p. 316, nr. 307.
[39] DE PAGE 1962, p. 110, nr. 91.
[40] DE CONINCK, *TBBR* 2004, p. 301, nr. 2.
[41] Cass. 13 december 2016, AR P.16.0421.N. De overige cassatierechtspraak heeft steeds betrekking op wetgeving van openbare orde, zie Cass. 4 mei 2018, *b-Arbitra* 2018, 355; Cass. 15 september 2015, *Arr.Cass.* 2015, 1949; Cass. 29 april 2011, *Arr.Cass.* 2011, 1114; Cass. 19 maart 2007, *Arr.Cass.* 2007, afl. 3, 645; Cass. 10 maart 1994, *Arr.Cass.* 1994, 236; Cass. 15 maart 1986, *Arr.Cass.* 1968, 936; Cass. 9 december 1948, *Pas.* 1948, I, 699:

derdeel van de openbare orde.[42] Bij de hervormingsvoorstellen voor het nieuwe Burgerlijk Wetboek met betrekking tot Boek 1 "Algemene Bepalingen" en Boek 5 "Verbintenissen" wordt om die reden gesteld dat het begrip 'goede zeden' geen daadwerkelijke meerwaarde meer heeft[43] en bijgevolg niet overgenomen moet worden in de nieuwe wettekst.[44]

14. Opvallend is dat het economische en het morele aspect van de maatschappij aldus expliciet hun weg hebben gevonden naar het begrip openbare orde, maar dat zulks – voorals nog? – niet geldt voor ecologie of (ecologische) duurzaamheid, dat hoogstens impliciet in het economische en het morele aspect verweven kan zitten en bijgevolg een opvallend minder prominente plaats inneemt. Zoals De Page reeds opmerkte, is een volledige definitie van de notie 'openbare orde' evenwel niet mogelijk en gaat het meer om het algemene idee ervan.[45]

In eerdere rechtspraak was soms enkel sprake van wetgeving die de essentiële belangen van de staat of van de gemeenschap betrof of, in het privaatrecht, de juridische grondslagen bepaalde waarop de *economische orde* van de maatschappij rustte,[46] zonder vermelding van het morele aspect. Er lijkt dan ook enige speling of ruimte voor evolutie te bestaan met betrekking tot het begrip. De rechtsleer benadrukt in dat verband uitdrukkelijk het evolutieve karakter van het begrip openbare orde[47] (alsook van de notie goede zeden)[48] en wijst erop dat de notie de evoluerende maatschappelijke waarden en opvattingen weerspiegelt over de relatie tussen algemeen en particulier belang.[49] De noties fluctueren aldus.[50] De openbare orde komt overigens geenszins enkel tot uiting in (formele) nationale wetten, maar evenzeer in besluiten, reglementen, internationaal publiekrecht of algemene rechtsbeginselen die het algemeen belang raken.[51] Al deze bronnen beïnvloeden bijgevolg het fluctueren van de invulling van de openbare orde (en de goede zeden).

15. Raakt ecologische duurzaamheid vandaag dan niet aan de essentiële belangen van de gemeenschap? Bepaalde aspecten van ecologische duurzaamheid zijn alleszins aanwezig in enkele fundamentele rechtsregels van ons rechtsstelsel.

Zo is het recht op de bescherming van een gezond leefmilieu verankerd in artikel 23, derde lid, 4° van de Belgische Grondwet en streven de federale staat, de gemeenschappen en de gewesten luidens artikel 7bis van de Belgische Grondwet bij de uitoefening van hun respectieve bevoegdheden de doelstellingen na van een duurzame ontwikkeling in haar sociale, economische en milieugebonden aspecten, rekening houdend met de solidariteit tussen de generaties. Voorts bepaalt artikel 37 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie dat een hoog niveau van milieubescherming en de verbetering van de kwaliteit van het milieu in het beleid van de Unie moeten worden geïntegreerd en overeen-

---

"*Overwegende dat de wetgeving die de wezenlijke belangen van de staat of de gemeenschap betreft of die, in het privaatrecht, de juridische grondslagen vastlegt waarop de economische of morele orde van samenleving berust, van openbare orde is.*"

[42] DE CONINCK, *Comm.Bijz.Ov.* 2010, p. 8, nr. 6; DE CONINCK, *TBBR* 2004, p. 307, nr. 22; STIJNS 2016, p. 39, nr. 49; WÉRY 2021, p. 317, nr. 308.

[43] MvT bij wetsvoorstel houdende Boek 1 "Algemene bepalingen" BW, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1805/1, p. 12.

[44] MvT bij wetsvoorstel houdende Boek 5 "Verbintenissen" BW, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/1, p. 54.

[45] DE PAGE 1962, p. 111, nr. 91.

[46] Cass. 24 januari 1985, *Arr.Cass.* 1984-85, p. 685; Cass. 28 september 1979, *Arr.Cass.* 1979-80, p. 117; Cass. 10 november 1978, *Arr.Cass.* 1978-79, p. 299.

[47] Zie DE CONINCK, *TBBR* 2004, p. 304, nrs. 11 e.v.

[48] WÉRY 2021, p. 321, nr. 311.

[49] STIJNS 2016, 40, nr. 50, met verwijzing naar GHESTIN 2002, nrs. 7-9.

[50] VAN GERVEN 1969, p. 80; VAN GERVEN en VAN OEVELEN 2015, p. 78; VANSWEEVELT en WEYTS, "Grondbeginselen" 2019, p. 133, nr. 211.

[51] WÉRY 2021, p. 319-321, nr. 310.

komstig het beginsel van duurzame ontwikkeling worden gewaarborgd. Dat hoog niveau van bescherming en verbetering van de kwaliteit van het milieu ligt ook besloten in artikel 3.3 van het Verdrag van de Europese Unie (VEU).

Het zijn precies fundamentele principes uitgedrukt in de Grondwet en internationale verdragen die beantwoorden aan imperatieve noden van de samenleving of gemeenschappen waaruit die normen ontstaan.[52] De nood aan aandacht voor (ecologische) duurzaamheid is in dat verband reëel en vandaag mogelijk groter dan ooit. In de rechtsleer wordt uitzonderlijk al gewag gemaakt van een ecologische orde binnen de openbare orde.[53] Mogelijk zou ook voornoemd recht op de bescherming van een gezond leefmilieu (of een ander fundamenteel recht dat betrekking heeft op ecologische duurzaamheid en nationaal, internationaal of supranationaal verankerd is) de deur voor dergelijke ecologische invulling van de openbare orde (meer) op een kier kunnen zetten. Ook de strijdigheid met een grondrecht kan immers aanleiding geven tot strijdigheid met de openbare orde.[54]

16. Kortom, het laatste woord over de integratie van een ecologische orde in de openbare orde is nog niet gezegd. De toekomst zal uitwijzen in welke mate de rechtspraak die piste durft te bewandelen tegen de achtergrond van evoluerende wetenschappelijke inzichten en maatschappelijke verandering. Dat de rechtspraak via de open notie van de openbare orde zich al actief heeft ingelaten met het controleren van de contractinhoud, staat vast.[55] Op de eerste toetsing aan de *ecologische* openbare orde is het voorlopig nog wachten.

3. UITVOERING VAN OVEREENKOMSTEN

17. Tot dusver was de verkenning beperkt tot het terrein van de totstandkoming van overeenkomsten. Kan ecologische duurzaamheid echter ook op de voorgrond treden bij de uitvoering ervan?

Centraal bij de uitvoering van contracten staat de regel dat zij te goeder trouw ten uitvoer moeten worden gebracht.[56] De vereiste van de uitvoering te goeder trouw is door de rechtspraak en de rechtsleer opgevat als een gedragsregel die doorheen de tijd werd gedefinieerd en verfijnd.[57] Ze vormt een open norm,[58] die aldus ruimte biedt voor evolutie.

Daarbij dringt er zich een onderscheid op tussen de aanvullende en de matigende werking van de goede trouw.[59] Die beide functies van de goede trouw zijn overigens prominent aanwezig in de hervormingsvoorstellen voor het nieuwe verbintenissenrecht.[60]

18. De aanvullende werking van de goede trouw stelt de rechter in staat om bij een leemte in het contract bijkomende verplichtingen op te leggen aan de contractspartijen.[61] Zo oordeelde het Hof van Cassatie dat artikel 1134, derde lid Belgisch oud Burgerlijk

[52] CORNELIS, *RCJB* 2017, p. 225, nr. 56.
[53] CORNELIS 2019, p. 884, nr. 5.271 en p. 890, nrs. 5280 e.v.
[54] VANSWEEVELT en WEYTS, "Geldigheidsvereisten" 2019, p. 240, nr. 377.
[55] DE CONINCK, *Comm.Bijz.Ov.* 2010, p. 10, nr. 10.
[56] Art. 1134, derde lid Belgisch oud BW.
[57] BOCKEN, *RW* 1989-90, p. 1042, nr. 9; DE CONINCK, *Comm.Bijz.Ov.* 2010, p. 16, nr. 20; STIJNS 2016, p. 65, nr. 82.
[58] DE BOECK 2000, p. 376-379; DE CONINCK, *Comm.Bijz.Ov.* 2010, p. 17, nr. 23.
[59] Over de uitvoering te goeder trouw en de verschillende functies ervan, zie uitgebreid BAECK, *Comm.Bijz.Ov.* 2006, hoofdstuk IV.
[60] Voorgesteld art. 5.73 en MvT bij wetsvoorstel houdende Boek 5 "Verbintenissen" BW, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/1, p. 83-84.
[61] BOCKEN, *RW* 1989-90, p. 1043, nr. 11; COIPEL 1999, p. 88-89, nr. 111; STIJNS 2016, p. 65-66, nr. 82.

Wetboek een gedragsnorm bevat op grond waarvan de rechter de overeenkomst tussen de partijen vermag aan te vullen met bijkomende verplichtingen die voortvloeien uit deze vereiste van goede trouw.[62] Artikel 1135 Belgisch oud Burgerlijk Wetboek bepaalt overigens dat overeenkomsten niet alleen verbinden tot hetgeen daarin uitdrukkelijk bepaald is, maar ook tot alle gevolgen die door de billijkheid, het gebruik of de wet aan de verbintenis, volgens de aard ervan, worden toegekend.[63]

De vraag rijst welke bijkomende verplichtingen op basis van de aanvullende werking van de goede trouw mogelijk zijn. Uit de rechtspraak en de rechtsleer blijkt dat het gaat om aanvullende loyauteitsverplichtingen, zoals informatie- en voorlichtingsplichten tijdens de uitvoering van het contract.[64] Het achterliggende idee is dat partijen niet alleen met hun eigen belangen, maar eveneens met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij rekening moeten houden.[65] Aldus ingevuld, overstijgt de aanvullende werking van de goede trouw de belangen van de individuele contractspartijen niet. Duurzaamheid heeft daardoor slechts een plaats in zoverre het past binnen een gerechtvaardigde verwachting van een individuele contractspartij. Ook omschreven als bijdrage tot de verwezenlijking van het gezamenlijke doel dat met het contract als microkosmos wordt vooropgesteld,[66] blijft de correctie van de aanvullende werking van de goede trouw geënt op de som van de individuele belangen van de partijen.[67]

Hoewel ecologische duurzaamheid vooralsnog niet bij dergelijke verwachtingen of microkosmos naar voren treedt, rijpen de geesten de komende jaren mogelijk wel in die zin. In dat verband valt bijvoorbeeld op dat duurzaamheid een plek heeft veroverd in de nieuwe Richtlijn Consumentenkoop uit 2019[68] in het kader van de objectieve conformiteitsvereisten. Begrepen in ecologische zin als de geschiktheid van de goederen om hun vereiste functies en prestaties bij normaal gebruik te behouden,[69] vereist een conforme levering onder meer dat de goederen voldoen aan "*de hoeveelheid hebben en de kwaliteiten en andere kenmerken bezitten, onder meer met betrekking tot duurzaamheid, functionaliteit, compatibiliteit en beveiliging die voor hetzelfde type goederen normaal zijn en die de consument redelijkerwijs mag verwachten, gelet op de aard van de goederen en rekening houdend met publieke mededelingen die zijn gedaan door of namens de verkoper of andere personen in eerdere schakels van de transactieketen, waaronder de producent, in het bijzonder in reclameboodschappen of op de etikettering*" (eigen onderlijning).[70] Het valt af te wachten of de redelijke duurzaamheidsverwachting in de specifieke context van de consumentenkoop een *spillover*effect zal hebben naar het gemene contractenrecht en de gerechtvaardigde verwachtingen in het kader van de aanvullende werking van de goede trouw.

19. Naast de aanvullende werking, heeft de goede trouw ook een matigende werking. Een contractspartij mag de rechten uit de overeenkomst niet uitoefenen op een wijze die strijdt met wat van een redelijke contractspartij mag worden verwacht, zodat de rechtsuit-

[62] Cass. 5 juni 2014, *Arr.Cass*. 2014, afl. 6-7-8, 1418.
[63] Al strekt de aanvullende functie van de goede trouw voorbij wat krachtens het gebruik of de wet aan de overeenkomst wordt toegevoegd. Zie DE CONINCK, *Comm.Bijz.Ov.* 2010, p. 17, nr. 22; VERMANDER 2005, p. 40, nr. 33.
[64] Zie hiervoor onder meer STIJNS 2016, 66, nr. 83; VERMANDER, *TBBR* 2004, p. 577-578, nrs. 14-15; WÉRY 2021, 42-43, nrs. 37-38.
[65] STIJNS 2016, 66, nr. 82.
[66] DE CONINCK, *Comm.Bijz.Ov.* 2010, p. 17, nr. 22, met verwijzing naar DEMOGUE 1931, p. 9.
[67] WÉRY 2021, p. 143, nr. 111.
[68] Richtl. (EU) 2019/771 EP en Raad 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de verkoop van goederen, tot wijziging van Verordening (EU) 2017/2394 en Richtlijn 2009/22/EG, en tot intrekking van Richtlijn 1999/44/EG (*Pb.L.* 2019, afl. 136/28).
[69] Art. 2.13 Richtl. (EU) 2019/771.
[70] Art. 7.1, (d) Richtl. (EU) 2019/771.

oefening desgevallend door de rechter zal worden herleid naar wat in de concrete omstandigheden een redelijke en billijke rechtsuitoefening is.[71]

Hoewel de matigende functie van de goede trouw de meest verregaande grenzen stelt aan de wilsautonomie,[72] lijkt een matiging omwille van een gebrek aan ecologische duurzaamheid niet meteen aan de orde te zijn. Het handelen tegen de redelijkheid en de billijkheid wordt volledig gelijkgeschakeld met het misbruik van recht.[73] Zonder uitgebreid in te gaan op de figuur van rechtsmisbruik, bestaat het algemene criterium van rechtsmisbruik erin een recht zodanig uit te oefenen dat het ogenschijnlijk de grenzen van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en oplettend persoon overschrijdt.[74] Dat impliceert dat het niet duurzaam handelen *kennelijk* de grenzen zou moeten te buiten gaan van de normale rechtsuitoefening door een voorzichtig en bezorgd persoon. Vooralsnog fluit het Hof van Cassatie feitenrechters terug die bij de proportionaliteitstoets in het kader van rechtsmisbruik rekening houden met een collectief belang dat onderscheiden is van de individuele belangen van de individuele, private partijen.[75]

20. Tot slot kan ecologische duurzaamheid ook *naast* in plaats van middels de goede trouw een plaats krijgen bij de uitvoering van contracten. Daartoe kan inspiratie worden geput uit artikel 509 van het nieuwe Chinese Burgerlijk Wetboek[76] (de eerste bepaling van het hoofdstuk over de uitvoering van contracten), dat het volgende bepaalt (in Engelse vertaling):

> "*The parties shall fully perform their respective obligations as contracted.*
>
> *The parties shall comply with the principle of good faith, and perform such obligations as sending notices, rendering assistances, and keeping confidentiality in accordance with the nature and purpose of the contract and the course of dealing.*
>
> *The parties shall avoid wasting the resources, polluting the environment, or damaging the ecology in the course of performance of the contract.*"

Wat opvalt, is dat deze bepaling verder lijkt te gaan dan het huidige artikel 1134 Belgisch oud Burgerlijk Wetboek in het Belgische contractenrecht op het gebied van ecologische duurzaamheid. Naast de goede trouw als beginsel bij de uitvoering van overeenkomsten, dat ook vóór het nieuwe Chinese Burgerlijk Wetboek al wettelijk verankerd was,[77] verplicht artikel 509, derde lid ervan uitdrukkelijk tot het vermijden van het verspillen van grondstoffen, het vervuilen van de omgeving of het schaden van de ecologie[78] tijdens de uitvoering van het contract.

---

[71] DE CONINCK, *Comm.Bijz.Ov.* 2010, p. 18, nr. 24; STIJNS 2016, p. 67, nr. 85; WÉRY 2021, 144, nrs. 113 e.v.
[72] STIJNS 2016, 67, nr. 85.
[73] DE CONINCK, *Comm.Bijz.Ov.* 2010, p. 18-19, nr. 25; FORIERS, *RCJB* 1994, p. 206, nr. 11; STIJNS 2016, 70, nr. 88; VERMANDER 2005, p. 38-39, nr. 32, met verwijzing naar cassatierechtspraak; WÉRY 2021, p. 144-145, nr. 113.
[74] Zie bv. Cass. 9 maart 2009, *Arr.Cass*. 2009, afl. 3, p. 762.
[75] Cass. 22 oktober 2021, AR C.20.0265.F, www.juportal.be: "*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*".
[76] Aangenomen op 28 mei 2020 en in Engelse vertaling hier beschikbaar: http://english.www.gov.cn/atts/stream/files/5feda5b8c6d0cc300eea77ac.
[77] Zie hierover o.a. HERBOTS 2018, p. 40, nr. 47 en p. 41-42, nr. 50.
[78] In metonymische zin en aldus verwijzend naar de betrekkingen tussen dieren en planten en hun omgeving of tussen dieren en planten onderling.

In de Belgische hervormingsvoorstellen duikt dergelijke co-existentie van de goede trouw en de aandacht voor ecologische duurzaamheid vooralsnog niet op. De Chinese hervorming toont alvast aan dat niet alleen via de goede trouw maar ook ernaast een plaats kan worden toebedeeld aan ecologische duurzaamheid.

4. CONCLUSIE: ECOLOGISCHE DUURZAAMHEID ALS COLLECTIEF BELANG EN GEDEELDE VERANTWOORDELIJKHEID

21. Uit de analyse blijkt dat ecologische duurzaamheid tussen twee uitersten dreigt te vallen: de individuele belangen van de contractspartijen, enerzijds, en het algemeen belang als begrenzing van de contractspartij van partijen, anderzijds. Het gemene contractenrecht berust immers op het balanceren van die twee belangenniveaus, waarbij regels van dwingend recht bepaalde particuliere belangen beschermen zonder afhankelijk te zijn van de concrete contractspartijen zelf om die belangen te beschermen. Zo stelt het wetsvoorstel houdende Boek 5 "Verbintenissen" van het Burgerlijk Wetboek te trachten "*een nieuw evenwicht te vinden tussen de wilsautonomie van de partijen en de rol van de rechter als behoeder van de belangen van de zwakke partij en van het algemeen belang*".[79] De beperkingen op de wilsautonomie als tegengewicht ervan hebben dus betrekking op de bescherming van zwakkere partijen en op het algemeen belang. Collectieve belangen worden niet vermeld, althans niet uitdrukkelijk. Hoewel de dwingrechtelijke bescherming van bepaalde categorieën van zwakkere partijen kan bijdragen tot de bescherming van collectieve belangen, zoals consumentenbescherming, vormen die collectieve belangen niet het uitgangpunt.

22. Om een plaats te krijgen in de contractuele relatie, zal ecologische duurzaamheid moeten afdalen tot het niveau van de individuele belangen (in het kader van de contractsvrijheid) en de gerechtvaardigde verwachtingen van contractspartijen (in het kader van de aanvullende werking van de goede trouw). Waar de geesten de volgende jaren mogelijk verder zullen rijpen in de richting van een steeds ruimere aanvaarding van ecologische duurzaamheidsverwachtingen die kunnen doorwerken via de aanvullende werking van de goede trouw, blijft de rol van ecologische duurzaamheid binnen het contract in de eerste plaats afhangen van het initiatief van de partijen zelf.

Wil de wetgever vermijden dat ecologische duurzaamheid enkel in handen is van de contractspartijen, die mogelijk geen aandacht (willen) hebben voor ecologische duurzaamheid en andere (bv. louter economische) belangen vooropstellen, dringt een wetgevend optreden zich op. Daarbij kan de wetgever (verder) inzetten op het invoeren van regels van dwingend recht die bijdragen tot het opdringen van ecologische duurzaamheid aan contractspartijen. Maar evenzeer zou de wetgever de huidige hervormingscontext kunnen aangrijpen om ecologische duurzaamheid ook een duidelijke plaats te geven bij de uitvoering van contracten, *naast* de goede trouw.

Tot slot blijkt de openbare orde een belangrijke grens te zijn voor de contractsvrijheid, waarbij de vraag rijst of naast een economische en een morele orde thans niet evenzeer een ecologische orde deel is gaan uitmaken – of minstens zou moeten uitmaken – van de openbare orde. Enkele argumenten daartoe blijken voorhanden, maar de koppeling tussen de openbare orde en het algemeen belang maakt van dergelijke stap een tamelijk grote sprong. Duurzaamheid overstijgt als collectief belang dan wel het niveau van de individuele belangen, toch is het (nog) niet verheven tot het algemeen belang. Niettemin kan de toenemende aandacht voor ecologische duurzaamheid door individuele contractspartijen en door de

[79] MvT bij wetsvoorstel houdende Boek 5 "Verbintenissen" BW, *Parl.St.* Kamer 2020-21, nr. 55-1806/1, p. 7.

wetgever (bv. in regels van dwingend recht) wel bijdragen tot een evolutie in die richting. Het is daarbij aan de rechtspraak om erover te waken dat de openbare orde mee-evolueert met de veranderende samenleving die ze weerspiegelt.

Inzetten op ecologische duurzaamheid noopt bijgevolg tot een gedeelde verantwoordelijkheid van individuele contractspartijen, wetgevers (op de verschillende niveaus van het gelaagde rechtsstelsel) en de rechtspraak. Zoals het begrip duurzaamheid in ruime zin, is het bijdragen tot ecologische duurzaamheid via het (gemene) contractenrecht een samenspel.

Aangehaalde literatuur

AKKERMANS en VAN DIJCK 2020
B. AKKERMANS en G. VAN DIJCK (ed.), *Sustainability and private law*, Den Haag, Eleven International Publishing, 2020.

BAECK, *Comm.Bijz.Ov.* 2006
J. BAECK, "Gevolgen tussen partijen" in *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2006.

BOCKEN, *RW* 1989-90, p. 1041-1049
H. BOCKEN, "De goede trouw bij de uitvoering van verbintenissen", *RW* 1989-90, p. 1041-1049.

CLAEYS en TANGHE 2021
I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, Mortsel, Intersentia, 2021.

COIPEL 1999
M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Story-Scientia, 1999.

COLAERT 2021
V. COLAERT (ed.), *Sustainable Finance in the European Union and Belgium*, Limal, Anthemis, 2021.

CORNELIS 2000
L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000.

CORNELIS, *RCJB* 2017, p. 190-226
L. CORNELIS, "Mal aimé, mal armé: l'ordre public en droit privé", *RCJB* 2017, p. 190-226.

CORNELIS 2019
L. CORNELIS, *Openbare orde*, Mortsel, Intersentia, 2019.

CORNELIS en FELTKAMP, *De Tijd* 16 april 2021
L. CORNELIS en R. FELTKAMP, "Geen duurzame toekomst met verouderde juridische recepten", *De Tijd* 16 april 2021.

DE BOECK 2000
A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2000.

DE CONINCK 2004, p. 307-323
J. DE CONINCK, "Toetsing van de geoorloofdheid van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken", *TBBR* 2004, afl. 6, p. 307-323.

DE CONINCK, *Comm.Bijz.Ov.* 2010
J. DE CONINCK, "Grondbeginselen van het contractenrecht" in *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2010.

DEMOGUE 1931
R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général (Tome VI)*, Parijs, Rousseau, 1931.

DE PAGE 1962
H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge (Tome I)*, Brussel, Bruylant, 1962.

DE PAGE 1940
H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge (Tome II)*, Brussel, Bruylant, 1940.

DIRIX, *RW* 1988-89, p. 712-713.
E. DIRIX, "Prijsbewimpeling bij verkoop van onroerend goed", *RW* 1988-89, p. 712-713.

EKARDT 2020
F. EKARDT, *Sustainability: Transformation, Governance, Ethics, Law*, Cham, Springer International Publishing, 2020.

ELKINGTON, *California Management Review* 1994, p. 90-100
J. ELKINGTON, "Towards the Sustainable Corporation: Win-Win-Win Business Strategies for Sustainable Development", *California Management Review* (36) 1994, p. 90-100.

FORIERS, *RCJB* 1994, p. 189-240
P.A. FORIERS, "Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle", *RCJB* 1994, p. 189-240.

GEERTS, *T.Gem.* 2017, p. 23-40
J. GEERTS, "Hoe koop ik groen/sociaal/ethisch? Duurzaam aanbesteden onder de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten", *T.Gem.* 2017, p. 23-40.

GHESTIN 2002
J. GHESTIN, "Réflexions sur la liberté contractuelle et l'ordre public" in *Liber amicorum Lucien Simont*, Brussel, Bruylant, 2002, p. 405-416.

HERBOTS 2018,
J. HERBOTS, *Contracts in the People's Republic of China*, Brugge, die Keure, 2018.

KRUITHOF, *RW* 1985-86, p. 2731-2768
R. KRUITHOF, "Leven en dood van het contract", *RW* 1985-86, afl. 40, 2731-2768.

LOCRE 1836
J.-G. LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle, ou Commentaire et complément des codes français (Tome I)*, Brussel, Tarlier, 1836.

MAUERHOFER, RUPO en TARQUINIO 2020
V. MAUERHOFER, D. RUPO en L. TARQUINIO (ed.), *Sustainability and Law. General and Specific Aspects*, Cham, Springer International Publishing, 2020.

PIERACCINI en NOVITZ 2020
M. PIERACCINI en T. NOVITZ (ed.), *Legal perspectives on sustainability*, Bristol, Bristol University Press, 2020.

STIJNS 2016
S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht – Boek 1*, Brugge, die Keure, 2016.

STIJNS en JANSEN, *TBBR* 2019, p. 2-30
S. STIJNS en S. JANSEN, "De basisbeginselen van het contractenrecht: kroniek van de recentste evoluties", *TBBR* 2013, afl. 1, p. 2-30.

STIJNS en SWAENEPOEL 2010
S. STIJNS en E. SWAENEPOEL, "De evolutie van de basisbeginselen in het contractenrecht, geïllustreerd aan de hand van het contractueel evenwicht" in I. SAMOY (ed.), *Evolutie van de basisbeginselen van het contractenrecht*, Mortsel, Intersentia, 2010, p. 1-58.

VANDENHOLE, *TJK* 2017, p. 22-35
W. VANDENHOLE, "Duurzame ontwikkelingsdoelstellingen voor 2030: de nieuwe ontwikkelingsagenda vanuit kinderrechtenperspectief", *TJK* 2017, afl. 1, p. 22-35.

VAN GERVEN 1969
W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. Algemeen deel*, Antwerpen, Story-Scientia, 1969.

VAN GERVEN en VAN OEVELEN 2015
W. VAN GERVEN en A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015.

VAN MEERBEECK 2017
J. VAN MEERBEECK, "Repenser la théorie moderne des nullités" in C. DELFORGE en J. VAN MEERBEECK (ed.), *Les nullités en droit privé*, Limal, Anthemis, 2017, p. 7-38.

VAN OEVELEN 1991
A. VAN OEVELEN, "Algemene rechtsbeginselen in het verbintenissenrecht" in M. VAN HOECKE (ed.), *Algemene rechtsbeginselen*, Antwerpen, Kluwer, 1991, 95-157.

VAN OEVELEN, *TPR* 2011, p. 1355-1420
A. VAN OEVELEN, "De nietigheid van overeenkomsten wegens strijdigheid met de openbare orde of de goede zeden: algemene beginselen en een grondslagenonderzoek", *TPR* 2011, p. 1355-1420.

VAN OMMESLAGHE 2013
P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations (Traité de droit civil belge – Tome II)*, Brussel, Bruylant, 2013.

VANSWEEVELT en WEYTS, "Geldigheidsvereisten" 2019
T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, "Geldigheidsvereisten van de overeenkomst" in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (ed.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Mortsel, Intersentia, 2019, 173-260.

VANSWEEVELT en WEYTS, "Grondbeginselen" 2019
T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, "Grondbeginselen van het contractenrecht" in T. VANSWEEVELT en B. WEYTS (ed.), *Handboek Verbintenissenrecht*, Mortsel, Intersentia, 2019, 129-142.

VERMANDER, *TBBR* 2004, p. 572-582
F. VERMANDER, "De aanvullende werking van het beginsel van de uitvoering te goeder trouw van contracten in de 21ste eeuw: inburgering in de rechtspraak, weerspiegeling in de wetgeving en sanctionering", *TBBR* 2004, p. 572-582.

VERMANDER 2005
F. VERMANDER, "De interpretatie en aanvulling van een overeenkomst naar Belgisch recht" in J. SMITS en S. STIJNS (ed.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, Mortsel, Intersentia, 2005, p. 21-45.

WÉRY 2021
P. WÉRY, *Droit des obligations (Volume 1)*, Brussel, Larcier, 2021.

DEEL III.
DUURZAAM CONSUMEREN

DE ROL VAN DE CONSUMENT IN DE VERDUURZAMING VAN ONS VOEDSELSYSTEEM: HET (ON)GEMAK VAN DUURZAME VOEDINGSKEUZES

Elisa PAREDIS
Doctoraatsstudente (FWO-aspirant) Consumer Competition Market KU Leuven

1. INLEIDING[1]

Onze planeet kreunt onder ons consumptiegedrag. Willen we een leefbare planeet nalaten aan toekomstige generaties, dan zal de consument zijn ecologische voetafdruk moeten verkleinen. Vandaag de dag doet de consument dit voornamelijk door niet-voedselgerelateerde gewoonten aan te passen. Uit onderzoek naar de houding van de Vlaamse consument tegenover duurzame (voedsel)keuzes uit 2012, bleek namelijk dat de Vlaamse deelnemers industrie, transport en energie identificeerden als grootste menselijke oorzaken voor de klimaatopwarming en milieu-impact.[2] Om hun ecologische voetafdruk te verkleinen, waren de populairste gedragingen bijgevolg recycleren en energie bezuinigen.[3] Ook Nederlandse consumenten gaven in onderzoek uitgevoerd in 2014 aan dat zij bezuinigen op energie als een efficiëntere manier beschouwden om hun steentje bij te dragen aan het milieu dan voedselgerelateerde gedragingen (zoals lokaal en seizoensgebonden voedsel kopen of minder vlees eten).[4] Deze bevindingen liggen in lijn met recenter onderzoek, dat aantoonde dat consumenten het aanpassen van niet-voedselgerelateerd gedrag als acceptabeler en efficiënter aanschouwen om de klimaatopwarming aan te pakken.[5]

Aldus blijkt dat consumenten de impact van ons voedselsysteem op het klimaat en het milieu in het algemeen erg onderschatten.[6] Voedselconsumptie prijkt namelijk bovenaan de lijst van milieu-impact door consumptiegedrag, samen met transport.[7] Zo berekende een recente studie uit *Nature* dat ons voedselsysteem verantwoordelijk is voor maar liefst 34 % van wereldwijde broeikasgassen.[8] Daarnaast verbruikt ons voedselsysteem het merendeel van het zoetwater op de planeet[9] en is het tevens de grootste oorzaak van onder andere watervervuiling[10] en ontbossing.[11] Deze cijfers in combinatie met het feit dat geschat 38 % van het landoppervlakte (inclusief niet-bewoonbaar gebied) gebruikt wordt voor landbouw,[12] hebben ook een zeer negatieve impact op biodiversiteit.[13] Met een steeds toenemende bevolkingsgroei, botst ons voedselsysteem aldus op zijn limieten.

[1] Deze bijdrage bespreekt de stand van zaken bijgewerkt tot 5 december 2021.
[2] VANHONACKER e.a., *Appetite* 2013/62, p. 9.
[3] VANHONACKER e.a., *Appetite* 2013/62, p. 9.
[4] DE BOER, DE WITT en AIKING, *Appetite* 2016/98, p. 22.
[5] MACDIARMID, DOUGLAS en CAMPBELL, *Appetite* 2016/96, p. 487.
[6] TOBLER, VISSCHERS en SIEGRIST, *Appetite* 2011/57, p. 679; VANHONACKER e.a., *Appetite* 2013/62, p. 9.
[7] NITA, CASTELLANI en S. SALA, *JCR* 109174, p. 18.
[8] CRIPPA e.a., *Nature Food* 2021/ 2, p. 198.
[9] OECD, "Managing water sustainability is key to the future of food and agriculture", www.oecd.org (70 % of water use worldwide); Commissie, "Protecting water in the CAP", www.ec.europea.eu (40 % of water use EU).
[10] POORE en NEMECEK, *Science* 2018/360, p. 987.
[11] FAO en UNEP 2020, ISSN 2521-7542, xvi.
[12] FAO (UN) 2020, fao.org.
[13] Bar-on, Philips en Milo, *PNAS* 2018/25, p. 6506-6511: dit onderzoek geeft aan dat 60 % van alle zoogdieren vee is, in vgl. met 4 % wilde dieren en 36 % mensen, en dat 70 % van alle vogels kippen en gevogelte voor consumptie uitmaakt.

Hoewel de productiefase wellicht de grootste rol te spelen heeft in de verduurzaming van onze consumptiemaatschappij, mag de rol van de consument toch niet worden verwaarloosd. In niet-voedselgerelateerde domeinen heeft de wetgever reeds een handje toegestoken, bijvoorbeeld door het invoeren van een verplicht energielabel voor elektronische apparaten, een EU-Ecolabel of een recht op herstel voor consumenten. Gelet op haar enorme milieu-impact, focust deze bijdrage zich echter op *voedsel*consumptie. Hierbij wordt nagegaan in welke mate (consumenten)wetgeving de consument ondersteunt of zelfs stimuleert in het maken van duurzame voedselkeuzes.

Aangezien het thema van duurzame voedselconsumptie nog maar weinig besproken werd in de rechtsleer, hanteert deze bijdrage een vogelperspectief van boer tot bord: een breed overzicht van de relevante wetgeving in de productiefase (titel 2), marketingfase (titel 3) en afvalfase (titel 4) wordt gepresenteerd. De mate waarin de consument kan kiezen voor duurzaam voedsel in de supermarkt hangt namelijk af van de mate waarin de duurzame productie van voedsel al dan niet (via wetgeving) gestimuleerd wordt. Daarnaast kunnen duurzaamheidswinsten in productie worden tenietgedaan als voedsel later op grote schaal verspild wordt. Deze bijdrage bespreekt voor iedere fase kritisch de huidige wetgeving en beoordeelt vervolgens vanuit duurzaamheidsperspectief hoe initiatieven voor toekomstige wetgeving al dan niet aan de tekortkomingen van de huidige wetgeving tegemoetkomen.

Preliminair dient echter 'duurzaamheid' in de voedselcontext gedefinieerd te worden. De Verenigde Naties definiëren een duurzaam voedselsysteem als zijnde "*een voedselsysteem dat voor iedereen voedselveiligheid en voeding oplevert op een zodanige wijze dat de economische, sociale en ecologische grondslagen voor het genereren van voedselveiligheid en voeding voor toekomstige generaties niet in gevaar wordt gebracht*" (vrije vertaling).[14] De Europese Unie geeft geen eenduidige definitie van duurzame voedselsystemen, maar refereert in haar Boer tot Bord Strategie van 2020 aan een neutrale of positieve impact op het milieu en toegang voor iedereen tot voldoende, voedzaam en veilig voedsel dat bovendien betaalbaar is.[15] Ook op nationaal niveau hanteren de Belgische en de Nederlandse overheid een ruime definitie van duurzaamheid met inachtneming van de belangen van mens, dier en milieu.[16]

Hoewel 'duurzaam voedsel' dus vaak gedefinieerd wordt in brede termen, focust deze bijdrage zich in lijn met het thema van het TPR-colloquium echter enkel op de *ecologische* duurzaamheid van ons voedselsysteem. Deze ecologische impact van ons voedselsysteem reikt ver en wordt veroorzaakt door tal van elementen: niet enkel de broeikasgassen moeten in rekening worden genomen, maar ook bijvoorbeeld de impact op biodiversiteit, watergebruik- en vervuiling, grondgebruik en bodemverontreiniging. Deze impactfactoren worden vervolgens beïnvloed door onder andere het type pesticiden, meststoffen, (de productie en consumptie van) dierenvoeder, de vruchtbaarheid van de bodem, het dierenras enz. Bijgevolg is het zeer moeilijk een eenduidig antwoord te geven op de vraag wat nu precies duurzaam voedsel is. Daarnaast moet in het oog worden gehouden dat vergelijkingen wat betreft duurzaamheid kunnen plaatsvinden tussen producten binnen dezelfde productklasse (bv. duurzamer en minder duurzaam geproduceerd rundsvlees) en tussen producten van verschillende productcategorieën (bv. een plantaardige burger als duurzamer alternatief voor een burger op basis van rundsvlees). Hoe de duurzaamheid van voedsel verder gemeten en vergeleken wordt, komt echter uitgebreider aan bod verderop in deze bijdrage.

[14] FAO (UN) 2018, p. 1.
[15] COM (2020) 381 final, p. 5.
[16] Federaal Instituut voor Duurzame Ontwikkeling (BE) 2015, p. 5; "Beleidsbrief duurzame voedselproductie" (Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport), Kamerbrief 11 juli 2013.

2. DUURZAAMHEID IN DE PRODUCTIEFASE

2.1. Van verleden naar huidig recht: van focus op productie naar instrumentalisme

2.1.1. Het Gemeenschappelijk Landbouwbeleid van de Unie: van oorzaak naar oplossing

De mate waarin de consument de keuze heeft tussen minder duurzame en meer duurzame voeding, hangt af van de mate waarin niet-duurzame productiemethodes getolereerd worden en duurzame productie gestimuleerd of verplicht wordt. Hierin speelt het Gemeenschappelijk Landbouwbeleid van de Unie ("GLB") een grote rol. Dit beleid heeft echter een grote evolutie meegemaakt doorheen de jaren, dewelke ook de impact van ons voedselsysteem op het milieu in aanzienlijke wijze beïnvloed heeft en verder blijft beïnvloeden. Om te begrijpen hoe de impact van voedselproductie op het milieu zo kon escaleren en hoe men vandaag de dag een kentering wil waarmaken, is een korte historische contextualisering van het GLB op zijn plaats.

In de beginjaren van het GLB lag de focus op de productie van voldoende voedsel om de Europese bevolking te voeden en de individuele landbouwer te beschermen tegen de instabiliteit eigen aan het beroep, door o.a. weersomstandigheden en prijsfluctuatie. Grote voedseltekorten, afhankelijkheid van import en armoede bij de (grote) landbouwbevolking kenmerkten de Europese Unie ten tijde van de oprichting van het GLB post-WO II.[17] Deze problematiek weerspiegelt zich ook in de doelstellingen van het GLB die in het Verdrag van Rome verankerd werden: productie verhogen, een redelijke levensstandaard aan de landbouwbevolking garanderen, de markten stabiliseren en redelijke prijzen garanderen aan consumenten.[18]

Om deze doelstellingen te bereiken, werd een subsidiesysteem ingevoerd dat productie bevorderde aan de hand van gegarandeerde minimumprijzen. Kortom, hoe meer productie, hoe meer subsidies de landbouwer ontving. Dit systeem werkte intensivering en industrialisering in de hand, om uiteindelijk om te schakelen naar minder boerderijen op grotere schaal.[19] Productie schoot inderdaad de hoogte in, doch bleef toenemen lang nadat de vraagzijde verzadigd was, met de gekende boterbergen, melkmeren en graanstapels van de jaren 1980 tot gevolg.[20]

Deze focus op intensivering en de massale overproductie ten gevolge van het GLB liet een nefaste afdruk na op het milieu. Gepaard gaande met bezorgdheden over dierenwelzijn en een leeglopend platteland, kwam het besef dat verandering noodzakelijk was.[21]

Aldus beginnend met de MacSherry Reform in 1992, evolueerde het GLB geleidelijk van een beleid met focus op voedselproductie, stabiele markten en het behartigen van de (economische) belangen van de landbouwer, naar een beleid met een instrumentalistische rol: hoewel subsidies noodzakelijk bleven om de Europese bevolking in haar voedingsbehoeftes te voldoen, dient de landbouwbevolking hiervoor in ruil echter wel publieke belangen,

[17] GRIFFITHS 2007, p. 133-146; BARENTS 1994, p. 4-5.
[18] Art. 39 Verdrag van Rome; zie nu art. 39 VWEU.
[19] BURRELL 2013, p. 7; DANIELSEN 2013, § 1.01; MCMAHON 2012, p. 269; HARVEY 2015, p. 8-9; GRIFFITHS 2007, p. 145-146.
[20] COM (85) 333 final; Commissie, *Newsletter on the Common Agricultural Policy* 1968/11, p. 7-8.
[21] COM (85) 333 final, V; EP, A4-0020/97 ("Medina Ortega Report"); Court of Auditors, *Special Report* 2000/14, *Pb.C.* 2000, afl. 353/01; BURRELL 2013, p. 7; MCMAHON 2012, p. 277-278.

waaronder de bescherming van het milieu, te behartigen.[22] Het Europees Parlement verwoordde het op de volgende manier:

> "*Direct CAP payments should be reallocated towards the provision of public goods, which is the only uncontested reason why society should provide money to farmers in the long run.*"[23]

Deze instrumentalistische rol houdt het GLB tot op de dag van vandaag aan en wordt verder versterkt. Dit komt tot uiting in de doelstellingen van het GLB 2023-2027, waarbij maar liefst drie van de negen doelstellingen betrekking hebben op het milieu in brede zin: de klimaatverandering tegengaan, zorgen voor het milieu en landschappen en de biodiversiteit beschermen. Het GLB evolueert dus van een beleid dat vervuiling in de hand werkte naar een beleid dat de milieu-impact van voedselproductie zo ver mogelijk probeert in te perken.

2.1.2. Het huidige recht: een overzicht van stimulansen tot duurzame productie

Deze ontwikkelingen hadden tot gevolg dat inkomenssteun inmiddels losgekoppeld werd van productie en wordt berekend op basis van het aantal dieren of hectare dat een landbouwer bezit. Echter kan de landbouwer deze steun wel deels verliezen (of andere sancties opgelegd krijgen) indien hij de vastgestelde randvoorwaarden niet naleeft, of extra subsidies ontvangen indien hij extra milieustandaarden implementeert of aan andere voorwaarden voldoet.[24]

De randvoorwaarden spelen een grote rol bij de verduurzaming van het landbouwbeleid. Enerzijds dienen de boeren zich te houden aan basisbeheerseisen vastgelegd in geharmoniseerde, Europese regelgeving. Relevant voor het milieu zijn de vereisten vastgelegd in de Nitraatrichtlijn, de Habitatrichtlijn en de Richtlijn ter behoud van de vogelstand.[25] Op basis van de Nitraatrichtlijn en de Habitatrichtlijn dienen lidstaten bijvoorbeeld actieprogramma's op te stellen voor kwetsbare waterzones resp. speciale beschermingszones ('Natura 2000-gebieden'). Landbouwers die bijvoorbeeld wensen hun boerderij uit te breiden dichtbij een Natura 2000-gebied, met mogelijke significante effecten hierop als gevolg, moeten hiervoor krachtens artikel 6, lid 3 Habitatrichtlijn voorafgaande toestemming verkrijgen van de overheid. Deze toestemming kunnen lidstaten enkel verlenen indien een passende beoordeling de zekerheid verschaft dat dit plan of project geen significant effect heeft op de natuurlijke kenmerken van de beschermde gebieden.

Indien landbouwers wensen hun subsidies ten volle te behouden, dienen ze zich ook te houden aan de 'goede landbouw- en milieucondities'. Het kader hiervoor wordt uiteengezet in Bijlage II, Verordening nr. 1306/2013, waarbinnen lidstaten nadere nationale normen moeten vaststellen.[26] Deze normen hebben onder andere tot doel om bodemerosie te voorkomen, minimaal onderhoud te waarborgen, een achteruitgang van habitats te voorkomen en

[22] Berlin European Council 24/25 maart 1999, Presidency conclusions. DN: DOC/99/1 of 26.3.1999; EESC, *Pb.C.* 1999, afl. 368/20.
[23] EP, *The Single Payment Scheme after 2013: New Approach, New Targets*, 2010, 11.
[24] Art. 91 *juncto* art. 93 Verord. (EU) nr. 1306/2013 inzake de financiering van het beheer en de monitoring van het gemeenschappelijk landbouwbeleid, *Pb.L.* 2013, afl. 347/549, verder uitgewerkt in art. 73-75 Uitvoeringsverord. (EU) nr. 809/2014 tot vaststelling van uitvoeringsbepalingen voor Verord. (EU) nr. 1306/2013, *Pb.L.* 2014, afl. 227/69.
[25] Exacte vereisten terug te vinden in bijlage II bij Verord. (EU) nr. 1306/2013.
[26] Art. 94 Verord. nr. 1306/2013.

water te beschermen. Zo moeten landbouwers bijvoorbeeld bufferstroken langs waterlopen aanleggen of zorgen voor minimale grondbedekking.

Daarnaast kunnen zij bovenop de basissubsidies bijkomend subsidies ontvangen indien zij verder hun landbouwpraktijken vergroenen. Zo bestaat er de vergroeningsbetaling of '*green direct payment*', uitgekeerd als de boer doet aan gewasdiversificatie, blijvend grasland in stand houdt en minstens 5 % van zijn of haar bouwland ecologisch aandachtsgebied uitmaakt.[27] Daarenboven kunnen zij verder steun verkrijgen onder de tweede pijler van plattelandsontwikkeling.[28]

Ten laatste moet de voedselindustrie zich uiteraard ook houden aan milieuwetgeving aangenomen buiten het GLB. Voorbeelden hiervan zijn de Waterrichtlijn,[29] de Pesticidenrichtlijn[30] en de Richtlijn voor plastic producten voor eenmalig gebruik.[31]

2.1.3. Te verregaand of niet verregaand genoeg?

Dat de Europese milieunormen in het kader van het GLB wel degelijk een stok achter de deur kunnen vormen en aanzienlijke gevolgen kunnen hebben voor de lidstaten én de landbouwers, bleek uit de Nederlandse stikstofcrisis in 2019. In navolging van een arrest van het Hof van Justitie aangaande het Nederlandse stikstofplan,[32] oordeelde de Nederlandse Raad van State namelijk dat de Programmatische Aanpak Stikstof ('PAS') in strijd was met artikel 6, tweede en derde lid van de Habitatrichtlijn.[33] Een van de redenen hiervoor was dat de Nederlandse PAS namelijk categoriaal projecten en handelingen waarvan de stikstofdepositie onder een bepaalde grenswaarde bleef, uitzonderden van de vergunningsplicht – en dus van de 'passende beoordeling' door de overheid zoals vereist door artikel 6 van de Habitatrichtlijn (zie *supra*, 2.1.2.). De Raad van State oordeelde echter dat het niet met zekerheid vaststond dat deze projecten geen significante effecten zouden hebben op de Natura 2000-gebieden. Bijgevolg werden ongeveer 18.000 vergunningsaanvragen, waaronder die voor uitbreidingen van 'megastallen' of landbouwactiviteiten, stilgelegd. Dit leidde tot hevig protest door de landbouwers, die vinden dat de Europese milieunormen reeds veel te ver gaan.[34]

Ook het Belgische PAS-beoordelingskader – dat eveneens categoriale uitzonderingen toeliet zonder voldoende wetenschappelijke staving voor een gebrek aan significante effecten

[27] Art. 43 tot 47 Verord. (EU) nr. 1307/2013 tot vaststelling van voorschriften voor rechtstreekse betalingen aan landbouwers in het kader van de steunregelingen van het gemeenschappelijk landbouwbeleid, *Pb.L.* 2013, afl. 347/608.
[28] Verord. (EU) nr. 1308/2013 tot vaststelling van een gemeenschappelijke ordening van de markten voor landbouwproducten, *Pb.L.* 2013, afl. 347/671.
[29] Richtl. 2000/60/EG tot vaststelling van een kader voor communautaire maatregelen betreffende het waterbeleid, *Pb.L.* 2000, afl. 327, p. 1-73.
[30] Richtl. 2009/128/EG tot vaststelling van een kader voor communautaire actie ter verwezenlijking van een duurzaam gebruik van pesticiden, *Pb.L.* 2009, afl. 309/71.
[31] Richtl. (EU) 2019/904 betreffende de vermindering van de effecten van bepaalde kunststofproducten op het milieu, *Pb.L.* 2019, afl. 155/1.
[32] HvJ EU 7 november 2018, C-293/17 en C-294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (*Stikstofarrest).*
[33] ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603; ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604.
[34] "Nieuw boerenprotest, landbouw in bepaalde gebieden verder in het nauw", *NOS* 7 juli 2021; "Boeren protesteren volgende week weer massaal tegen stikstofplannen", *de Standaard* 29 juni 2021.

– werd op 25 februari 2021 finaal teruggefloten door de Raad voor Vergunningsbetwistingen,[35] met boerenprotest tot gevolg.[36]

Aan de andere kant heerst echter ook veel kritiek dat de Europese Unie nog lang niet ver genoeg gaat in het opleggen van milieustandaarden in de voedselproductie. Zo liet de Europese Rekenkamer zich al meermaals vernietigend uit over de lage ambitie en het gebrek aan doeltreffendheid wat betreft de milieuvereisten in het GLB, terwijl deze wel een groot deel van het EU-budget opslorpen.

In een rapport uit december 2017 omschrijft de Europese Rekenkamer (ERK) bijvoorbeeld hoe de milieuvereisten gekoppeld aan de vergroeningsbetaling van een dergelijk laag niveau zijn dat ze grotendeels slechts normale landbouwpraktijken omvatten.[37,38] *De facto* is de 'vergroeningsbetaling' dus geen milieumaatregel, maar slechts een inkomstensubsidie voor landbouwers.[39]

In 2021 nam de Europese Rekenkamer het gehele klimaatbeleid[40] van het GLB onder de loep, daar dit beleid voor de periode 2014-2020 verantwoordelijk was voor ongeveer 50 % van de totale EU-uitgaven voor het klimaat.[41] De Europese Rekenkamer kwam echter tot de vaststelling dat de emissies van landbouwbedrijven tussen 2010-2020 nauwelijks afnamen; de meeste matigingsmaatregelen van het GLB hebben slechts een beperkt potentieel om de klimaatverandering te beperken.[42]

Volgens de Europees Rekenkamer is een van de grootste pijnpunten hierbij dat het GLB geen (doeltreffende) maatregelen neemt om de emissies van de veehouderij te verlagen.[43] Veehouderij is namelijk verantwoordelijk voor het overgrote deel van de emissies in de landbouw[44] – naast tevens de grootste oorzaak te vormen van tal van andere milieuproblemen.[45] De Rekenkamer wijst op enkele maatregelen die de emissies van de productie van dierlijke producten kunnen verlagen, maar betreurt het gebrek aan grenswaarden voor de veestapel of stimulansen om de veestapel zelf te verkleinen in het GLB (productie zelf verlagen i.p.v. emissies van productie proberen te verlagen). Krachtens de Rekenkamer heeft

[35] RvVb (BE) 25 februari 2021, A-2021-0697-99; voor een uitgebreidere analyse, zie SCHOUKENS, *NJW* 2021/439, 238-264; zie voor meer uitleg SCHOUKENS, *NJW* 2021/439, p. 1-79.
[36] Arne DE JAEGERE, "Komende dagen veel tractoren op straat: jonge boeren protesteren tegen onzekerheid", *VRT NWS* 13 april 2021.
[37] ERK, "Vergroening: een complexere inkomenssteunregeling, die vanuit milieuoogpunt nog niet doeltreffend is", Speciaal verslag nr. 21/2017, par. 36 en 78; bijgevolg leidde de vergroeningsbetaling tussen 2015 en 2017 slechts tot een aanpassing van de landbouwpraktijken voor 5 % van de landbouwgrond, terwijl de betalingen wel 30 % van alle rechtstreekse GLB-betalingen en bijna 8 % van de gehele EU-begroting uitmaken, zie par. 32 en par. 8.
[38] ERK, Speciaal verslag nr. 21/2017, par. 32 en par. 8.
[39] ERK, Speciaal verslag nr. 21/2017, par. 76.
[40] Enkel de invloed van emissies werd onderzocht; andere milieuaspecten zoals biodiversiteit of watervervuiling werden niet in rekening gebracht.
[41] En eveneens voor 26 % van het GLB-budget, zie ERK, "Het gemeenschappelijk landbouwbeleid en het klimaat: Goed voor de helft van de klimaatuitgaven van de EU, maar emissies van landbouwbedrijven nemen niet af", Speciaal verslag nr. 16/2021, par. 12.
[42] ERK, Speciaal verslag nr. 16/2021, par. IV.
[43] ERK, Speciaal verslag nr. 16/2021, par. 24-36.
[44] ERK, Speciaal verslag nr. 16/2021, par. 1-4; POORE en NEMECEK, *Science* 2018/6392; COM (2020) 381 final, p. 8, verwijzend naar Europees Milieuagentschap, *Annual European Union greenhouse gas inventory 1990-2017* en *Inventory report 2019*, 2019.
[45] POORE en NEMECEK, *Science* 2018/6392: gebruikmakend van een grote dataset en een levenscyclusanalyse, analyseren POORE en NEMECEK de milieu-impact van verschillende voedselproducten op vijf dimensies (broeikasgassen, landgebruik, waterverbruik, eutroficatie en acidificatie). Dit onderzoek toont aan dat alle dierlijke producten – niet enkel rund – de grootste milieu-impact hebben. Zij concluderen dat "*dietary change can deliver environmental benefits on a scale not achievable by producers*"; zie ook DE SY e.a., *Environ. Ress. Lett.* 2015/10 en FOLEY, *Sci. Am.* 2011/305, p. 60-65.

het (proberen) verduurzamen van de productie namelijk weinig zin als de productie van dierlijke producten zelf niet verlaagd wordt. Zo wordt geconcludeerd:

> "*Bij onze evaluatie van studies troffen we geen doeltreffende, goedgekeurde praktijken aan waarmee veehouderijemissies afkomstig van de vertering van voeder aanzienlijk kunnen worden verminderd zonder dat de productie wordt teruggeschroefd. […] Tal van praktijken in verband met fokken, voeren, gezondheid en vruchtbaarheidsbeheer kunnen de matiging slechts langzaam en in geringe mate bevorderen. Enkele van deze praktijken bevorderen de verhoging van de productie en kunnen de netto-emissies dus verhogen.*"[46]

Niet enkel biedt het GLB geen stimulansen om minder vee te houden, de Europese Rekenkamer argumenteert dat dit beleid zelfs juist het omgekeerde doet: door een deel van de rechtstreekse betalingen te koppelen aan de hoeveelheid vee wordt de instandhouding van de veestapel namelijk aangemoedigd. Daarnaast zet de EU in op de afzetbevordering van dierlijke producten.[47] Zo werd in de periode 2016-2019 24 % van het budget voor afzetbevordering van landbouwproducten gespendeerd aan de promotie van vlees, 18 % aan de promotie van zuivelproducten en 16 % aan de promotie van fruit en groenten.[48]

2.2. Het toekomstige recht: (hoe veel) verder vergroenen?

Op 2 december 2021 werd de overeenkomst over de hervorming van het GLB voor de periode 2023-2027 formeel aangenomen.[49] De nieuwe wetgeving trekt de 'voorwaardelijkheid' van inkomenssteun gekoppeld aan milieuverplichtingen verder door en verstrengt de milieuvereisten. Daarnaast zal minstens 40 % van het budget worden uitgegeven aan acties ter bevordering van het klimaat. Hieraan zullen onder andere de nieuwe *eco-schemes* bijdragen.[50] Het nieuwe GLB probeert daarenboven de vele acties voorgesteld in de Boer tot Bord Strategie van 2020 te incorporeren, zoals het inzetten op koolstoflandbouw, minder nutriënten en minimum 25 % biologische productie tegen 2030.[51] Belangrijk is echter dat de Unie het lot van de voorgestelde *targets* in aanzienlijke mate in handen van de lidstaten legt: zij kunnen grotendeels zelf invullen hoe ze de milieudoelstellingen willen bereiken.

De kritiek van de Europese Rekenkamer en verschillende andere organisaties over de milieu-impact van de veehouderij heeft echter enigszins gehoor gekregen binnen de Europese instellingen. De wetenschappelijke literatuur geeft eveneens aan dat een duurzaam voedselsysteem niet bereikt zal worden door louter over te schakelen op duurzamer geproduceerde producten, maar dat consumenten ook *minder* van over het algemeen milieuvervuilende dierlijke producten zullen moeten eten.[52]

---

[46] Het zogenaamde 'rebound effect', zie ERK, Speciaal verslag nr. 16/2021, par. 30.
[47] ERK, Speciaal verslag nr. 16/2021, par. 92.
[48] TETRATECH, DELOITTE, IPSOS, "Evaluation support study of the EU agricultural promotion policy – internal and third country markets", juli 2020, studie voorbereid voor de Europese Commissie, p. 207-208; BOFFEY, "EU spending tens of millions of euros a year to promote meat eating", *The Guardian* 14 februari 2020.
[49] Voor een overzicht, zie "Key reforms in the new CAP", www.ec.europa.nu.
[50] Commissie, "Questions and answers on the CAP reform", 17 november 2020, www.ec.europa.eu.
[51] COM (2020) 381 final, p. 6-12.
[52] STUBBS, SCOTT en DUARTE, *Nutrition Bulletin* 2018/43, 126: "*It is uncontroversial that current trends in human population growth and meat consumption are unsustainable*"; FRIEL e.a., *Lancet* 2009/374, 25; JACKSON e.a., "Strategies for reducing the climate impacts of red meat/dair consumption in the UK", www.fcrn.org.uk/sites/default/files/WWF_Reducing_climate_impact_of_red_meat_and_dairy_consumption.pdf; GODFRAY e.a., *Science* 2018/361, 6.

Met de Boer tot Bord Strategie trekt de Commissie deze (gevoelige) discussie voorzichtig open, met name door vlees- en zuivelconsumptie te koppelen aan milieu- én gezondheidsproblemen. Zo geeft deze Strategie aan dat niet enkel vanuit het milieu maar ook vanuit de volksgezondheid bezien, de gemiddelde inname van bijvoorbeeld rood vlees ver de aanbevolen hoeveelheid overstijgt, terwijl de consumptie van volkorengranen, groeten en fruit, peulvruchten en noten onvoldoende is.[53] Bijgevolg wenst de Commissie de overstap naar een meer plantaardig eetpatroon te stimuleren.

De bal wordt hiervoor wel in het kamp van de consument gelegd: het toekomstige GLB neemt in lijn met het huidige beleid geen speciale maatregelen om de productie zelf van dierlijke producten of de afzetbevordering te verminderen, doch zet wel in op het verduurzamen ervan.[54] Verder zal de Commissie het programma voor de afzetbevordering "*in overeenstemming […] brengen met de veranderende voedingspatronen. Wat vlees betreft moet die herziening vooral ingaan op de mogelijkheden binnen het afzetvorderingsprogramma van de EU om de duurzaamste, meest koolstofefficiënte methoden in de veeteelt te ondersteunen.*"[55]

Hoewel het nieuwe GLB de milieudoelstellingen verstrengt, blijft het een compromis gevangen in een tweestrijd: hoewel verdere verstrengingen mogelijk nodig waren om beloftes inzake klimaat of biodiversiteit te kunnen waarmaken, moet het GLB krachtens artikel 39 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) ook een "redelijke levensstandaard aan de landbouwbevolking" garanderen – een belangengroep die niet altijd happig is op verdere verstrengingen.[56] Daarnaast blijft de vraag open of we de lidstaten kunnen vertrouwen met de bijkomende flexibiliteit die aan hen werd toegekend, zeker aangezien de naleving van de huidige milieuwetgeving reeds te wensen overlaat.

In ieder geval staat het vast dat de Europese wetgever wel degelijk maatregelen neemt om de voedselproductie te vergroenen – discussies over de vraag of deze maatregelen te verregaand zijn of juist niet ver genoeg gaan terzijde. De ruime keuzevrijheid voor de consument blijft echter behouden: tenzij als milieuvoorschriften tevens van belang zijn voor de volksgezondheid, worden geen 'vervuilende' voedingsproducten verboden voor verkoop in de supermarkt; hoogstens verliezen de landbouwers deels hun subsidies. In de volgende sectie wordt nader ingegaan op de vraag hoe Europese wetgeving de consument helpt een duurzame keuze te maken.

3. DUURZAAMHEID IN DE MARKETINGFASE

Zoals hierboven uitgelegd, ontneemt de Europese wetgever de consument zo min mogelijk aan keuze. Om een zo geïnformeerd mogelijke keuze te maken tussen het scala aan duurzame en minder duurzame voeding, heeft de Europese wetgever wél tot doel de consument de nodige handvaten hiertoe aan te reiken. Volgens het klassieke stramien van het consumenteninformatiemodel betekent dit dat informatieverplichtingen ervoor zorgen

[53] COM (2020) 381 final, p. 15.
[54] COM (2020) 381 final, p. 8; wat betreft de productie wordt bv. deels overgestapt op duurzamere voedermiddelen.
[55] COM (2020) 381 final, p. 9.
[56] Deze tweestrijd leidde in het verleden reeds meermaals tot een afzwakking van de ambitieuze(re) milieuvereisten voorgesteld door de Commissie (bv. van de vergroeningsbetaling die nu weinig effectief blijkt te zijn), zie ERK, Speciaal verslag nr. 21/2017, par. 17-18. Ook de voorstellen van de Commissie voor het GLB 2023-2027 – die reeds op kritiek mochten rekenen voor een gebrek aan ambitie – werden verder afgezwakt door het Parlement en de Raad, zie Commissie, *Working with Parliament and Council to make the CAP reform fit for the European Green Deal, 2020*, www.ec.europa.eu.

dat de consument alle noodzakelijke informatie om een geïnformeerde keuze te maken aangeboden krijgt (3.1) én dat alle vrijwillige informatie bovendien niet misleidend mag zijn (3.2).[57] In wat volgt wordt de toepassing hiervan op duurzaamheidsinformatie over voedsel nader bekeken.

3.1. (Verplichte) Europese duurzaamheidsinformatie

3.1.1. Het huidige recht: geen verplichte duurzaamheidsvermeldingen, geen duurzaamheidskeurmerk, geen (adequate) indirecte duurzaamheidslabels

Voorlopig blijft de verplichting om informatie over de ecologische impact van voedsel te verschaffen uit: (ecologische) duurzaamheid is (nog) niet opgenomen in de lijst van verplichte informatievermeldingen in artikel 9 van Verordening (EU) nr. 1169/2011 betreffende de verstrekking van voedselinformatie aan consumenten (VVIC).[58] Wél onderkent de VVIC op expliciete wijze dat milieuoverwegingen inderdaad de keuze van consumenten kunnen beïnvloeden.[59] Bijgevolg bepaalt artikel 3, lid 1 dat hiermee rekening gehouden moet worden om een goed doordachte keuze te kunnen waarborgen.

Naast een gebrek aan verplichte vermeldingen omtrent de duurzaamheid van voedsel, ontbreekt ook een Europees duurzaamheidskeurmerk voor voeding. Voor bepaalde niet-voedingsproducten bestaat bijvoorbeeld het EU-Ecolabel: een Europees keurmerk dat specifieke criteria hanteert per productgroep, bepaald op een wetenschappelijk onderbouwde basis, rekening houdend met de volledige levenscyclus van het product. Hierdoor garandeert het EU-Ecolabel dat de meest vervuilende aspecten van het product verminderd zijn in vergelijking met gelijkaardige producten. Producenten die wensen het Ecolabel op hun producten aan te brengen, dienen zelf een aanvraag tot toelating hiertoe in te dienen.[60]

Artikel 6, lid 5 van Verordening (EG) nr. 66/2010 betreffende de EU-milieukeur voorziet nochtans de mogelijkheid om het toepassingsgebied van het EU-Ecolabel uit te breiden naar voedingsproducten. Uit een rapport van 2010 blijkt echter dat dit moeilijk haalbaar was: het ontwikkelen van criteria voor voeding is bijzonder complex, daar de meest vervuilende fase tevens ook milieueffecten produceert die moeilijk te meten zijn (bv. impact op biodiversiteit). Daarnaast volgde uit de consumentenenquête dat consumenten verwachten dat een duurzaamheidskeurmerk voor voeding naast milieu ook sociale en ethische kwesties omvat (bv. dierenwelzijn). Deze verschillende belangen kunnen nochtans met elkaar conflicteren.[61] Bijgevolg werd de idee om het EU-Ecolabel uit te breiden naar voeding afgevoerd.

Daar consumenten niet kunnen terugvallen op publiek gereguleerde duurzaamheidsinformatie voor voeding, doen zij soms een beroep op andere informatieverschaffingen of EU-labels om op indirecte wijze toch de milieu-impact van een voedingsproduct te kunnen inschatten. De meest voor de hand liggende optie is ten eerste het Europese Biologo. Het biologo wordt voorbehouden aan producenten die produceren volgens de Europese voorschriften over biologische landbouw.[62] Hieronder vallen een aantal voorschriften die

[57] STRAETMANS, 2019, 4.
[58] Verord. (EU) nr. 1169/2011 van 25 oktober 2011 betreffende de verstrekking van voedselinformatie aan consumenten, *Pb.L.* 2011, afl. 304/18.
[59] R.o. 3 VVIC.
[60] Verord. (EG) nr. 66/2010 van 25 november 2009 betreffende EU-milieukeur, *Pb.L.* 2010, afl. 27/1.
[61] SENGSTSCHMID e.a., *EU Ecolabel for food and feed products – feasibility study, report prepared for European Commission*, 2010.
[62] Verord. (EG) nr. 834/2007 inzake de biologische productie en etikettering van biologische producten en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 2092/91, *Pb.L.* 2007, afl. 189/1.

positief kunnen bijdragen aan het milieu, meer bepaald wat betreft het behoud van biodiversiteit en de vruchtbaarheid van de bodem. Zo geldt er bijvoorbeeld een verbod op het gebruik van minerale stikstofmeststoffen of andere meststoffen en pesticiden die niet op de limitatieve lijst van toegestane producten staan en moet het aantal dieren worden beperkt om bijvoorbeeld vervuiling door de mest van dieren tot een minimum te beperken.[63] Enkel indien de producten door een erkende controlerende autoriteit of een erkend controleorgaan als biologisch zijn gecertificeerd, mag (moet) de producent het biologo gebruiken.[64]

Hoewel biologische producten in het algemeen positieve milieueffecten met zich meebrengen wat betreft bijvoorbeeld biodiversiteit, toch kan het nog niet worden vereenzelvigd met een volwaardig (ecologisch) duurzaamheidslabel. Zo ontbreekt namelijk een levenscyclusanalyse en kunnen voorschriften voor dierenwelzijn juist een negatieve milieu-impact genereren (bv. meer plaats voor dieren betekent ook meer grondgebruik). Daarnaast staat het biologo enkel open voor landbouwproducten (*i.e.* voornamelijk onverwerkte voeding) en niet voor verwerkte voeding.[65]

Een tweede type van Europese kwaliteitslabels dat in de literatuur steeds vaker gelinkt wordt aan duurzame productie, is de bescherming van geografische aanduidingen.[66] Producten uit een bepaalde streek die tevens hun reputatie, kwaliteit of kenmerken te danken hebben aan dit gebied waarvan zij de naam dragen, kunnen een monopolie op de geografische aanduiding aanvragen als Beschermde Oorsprongsbenaming (BOB) of Beschermde Geografische Aanduiding (BGA) en moeten hierbij het passende Europese kwaliteitslabel dragen.[67] Voorbeelden zijn de bekende Roquefortkaas (BOB) of de Ardense boter (BGA). De link met duurzaamheid wordt doorgaans gelegd door de (vereiste van) lokale productie in het gebied waarvan zij de naam dragen, met lokale ingrediënten en dierenrassen en door het feit dat deze producten vaak gepromoot worden als zijnde geproduceerd volgens 'traditionele methodes'.[68]

Een waarschuwing is echter ook hier op zijn plaats. Bepaalde geografische aanduidingen voldoen inderdaad aan dit ideaalbeeld, doch de duurzaamheidsgedachte mag hier zeker niet worden veralgemeend. Zo laat Verordening (EU) nr. 1151/2012 toe dat Beschermde Geografische Aanduidingen ingrediënten gebruiken van *buiten* de lokale streek en zelfs voor twee derde van het productieproces hierbuiten geproduceerd mogen worden.[69] Daarnaast legt deze verordening geen voorwaarde tot 'traditionele' of 'milieuvriendelijke' productietechnieken op; integendeel, grootschalige, geïndustrialiseerde productie vormt geen uitzondering meer voor vele geografische aanduidingen.[70] Dit geldt voornamelijk voor wereldberoemde producten, zoals *Parmigiano Reggiano PDO* of *Comté PDO*. Daar deze BOB's slechts gebruik kunnen maken van een kleine productieregio om aan wereldvraag te

[63] Art. 8 tot 22 Verord. (EG) nr. 834/2007.
[64] Art. 24 Verord. (EG) nr. 834/2007; daarenboven worden alle biologische marktdeelnemers minstens eenmaal per jaar aan een fysieke controle onderworpen, zie art. 65 Verord. (EG) nr. 889/2008 tot vaststelling van bepalingen ter uitvoering van Verordening (EG) nr. 834 inzake de biologische productie en de etikettering van biologische producten, wat de biologische productie, de etikettering en de controle betreft, *Pb.L.* 2008, afl. 250/1.
[65] SENGSTSCHMID e.a., *EU Ecolabel for food and feed products – feasibility study, report prepared for European Commission*, 2010.
[66] MARESCOTTI e.a., *Sustainability* 2020/12, 3587; ARFIN e.a., *Sustainability* 2019/11, 272; CLARK en KERR, *J. World Intellect. Prop.* 2017/20, 88-102; CARON e.a., *9th European IFSA Symposium* 2010, p. 1636-1646.
[67] Art. 5-15 Verord. (EU) nr. 1151/2012 inzake kwaliteitsregelingen voor landbouwproducten en levensmiddelen.
[68] MARESCOTTI e.a., *Sustainability* 2020/12, 3587; ARFIN e.a., *Sustainability* 2019/11, 272; CLARK en KERR, *J. World Intellect. Prop.* 2017/20, 88-102; CARON e.a., *9th European IFSA Symposium* 2010, p. 1636-1646.
[69] Art. 5, lid 2 Verord. (EU) nr. 1151/2012; voor meer informatie, zie CRUPI, ECTA 2020, 19-20; MARESCOTTI e.a., *Sustainability* 2020/12, 3587; CALBOLI, *The WIPO Journal* 2014/1, 57.
[70] GOCCI e.a., *International Business Research* 2020/ 9, 101-112.

voldoen, duiken bijvoorbeeld over Comté beschuldigingen op van ernstige watervervuiling en bodemvervuiling.[71]

Ten laatste doen consumenten een beroep op herkomstetikettering om lokaal of nationaal geproduceerd voedsel te kopen, deels vanuit de idee dat lokale productie inderdaad beter is voor het milieu.[72] Hierbij denken consumenten voornamelijk aan een vermindering van "food miles": het aantal kilometer dat het product heeft afgelegd van boer tot hun bord en de daarmee gepaarde CO_2-uitstoot door transport. Herkomstetikettering (bv. "Product uit Nederland" of een Nederlandse vlag) is momenteel reeds verplicht voor een aantal levensmiddelen, zoals voor fruit en groenten, olijfolie, honing of vis.[73] Echter ligt de *ratio legis* hiervoor voornamelijk[74] in het feit dat de kenmerken van het product kunnen verschillen afhankelijk van de herkomst en niet in milieuoverwegingen.[75] Nationale herkomstetikettering houdt bovendien niet in dat het voedingsproduct ook *ipso facto* duurzamer is of zelfs maar minder "food miles" op de teller heeft staan: het land van herkomst op het etiket wijst enkel op het land waar het laatste substantiële productieproces heeft plaatsgevonden, maar zegt niets over mogelijke eerdere landen van productie of waar de ingrediënten vandaan komen.[76] Voor het woord "lokaal" bestaat daarnaast geen eenvormige definitie.[77] Ten slotte is de uitstoot door transport uiteraard maar een zeer kleine vervuilende factor in de levenscyclus van voeding.[78]

3.1.2. Het toekomstige recht: (publieke) duurzaamheidsetikettering voor voedsel

Momenteel kunnen consumenten, althans in België en Nederland, dus nog geen beroep doen op betrouwbare duurzaamheidsinformatie voor voeding die aangeboden of (inhoudelijk) gereguleerd wordt vanuit de overheid. Gelet op de wildgroei aan private labels en de problemen hieraan gelinkt (zie *infra*, 3.2.1.), werd tien jaar na de afvoer van het plan om het Ecolabel uit te breiden naar voedsel, toch de idee van een duurzaamheidslabel voor voedsel opnieuw geïntroduceerd in de Boer tot Bord Strategie van 2020. Hierin kondigde de Commissie namelijk haar plan aan om een etiketteringsregeling voor duurzaam voedsel

[71] BETTINELLI, "Pourquoi le comté est accusé de polluer les prairies et rivières de Franche-Comté", *Le Monde* 24 juli 2020.
[72] SAINTE-MARIE e.a., "Les Français et les produits locaux, Sondage CSA pour Région Midi-Pyrénées" (2012), resultaten beschikbaar op www.laregion.fr/IMG/pdf/CSA_pour_Region_Midi-Pyrenees_-_Les_Francais_et_les_produits_locaux_presentation_.pdf; FELDMANN en HAMM, *Food Quality and Preference* 2015/40, p. 152-164; SWD (2013), 0501 final.
[73] Voor fruit en groenten (art. 76 Verord. (EU) nr. 1308/2013), olijfolie (gedelegeerde Verord. (EU) nr. 29/2019 van de Commissie), wijn (art. 119(1)(d) Verord. (EU) nr. 1308/2013, geïmplementeerd door Gedelegeerde Verord. van de Commissie (EU) nr. 2019/33 van 17 oktober 2018 (art. 45), mineraalwater (art. 7(2)(b) Richtl. 2009/54), vis (art. 35 en 38 Verord. (EU) 1379/2013, honing (Richtl. Raad 2001/110/EC), rundsvlees en rundsvleesproducten (Verord. (EU) 1760/200), en vers varkens-, schapen- en geitenvlees en vlees van gevogelte (art. 26(2)(b) Verord. (EU) 1169/2011); daarnaast legt art. 26, lid 2 VVIC de verplichting op om het land van oorsprong of de plaats van herkomst op voeding te vermelden, als de weglating ervan de consument zou kunnen misleiden over het werkelijke land van oorsprong of plaats van herkomst. Art. 26, lid 3 VVIC maakt de vermelding van het land van oorsprong of plaats van herkomst van het hoofdingrediënt verplicht, indien deze verschilt van de oorsprong van het product in het geheel.
[74] Voor vlees volstond echter het simpele feit dat hiervoor vraag bestond bij consumenten – zonder kwaliteitsoverwegingen, zie rechtsoverw. 31 Verord. (EU) nr. 1169/2011.
[75] SEC(2008) 92, 21; DG SANCO, *Labelling: competitiveness, consumer information and better regulation for the EU*, 2006, p. 8.
[76] Art. 2, lid 3 VVIC *juncto* art. 59-61 Verord. nr. 952/2013, verder uitgelegd in HvJ EU C-686/17, ECLI:EU:C:2019:291 *(Zentrale zur Bekampfung unlauteren Wettsbewerb).*
[77] PAREDIS, *EuCML* 2020/3, p. 105-106.
[78] CRIPPA e.a., *Nature Food* 2021/2.

uit te werken tegen 2024, met aandacht voor de voedingswaarde en klimaat-, milieu- en sociale effecten.[79]

Althans wat betreft de milieueffecten, werd de laatste tien jaar alvast vooruitgang geboekt in het ontwikkelen van een methodologie om de ecologische voetafdruk van producten te meten over hun gehele levenscyclus. Zo is de EU sinds 2013 bezig met het testen en verder ontwikkelen van een gestandaardiseerde methodologie per productgroep op basis van een levenscyclusanalyse, met name de methode '*Product Environmental Footprint*' ("PEF").[80] Deze methode houdt rekening met zestien verschillende impact factoren, zoals watergebruik of verzuring, kent een bepaald gewicht toe aan elke factor en laat uiteindelijk op basis van een enkele score toe om de duurzaamheid van twee producten uit dezelfde categorie met elkaar te vergelijken.[81]

Toch stoot men ook tien jaar later weer op gelijkaardige problemen: de ontwikkeling van een PEF-methode voor voeding blijkt veruit de meest complexe en tijdsintensieve inspanning, gegeven de vele elementen die in rekening moeten worden gebracht en de moeilijkheidsgraad om de impact ervan in kaart te brengen.[82] Momenteel werd de PEF-methode enkel ontwikkeld voor een handvol levensmiddelen, zoals droge pasta en olijfolie, en werd de ontwikkeling stopgezet voor andere, zoals vlees.[83] Om de moeilijkheden proberen te overkomen, stelde het directoraat-generaal (DG) Milieu een speciale expert *task force* 'Landbouw Werkgroep' aan.[84] Echter blijft de vraag wanneer, en of, de PEF-methode voldoende operationeel zal zijn om de ontwikkeling van een duurzaamheidslabel te ontwikkelen.

In de tussentijd zet de Commissie in op het verder verduurzamen van biologische productie en van geografische aanduidingen. Op deze manier kunnen zij (beter) dienen als indirecte duurzaamheidslabels. Zo kondigt het Biologisch Actieplan 2021 aan dat de bijdrage van de biologische landbouw aan duurzaamheid verder opgedreven wordt, door bijvoorbeeld meer efficiënt watergebruik te bevorderen. Tegen 2030 hoort 25 % van alle productie biologisch te zijn.[85] Daarnaast staat er een wetgevend initiatief om de duurzaamheid van geografische aanduidingen te versterken op het werkprogramma van de Commissie voor de herfst van 2021.[86] De Boer tot Bord Strategie blies nieuw leven in een voorstel uit 2008 om duurzaamheidscriteria in het applicatieproces voor geografische aanduidingen in te bouwen.[87] Ten slotte, om de consument in staat te stellen "*weloverwogen, gezonde en duurzame voedingskeuzes te maken*", zal de Commissie een voorstel voor de uitbreiding van verplichte oorsprongs- en herkomstaanduidingen overwegen.[88] Hoewel herkomstetikettering zeker zijn voordelen kan hebben op andere vlakken, moet de Commissie toch oppassen met vooroordelen over de (positieve) milieu-impact van voeding met een nationaal herkomstetiket (verder) te bestendigen.

[79] COM (2020) 381 15-16; Bijlage bij COM (2020) 381, p. 3.
[80] Hiernaast bestaat ook nog de methode "*Organisational Environmental Footprint*" ("OEF"); COM (2013) 196 final; Aanbev. Comm. over het gebruik van gemeenschappelijke methoden voor het meten en bekendmaken van de milieuprestatie van producten en organisaties gedurende hun levenscyclus, *Pb.L.* 2013, afl. 124/1-120.
[81] ZAMPORI en PANT, *Publication Office of the European Union* 2019.
[82] SERENELLA SALA, "Product environmental footprint" tijdens sessie "Innovative solutions to create a sustainable food labelling framework", *EIT Future of Food Conference* 2020, 1-2 december 2020.
[83] DG Milieu "The Environmental Footprint Pilots", ec.europa.eu.
[84] SERENELLA SALA, "Product environmental footprint" tijdens sessie "Innovative solutions to create a sustainable food labelling framework", *EIT Future of Food Conference* 2020, 1-2 december 2020.
[85] COM (2021) 141 final 1/2.
[86] COM (2020) 690 final; uitgesteld naar 2022.
[87] COM (2008) 641 def., 14-15; zie Commissie, Ref. ARES (2020) 6037950.
[88] COM (2020) 381 final, p. 15.

3.2. Private duurzaamheidsclaims en -labels

3.2.1. Het huidige recht: moeilijk toepasbare, slecht gehandhaafde voorschriften tegen misleiding

Voorlopig blijft de consument afhankelijk van private, vrijwillige duurzaamheidsinformatie over voeding om een geïnformeerde keuze te maken. Het gebrek aan publiek gereguleerde voedingsinformatie over duurzaamheid en een gebrek aan een uniforme methode is namelijk overvloedig gevuld door een wildgroei aan private duurzaamheidsclaims, -labels, en -methodes. Volgens DG Milieu zijn er bijvoorbeeld meer dan 200 milieulabels actief in de Europese Unie.[89] Deze claims of labels hebben betrekking op verschillende deelaspecten van de productiecyclus van voeding, hanteren verschillende methodes om de milieu-impact te meten en kunnen voldoen aan verschillende standaarden. Wat betreft de labels, bestaan er de sterke keurmerken die voldoen aan de ISO-type I standaard (*i.e.* onafhankelijke attestering, vastgestelde criteria, levenscyclusbenadering) maar ook labels die uitgaan van een zelfverklaringsregeling (*i.e.* geen onafhankelijke attestering, eigen criteria en eigen methode).

De Europese wetgever laat de consument echter niet compleet onbeschermd achter: artikel 36 en artikel 7 VVIC zetten bepaalde voorschriften uiteen waaraan ondernemingen die vrijwillige milieuclaims over voeding willen maken of -labels willen gebruiken, zich moeten houden. Daarnaast blijft de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken als vangnet van toepassing.[90] Samengevat, (i) mogen de milieuclaims niet misleidend of dubbelzinnig zijn, maar moeten zij duidelijk en nauwkeurig zijn, en (ii) moeten ze gebaseerd zijn op relevante wetenschappelijke gegevens en moeten de bewijzen op een begrijpelijke manier kunnen worden voorgelegd.[91] Naast deze algemene principes, mogen milieuclaims zich ook niet schuldig maken aan praktijken op de zwarte lijst in Bijlage I ROHP. Hieronder vallen, bijvoorbeeld, het verbod om te liegen over het hebben getekend van een gedragscode of het behaald hebben van toestemming om een keurmerk te gebruiken.[92]

Om de toepassing van deze voorschriften en de handhaving ervan te vergemakkelijken, heeft de Commissie reeds verschillende richtsnoeren uitgevaardigd, zoals de Richtsnoeren voor de toepassing van de ROHP,[93] de richtsnoeren om milieuclaims te maken en te beoordelen,[94] en de richtsnoeren voor vrijwillige certificeringsregelingen voor landbouwproducten en levensmiddelen.[95]

Wat betreft de eerste voorwaarde van duidelijkheid en nauwkeurigheid, mogen ondernemingen bijvoorbeeld geen onjuiste informatie verkondigen, of vage en algemene termen gebruiken zoals ‘milieuvriendelijk’ of ‘ecologisch’ zonder verdere uitleg. De claim zelf en

[89] DG ENV.B1, “Green claims initiative”, Presentatie tijdens stakeholder workshop on green claims, Plenary 16 november 2020, presentatie beschikbaar op https://ec.europa.eu/environment/eussd/smgp/initiative_on_green_claims.htm.
[90] R.o. 10 ROHP, laatste zin; Med. Comm. betreffende de toepassing van de EU-wetgeving inzake levensmiddelen- en consumentenbescherming op kwesties in verband met tweevoudige kwaliteit van producten – Het specifieke geval van levensmiddelen, *Pb.C.* 2014, afl. 327/4; COM (2016) 320 final, p. 16-19; zie ook Concl. Adv. Gen. SANCHEZ-BORDONA 31 mei 2013, Gevoegde zaken C-54/17 en C-55/17, ECLI:EU:C:2018:377 (‘*Wind Tre*’), par. 94.
[91] Samenlezing art. 36 *juncto* 7 VVIC + art. 6-7 ROHP en de richtsnoeren voor de tenuitvoerlegging/toepassing van de ROHP, COM (2016) 320 final.
[92] Zie bijlage I ROHP, de misleidende handelspraktijken opgesomd onder1°, 2°, 3°, 4°.
[93] COM (2016) 320 final, p. 117-134.
[94] Commissie, “Guidelines for Making and Assessing Environmental Claims”, 2000, Report No. 67/94/22/1/00281.
[95] Commissie, “EU-Richtsnoeren betreffende de beste praktijken voor vrijwillige certificeringsregelingen voor landbouwproducten en levensmiddelen”, *Pb.C.* 2010, afl. 341/ 04.

de presentatie van het product mogen geen te rooskleurig beeld scheppen en mogen enkel betrekking hebben op die aspecten met de voornaamste milieueffecten gedurende de levenscyclus.[96] De tweede voorwaarde van gedegen bewijs houdt in dat beweringen gebaseerd moeten zijn op degelijke, onafhankelijke, verifieerbare en algemeen erkende bewijzen, gebruikmakend van geactualiseerde methodes.[97] Voor certificeringsregelingen (keurmerken) schrijven de richtsnoeren bovendien o.a. voor dat de bewijzen vrij toegankelijk moeten zijn voor consumenten.[98]

Ondanks de verschillende uitgevaardigde richtsnoeren als handleiding, bereikt de Europese regulering toch niet het gewenste resultaat om consumenten te beschermen tegen *greenwashing*. Zo is er ten eerste een probleem van handhaving, daar een groot deel van de milieuclaims simpelweg de richtsnoeren niet naleeft. Een recente *web sweep* uitgevoerd in 2021 gaf aan dat 59 % van de milieuclaims niet wetenschappelijk onderbouwd zijn en 42 % van de claims overdreven, onjuist of misleidend zijn.[99]

Daarnaast wordt het wetgevend kader ook niet op dezelfde wijze geïnterpreteerd als de richtsnoeren door iedere handhavingsautoriteit. Een voorbeeld hiervan is de toetsing van de "Doe maar lekker duurzaam"-campagne van Albert Heijn door de Nederlandse Reclame Code Commissie.[100] Deze campagne ontstond uit een samenwerking tussen Albert Heijn, de Nationale Postcode Loterij en Unilever. Leden van de Postcodeloterij kregen een cadeaubon opgestuurd waarmee ze bij Albert Heijn 'duurzame' producten van Unilever konden kopen. Op de website van Albert Heijn stond het volgende te lezen:

> "*De Nationale Postcode Loterij, Albert Heijn en Unilever organiseren in 2018 voor de vijfde maal de landelijke campagne 'Doe maar lekker duurzaam'. Begin november krijgen alle deelnemers van de Postcode Loterij een cadeaukaart t.w.v. 12,50 euro om een heerlijke maaltijd samen te stellen voor vier personen. Met deze kaart ontdekt u hoe makkelijk het is om duurzamer te eten. Als u in de supermarkt kiest voor duurzaam, dan helpt u ergens in de wereld – en vaak dichterbij dan u denkt – mens, dier en het milieu*". *[…]* "*Deze keurmerken en producten doen mee*".[101]

De campagne oogstte echter veel kritiek.[102] Zo beeldde de campagne bijvoorbeeld pindakaas met palmolie af, blikjes Liptonijsthee en soepen in niet-recycleerbare verpakkingen. Daarnaast gebruikten de commerciële boodschappen de term 'keurmerk' als algemene noemer voor alle duurzaamheidslabels die werden afgebeeld, inclusief de zelfverklaringsregelingen van Knorr of Unilever. Hiermee werd aldus geïmpliceerd dat de private fabrikantslogo's van Knorr of Unilever over duurzaamheid dezelfde waarborgen bieden als

[96] COM (2016) 320 final, p. 121-127; Commissie, "Guidelines for Making and Assessing Environmental Claims", 2000, Report No. 67/94/22/1/00281, p. 7-8.
[97] COM (2016) 320 final, p. 128; Commissie, "Guidelines for Making and Assessing Environmental Claims", 2000, Report No. 67/94/22/1/00281, p. 10.
[98] Commissie, "EU-Richtsnoeren betreffende de beste praktijken voor vrijwillige certificeringsregelingen voor landbouwproducten en levensmiddelen", *Pb.C.* 2010, afl. 341/10.
[99] Consumer Protection Cooperation Network, Sweep on misleading sustainability claims, 2020, beschikbaar op https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/consumer-rights-and-complaints/enforcement-consumer-protection/sweeps_en#sweep2020; hoewel 56 % van de consumenten aangaf reeds geconfronteerd te zijn geweest met misleidende milieuclaims, diende slechts 4 % een klacht in, zie DG ENV.B1, "Green claims initiative", Presentatie tijdens stakeholder workshop on green claims", Plenary 16 november 2020, presentatie beschikbaar op https://ec.europa.eu/environment/eussd/smgp/initiative_on_green_claims.htm.
[100] RCC (NL), dossiernr. 2018/00824; RCC (NL), dossiernr. 2018/00825; RCC (NL), dossiernr. 2018/0037.
[101] RCC (NL), dossiernr. 2018/00824.
[102] IJSENDOORN, "De lekker duurzaam-campagne van AH en Unilever; wat ging er mis?", evmi.nl, 13 november 2018; "Hoe duurzaam is de Doe Maar Lekker Duurzaam actie van Albert Heijn?", *BNNVARA* 18 november 2018.

de (publieke en private) keurmerken die door een onafhankelijke instantie worden geattesteerd en gecontroleerd. Ten slotte sprak de campagne over "duurzame(re) producten", hoewel de keurmerken op de producten vaak louter sloegen op één 'duurzamer' ingrediënt (bv. Duurzaam geteelde palmolie in de pindakaas van Calvé) in plaats van op het gehele product vanuit een levenscyclusbenadering.

Vertrekkend vanuit de Europese richtsnoeren is deze kritiek terecht en is de campagne inderdaad mogelijk misleidend voor de consument. Zo mogen ondernemingen in principe niet zomaar de term 'duurzaam' gebruiken zonder verdere uitleg wat betreft de specifieke milieuvoordelen die significant zijn vanuit een levenscyclusbenadering. Daarnaast is het niet duidelijk of de term 'duurzaam' slaat op het hele product of slechts enkele ingrediënten van de producten of slechts één facet van de productie. De ROHP-richtsnoeren laten enkel uitzonderlijk algemene beweringen toe voor producten waarvoor gedetailleerde en ambitieuze regels gelden, met uitmuntende milieuprestaties tot gevolg, waarbij een onafhankelijke derde de naleving ervan heeft geverifieerd (bv. ISO-type I keurmerken).[103] De campagne van Albert Heijn gebruikte de algemene term 'duurzaam' echter ook voor producten die niet onder een dergelijk keurmerk of equivalent vielen; meer zelfs, Albert Heijn gebruikte voor dergelijke producten die slechts een fabrikantenlogo droegen onder een zelfverklaringsregeling toch de term 'keurmerk'.

De "Doe maar lekker duurzaam"-campagne werd bijgevolg voorgelegd aan de Nederlandse Reclame Code Commissie ("RCC") wat betreft zowel de audiovisuele marketing, de digitale marketing en het drukwerk. Op basis van bovenstaande elementen kwalificeerde de RCC het drukwerk van de campagne als misleidend.[104] Opvallend is echter dat deze punten in de uitspraken over de audiovisuele reclame en de digitale marketing volledig genegeerd werden en deze commerciële communicaties wél door de beugel konden. Zo oordeelde de RCC dat het

> "*voldoende duidelijk gemaakt [wordt] dat de verwijzing naar 'duurzaamheid' ziet op producten die zijn voorzien van een keurmerk, alsmede welke keurmerken het betreft. Aldus is de gemiddelde consument in het onderhavige geval voldoende geïnformeerd over de wijze waarop het begrip 'duurzaamheid' wordt ingevuld. Deze invulling valt binnen de reikwijdte van het begrip 'duurzaam'.*"[105]

Dit toont aan dat de interpretatie van de voorschriften toch nog kan verschillen van de vele uitgevaardigde Europese richtsnoeren.

---

[103] Hieronder vallen de krachtige ISO-type I keurmerken, die aldus door een onafhankelijke derde geattesteerd zijn en volgens een levenscyclusanalyse in het algemeen milieuvriendelijker zijn. Producten die geen keurmerk dragen, mogen enkel algemene bewoordingen gebruiken als er op basis van een levenscyclusstudie de voortreffelijke milieuprestaties van werden aangetoond, waarbij gebruik werd gemaakt van een algemeen erkende methode zoals de PEF-methode én er sprake is van verificatie door een derde partij, zie COM (2016) 320 final, p. 125-127.

[104] RCC (NL), dossiernr. 2018/00837, par. 2: "*Blijkens de toelichting van adverteerder berust de duurzaamheidsclaim telkens op een of meer ingrediënten van deze producten. Dit blijkt niet uit de uiting. Daarin worden de producten als zodanig 'duurzamer' genoemd. Hierdoor ligt het voor de hand te veronderstellen dat de claim op het product als geheel ziet en niet op bepaalde ingrediënten. Dit heeft tot gevolg dat de duurzaamheidsclaim een ruimere strekking lijkt te hebben dan is gerechtvaardigd.*", par. 3: "*De voorzitter acht het aannemelijk dat de gemiddelde consument onderscheid maakt tussen een keurmerk en een kenmerk. Daarbij ligt het voor de hand dat aan een keurmerk meer waarde wordt toegekend dan aan een kenmerk, nu een keurmerk door een onafhankelijke instantie wordt ingesteld en een kenmerk een door de fabrikant zelf ontwikkeld programma betreft. Op zichzelf genomen hoeft dit niet aan een duurzaamheidsclaim op basis van een kenmerk in de weg te staan, maar de voorzitter acht het belangrijk dat de consument in dat geval wel voldoende wordt geïnformeerd over het feit dat de duurzaamheidsclaim geheel of mede is gebaseerd op een eigen duurzaamheidsprogramma van de fabrikant. Deze informatie is nodig om de consument in staat te stellen zich een geïnformeerd oordeel te vormen over de invulling van de duurzaamheidsclaim per genoemd product.*"

[105] RCC (NL), dossiernr. 2018/00825, par. 3; zie ook RCC (NL), dossiernr. 2018/00824, par. 2.

Ten slotte, zelfs indien de wettelijke voorschriften eenvormig worden geïnterpreteerd en gerespecteerd, blijft de vraag open of de huidige wildgroei aan duurzaamheidslabels de consument *werkelijk* helpt om een geïnformeerde keuze te maken. De ecologische voetafdruk van voeding is complex om in te schatten, daar het betrekking heeft op een groot aantal milieuelementen en bepaald wordt door een groot aantal factoren. Consumenten kunnen bijgevolg moeilijk inschatten welk milieuvoordeel waar de verschillende producten mee uitpakken, nu juist het belangrijkste is.

Bovendien wordt momenteel nog geen gestandaardiseerde methode (zoals de PEF-methode) opgelegd op basis waarvan ondernemingen uitspraken over de duurzaamheid van hun voedingsproducten mogen doen. Naast een wildgroei aan duurzaamheidsclaims en -labels, heeft dit ook geleid tot een wildgroei aan verschillende methodes ontwikkeld door de voedingsindustrie zelf.[106] Niet alleen rijzen hierbij vragen over de onpartijdigheid van zulke methodes, ook maken deze vele verschillende methodes om dezelfde milieu-impact te meten het zo goed als onmogelijk om producten op hun duurzaamheid te vergelijken.[107] Concluderend kan dus worden gesteld dat de wildgroei aan duurzaamheidsclaims, -labels én -methodes de betrouwbaarheid, de vergelijkbaarheid en de verifieerbaarheid van duurzaamheidsclaims aantasten en bijgevolg een geïnformeerde keuze in de weg staan.

3.2.2. Het toekomstige recht: verdere inperking commerciële vrijheid

De Commissie is zich bewust van deze problematiek. Minstens om de wildgroei aan verschillende methodes aan te pakken, ligt het plan klaar om een wetsvoorstel in te dienen over het onderbouwen van milieuclaims.[108] Zoals reeds werd aangekondigd in het nieuwe Actieplan voor een Circulaire Economie 2020,[109] zal de Commissie wellicht ondernemingen stimuleren of verplichten om hun milieuclaims te onderbouwen aan de hand van de PEF-methode. Wellicht biedt dit wetgevend initiatief echter geen oplossing voor voedingsproducten op de korte termijn: slechts een beperkt aantal voedingsproducten kunnen momenteel de PEF-methode gebruiken en de uitbreiding naar andere voedingsproducten blijkt een complex en traag proces.

In de tussentijd zullen misleidende milieuclaims of onbegrijpelijke labels over voeding wellicht worden gevat door de regelgeving voortvloeiend uit het wetgevende initiatief "*empowering the consumer for the green transition*".[110] Mogelijke wetswijzigingen zouden bestaan uit het toevoegen van bepaalde misleidende milieuclaims op de zwarte lijst van misleidende handelspraktijken, tot het opleggen van informatievereisten over de duurzaamheid van een product en meer specifieke voorwaarden om de transparantie en de betrouwbaarheid van milieulabels te verhogen.[111]

Gelet op de hoge graad van niet-naleving van het huidige wetgevende kader, rijst de vraag bij verschillende (consumenten)organisaties of deze maatregelen wel voldoende ingrijpen in de commerciële vrijheid van ondernemingen om de consument adequaat te beschermen.

---

[106] Commissie, Initiative on substantiating green claims, Inception Impact Assessment, Ref. Ares(2020)3820384, p. 2; DG ENV.B1, "Green claims initiative", Presentatie tijdens stakeholderworkshop on green claims", Plenary 16 november 2020, presentatie beschikbaar op https://ec.europa.eu/environment/eussd/smgp/initiative_on_green_claims.htm.
[107] *Ibid.*
[108] Commissie, Initiative on substantiating green claims, Inception Impact Assessment, Ref. Ares(2020)3820384.
[109] COM (2020) 98, p. 6.
[110] Commissie, Empowering the consumer for the green transition, legislative initiative, Ref.Ares(2020)3256804.
[111] Commissie, Empowering the consumer for the green transition, legislative initiative, Ref.Ares(2020)3256804, p. 3-4.

Momenteel worden milieuclaims namelijk enkel beoordeeld als er een klacht tegen wordt ingediend (*ex post*). Misleidende milieuclaims of -labels kunnen bijgevolg jaren op de markt bestaan zonder te worden geverifieerd, en zelfs dan kan het jaren duren vooraleer het tot een veroordeling komt. Voedings- en gezondheidsclaims over levensmiddelen aan de andere kant, mogen krachtens Verordening (EG) nr. 1924/2006 enkel worden gebruikt indien ze uitdrukkelijk op voorhand goedgekeurd zijn.[112] Stemmen gaan aldus op om nu het wetgevend kader voor groene claims te modelleren naar het stelsel van voorafgaande goedkeuring voor voeding- en gezondheidsclaims.[113]

Ten slotte wenst de Commissie niet louter consumenten aan te zetten om de duurzaamst geproduceerde optie binnen één voedselcategorie te verkiezen, maar ook om hun eetpatroon meer plantaardig te maken om de milieu-impact te verkleinen (zie *supra*, 2.2.). Een van de maatregelen hiervoor is het aanpassen van marketing- en reclamecampagnes: marketingcampagnes waarin vlees tegen zeer lage prijs wordt aangeboden, moeten bijvoorbeeld worden vermeden. Indien nodig, zullen wetgevende maatregelen deze marketingcommunicatie verder regelen.[114] Daarnaast wordt volop ingezet op onderzoek voor ontwikkeling van plantaardige eiwitbronnen.[115] De vraag blijft echter in welke mate de EU hierin zal slagen, als het subsidiesysteem en het programma voor afzetbevordering niet in dezelfde lijn wordt aangepast.

3.3. Nood aan verdere inperking keuzevrijheid consument?

Zelfs met inachtneming van de maatregelen om ook de productiefase verder te verduurzamen, rijst de vraag of de initiatieven genomen in de consumptiefase wel voldoende zijn om de nodige veranderingen in de voedingskeuzes van consumenten teweeg te brengen. Zoals hierboven al werd aangehaald, is de ecologische voetafdruk van voeding een zeer complexe materie om in te schatten. De Europese wetgever probeert dit probleem te verhelpen door deze informatie eenvoudiger en eerlijker voor te stellen aan de hand van een (toekomstig) duurzaamheidslabel voor voeding en door *greenwashing* verder te reguleren. Echter wordt hiermee nog steeds deels voorbijgegaan aan het feit dat voedingskeuzes over het algemeen keuzes zijn die vaak en snel gemaakt worden.[116] Aldus vallend binnen het 'systeem 1'-denksysteem,[117] zijn deze voedingskeuzes hierdoor vaak ondoordacht, intuïtief en vooral zeer beïnvloedbaar door de vele rationele *biases* en *heuristics* waarvoor de gedragseconomie zo waarschuwt: zelfs juiste, enigszins vereenvoudigde informatie kan nog steeds niet worden gelezen of foutief begrepen.[118]

---

[112] Voedingsclaims zijn enkel toegestaan indien ze aan de voorwaarden van Verord. nr. 1924/2006 voldoen én op de exhaustieve lijst in de bijlage bij die verordening zijn opgelijst; gezondheidsclaims moeten wetenschappelijk worden geëvalueerd door de Europese Autoriteit voor Voedselveiligheid en worden goedgekeurd door de Europese Commissie vooraleer ze gebruikt mogen worden. Vervolgens worden ze opgenomen in de bijlage bij Verord. (EU) nr. 432/2012 van 16 mei 2012 tot vaststelling van een lijst van toegestane gezondheidsclaims voor levensmiddelen die niet over ziekterisicobeperkingen en de ontwikkeling en de gezondheid van kinderen gaan, *Pb.L.* 2012, afl. 316/1.

[113] BEUC, "Getting rid of green washing: restoring consumer confidence in green claims", 2020, BEUC-X-2020-16; EEB, EEC draft feedback on the inception report substantiating green claims, eeb.org 31 augustus 2020.

[114] COM (2020), 381 final, p. 14.

[115] COM (2020) 381 final, p. 17-18.

[116] HAMLIN, *Appetite* 2010/1, p. 89-98. MILOSAVLJEVIC, KOCH en RANGEL, *Judgment and Decisionmaking* 2011/6, 520; PRINSLOO e.a., *Journal of Family Ecology and Consumer sciences* 2012/40, 84; HOYER, *The Journal of Consumer Research* 1984/11, p. 822-829; VERBEKE en WARD, *Food Quality and Preference* 2016/6, p. 453-467.

[117] KAHNEMAN 2011, 19-108.

[118] KIMURA e.a., *Appetite* 2008/3, p. 628-634; KAHNEMAN 2011, 109-189; VERBEKE, *European Review of Agricultural Economics* 2005/32, p. 347-368; PURNHAGEN en VAN HERPEN, *Wageningen Working Papers Series in Law and Governance* 2014/07; HAMLIN, *Appetite* 2010/1, p. 89-98; HOYER, *The Journal of Con-*

Nudging-technieken kunnen hier enigszins aan tegemoetkomen: door de keuzearchitectuur aan te passen en zo in te spelen op het automatische beslissingsproces, zijn consumenten onbewust wellicht meer geneigd om de duurzame optie te kiezen.[119] Naar het voorbeeld van de nutriscore, kan het duurzaamheidslabel bijvoorbeeld worden vormgegeven als een evaluatief label met een kleurencode van rood naar groen, waardoor consumenten mogelijk de groene optie verkiezen.[120]

Toch ligt de grootste moeilijkheid in het fundament van het Europese consumenteninformatiemodel zelf: de vrije keuze van de consument staat hierin centraal. Zodra alle noodzakelijke informatie over de duurzaamheid van het voedingsproduct aanwezig is en er geen sprake is van misleiding, dan heeft de consument nog steeds de vrije keuze om willens en wetens te kiezen voor de minst duurzame optie – zelfs in de aanwezigheid van bepaalde *nudging*technieken. Dit kan te maken hebben met prijsoverwegingen, maar voornamelijk ook met de persoonlijke, sociale en culturele waarden die aan voeding verbonden zijn. De camemberts en de roqueforts vormen mee de Franse cultuur, Belgen genieten van hun friet-stoofvlees en een schotel Italiaanse *antipasti* is niet compleet zonder wat salami en gedroogde ham.

Deze waarden vormden een van de belangrijkste redenen waarom, in een studie uitgevoerd door Macdiarmid, Douglas en Campbell, consumenten die expliciet werden geïnformeerd over de negatieve milieu-impact van vleesconsumptie, toch niet bereid waren om hun vleesconsumptie te minderen.[121] Ondersteund door gelijkaardig studies,[122] blijkt dus dat consumenten, zelfs als ze volledig geïnformeerd zijn over de duurzaamheid van bepaalde voeding, hun gedrag hier moeilijk aan aanpassen en in ieder geval moeilijker aan aanpassen wat betreft niet-voedingsgerelateerd koopgedrag. Dit geldt des te meer voor duurzame voedingskeuzes die een aanpassing aan het *eetpatroon* inhouden.[123]

Deze vaststellingen stellen beleidsmakers voor een moeilijke keuze: in hoeverre respecteren zij de persoonlijke, sociale en culturele waarden ingebed in voeding, of in hoeverre moeten zij toch de autonomie van de consument verder beperken om het pad naar een duurzaam eetpatroon te effenen?

4. AFVALFASE

Naast de productie- en marketingfase, mag ook de afvalfase niet worden vergeten. Hoewel de productie van voeding het milieu zwaar belast, wordt wereldwijd geschat één derde van al het voedsel verspild en ongeveer één vijfde in de EU,[124] waarbij meer dan de helft door

sumer Research 1984/11, p. 822-829; VERBEKE en WARD, *Food Quality and Preference* 2016/6, p. 453-467; MCILVEEN en SEMPLE, *Nutrition and Food Science* 2002/2.

[119] Meer algemeen over *nudging*, zie THALER en SUNSTEIN, 2009.

[120] VANDENBROELE e.a., *Proceeding of the Nutrition Society* 2019/1, p. 3-4, verwijzend naar o.a. THORNDIKE e.a., *Am J Prev Med* 2004/46, 143-149; ASCHEMANN-WITZEL e.a., *Appetite* 2013/71, 63-74; SCARBOROUGH e.a., *Int J Behav Nutr Phys Act* 2015/12, 1-9; sommige supermarkten (o.a. Lidl of Colruyt) experimenteren reeds met een dergelijke 'ecoscore', een kleurenlabel naar het voorbeeld van de 'nutriscore'.

[121] MACDIARMID, DOUGLAS en CAMPBELL, *Appetite* 2016/96, 491.

[122] SEDOVA, SLOVÁK en JEZKOVÁ, *Appetite* 2016/107, p. 415-424; DE BOER, DE WITT en AIKING, *Appetite* 2016/98, p. 19-27; VANHONACKER e.a., *Appetite* 2013/62, p. 7-16; TOBLER, VISSCHERS en SIEGRIST, *Appetite* 2011/57, p. 674-682.

[123] Consumenten geven aan het meest bereid te zijn om voedsel met minder verpakking te kopen of lokaal of seizoensgebonden te kopen, dan om bv. hun vleesinname te verminderen of biologische producten te kopen. Echter wijst de wetenschappelijke literatuur erop dat het verminderen van verpakking of lokaal kopen een veel kleiner verschil maakt dan een vermindering van dierlijke producten of niet-biologische producten in het eetpatroon, zie TOBLER, VISSCHERS en SIEGRIST, *Appetite* 2011/57, p. 679; VANHONACKER e.a., *Appetite* 2013/62, p. 9.

[124] FUSIONS 2016, p. 4.

de consument zelf na aankoop.[125] Het verminderen van voedselverspilling heeft bijgevolg een grote rol te spelen in het verminderen van onze ecologische voetafdruk.

De oorzaken van voedselverspilling zijn veelvoudig. In de productiefase zijn een mislukte oogst, strenge handelsnormen of oneerlijke handelspraktijken bijvoorbeeld belangrijke boesdoeners. In de retailfase gelden dan weer hoge esthetische standaarden, wordt de vraag wel eens overschat of wordt voedsel vroegtijdig weggegooid of niet gedoneerd om mogelijke aansprakelijkheid voor verdorven voedsel te vermijden. De consument verspilt dan weer voedsel, omdat hij de juiste betekenis van de datumaanduidingen niet goed begrijpt of te grote portieverpakkingen dient te kopen in de supermarkt.[126]

Krachtens artikel 4 Richtlijn 2008/98/EC betreffende afvalstoffen moet de volgende afvalhiërarchie worden gehanteerd bij het opstellen van wetgeving en beleidsinitiatieven: preventie, hergebruik, recycling, recuperatie (bv. energieterugwinning) en verwijdering.[127] Verschillende initiatieven hebben reeds het licht gezien om deze afvalhiërarchie te implementeren, zowel op Europees als op nationaal niveau. In navolging van het EU-actieplan voor de circulaire economie 2015,[128] werd in 2016 het EU-Platform inzake voedselverlies en -verspilling in het leven geroepen, dat in 2019 aanbevelingen om voedselverspilling tegen te gaan doorheen de hele levenscyclus publiceerde.[129] Bovendien belooft ook de Boer tot Bord Strategie hier verder op in te zetten. Deze bijdrage zal enkele initiatieven in de preventie- en hergebruikfase toelichten.[130]

In de preventiefase is een van de boosdoeners een fout gebruik en een slecht begrip van datumaanduidingen op voeding.[131] De exploitanten van een levensmiddelenbedrijf staan zelf in voor de datumaanduiding op hun voeding. Deze datumaanduiding leest als 'ten minste houdbaar tot' voor voeding die na deze datum mogelijk aan kwaliteit inboet doch veilig blijft, en als 'te gebruiken tot' voor voeding die niet meer veilig is voor menselijke consumptie na deze datum. Meer specifiek is dit vereist voor levensmiddelen "*die uit microbiologisch oogpunt zeer bederfelijk zijn en derhalve na korte tijd een onmiddellijk gevaar voor de menselijke gezondheid kunnen opleveren.*"[132] De begrippen "zeer bederfelijk", "korte tijd" en "onmiddellijk gevaar voor de menselijke gezondheid" zijn echter niet gedefinieerd.[133] Bovendien moeten de exploitanten rekening houden met de voorziene methodes van transport, opslag en bewaring door consumenten. Het is bijgevolg niet verrassend dat producenten in een studie uit 2018 aangaven dat zij uit voorzorg de datumaanduiding 'te gebruiken tot' verkozen, hoewel de 'ten minste houdbaar tot'-datumaanduiding meer gepast was.[134] Hierbij komt dat een relatief groot aandeel van de consumenten de juiste betekenis van beide begrippen niet kent, en bijgevolg voedingswaren weggooien na

[125] EP, "Food waste: the problem in the EU in numbers [infographic]", 2017, europarl.europa.eu, 15 mei 2017; bovendien staan naar een schatting uit 2010 België en Nederland bovenaan de lijst van grootste voedselverspillers: maar liefst 541 kg per persoon in Nederland en 345 kg per persoon in België aan voedsel werd nutteloos geproduceerd.
[126] DG Health and Food Safety, "Stop food waste", ec.europa.eu.
[127] Richtl. 2008/98/EG van 19 november 2008 betreffende afvalstoffen, *Pb.L.* 2008, afl. 312/3.
[128] COM (2015) 614 final, p. 16-18.
[129] EU-Platform inzake voedselverlies en -verspilling, "Aanbevelingen voor actie op het gebied van de preventie van voedselverspilling", 12 december 2019.
[130] COM (2020) 381 final, p. 16.
[131] Ongeveer 10 % van alle voedselverspilling is gelinkt aan datumaanduidingen, zie European Commission, *Market study on date marking and other information provided on food labels and food waste prevention*, 2018, doi: 10.2875/808514.
[132] Art. 24 VVIC.
[133] EFSA-Panel on Biological Hazards, *EFSA Journal* 2020/12, p. 8.
[134] ICP 2018.

de 'ten minste houdbaar tot'-datum, hoewel deze nog veilig voor consumptie zijn.[135] Om ten minste tegemoet te komen aan een foutief of 'voorzichtig' gebruik van datumaanduidingen door producten, publiceerde het Europese voedselveiligheidsagentschap eind 2020 zijn wetenschappelijk ondersteund advies omtrent datumaanduidingen en gerelateerde voedingsinformatie (deel 1).[136]

In de recyclagefase blijft voedseldonatie een groot probleem.[137] Een grote zorg die voedseldonatie in de weg staat, is mogelijke aansprakelijkheid op basis van (voornamelijk) hygiëne- en veiligheidswetgeving. Op basis van Verordening (EG) Nr. 178/2002 tot vaststelling van de algemene beginselen en voorschriften van de levensmiddelenwetgeving zijn producenten en leveranciers op dezelfde wijze verantwoordelijk voor naleving van de(zelfde) toepasselijke wettelijke voorschriften in geval van koop en donatie.[138] Zo kunnen donoren aansprakelijkheid oplopen indien niet alle informatievoorschriften nageleefd werden (bv. een verplichte herkomstaanduiding werd weggelaten of foutief vermeld) of ze de traceerbaarheid niet kunnen garanderen.[139] Daarnaast moeten zij ook aan alle hygiënewetgeving van de Europese 'Hygiene Package' voldoen (bv. verbod op invriezen van producten dierlijke oorsprong na productie om houdbaarheid te verlengen).[140] Echter bleek tot 2017 minstens verwarring te bestaan over de interpretatie van deze regels en bleken lidstaten de regels soms strenger te implementeren.[141]

Om bezorgdheden over aansprakelijkheid te verminderen, publiceerde de Commissie in 2017 richtsnoeren voor voedseldonatie,[142] die werden aangevuld door richtsnoeren inzake voedselveiligheid voor de activiteiten van (kleine) detailhandelaars, inclusief voedseldonaties.[143] Om enkele richtsnoeren kracht bij te zetten, worden deze geëxpliciteerd in de bijlagen bij Verordening (EG) nr. 852/2004 en nr. 853/2004 inzake levensmiddelenhygiëne. Zo verduidelijkt Hoofdstuk Va, Bijlage II bijvoorbeeld dat voedseldonatie van voeding *na* de 'ten minste houdbaar tot'-datum nog steeds mogelijk is, mits inachtneming van bepaalde voorwaarden.[144] Daarnaast diende de Commissie een voorstel in om Bijlage III bij Verordening nr. 853/2004 te wijzigen om retailers toe te laten om vlees in te vriezen onder bepaalde voorwaarden, opdat dit vlees later nog op een veilige manier kan worden uitgedeeld door voedselbanken.[145]

Hoewel de Europese Unie reeds nodige stappen gezet heeft om voedselverspilling terug te dringen, legt de Commissie de ambitie nog hoger in de Boer tot Bord Strategie: tegen 2030

[135] ICP 2018, p. 16-17, bv. verwijzend naar een studie uitgevoerd door VAN BOXSTAEL die aantoont dat 30 % van de Belgische consumenten het verschil tussen beide labels niet begrijpt en de "Flash Eurobarometer"-survey die aangaf dat resp. 60 en 67 % de labels niet juist begrijpen.
[136] EFSA-Panel on Biological Hazards, *EFSA Journal* 2020/12, p. 12.
[137] COM (2015) 614 final, p. 16.
[138] DELOITTE, "Comparative Study on EU Member States' legislation and practices on food donation", prepared for EESC, 2014, p. 16-18, 21-25, 50-52.
[139] Commissie, "EU-richtsnoeren inzake voedseldonatie", *Pb.C.* 2017, afl. 361/09,15-18.
[140] *Ibid.*, 12-15.
[141] DELOITTE, "Comparative Study on EU Member States' legislation and practices on food donation", prepared for EESC, 2014, p. 16-18, 21-25, 51.
[142] Commissie, "EU-richtsnoeren inzake voedseldonatie", 2017, C 361/01.
[143] Commissie, "Richtsnoeren inzake systemen voor het beheer van de voedselveiligheid ten behoeve van activiteiten op het gebied van de detailhandel in levensmiddelen, met inbegrip van voedseldonaties", *Pb.C.* 2020, afl. 199/01.
[144] Verord. (EU) 2021/982 van 3 maart 2021 tot wijziging van de bijlagen bij Verordening (EG) nr. 852/2004 inzake levensmiddelenhygiëne wat betreft de omgang met voedselallergenen, de herverdeling van levensmiddelen en de voedselveiligheidscultuur, *Pb.L.* 2021, afl. 74/3.
[145] Gedelegeerde Verord. (EU) 12 april 2021 tot wijziging van bijlage III bij Verordening (EH) nr. 853/2003 betreffende specifieke hygiënevoorschriften voor levensmiddelen van dierlijke oorsprong, C(2021) 199 final.

moet de voedselverspilling bij de consument en in de detailhandel worden gehalveerd.[146] Aldus zullen nog verdere inspanningen geleverd moeten worden om deze doelstelling te bereiken.

5. CONCLUSIE

Vanuit het perspectief van ecologische duurzaamheid botst het hedendaagse voedselsysteem tegen zijn limieten. De consument kan echter helpen om deze milieu-impact te verkleinen door te kiezen voor duurzame voeding. Hoewel de consument aangeeft wel de intentie te hebben om op duurzame wijze te consumeren, geeft onderzoek nochtans aan dat dergelijk koopgedrag in de praktijk niet volgt.[147] Vanuit vogelperspectief identificeerde deze bijdrage enkele juridische tekortkomingen in de productie-, marketing- en afvalfase die deze kloof tussen intentie en koopgedrag kunnen verklaren.

Ten eerste kan worden betwijfeld of er heden wel een voldoende ruim aanbod aan duurzame voeding geproduceerd wordt voor de consument om uit te kiezen. Kritische stemmen gaan op over het subsidiesysteem en het gebrek aan ambitieuze milieustandaarden in de randvoorwaarden. Bovendien implementeren de lidstaten op onvoldoende wijze de reeds bestaande randvoorwaarden – wijzend op een gebrek aan effectieve handhaving. De lange en moeilijke weg naar het vergroenen van de voedselproductie in de EU moet echter worden gekaderd in de speciale status van het GLB in de Verdragen en de bijkomende politieke gevoeligheid over de positie van de landbouwer in Europa.

Ten tweede garandeert het huidige Europese recht op onvoldoende wijze dat de consument een geïnformeerde keuze kan maken tussen het brede scala aan voedingsproducten in de winkel: er bestaat geen Europees *publiek* duurzaamheidslabel voor voeding en de gestandaardiseerde PEF-methode schiet momenteel nog te kort om *private* duurzaamheidsclaims over voeding te onderbouwen en vergelijking toe te laten. Een wildgroei aan verschillende methodes om duurzaamheidsclaims en -labels te onderbouwen, zorgt er bijgevolg voor dat producten moeilijk te vergelijken zijn – als de claims en labels al te begrijpen zijn op zichzelf in de eerste plaats. Hoewel de algemene principes over vrijwillige voedselinformatie in de VVIC en de ROHP deze claims en labels in zekere mate reguleren, verschilt ondanks de vele richtsnoeren de interpretatie van deze rechtsregels en blijft effectieve handhaving uit.

Ten derde blijft ook de grote hoeveelheid aan voedselafval een groot probleem. De EU pakte hier reeds gelukkig enkele boosdoeners aan, zoals een (te) voorzichtig gebruik van de verschillende datumaanduidingen of bezorgdheden over aansprakelijkheid bij voedseldonatie door het uitvaardigen van richtsnoeren of zelfs verduidelijkingen in wetgeving. Toch blijft er – gelet op de grote hoeveelheid aan voedselverspilling – nog veel werk aan de winkel.

De Europese wetgever heeft echter geen oogkleppen op en heeft de transitie naar een duurzamer voedselsysteem inmiddels in gang gezet. In de productiefase worden de subsidies en de milieuvereisten verder gekoppeld (bv. aan de hand van *eco-schemes*) en worden de milieuvereisten zelf verstrengd. Wat betreft de marketingfase, prijkt in de toekomst wellicht een duurzaamheidslabel op onze voeding en wordt het regelgevend kader voor private

[146] COM (2020) 381 final, p. 16-17.
[147] YAMOAH en ACQUAYE, *Journal of Cleaner Production* 2019/217, p. 172-184; TERLAU en HIRSCH, *Journal of Food System Dynamics* 2016/3; GLEIM e.a., *J. Retailing* 2013/1, p. 44-61; TRANTER e.a., *Food Policy* 2009/3, p. 287-294.

duurzaamheidsclaims en -labels verder aangescherpt. In de afvalfase heeft de Commissie de doelstelling van 50 % minder voedselverspilling tegen 2030 vooropgesteld.

Om deze transitie tot een goed einde te brengen, moeten echter eerst de vele politieke gevoeligheden in het GLB worden overkomen en moet het eetpatroon van de individuele consument of zelfs de cultuur als een geheel (deels) worden aangepast. Zulke wijzigingen vragen veel tijd én inspanning van alle betrokken actoren. Hoewel het landbouw-, levensmiddelen- en consumentenrecht dus zeker in de juiste richting beweegt, blijft het een open vraag of de bestemming – zijnde een duurzaam voedingssysteem – wel tijdig bereikt zal worden.

Literatuurlijst

ARFIN e.a., *Sustainability* 2019/11
F. ARFIN e.a., "Are geographical indication products fostering public goods? Some evidence from Europe", *Sustainability* 2019, afl. 11, 272, https://doi.org/10.3390/su11010272.

ASCHEMANN-WITZEL e.a., *Appetite* 2013/71
J. ASCHEMANN-WITZEL e.a., "Effects of nutrition label format and product assortment on the healthfulness of food choice", *Appetite* 2013, afl. 71, p. 63-74.

BARENTS 1994
R. BARENTS, *Agricultural Law of the EC*, Springer 1994.

BURRELL 2013
A. BURRELL, "The CAP: Looking Back, Looking Ahead" in G. SKOGSTAD en A. VERDUN (eds.), *The Common Agricultural Policy: Policy Dynamics in a Changing Context*, Routledge 2010, p. 271-289.

CALBOLI, *The WIPO Journal* 2014/1
I. CALBOLI, "*In Territorio Veritas:* Bringing Geographical Coherence in the Definition of Geographical Indications of Origin under TRIPs", *The WIPO Journal* 2014, afl. 1, p. 57-56.

CARON e.a., *9th European IFSA Symposium* 2010
CARON e.a., "Biodiversity conservation as a new rationale for localized and sustainable agro-food systems. The case of two French PDO mountain cheeses", *9th European IFSA Symposium* 2010, Wenen, Oostenrijk, p. 1636-1646.

CLARK en KERR, *J. World Intellect. Prop.* 2017/20
L.F. CLARK en W.A. KERR, "Climate change and terroir: The challenge of adapting geographical indications", *J. World Intellect. Prop. 2017*, afl. 20, 88-102.

CRUPI, ECTA 2020
M. CRUPI, "Innovating within Tradition: Are PDOs and PGIs loosening their link to origin?", ECTA, 2020, ecta.org, p. 1-23.

DANIELSEN 2013
J.H. DANIELSEN, *EU Agricultural Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2013.

DE BOER, DE WITT en AIKING, *Appetite* 2016/98
J. DE BOER, A. DE WITT en H. AIKING, "Help the climate, change your diet: A cross-sectional study on how to involve consumers in a transition to a low-carbon society", *Appetite* 2016, afl. 98, p. 19-27.

DE SY e.a., *Environ. Ress. Lett.* 2015/10
V. DE Sy e.a., "Land use patterns and related carbon losses following deforestation in South America", *Environ. Ress. Lett.* 2015, vol. 10, afl. 12, doi: 10.1088/1748-9326/10/12/124004.

EFSA-Panel on Biological Hazards, *EFSA Journal* 2020/12
EFSA-Panel on Biological Hazards, *Guidance on date marking and related food information part 1 (date marking), EFSA Journal* 2020, vol. 18, afl. 12, doi: 10.2903/j.efsa.2020.6306.

FAO (UN) 2018
FAO (UN), "Sustainable food systems: concept and framework", 2018, CA2079EN/1/10.18

Federaal Instituut voor Duurzame Ontwikkeling (BE) 2015
Federaal Instituut voor Duurzame Ontwikkeling, "Gids voor duurzame voeding", 2015, nummer: D/2015/11945/11.

FELDMANN en HAMM, *Food Quality and Preference* 2015/40
C. FELDMANN en U. HAMM, "Consumers' perceptions and preferences for local food: A review", *Food Quality and Preference* 2015, p. 152-164.

FOLEY, *Sci. Am.* 2011/305
J.A. FOLEY, "Can we feed the world and sustain the planet?", *Sci. Am.* 2011, vol. 305, p. 60-65.

FRIEL e.a., *Lancet* 2009/374
FRIEL e.a., "Public Health benefits of strategies to reduce greenhouse-gas emissions: food and agriculture", *Lancet* 2009, vol. 374, doi: https://doi.org/10.1016/S0140-6736(09)61753-0.

GLEIM e.a., *J. Retailing* 2013/1
M.R. GLEIM, "Against the green: a multi-method examination of the barriers to green consumption", *J. Retailing* 2013/1, p. 44-61.

GOCCI e.a., *International Business Research* 2020/9
A. GOCCI e.a., "Between Tradition and Sustainable Innovation: Empirical Evidence for the Role of Geographical Indications", *International Business Research* 2020, vol. 13, afl. 9, doi: 10.5539/ibr.v13n9p101.

GRIFFITHS 2007
R. GRIFFITHS, *Thank you M Monnet: Essays on the History of European Integration*, Leiden, University Press, 2007.

HAMLIN, *Appetite* 2010/1
R.P. HAMLIN, "Cue-based decision making. A new framework for understanding the uninvolved food consumer", *Appetite* 2010, vol. 5, afl. 1, p. 89-98.

HARVEY 2015
D. Harvey, "What does the history of the Common Agricultural Policy tell us?" in J. MCMAHON en M. CARDWELL (eds.), *Research Handbook on EU Agricultural Law*, Edward Elgar Publishing, 2015.

HOYER, *The Journal of Consumer Research* 1984/11
W.D. HOYER, "An examination of consumer decision making for a common repeat purchase product", *The Journal of Consumer Research* 1984, vol. 11, p. 822-829.

ICP 2018
ICP, "Market study on date marking and other information provided on food labels and food waste prevention", prepared for European Commission, 2018, doi: 10.28755/808514.

KAHNEMAN 2011
D. KAHNEMAN, *Thinking, fast and slow*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2011.

KIMURA e.a., *Appetite* 2008/3
A. KIMURA e.a., "Consumer valuation of packaged foods. Interactive effects of amount and accessibility of information", *Appetite* 2008, vol. 51, afl. 3, p. 628-634.

MACDIARMID, DOUGLAS en CAMPBELL, *Appetite* 2016/96
J. MACDIARMID, F. DOUGLAS en J. CAMPBELL, "Eating like there's no tomorrow: Public awareness of the environmental impact of food and reluctance to eat less meat as part of a sustainable diet", *Appetite* 2016, afl. 96, 497-493.

MARESCOTTI e.a., *Sustainability* 2020/12
A. MARESCOTTI e.a., "Are Protected Geographical Indications Evolving Due to Environmentally Related Justifications? An Analysis of Amendments in the Fruit and Vegetable Sector in the European Union", *Sustainability* 2020, afl. 12, https://doi.org/10.3390/su12093571.

MCILVEEN en SEMPLE, *Nutrition and Food Science* 2002/2
H. MCILVEEN en L. SEMPLE, "Seeing is believing: current consumer use and understanding of food labels", *Nutrition and Food Science* 2002, vol. 32, afl. 2, https://doi.org/10.1108/nfs.2002.01732baf.001.

MCMAHON 2012
J. MCMAHON, 'Chasing a Moving Target through a Thick Fog: Questioning the Objectives of the Common Agricultural Policy', in N. SHUIBHNE en L. GORMLEY, *From Single Market to Economic Union: Essays in Memory of John A. Usher,* Oxford: Oxford University Press 2012.

MILOSAVLJEVIC, KOCH en RANGEL, *Judgment and Decisionmaking* 2011/6
M. MILOSAVLJEVIC, C. KOCH en A. RANGEL, "Consumers can make decisions in as little as a third of a second", *Judgment and Decisionmaking* 2011/6, 520-530.

PAREDIS, *EuCML* 2020/3
E. PAREDIS, "Promoting Local Food: The Thin Line between Local-Marketing and Local-Washing: An Analysis under EU Consumer Protection and Food Law", *EuCML* 2020, afl. 3, 104-115.

OORE en NEMECEK, *Science* 2018/6392
J. POORE en T. NEMECEK, "Reducing food's environmental impacts through producers and consumers", *Science* 2018, afl. 6392, p. 987-992.

PRINSLOO e.a., *Journal of Family Ecology and Consumer sciences* 2012/40
N. PRINSLOO e.a., "A critical review of the significance of food labelling during consumer decision making", *Journal of Family Ecology and Consumer sciences* 2012, afl. 40, 83-98.

PURNHAGEN en VAN HERPEN, *Wageningen Working Papers Series in Law and Governance* 2014/07
K. PURNHAGEN en E. VAN HERPEN, "Can Bonus Packs Mislead Consumers? An Empirical Assessment of the ECJ's Mars Judgment and its Potential Impact on EU Marketing Regulation", *Wageningen Working Papers Series in Law and Governance* 2014, afl. 07, SSRN.

SCARBOROUGH e.a., *Int J Behav Nutr Phys Act* 2015/12
P. SCARBOROUGH e.a., "Reds are more important than greens: how UK supermarket shoppers use the different information on a traffic light nutrition label in a choice experiment", *Int J Behav Nutr Phys Act* 2015, afl. 12, 1-9.

SEDOVA, SLOVÁK en JEZKOVÁ, *Appetite* 2016/107
I. SEDOVA, L. SLOVÁK en I. JEZKOVÁ, "Coping with unpleasant knowledge: Meat eating among students of environmental studies", *Appetite* 2016, afl. 107, p. 415-424.

STRAETMANS 2019
G. STRAETMANS, "Information Obligations and Disinformation of Consumers" in G. STRAETMANS (ed.), *Information Obligations and Disinformation of Consumers* (Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law book series, volume 33), Springer, 2019.

STUBBS, SCOTT en DUARTE, *Nutrition Bulletin* 2018/43
R.J. STUBBS, S.E. SCOTT en C. DUARTE, "Responding to food, environment and health challenges by changing meat consumption behaviours in consumers", *Nutrition Bulletin* 2018, vol. 43, https://doi.org/10.1111/nbu.12318.

TERLAU en HIRSCH, *Journal of Food System Dynamics* 2016/3
W. TERLAU en D. HIRSCH, "Sustainable consumption and the attitude-behaviour-gap phenomenon: causes and measurements towards a sustainable development", *Journal of Food system dynamics* 2015, vol. 6, afl. 3, https://doi.org/10.18461/ijfsd.v6i3.634.

THALER en SUNSTEIN 2009
R. THALER en C. SUNSTEIN, *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*, Londen, Penguin, 2009.

THORNDIKE e.a., *Am J Prev Med* 2004/46
A.N. THORNDIKE e.a., "Traffic-light labels and choice architecture: promoting healthy food choices", *Am J Prev Med* 2004, vol. 46, p. 143-149.

TOBLER, VISSCHERS en SIEGRIST, *Appetite* 2011/57
C. TOBLER, V.H.M. VISSCHERS en M SIEGRIST, "Eating Green. Consumers' willingness to adopt ecological food consumption behaviors", *Appetite* 2011, vol. 57, 674-682.

TRANTER e.a., *Food Policy* 2009/3
R. TRANTER e.a., "Consumers' willingness-to-pay for organic conversion-grade food: evidence from five EU countries", *Food Policy* 2009, afl. 3, p. 287-294.

VANDENBROELE e.a., *Proceeding of the Nutrition Society* 2019/1
J. VANDENBROELE, "Nudging to get out food choices on a sustainable track", *Proceedings of The Nutrition Society* 2019, afl. 1, doi: 10.1017/S0029665119000971.

VANHONACKER e.a., *Appetite* 2013/62
F. VANHONACKER e.a., "Flemish consumer attitudes towards more sustainable food choices", *Appetite* 2013, vol. 62, p. 7-16.

VERBEKE en WARD, *Food Quality and Preference* 2016/6
W. VERBEKE en R.W. WARD, "Consumer interest in information cues denoting quality, traceability and origin an application of ordered probit models to beef labels", *Food Quality and Preference* 2006, vol. 17, afl. 6, p. 453-467.

VERBEKE, *European Review of Agricultural Economics* 2005/32
W. VERBEKE, "Agriculture and the food industry in the information age", *European Review of Agricultural Economics* 2005, vol. 32, afl. 3, p. 347-368.

YAMOAH en ACQUAYE, *Journal of Cleaner Production* 2019/217
F. YAMOAH en A. ACQUAYE, "Unravelling the attitude-behaviour gap paradox for sustainable food consumption: Insight from the UK apple market", *Journal of Cleaner Production* 2019, vol. 217, p. 172-184.

ZAMPORI en PANT, *Publication Office of the European Union* 2019
L. ZAMPORI en R. PANT, "Suggestions for updating the Product Environmental Footprint (PEF) method", JCR Technical Reports, *Publications Office of the European Union* 2019, JRC115959.

KAN DE CONSUMENT EEN REMEDIE UITOEFENEN INDIEN EEN FABRIKANT VIA EEN SOFTWARE-UPDATE DE PRESTATIES VAN ZIJN ZAAK VERMINDERT TER BESCHERMING VAN DE HARDWARE?

Een verkenning aan de hand van de 'update-gates' van Apple en Tesla

mr. Tim VAN ZUIJLEN
Docent en promovendus faculteit Rechtsgeleerdheid Rijksuniversiteit Groningen

Joyce BRUINEWOUD
Honours-student faculteit Rechtsgeleerdheid Rijksuniversiteit Groningen

1. INLEIDING

De afgelopen jaren merken steeds meer bezitters van een oudere Tesla Model S of X dat de actieradius van hun auto's kleiner wordt en dat het opladen van de batterij trager gaat. Dit is een direct gevolg van een software-update door de fabrikant Tesla die de capaciteit en de laadsnelheid van de batterij beperkt.[1] Volgens Tesla is deze update noodzakelijk om auto's met een oudere batterij te beschermen.[2] De parallel met Apples 'update-gate' dringt zich op. In dat geval stuurde de fabrikant software-updates naar oudere modellen van de iPhone waardoor de functionaliteit ervan werd verminderd, voornamelijk doordat de toestellen trager werden. Volgens Apple waren deze updates noodzakelijk om toestellen met een oudere batterij te beschermen tegen plotselinge uitval.[3] Beide casus volgen hetzelfde stramien: de consument koopt een zaak die op dat moment naar verwachting functioneert, maar na een bepaalde periode door de fabrikant wordt verslechterd middels een software-update om de hardware, zoals de batterij, te beschermen.

Door middel van de softwarecomponent en de netwerkcapaciteiten kan een fabrikant een zaak na de verkoop op afstand beïnvloeden. Deze invloed kan worden aangewend voor het up-to-date houden van de beveiliging van de zaak, het verhelpen van *bugs* en het toevoegen van nieuwe functionaliteiten.[4] De invloed kan echter ook effecten hebben waar de consument kennelijk niet op zit te wachten, getuige de casus van Apple en Tesla. Toezichthouders en consumenten ageren al jaren tegen de manier waarop fabrikanten achteraf de prestaties van hun producten beïnvloeden. Voor de wijze waarop Apple de vertragende updates uitrolde en de consument daarover informeerde, kreeg het in 2018 – tezamen met Samsung – een boete van de Italiaanse mededingingsautoriteit,[5] die bij de rechter in stand bleef.[6] Vorig jaar trof het bedrijf in Frankrijk hiervoor een schikking.[7] Dit jaar trachten de consumentenbelangenbehartigers in België, Brazilië, Italië, Portugal en Spanje middels collectieve acties compensatie voor individuele consumenten te krijgen, voor gemiddeld

[1] electrek.co/2021/05/24/tesla-found-guilty-throttling-charging-speed-asked-pay-16000-thousands-owners (geraadpleegd op 10 december 2021).
[2] electrek.co/2019/08/08/tesla-owner-range-slashed-software-update-class-action-lawsuit (geraadpleegd op 10 december 2021).
[3] *iPhone Battery and Performance*, Apple 1 maart 2019, support.apple.com/en-us/HT208387 (geraadpleegd op 10 december 2021).
[4] Zie ook A. BERLEE, "Op afstand bestuurbaar eigendom", *MvV* 2018, afl. 7-8, p. 255-261.
[5] en.agcm.it/en/media/detail?id=385e274c-8dc3-4911-9b8c-9771c854193aenparent=Press%20ReleasesenparentUrl=/en/media/press-releases (geraadpleegd op 10 december 2021).
[6] T.A.R. Lazio (Sez. I), 20 mei 2020, ECLI:IT:TARLAZ:2020:5736SENT.
[7] www.bbc.com/news/technology-51413724 (geraadpleegd op 10 december 2021).

60 euro per getroffen consument.[8] In december 2021 besloot de Noorse *forliksråd*[9] te Oslo dat Tesla de 31 bij de rechtszaak aangesloten bezitters van de door de update getroffen auto's voor 130.000 Noorse kronen (ongeveer 13.000 euro) diende te compenseren.[10] In de Verenigde Staten hebben Tesla en Apple reeds schikkingen getroffen[11] en lopen er nog rechtszaken.[12]

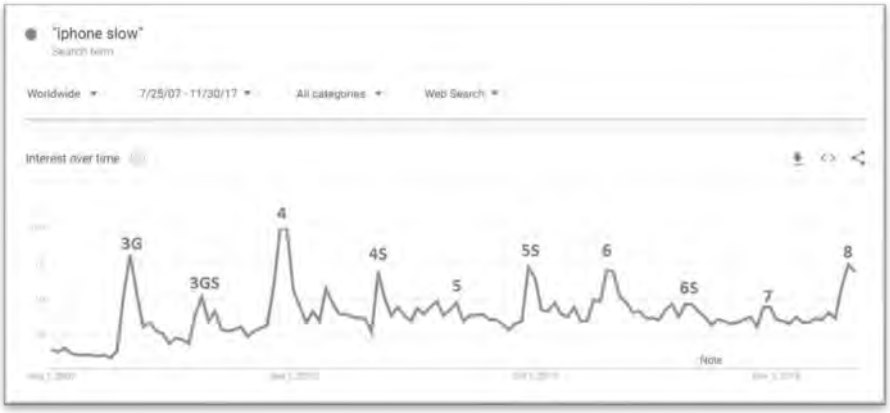
Een veelgehoorde aantijging is dat fabrikanten oude producten via updates 'saboteren' op het moment dat zij een nieuw model introduceren en gebruikers op die wijze aanzetten tot het vervangen van het oude model. Op deze wijze zouden zij trachten meer te verkopen.[13] Dit verkorten van de levensduur van een product met als doel de vervanging ervan te versnellen wordt aangeduid met de term 'planned obsolescence' of 'geplande veroudering'.[14] Dit soort verdienmodellen stuit op veel weerstand.[15] Niet alleen omdat dit consumenten op kosten jaagt, maar ook omdat hierdoor producten sneller dan nodig tot afval verworden.[16] In het bijzonder vormt elektronisch afval (e-waste) een groeiend ecologisch probleem.[17] Consumenten- en duurzaamheidsbelangen convergeren hier doorgaans: indien de consument duurzamere producten kan afdwingen, heeft het milieu daar in beginsel ook baat bij.[18]

'Geplande veroudering' is echter geen juridisch begrip – behalve in Frankrijk, waar *obsolescence programmée* is verboden in artikel L. 441-2 van de Code de la consommation – en zodoende is de vraag of handelswijzen, zoals die van Apple en Tesla als zodanig kunnen worden gekwalificeerd, positiefrechtelijk van beperkte betekenis.[19] Wel kan worden onderzocht of het consumentenacquis zich verzet tegen deze handelswijze: in welke gevallen en onder welke omstandigheden kan de consument naar Nederlands consumentenrecht een remedie uitoefenen in gevallen waarin een fabrikant via een software-update de prestaties van de zaak vermindert, en is het relevant dat deze softwarematige prestatievermindering wordt doorgevoerd ter bescherming van de hardware? Om die vraag te beantwoorden, behandelen we de leerstukken die in de praktijk worden gehanteerd: de oneerlijke handelspraktijken en de non-conformiteit. Wat leren ons de casus van Apple en Tesla over deze problematiek?

[8] www.euroconsumers.org/activities/apple-class-action-lawsuits (geraadpleegd op 10 december 2021).
[9] Laagste instantie voor civiele procedures in Noorwegen.
[10] bilklager.no/2021/12/02/ladetid-tesla-tapte-igjen; eerder werd Tesla door dezelfde instantie bij verstek veroordeeld, zie www.nettavisen.no/okonomi/tesla-domt-i-retten-risikerer-milliardutbetaling-til-norske-elbil-eiere/s/12-95-3424130203 (geraadpleegd op 10 december 2021).
[11] www.reuters.com/article/us-apple-iphones-settlement-idUSKBN20P2E7 (geraadpleegd op 10 december 2021).
[12] www.classaction.org/media/rasmussen-v-tesla-inc_1.pdf (geraadpleegd op 10 december 2021); een vergelijking met de Verenigde Staten valt buiten het bereik van deze bijdrage.
[13] Recentelijk, zie www.euroconsumers.org/activities/stop-planned-obsolescence-apple-case; zie ook www.halteobsolescence.org/hop-porte-plainte-contre-apple-obsolescence-programmee (geraadpleegd op 10 december 2021).
[14] G. SLADE, *Made to Break: technology and obsolescence in America*, Cambridge, Harvard University Press, 2007.
[15] Reeds in 2013 riep het Europees Economisch en Sociaal Comité (EESC) op tot het verbieden van geplande veroudering, zie ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/CES_13_61.
[16] M. KRAJEWSKI, *The great lightbulb conspiracy*, te vinden op spectrum.ieee.org/tech-history/dawn-of-electronics/the-great-lightbulb-conspiracy (geraadpleegd op 7 juni 2019).
[17] Elektronisch afval bedroeg in 2019 wereldwijd 53.6 miljoen ton en neemt jaarlijks toe, zie FORTI e.a., *E-waste monitor 2020*, Bonn/Genève/Wenen, UNU, ITU en ISWA, 2017, p. 23.
[18] Voor de plaats van duurzaamheid bij consumentenbescherming, zie uitvoerig C.M.D.S. PAVILLON en W.H. VAN BOOM, *Privaatrechtelijke bescherming herijkt*, Zutphen, Uitgeverij Paris, 2021.
[19] Wel wordt gepleit voor een Europese definitie van geplande veroudering, zie www.eesc.europa.eu/en/our-work/opinions-information-reports/opinions/towards-more-sustainable-consumption-industrial-product-lifetimes-and-restoring-trust-through-consumer-information (geraadpleegd op 10 december 2021); zie ook J. MALINAUSKAITE en F. BUĞRA ERDEM, "Planned Obsolescence in the Context of a Holistic Legal Sphere and the Circular Economy", *Oxford Journal of Legal Studies* 2021, vol. 00, nr. 0, p. 27-30.

2. CASUS APPLE

In het najaar van 2017 ervaart een middelbare scholier uit Tennessee dat zijn iPhone 6S ineens trager is geworden. Deze traagheid blijkt te zijn ontstaan na een software-update van Apple, en duidelijk wordt dat vele anderen hetzelfde ervaren. Op het internet verschijnen grafieken waaruit zou blijken dat de plotselinge traagheid correleert met de momenten waarop Apple een nieuwe iPhone (en een nieuwe versie van iOS[20]) introduceert: op die momenten lijkt er vaker via Google gezocht te worden op de term 'iphone slow'.



Figuur 1: Deze grafiek is gegenereerd op de website trends.google.com. Waar in de grafiek een 'piek' is waar te nemen, wordt er vaker gegoogeld op de term 'iphone slow'. De ingevoegde tekst (3G, 3GS, 4 etc.) geeft aan op welke momenten een nieuwe iPhone wordt geïntroduceerd. De grafiek loopt van augustus 2007 (introductie eerste iPhone) tot december 2017 (het moment waarop de vertraging door de middelbare scholier werd waargenomen).

Wat van dergelijke grafieken kan worden afgeleid, is niet direct duidelijk – correlatie impliceert immers geen causaliteit – maar het idee dat gebruikers massaal traagheid van hun oude toestel ervaren, juist op het moment dat een nieuw model wordt geïntroduceerd, komt bekend te staan als *the slow iPhone phenomenon*.[21] De onrust vraagt om een reactie van Apple en het bedrijf bevestigt dat het via updates enkele functies van (oudere) modellen van de iPhone beperkt.[22] Het bedrijf legt uit dat het risico dat het toestel plotseling uitvalt, wordt vergroot naarmate de batterij ouder wordt. Om dit risico te beperken, brengt Apple een update uit die ervoor zorgt dat de maximale prestaties van het apparaat 'dynamisch' kunnen worden beheerd (lees: verminderd). Dit zou minder vragen van de batterij en zo het plotseling uitvallen van het apparaat voorkomen. De effecten hiervan zijn volgens Apple onder meer een langere laadtijd van apps, een lagere *framerate*[23] bij het scrollen en een lager volume van de speakers.[24]

[20] Het besturingssysteem van de iPhone. Vgl. 'Android', 'Windows' of 'OSX'.
[21] www.statista.com/chart/2514/iphone-releases (geraadpleegd op 10 december 2021).
[22] www.apple.com/lae/iphone-battery-and-performance (geraadpleegd op 10 december 2021).
[23] De frequentie waarmee beelden worden weergegeven, doorgaans uitgedrukt in *frames per second* (fps).
[24] support.apple.com/en-us/HT208387 (geraadpleegd op 10 december 2021).

2.1. Bieden de oneerlijke handelspraktijken de consument soelaas?

De praktijk vestigt de hoop primair op de oneerlijke handelspraktijken.[25] In het geval dat een handelaar een consument misleidt, agressief bejegent of anderszins handelt in strijd met de vereisten van professionele toewijding, kan een toezichthoudende autoriteit de handelaar een boete opleggen en kan de consument een overeenkomst die tot stand is gekomen onder invloed van een oneerlijke handelspraktijk aantasten en eventuele schade verhalen op de handelaar.[26] De toetsing geschiedt in drie 'lagen'. Eerst moet worden bezien of de handelspraktijk is opgenomen in de zwarte lijsten van handelspraktijken die onder alle omstandigheden misleidend of agressief zijn. Deze zijn te vinden in bijlage I bij de oneerlijke handelspraktijken (verder: Richtlijn OHP).[27] Indien een handelspraktijk niet op deze lijsten staat, wordt vervolgens getoetst aan de subnormen inhoudende de misleidende handelspraktijk, de misleidende omissie en agressieve handelspraktijken (art. 6, 7 en 8 Richtlijn OHP) en, indien deze niet van toepassing zijn, aan de hoofdnorm (art. 5 Richtlijn OHP).[28] Bij de toetsing aan de subnormen en de hoofdnorm moet tevens worden vastgesteld of de gemiddelde consument door de praktijk een besluit over de overeenkomst neemt of kan nemen dat hij anders niet had genomen.

In 2018 vormde het leerstuk de grondslag voor boetebesluiten van de Italiaanse mededingingsautoriteit *Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato* (verder: AGCM) aan het adres van Apple en Samsung,[29] en in 2020 stond het centraal in de schikking van Apple met de Franse mededingingsautoriteit *Direction générale de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes* (verder: DGCCRF).[30] In navolging daarvan hebben nationale consumentenbelangenbehartigers in België, Italië, Portugal en Spanje[31] collectieve acties ingesteld jegens Apple, eveneens gebaseerd op de oneerlijke handelspraktijken.[32] Van deze drie gevallen geven de boetebesluiten van de AGCM de meeste aanknopingspunten; over de argumenten in de schikking met de DGCCRF is weinig bekend en de nationale collectieve acties zijn pas recentelijk ingesteld.

2.1.1. Italiaanse boetes

In 2018 beboette de Italiaanse AGCM Apple en Samsung wegens de gebrekkige informatievoorziening omtrent upgrades en updates[33] die de prestaties van smartphones verminder-

[25] Richtl. 2005/29/EG EP en Raad betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG.
[26] Afhankelijk van de implementatie. In Nederland is de sanctie o.a. vernietiging; voor de hanteerbaarheid hiervan, zie o.a. C.M.D.S. PAVILLON en L.B.A. TIGELAAR, "Vernietiging van de overeenkomst bij een oneerlijke handelspraktijk: een hanteerbare sanctie?", *Contracteren* 2018/3, p. 71-79.
[27] Richtl. 2005/29/EG EP en Raad 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad.
[28] D.W.F. VERKADE, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016, p. 26-27.
[29] *Testo del provvedimento Samsung*, AGCM, 25 september 2018 (onlinepubliek) en *Testo del provvedimento Apple*, AGCM, 25 september 2018 (onlinepubliek); en.agcm.it/en/media/detail?id=385e274c-8dc3-4911-9b8c-9771c854193aenparent=Press%20ReleasesenparentUrl=/en/media/press-releases (geraadpleegd op 10 december 2021).
[30] www.economie.gouv.fr/dgccrf/transaction-avec-le-groupe-apple-pour-pratique-commerciale-trompeuse (geraadpleegd op 10 december 2021).
[31] En Brazilië, maar dit land valt buiten het bereik van deze bijdrage.
[32] www.euroconsumers.org/activities/apple-class-action-lawsuits (geraadpleegd op 10 december 2021).
[33] Een update betreft een kleine actualisering van de software, zoals het herstellen van een *bug* of het bijwerken van de beveiliging. Een upgrade is omvangrijker en bevat bv. nieuwe functionaliteiten.

den, en de wijze waarop deze updates aan de consument werden aangeboden.[34] Daarnaast werd Apple beboet voor de gebrekkige informatievoorziening omtrent de levensduur van de batterij. Apple is tegen de boete in beroep gegaan, maar de bestuursrechter heeft het besluit van de AGCM in stand gehouden.[35] Hieronder wordt enkel de casus van Apple besproken. De reden hiervoor is dat de casus van Samsung sterk op die van Apple lijkt en dat een rechter zich heeft uitgelaten over het besluit jegens Apple.

Het onderzoek naar Apple in Italië ziet niet op alle gevallen door de jaren heen waarin een toestel trager werd na een update, maar beperkt zich tot een upgrade naar iOS 10 in 2016 en twee daaropvolgende updates, waarvan een in het bijzonder tot problemen leidde. In deze casus is het volgende het geval: Apple ontwikkelt jaarlijks een nieuw model iPhone, tezamen met een nieuwe versie van het besturingssysteem (iOS). Deze nieuwe versie is ontworpen om optimaal te profiteren van de hoogwaardigere hardware (snellere processor, betere batterij etc.) in het nieuwe model. Tegelijkertijd rolt Apple deze nieuwe versie van iOS ook uit voor oudere modellen die Apple compatibel acht. Indien de consument een upgrade of een update installeert, zit deze eraan vast: terug naar een eerdere versie (*downgraden*) is niet mogelijk. In het onderhavige geval zorgde de upgrade van iOS 9 naar iOS 10 ervoor dat bij bepaalde oudere modellen de batterij sneller ontlaadde en dat de oudere toestellen onverwachts konden uitvallen.[36] Om dit te voorkomen, ontwikkelde Apple de gehekelde update (iOS 10.2.1) die de prestaties van getroffen modellen verminderde, maar de problemen met de batterij (in elk geval deels) oploste.

Ten aanzien van de upgrade en de update overweegt de AGCM in haar besluit dat Apple de consument herhaaldelijk en onophoudelijk verzoekt om de nieuwe upgrade of update te downloaden en te installeren wanneer het bedrijf een upgrade of een update uitrolt. Deze constante herinneringen kan de consument niet ontwijken; hij kan enkel de installatie uitstellen. Zelfs wanneer een consument heeft besloten dat het niet wenselijk is te upgraden of te updaten, kan niet worden voorkomen dat hij telkens wordt verzocht de upgrade of de update te downloaden en te installeren. De AGCM berekent op basis van informatie aangedragen door Apple zelf dat het bedrijf de consument vier- à vijfmaal per maand een dergelijk verzoek stuurt zolang de consument hier geen gehoor aan geeft.[37] De AGCM ziet in de wijze waarop de consument wordt gedwongen om een upgrade en een update te installeren een agressieve handelspraktijk (art. 8 Richtlijn OHP). In beroep overweegt de bestuursrechter dat agressieve handelspraktijken ook worden gekenmerkt door een situatie van stress die de besluitvorming van de consument beïnvloedt. Die stress kan zowel worden veroorzaakt door het herhaaldelijk gedrag van de handelaar dat geen rekening houdt met de wensen van de consument als door het bestaan van contractuele verplichtingen die als onderdrukkend worden ervaren.[38]

Daarbij komt dat de update in kwestie kon leiden tot een significante afname van de prestaties van het apparaat, waarover Apple de consument niet informeerde. Volgens de AGCM heeft Apple de consumenten ertoe kunnen bewegen de upgrade en de update te installeren, mede dankzij de informatieasymmetrie die bij hen bestaat, waardoor de consumenten gedwongen zijn hun vertrouwen te stellen in hetgeen Apple beweert over het nut van de

[34] *Testo del provvedimento Samsung*, AGCM, 25 september 2018 (onlinepubliek); *Testo del provvedimento Apple*, AGCM, 25 september 2018 (onlinepubliek); en.agcm.it/en/media/detail?id=385e274c-8dc3-4911-9b8c-9771c854193aenparent=Press%20ReleasesenparentUrl=/en/media/press-releases (geraadpleegd op 10 december 2021).
[35] T.A.R. Lazio (Sez. I), 20 mei 2020, ECLI:IT:TARLAZ:2020:5736SENT.
[36] Het gaat om de modellen iPhone 6, 6 Plus, 6S en 6S Plus.
[37] *Testo del provvedimento Apple*, AGCM, 25 september 2018 (onlinepubliek), p. 10-11.
[38] T.A.R. Lazio (Sez. I), 20 mei 2020, ECLI:IT:TARLAZ:2020:5736SENT, r.o. 7.1, verwijzend naar T.A.R. Lazio (Sez. I), 20 februari 2020, ECLI:IT:TARLAZ:2020:2245SENT.

upgrade en de update. De wijze waarop de consument niet werd geïnformeerd over de mogelijke prestatievermindering als gevolg van de upgrade en de update zien de AGCM en de rechter als een misleidende omissie (art. 7 Richtlijn OHP).

Ten tweede informeert Apple de consument onvoldoende over de gemiddelde levensduur en verouderingsfactoren van de batterij en de wijze van onderhoud, controle en vervanging ervan. Bij de informatievoorziening over de batterijen werd geen rekening gehouden met informatie die de consument nodig heeft om een beslissing te nemen over zowel de aankoop van een toestel met een lithium-ionbatterij als de opportuniteit en het gemak van vervanging van alleen de batterij in plaats van de iPhone zelf. Deze informatie is volgens de rechter essentieel om het apparaat op een adequaat prestatieniveau te houden en vooral om een passende levensduur van het apparaat mogelijk te maken. Het weglaten van deze informatie kan de consument misleiden bij zowel zijn aankoopbeslissing als bij zijn beslissing om zijn toestel te vervangen.[39]

De AGCM en de bestuursrechter te Lazio zijn van oordeel dat van een wereldwijd actieve marktleider in de elektronicasector mag worden verwacht dat deze vooraf inschat hoe groot het risico is dat een bepaalde upgrade of update een prestatievermindering kan veroorzaken. Indien Apple overweegt dat een dergelijk risico aanvaardbaar is teneinde de meest geavanceerde technologie en consistente gebruikerservaring van iPhones voor consumenten te waarborgen, dan dient Apple aan consumenten zowel het bestaan van een dergelijk risico te melden als de hardwareconfiguratie waarbij dit risico waarschijnlijk tot een minimum wordt beperkt. Zonder deze informatie is de consument niet in staat een geïnformeerde keuze te maken over het al dan niet upgraden en, zo ja, over het al dan niet profiteren van de nieuwe functies, gelet op de toestand van zijn iPhone.[40] Het uitblijven hiervan hoort volgens de AGCM en de bestuursrechter bij een beleid dat het proces van het versnellen van het vervangen van oudere modellen door nieuwe modellen prioriteert. Dit heeft tot gevolg dat de consument zijn oude iPhone eerder vervangt.[41]

Apple ontving tweemaal de maximale boete. Vijf miljoen euro voor de agressieve handelspraktijken en de misleidende omissie ten aanzien van het opdringen van de update en het niet-informeren over het effect daarvan, en vijf miljoen euro voor de gebrekkige informatievoorziening omtrent de eigenschappen van de batterij in de iPhone. In de literatuur is kritiek geuit op de effectiviteit van de sancties die in deze situaties kunnen worden opgelegd door de toezichthoudende instanties. Volgens De Franceschi leggen de besluiten van de AGCM twee fundamentele kritiekpunten bloot: de sanctie is niet stevig genoeg en het voorkomt de praktijken niet, met name omdat de maximumboete van vijf miljoen euro niet afdoende afschrikwekkend is voor technologiereuzen als Apple en Samsung.[42] Hetzelfde kan worden gezegd over de schikking die Apple in Frankrijk trof met de DGCCRF: 25 miljoen euro en de publicatie van een persbericht op de website zijn evenmin afschrikwekkend.[43] Wel zijn er meer autoriteiten in andere Europese lidstaten die handhavend kunnen optreden en wellicht dat de optelsom enig effect sorteert.

[39] T.A.R. Lazio (Sez. I), 20 mei 2020, ECLI:IT:TARLAZ:2020:5736SENT, r.o. 8-9.
[40] *Testo del provvedimento Apple*, AGCM, 25 september 2018 (onlinepubliek), p. 44.
[41] *Testo del provvedimento Apple*, AGCM, 25 september 2018 (onlinepubliek), p. 27.
[42] A. DE FRANCESCHI, "Planned obsolescence challenging the effectiveness of consumer law and the achievement of a sustainable economy", *EuCML* 6/2018, p. 219 e.v.
[43] www.economie.gouv.fr/dgccrf/transaction-avec-le-groupe-apple-pour-pratique-commerciale-trompeuse.

2.1.2. Strijd met de vereisten van professionele toewijding

De AGCM heeft niet overwogen dat het via een update vertragen van de iPhones op zich in strijd is met de professionele toewijding in de zin van artikel 5 Richtlijn OHP. Als gevolg daarvan heeft de bestuursrechter zich daarover dan ook niet uitgelaten. Indien Apple de consument afdoende zou hebben geïnformeerd en hem de keuze zou hebben gelaten of hij de update wilde installeren, zou er in beginsel geen sprake zijn van een oneerlijke handelspraktijk.[44] Of er ruimte is voor de toepassing van deze open norm is een lastige kwestie. In de literatuur is door enkele auteurs aandacht besteed aan het gebruik van de hoofdnorm in verband met praktijken van *planned obsolescence*, waarbij de fabrikant de levensduur van een product verkort met als doel de vervanging ervan te versnellen. Daarin wordt geconcludeerd dat de hoofdnorm op dit moment weinig aanknopingspunten biedt. Koolhoven en Heerema overwegen dat de casus van Apple een goed voorbeeld is van deze lastigheid: "*Under what circumstances does the use of a technique (slowing down the operating system of a phone) prevent a product from being damaged and under what circumstances is that same technique seen as an unfair commercial practice because it persuades consumers to make a purchase decision?*"[45] Het is, gezien die vraag, niet onbegrijpelijk dat de AGCM in haar besluit Apple de ruimte laat om een eigen afweging te maken en slechts ageert tegen de wijze waarop de updates worden aangeboden en hoe de consument wordt geïnformeerd.

2.1.3. Collectieve acties op nationaal niveau

De overwegingen bij de bestuursrechtelijke boetes in Italië zijn van groot belang voor de vraag of de consument een remedie kan uitoefenen in gevallen waarin de fabrikant een prestatieverminderende update verstuurt. De collectieve acties van de nationale consumentenbelangenbehartigers vertegenwoordigen de privaatrechtelijke kant van de medaille en de uitspraak van de Italiaanse rechter in het beroep tegen de boetebesluiten van de AGCM biedt aan hen goede hoop. Deze acties hebben betrekking op dezelfde gedraging als die waarvoor Apple in Italië is beboet en de vorderingen hebben dezelfde grondslag. Bij deze acties wordt een schadevergoeding gevorderd van 60 euro (of 10 % van de aankoopprijs) per consument.

De collectieve acties zijn onderdeel van een gecoördineerde inspanning van Euroconsumers, een samenwerkingsverband van vijf nationale consumentenbelangenbehartigers (België, Brazilië, Italië, Portugal en Spanje). Indien deze acties succesvol blijken, is het mogelijk dat acties in andere landen volgen. Gelet op de maximumharmonisatie van de Richtlijn OHP bestaat er een gerede kans dat de uitkomsten in die landen dezelfde strekking hebben.[46]

2.2. Biedt non-conformiteit de consument soelaas?

In het bijzonder in gevallen waarin de consument toch al teleurgesteld is in de levensduur van zijn apparaat bieden de oneerlijke handelspraktijken, gezien de casus van Apple, niet

[44] Zie ook M. MAGGIOLINO, "Planned obsolescence, A strategy in Search of Legal Rules", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, mei 2019, vol. 50, iss. 4, p. 407.
[45] R. KOOLHOVEN en E.L. HEEREMA, 'Fighting planned obsolescence or 'the lightbulb conspiracy' as an unfair commercial practice: For a circular economy" in M.M. CARVALHO (red.), *Law and Technology: E.Tec Yearbook* 2018, p. 42.
[46] Hoewel de open normen in Richtlijn OHP wel leiden tot verschillen tussen lidstaten, zie o.a. C.M.D.S. PAVILLON, *Open normen in het Europees consumentenrecht: de oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Deventer, Kluwer, 2011.

direct soelaas. Hiervoor lijkt een leerstuk als non-conformiteit meer voor de hand te liggen.[47] Een afgeleverde zaak moet beantwoorden aan de overeenkomst. Dit is niet het geval indien deze niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten. De consument mag onder meer verwachten dat de geleverde zaak die eigenschappen bezit die nodig zijn voor normaal gebruik. Het ijkpunt bij het bepalen van de non-conformiteit is de risico-overgang; een zuiver nadien ontstaan gebrek kan niet leiden tot een non-conformiteitsoordeel.[48] Gelet op dat ijkpunt biedt de non-conformiteit *prima facie* geen soelaas in gevallen waarin de prestaties van een zaak nadien worden verminderd door een update. De zaak voldoet in dat geval op het moment van risico-overgang immers aan de overeenkomst; de prestatievermindering ontstaat als gevolg van de later verstuurde update. Ter vergelijking: indien de consument een smartphone koopt en de fabrikant een jaar later iemand langs stuurt die het apparaat uit de handen van de consument grist en op de grond gooit, is dat onrechtmatig, maar dit gedrag maakt de zaak uiteraard niet non-conform. Hetzelfde geldt voor het sturen van een prestatieverminderende update.

De update staat echter niet op zichzelf. Uit de verklaring van Apple blijkt dat de update die leidt tot de vertraging noodzakelijk was om de verouderde batterij te beschermen. In dat geval is het mogelijk dat de update het 'eigenlijke' gebrek in de zaak verhult: de zwakke batterij (of de ontoereikendheid van de batterij in verhouding tot de functies van het apparaat). Die batterij zit vanaf het begin in de zaak en voor non-conformiteit is voldoende dat het gebrek 'in de kiem' in de zaak aanwezig is. Dat het gebrek zich pas later openbaart, maakt dit niet anders.[49]

De vraag is dan op welke 'staat' van de zaak het non-conformiteitsoordeel betrekking moet hebben: op het apparaat zonder update dat na een bepaalde periode kan uitvallen, of op het apparaat mét update dat daardoor trager is geworden? Daarbij is het de vraag wat de consument mag verwachten van de levensduur van het apparaat en de crux zit in wat moet worden verstaan onder het 'normaal gebruik' van een smartphone.

2.2.1. Wat is 'normaal gebruik' van een smartphone?

Het begrip 'normaal gebruik' wordt aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval ingevuld door verkeersopvattingen.[50] Het gaat er niet om wat voor een specifieke koper als normaal geldt, maar om hetgeen naar algemene maatstaven als normaal kan worden gezien. In de literatuur wordt gewezen op de mogelijke lastigheden bij het bepalen van de geschiktheid van een product voor het gebruik waarvoor het bestemd is. Hijma maakt gebruik van het voorbeeld van een keukentafel.[51] Een tafel is in beginsel bestemd om aan te zitten. De gebruiker kan de tafel vervolgens benutten als ondersteuning voor bijvoorbeeld zijn laptop bij het thuiswerken of voor een bord met eten. Het kan echter ook voorkomen dat de gebruiker de tafel wil beklimmen om op de tafel te staan, bijvoorbeeld om een voorwerp aan het plafond te bevestigen. Het staan op de tafel is niet aan te merken als alledaags gebruik, maar volgens Hijma is het desondanks aan te merken als normaal gebruik. Volgens Hijma "*[gaat] het per saldo […] veeleer om welk gebruik naar algemene*

[47] Zie hiervoor in het verband van *planned obsolescence* o.a. A. MICHEL, "Actualité sur le droit de la consommation en matière d'obsolescence prématurée", *Consumentenrecht/Droit de la Consommation* 2020, vol. 2020, iss. 1, p. 86-92.
[48] M.B.M. LOOS, *Consumentenkoop*, Deventer, Kluwer, 2019, nr. 30.
[49] W.L. VALK, "Stellen en bewijzen in gevallen van dwaling en non-conformiteit (II, slot)", *WPNR* 2010/6868, p. 952.
[50] M.B.M. LOOS, *Consumentenkoop*, Deventer, Kluwer, 2019, nr. 30.
[51] ASSER/HIJMA *7-I* 2019/500.

maatstaven van de zaak behoort te kunnen worden gemaakt dan om de vraag of dat gebruik ook inderdaad doorgaans plaatsvindt".[52]

Een smartphone is een complexere zaak dan een tafel vanwege de uiteenlopende functies, het hoge technische gehalte en de softwarecomponent. De consument gebruikt een smartphone niet (alleen) om te bellen, maar ook (en wellicht vooral) om foto's en video's te maken, berichten te sturen, sociale media af te struinen, audio af te spelen en te gamen. Zo beschikt een Samsung Galaxy S20 over maar liefst vijf camera's, typen twee miljard gebruikers dagelijks 100 miljard WhatsApp-berichten[53] en volgt uit onderzoek van het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) dat in 2019 in Nederland ruim 80 % van de bevolking dagelijks een smartphone of ander mobiel apparaat gebruikte om te internetten.[54] Een smartphone is meer dan een 'slimme telefoon'; het apparaat heeft meer weg van een *general purpose computer* die bij normaal gebruik de meest gangbare computertaken moet kunnen uitvoeren.

Een eerste mogelijkheid bij het vaststellen van de non-conformiteit van een smartphone ziet op de staat van de smartphone zonder update. In dat geval staat het met enige regelmaat uitvallen van het apparaat het normale gebruik ervan in de weg. Wellicht dat een enkele uitval – hoewel vervelend – niet zo ernstig is dat het een non-conformiteitsoordeel rechtvaardigt; niet ieder gebrek maakt een zaak ongeschikt voor normaal gebruik. De vraag is dan echter met welke frequentie de uitval moet plaatsvinden om te kunnen oordelen dat het apparaat niet meer geschikt is voor normaal gebruik en of het te verwachten is dat die frequentie hoger wordt naarmate het apparaat ouder wordt. Voor een batterij die sneller ontlaadt, is de vraag wat de consument mag verwachten van de levensduur van de batterij.

Een tweede mogelijkheid ziet op de staat van de smartphone mét update. Een fabrikant kan opteren om het risico op plotselinge uitval te beperken en het snelle ontladen van een oude batterij te verhelpen door een prestatieverminderende update uit te voeren, maar ook deze prestatievermindering kan het normale gebruik van het apparaat frustreren. Indien het virtuele toetsenbord niet meer goed werkt, bijvoorbeeld omdat deze traag reageert op aanraking, wordt het typen van bijvoorbeeld berichten, zoektermen of reacties op berichten op sociale media door de gebruiker mogelijk dermate bemoeilijkt dat het apparaat deze functies niet meer kan vervullen. In de casus van Apple betrof de prestatievermindering na de update onder meer: 1) langere laadtijden van apps, 2) een lagere *framerate* bij het scrollen, 3) een lager speakervolume, 4) een lagere *framerate* in sommige apps, 5) in extreme gevallen het niet-werken van de flitser bij de camera en 6) het opnieuw moeten opstarten van apps die normaliter in de achtergrond draaien.[55] Deze effecten kunnen het normale gebruik frustreren, afhankelijk van hoe ernstig de effecten zijn. Een iets verlaagde *framerate* is niet merkbaar, maar indien het aantal beelden per seconde zo is verlaagd dat het beeld op de smartphone meer weg heeft van een PowerPoint-voorstelling, is het apparaat praktisch onbruikbaar. De kwestie is of elke functiebeperking leidt tot non-conformiteit, of dat moet worden bezien welke functionaliteiten zijn beperkt en in welke mate.

[52] ASSER/HIJMA *7-I* 2019/500.
[53] blog.whatsapp.com/two-billion-users-connecting-the-world-privately; techcrunch.com/2020/10/29/whatsapp-is-now-delivering-roughly-100-billion-messages-a-day (geraadpleegd op 10 december 2021).
[54] CBS, "Nederland langs de Europese meetlat 2019", te vinden op longreads.cbs.nl/europese-meetlat-2019 (geraadpleegd op 10 december 2021).
[55] support.apple.com/en-us/HT208387 (geraadpleegd op 10 december 2021).

2.2.2. Wat mag de consument verwachten van de levensduur van een smartphone?

De consument mag niet verwachten dat zijn smartphone eeuwig meegaat, maar wat dan wel mag worden verwacht van de levensduur van een zaak is een bekende lastigheid.[56] In zijn algemeenheid wordt in de parlementaire geschiedenis bij Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, ten aanzien van welke factoren de verwachtingen van de koper bepalen, gewezen op de aard van de zaak (nieuw of gebruikt, merk of niet), de prijs, het soort winkel waar de zaak is gekocht en de omstandigheden waaronder de koop plaatsvond.[57]

De jurisprudentie geeft in het kader van smartphones weinig houvast voor een verdere invulling; dit soort geschillen haalt het kennelijk niet vaak tot de rechter, mogelijk vanwege het geringe belang van de zaak. In een van de schaarse zaken die wel tot de rechter is gekomen, overwoog de rechtbank te Amsterdam in 2016 dat van een iPhone van 799 euro mag worden verwacht dat deze niet al na acht maanden onherstelbaar defect is.[58] Een ander handvat is te vinden in de 'Tabel Richtlijnen Afschrijvingsmethoden' van Techniek Nederland.[59] In deze tabel is van tien productgroepen de gemiddelde gebruiksduurverwachting vastgelegd. Deze tabel is niet dwingend, maar wordt regelmatig gebruikt door diverse geschillencommissies voor consumentenzaken.[60] In de tabel wordt aan smartphones een gemiddelde gebruiksverwachting van twee jaar toegekend, ongeacht de prijs van het toestel. Ook kan worden aangesloten bij een onderzoek van de Consumentenbond waaruit blijkt dat de consument een smartphone gemiddeld na 2,5 jaar vervangt. Deze gemiddelde gebruiksduur is gebaseerd op een enquête onder 6.800 consumenten. De reden voor vervanging blijkt hierbij niet altijd een defect te zijn, maar het aflopen van het bijbehorende abonnement. Bij een nieuw abonnement vervangt de consument het oude toestel voor een nieuwer model, ongeacht of het technisch nog naar behoren functioneert. De Consumentenbond maakt hieruit op dat de 'technische levensduur' van een smartphone waarschijnlijk langer is dan die 2,5 jaar.[61] De vervanging van smartphones geschiedt niet altijd vanwege mankementen. Indien dit het geval zou zijn geweest, had als duurzaamheidsoplossing reparatie van het toestel aangedragen kunnen worden.

Volgens Loos kan eveneens worden aangesloten bij de afschrijvingslijsten van verzekeraars.[62] Uit deze lijsten blijkt dat verzekeraars smartphones afschrijven van twee tot vier jaar oud, afhankelijk van merk en nieuwprijs. De Consumentenbond lijkt in *Samsung/Consumentenbond* uit te gaan van een periode van vier jaar voor een telefoon van het merk Samsung, maar de rechter komt niet toe aan een beoordeling van dat standpunt.[63]

---

[56] P. KLIK, "Consumentenkoop van roerende zaken" in E.H. HONDIUS en V. MAK (red.), *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen, Uitgeverij Paris, 2020; C.E. DRION, "Een levensduurlijst voor producten", *NJB* 2015/295, afl. 6; G.J. RIJKEN, "Garanties bij consumentenkoop: neem de gemiddelde levensduur als (sub)maatstaf!", *NTBR* 2007/31, afl. 6.

[57] *Parl.Gesch.* BW, Inv. 3, 5 en 6 Boek 7, titels 1, 7, 9 en 14, p. 121; M.B.M. LOOS, *Consumentenkoop*, Deventer, Kluwer, 2019, nr. 30.

[58] Rb. Amsterdam 8 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4197, r.o. 6, m.nt. V. MAK.

[59] www.technieknederland.nl/onze-leden/waar-staan-onze-leden-voor/gebruiksduurverwachting (geraadpleegd op 10 december 2021).

[60] Bv.www.degeschillencommissie.nl/uitspraken/ondernemer-hanteert-reele-herstelkosten-voor-defecte-televisie; www.degeschillencommissie.nl/uitspraken/defect-na-verstrijken-garantietermijn-had-consument-niet-hoeven-te-verwachten-klacht-gegrond.

[61] www.consumentenbond.nl/test/elektronica/levensduur-digitale-producten (geraadpleegd op 10 december 2021).

[62] M.B.M. LOOS, *Legal opinion bij Consumentenbond/Samsung*, te vinden op www.consumentenbond.nl/binaries/content/assets/cbhippowebsite/actie-voeren/updaten/legal-opinion-loos--low-res.pdf (geraadpleegd op 10 december 2021).

[63] Rb. Den Haag 30 mei 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6310, r.o. 3.1 en 4.16 (*Consumentenbond/Samsung*).

In de casus van Apple, zoals deze is behandeld in Italië, ondervonden consumenten de negatieve effecten van de update in december 2017 en werden de modellen van de getroffen telefoons verkocht van september 2014 tot uiterlijk september 2018. Gelet op de handvatten bij het bepalen van de levensduur van smartphones zou een deel van deze consumenten geen remedie kunnen uitoefenen, omdat de periode waarin zij mochten verwachten dat de smartphone geschikt is voor normaal gebruik is verstreken. Indien bijvoorbeeld de levensduurlijst van Techniek Nederland strikt wordt toegepast, zouden consumenten die hun iPhone hebben aangeschaft vóór december 2015 mogelijk achter het net vissen.

Daarbij moet worden opgemerkt dat ook normale slijtage van (onderdelen van) een zaak zich in de praktijk voordoet; een consument mag niet verwachten dat een zaak gedurende zijn levenscyclus nooit enige reparatie behoeft of dat bepaalde onderdelen nooit vervangen hoeven te worden.[64] Hierbij wordt wel onderscheid gemaakt tussen gebreken aan onderdelen die aan normale slijtage onderhevig zijn (zgn. 'slijtageonderdelen') en gebreken aan onderdelen die niet met normale slijtage te maken krijgen. Een fiets gaat jaren mee, maar de banden slijten door het contact met het wegdek. Dat de banden na een bepaald aantal kilometers moeten worden vervangen, betekent niet dat de fiets non-conform is: de consument moet de banden – indien deze lang genoeg meegingen – op eigen kosten vervangen.[65] Ook de batterij van een smartphone presteert minder naarmate deze meer wordt gebruikt,[66] en mogelijk kan (en mag) de consument niet verwachten dat de batterij gedurende de gehele levensduur van de telefoon niet degradeert.

2.2.3. Bewijspositie en remedies

Bij consumentenkoop wordt vermoed dat de zaak bij aflevering niet aan de overeenkomst heeft beantwoord indien de afwijking van het overeengekomene zich binnen een termijn van zes maanden voordoet (art. 7:18, lid 2 BW),[67] maar een smartphone zal het doorgaans (ruim) langer volhouden dan deze termijn, zodat de consument zich slechts in uitzonderlijke gevallen in deze gunstige bewijspositie bevindt. Na afloop van deze termijn moet de consument zelf aantonen dat het gebrek reeds aanwezig was op het moment van risicooverganг. Volgens Mak is dit een lastig punt, maar kan de consument best ver komen indien geen gebruiksschade aan de telefoon zichtbaar is en het om een technisch probleem gaat.[68] Een gebruiksobject als een mobiele telefoon zal na verloop van tijd echter vaak wel enige schade oplopen; de smartphone met een ster in het glas van het scherm is een veel gezien fenomeen. Hoewel een beschadiging van het scherm geen effect heeft op de prestaties van de batterij, zal het de consument wellicht niet ondersteunen bij de stelling dat hij op normale wijze met het apparaat is omgegaan.

[64] Bij de oordelen van de Geschillencommissies zijn van dergelijke casus te vinden: www.degeschillencommissie.nl/uitspraken/defect-wasmachine-ontstaan-na-verlopen-garantietermijn-ondernemer-hoeft-het-niet-kosteloos-te-repareren en www.degeschillencommissie.nl/uitspraken/product-slijt-in-de-tijd-machine-lijdt-niet-aan-gebrek (geraadpleegd op 10 december 2021).
[65] Ten aanzien van een gasfornuis: www.degeschillencommissie.nl/uitspraken/consument-kan-niet-verwachten-dat-dat-een-apparaat-gedurende-de-gehele-levensduur-geen-gebreken-gaat-vertonen-bepaalde-onderdelen-zijn-aan-slijtage-onderhevig-geen-sprake-van-non-conformiteit (geraadpleegd op 10 december 2021).
[66] Zie o.a. K. TAKENO, M. ICHIMURA, K. TAKANO en J. YAMAKI, "Influence of cycle capacity deterioration and storage capacity deterioration on Li-ion batteries used in mobile phones", *Journal of Power Sources*, vol. 142, iss. 1-2, p. 298-305.
[67] Vanaf 1 januari 2022 is dit een jaar (art. 7:18a, lid 2 BW).
[68] V. MAK, annotatie bij Rb. Amsterdam 8 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4197, *TvC* 2017, afl. 4, p. 185.

Indien sprake is van non-conformiteit heeft de consument primair vervanging en herstel en, indien dat niet mogelijk is, secundair ontbinding van de overeenkomst en prijsmindering als remedies (art. 7:21 en 7:22 BW), eventueel met een aanvullende schadevergoeding (art. 7:24, lid 1 BW). Ten aanzien van de vervanging heeft de consument in de casus van Apple geruime tijd genoten van zijn toestel; indien de consument een volledig nieuw apparaat zou ontvangen, kan worden beargumenteerd dat hij in een betere positie verkeert dan op het moment dat de overeenkomst correct zou zijn nagekomen.[69] Afgevraagd kan worden of de verkoper in dat geval een gebruiksvergoeding kan vragen ter compensatie. In *Quelle* beantwoordt het Hof van Justitie deze vraag ontkennend,[70] maar in de Nederlandse literatuur wordt daar wel ruimte voor gezien in bijzondere gevallen.[71] Feit blijft echter dat met het oog op de duurzaamheid herstel te verkiezen is boven vervanging. Ten aanzien van herstel overweegt Mak dat veel verkopers vragen om een vergoeding bij reparatie, en dat het lastig is aan te tonen dat het gebrek niet is veroorzaakt door slijtage of verkeerd gebruik als de consument het toestel al langere tijd in gebruik heeft.[72] Exemplarisch voor een dergelijke verdeling van de herstelkosten is de overweging van de Geschillencommissie Elektro ten aanzien van een defecte wasmachine, waarin ze stelt dat de reparatie van een slijtageonderdeel dat kapotging na 61 maanden niet volledig voor rekening van de verkoper komt, ook al heeft het apparaat volgens de tabel van Techniek Nederland een levensduur van 84 maanden. De Commissie acht het billijk om in dat geval 61/84 van de reparatiekosten voor rekening van de consument te laten komen.[73]

Indien vervanging en herstel niet mogelijk zijn, niet van de verkoper kunnen worden gevergd of de verkoper zijn verplichtingen niet binnen een redelijke termijn en zonder ernstige overlast nakomt, kan de consument de overeenkomst ontbinden of de prijs minderen in evenredigheid met de mate van afwijking van het overeengekomene (art. 7:22, lid 1 BW). Wellicht dat een kleine (maar hinderlijke) afwijking na verloop van tijd, zoals een merkbare vertraging na twee jaar, geen gehele ontbinding rechtvaardigt, maar eerder een gedeeltelijke ontbinding die de vorm aanneemt van een prijscorrectie.[74] Daarbij is het mogelijk lastig te bepalen wat de omvang van die correctie moet zijn.[75]

3. CASUS TESLA

In 2019 klaagt een aantal Teslarijders dat hun auto plotseling over een kleinere actieradius beschikt. Een eigenaar had de batterijcapaciteit van de laatste 100.000 mijl bijgehouden en constateerde dat de geschatte actieradius van zijn Model S in vijf weken met 11 % afnam.[76]

[69] M.B.M. LOOS, *Consumentenkoop*, Deventer, Kluwer, 2019, nr. 37.
[70] HvJ EU 17 april 2008, ECLI:EU:C:2008:231, *NJ* 2008/382, m.nt. M.R. MOK (*Quelle*).
[71] O.a. ASSER/HIJMA *7-I* 2019/558.
[72] V. MAK, annotatie bij Rb. Amsterdam 8 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4197, *TvC* 2017 afl. 4, p. 185; zie ook J. HIJMA, "Consument en non-conformiteitsbewijs', *TvC* 2013, afl. 6, p. 257-261; deze problematiek speelt in brede zin ook bij *planned obsolescence*, zie o.a. S. WRBKA, "Warranty Law in cases of planned obsolescence – The Austrian situation", *EuCML* 2/2017, p. 67-76.
[73] www.degeschillencommissie.nl/uitspraken/defect-wasmachine-ontstaan-na-verlopen-garantietermijn-ondernemer-hoeft-het-niet-kosteloos-te-repareren (geraadpleegd op 10 december 2021).
[74] ASSER/HIJMA *7-I* 2019/714-715.
[75] Zie hierover o.a. ASSER/HIJMA *7-I* 2019/716.
[76] www.electrek.co/2021/05/24/tesla-found-guilty-throttling-charging-speed-asked-pay-16000-thousands-owners (geraadpleegd op 10 december 2021).

Vanaf het moment van de update is een scherpe daling van de actieradius waarneembaar. Bron: electrek.co/2021/05/24/tesla-found-guilty-throttling-charging-speed-asked-pay-16000-thousands-owners.

Tevens wordt geklaagd over een afname in de snelheid waarmee de batterij van de auto wordt opgeladen. De prestatievermindering is, naar verluidt, het gevolg van software-updates van Tesla (2019.16.1 en 2019.16.2) die effect hebben op oudere modellen van de Model S en X met 85 kWh-batterijen.[77] Deze modellen zijn gemaakt tot en met 2016. Tesla bevestigt dat het inderdaad een update naar deze auto's heeft verstuurd die deze prestatievermindering tot gevolg heeft. Volgens het bedrijf had de update tot doel de batterij te beschermen en de levensduur van de batterij te verlengen. Over de impact stelt Tesla dat de verminderde actieradius slechts geldt voor een klein percentage bezitters.[78] De Noorse *forliksråd* te Oslo oordeelde in december 2021 dat Tesla de 31 bij de rechtszaak aangesloten bezitters van de door de update getroffen auto's voor omgerekend ongeveer 13.000 euro diende te compenseren.[79] Of deze boete standhoudt, is nog niet te zeggen: de *forliksråd* is de laagste civiele instantie in Noorwegen en een zitting in een *forliksråd* is minder formeel en minder uitgebreid dan een zitting in de andere rechtbanken. Ook heeft Tesla aangegeven in beroep te gaan. In mei van 2021 veroordeelde dezelfde *forliksråd* Tesla reeds bij verstek tot een iets hogere compensatie,[80] maar omdat Tesla kennelijk niet op de hoogte was van dat proces is dit overgedaan.[81]

De casus van Apple en Tesla vertonen een sterke gelijkenis. In beide gevallen stuurt de fabrikant een update naar de zaak die de prestaties ervan in negatieve zin beïnvloedt. De reden voor deze updates is dat een onderdeel van de zaak, de batterij, moet worden beschermd. In het geval van de updates die Apple stuurde naar de modellen van de iPhone 6 (en varianten daarvan) lijkt de casus complexer dan in het geval van Tesla, omdat in die eerste specifieke situatie de uitvallen (mede) te maken hadden met een upgrade naar een nieuw besturingssysteem dat een verouderde batterij in de oude modellen kennelijk niet afdoende kon faciliteren. Zo heeft Apple die problemen kennelijk, ten minste deels, zelf

[77] electrek.co/2019/06/20/tesla-battery-range-drop-software-update-longevity (geraadpleegd op 10 december 2021).
[78] electrek.co/2021/05/24/tesla-found-guilty-throttling-charging-speed-asked-pay-16000-thousands-owners (geraadpleegd op 10 december 2021).
[79] www.nettavisen.no/okonomi/tesla-domt-i-retten-risikerer-milliardutbetaling-til-norske-elbil-eiere/s/12-95-3424130203 (geraadpleegd op 10 december 2021).
[80] Te lezen op www.bilklager.no/2021/05/20/tesla-saksokes-i-danmark-pa-grunn-av-lang-ladetid-i-norge-er-de-allerede-domt (geraadpleegd op 10 december 2021).
[81] electrek.co/2021/12/01/tesla-guilty-throttling-charging-speed-pay-owners-retrial (geraadpleegd op 10 december 2021).

veroorzaakt. Desalniettemin is de argumentatie in de casus van Apple relevant voor de casus van Tesla.

Ten aanzien van de oneerlijke handelspraktijken moest Apple volgens de AGCM en de bestuursrechter bij het versturen van de update de consument 1) informeren over de negatieve effecten van de update, 2) informeren over de essentiële eigenschappen van de batterij, zoals de gemiddelde levensduur en verouderingsfactoren, de wijze van onderhoud en controle en vervanging, en hem vervolgens 3) de keuze laten om de update te installeren of niet. Uit de casus van Tesla blijkt dat het bedrijf de consument in elk geval niet, althans niet tijdig, heeft geïnformeerd over de mogelijk nadelige effecten van de update en dat de consument dientengevolge geen geïnformeerde keuze heeft kunnen maken tussen het ofwel niet-updaten van zijn auto met een mogelijk risico voor de batterij ofwel het wel updaten met als effect dat de actieradius wordt verkleind en de laadsnelheid wordt verminderd. Voor deze geïnformeerde keuze is tevens vereist dat de consument beschikt over afdoende informatie omtrent de levensduur en de status van de batterij in de auto. Ook volgt uit de Italiaanse overwegingen in de casus van Apple dat Tesla de consument hierin een vrije keuze moet laten en de update niet mag 'opdringen', bijvoorbeeld door de consument herhaaldelijk en onophoudelijk te verzoeken de update te installeren. Als deze praktijken worden gekwalificeerd als oneerlijk, ligt een schadevergoeding voor de hand. Het is aldus voorstelbaar dat Tesla met argusogen kijkt naar de collectieve acties die de bij Euroconsumers aangesloten consumentenbelangenbehartigers zijn gestart jegens Apple.

Ten aanzien van de non-conformiteit spelen bij de updates van Tesla grotendeels dezelfde knelpunten als bij Apple. Ten eerste moet het gebrek voor de risico-overgang (in de kiem) in de zaak aanwezig zijn. Het versturen van de update die de actieradius verkleint en de laadsnelheid vertraagt, kan op zichzelf niet tot non-conformiteit leiden indien de auto bij risico-overgang niet gebrekkig was. Dat de update nodig is om de batterij te beschermen, maakt dat de update mogelijk het 'eigenlijke' gebrek van een ontoereikende batterij verbloemt. Daarbij spelen dezelfde overwegingen als bij de casus van Apple: wat mag de consument verwachten van de prestaties van de auto en de batterij (en de degradatie daarvan), en in het bijzonder van de actieradius en de laadsnelheid? Bij de beoordeling is het mogelijk relevant dat een Tesla meer functies heeft dan een 'gewone' auto. De Tesla beschikt over allerlei *gimmicks* zoals een 'dog mode' en 'Caraoke',[82] maar ook over serieuzere functies zoals de autopilot.[83] In de casus van Tesla is het effect van de update beperkt tot de capaciteit en de laadsnelheid van de batterij, maar niet ondenkbaar is dat, net als in de casus van Apple, een update of een upgrade in de toekomst een negatief effect heeft op andere functies, wat de beoordeling mogelijk complexer maakt. Voorts is het ook in de casus van Tesla voor de consument mogelijk een lastige opgave om (na het verstrijken van de termijn waarin de bewijslast wordt omgekeerd) te bewijzen dat het gebrek reeds in de kiem in het voertuig aanwezig was op het moment van risico-overgang en niet is ontstaan door normale slijtage of verkeerd gebruik.[84] Bij het zoeken naar handvatten voor deze beoordeling is het verschil met de casus van Apple dat er meer jurisprudentie is omtrent de non-conformiteit van (tweedehands)auto's.[85] Een mogelijke verklaring hiervoor is dat een auto doorgaans duurder is dan een smartphone en een uitgang naar de rechter dientengevolge eerder kan. De groeiende populariteit van de Tesla, en de elektrische auto in het

[82] Zie bv. mashable.com/article/coolest-tesla-features (geraadpleegd op 10 december 2021).
[83] Voor wat kan worden verwacht van de autopilot, gelet op de mededelingen van Tesla daarover, zie Rb. Amsterdam 17 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:972, r.o. 4.5-4.10.
[84] Zoals in Rb. Limburg 24 juni 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:4572, r.o. 4.26.
[85] HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2410 (*Gomes/Westminster Rental*); Hof 's-Hertogenbosch 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3601; Rb. Haarlem 27 april 2019, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ6267; Rb. Oost-Brabant 7 maart 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:1335.

algemeen, zal mogelijk meer jurisprudentie doen ontstaan, bijvoorbeeld over de conformiteit van de batterij.[86]

4. CONCLUSIE

In deze bijdrage is aan de hand van een vergelijking van de casus van Apple en Tesla verkend of de consument een remedie kan uitoefenen in gevallen waarin de fabrikant via een software-update de prestaties van de zaak vermindert ter bescherming van de hardware.

Ten aanzien van de oneerlijke handelspraktijken is in de praktijk een geval bekend waarin het herhaaldelijk en onophoudelijk aan de consument aanbieden van een functiebeperkende update werd gekwalificeerd als een agressieve handelspraktijk. Een prestatievermindere update kan niet aan de consument worden 'opgedrongen': hij moet de keuze hebben om de update wel of niet te installeren. Dit kan alleen indien de fabrikant de consument informeert over het feit dat de update de prestaties van de zaak kan verminderen. Het achterhouden van deze informatie is door de Italiaanse toezichthouder en bestuursrechter gekwalificeerd als een misleidende omissie. In dit verband is in de zaak van Apple tevens geoordeeld dat de fabrikant bij de informatievoorziening over de batterijen rekening dient te houden met hetgeen de consument nodig heeft om een beslissing te nemen over zowel de aankoop van een toestel met een lithium-ionbatterij als de opportuniteit en het gemak van vervanging van alleen de batterij in plaats van de gehele zaak. Het achterhouden van deze informatie kan de consument misleiden bij zowel zijn aankoopbeslissing als bij zijn beslissing om het product te vervangen. Of het vertragen van een zaak door middel van een update *an sich* ook in strijd is met de professionele toewijding is in de praktijk nog niet getest en volgens de (schaarse) literatuur is de toepassing van de hoofdnorm uit de Richtlijn OHP problematisch. Hieruit volgt dat de fabrikant wellicht niet oneerlijk handelt indien hij de consument de geïnformeerde keuze laat of hij de vertragende update wil installeren. Mogelijk is de vrije, geïnformeerde keuze die volgt echter van beperkte betekenis: de afweging verschuift van de fabrikant naar de consument: of updaten en de functies van de zaak beperken, of niet-updaten en de hardware riskeren. In het bijzonder in gevallen waarin de consument toch al teleurgesteld is in de levensduur van zijn apparaat bieden de oneerlijke handelspraktijken onder die omstandigheden niet direct soelaas. Hiervoor lijken leerstukken als non-conformiteit meer voor de hand te liggen.

De non-conformiteit kan een basis vormen voor een remedie in gevallen waarin de fabrikant de prestatie van een zaak vermindert door middel van een update, maar slechts in gevallen waarin het gebrek reeds bij risico-overgang (in de kiem) in de zaak zat. Als de update wordt doorgevoerd ter bescherming van de hardware, zoals een batterij, is die (mogelijk gebrekkige) component onderwerp van de beoordeling: de update verbloemt hier het 'eigenlijke' gebrek. Bij een complexe zaak met verschillende gebruiksfuncties is niet altijd makkelijk vast te stellen of een gebrek dermate ernstig is dat de zaak niet meer geschikt is voor normaal gebruik. Daarbij is bovendien niet duidelijk hoe lang de consument deze remedies kan uitoefenen: wat de consument mag verwachten van de levensduur van een zaak (en van bepaalde slijtagegevoelige componenten daarin) is niet telkens even evident. Daarnaast is het voor de consument (na het verstrijken van de termijn van bewijslastomkering) wellicht nog een hele opgave om te bewijzen dat het gebrek reeds in de kiem in de zaak aanwezig was bij de risico-overgang, en niet is ontstaan door normale slijtage of verkeerd gebruik.

[86] Zie ook de conclusie in J.J.A. BRASPENNING, "Uit de praktijk", *TvC* 2020, afl. 4, p. 234.

De casus van Apple en Tesla laten zien dat de invloed die een fabrikant op ieder moment kan uitoefenen op een zaak de positie van de consument onder druk zet. Fabrikanten konden altijd al via designkeuzes en de timing waarmee zij nieuwe modellen introduceerden de prestaties van de zaak en het koopgedrag van de consument beïnvloeden, maar met de opkomst van zaken met een softwarecomponent en netwerkcapaciteiten is daar de update (en de upgrade) als instrument bijgekomen. Aandacht voor wat de fabrikant met dit instrument moet doen (veiligheidsupdates sturen) was er al, maar de aandacht voor wat de fabrikant moet laten, is pas recenter opgekomen. Dientengevolge is er in de rechtspraak en in de literatuur amper ruimte voor ontwikkeling. Deze bijdrage beperkt zich tot de oneerlijke handelsprakijken en non-conformiteit, maar ook kan worden onderzocht in welke gevallen en onder welke omstandigheden leerstukken als dwaling, bedrog en de onrechtmatige daad een grondslag voor een remedie kunnen vormen. Daarbij is het mogelijk interessant om te onderzoeken of de fabrikant via artikel 3:296 van het Burgerlijk Wetboek kan worden gedwongen zich ervan te weerhouden vertragende updates te verzenden. Gezien de beperkte gevallen waarin de consument een remedie kan uitoefenen en de lastigheden daarbij, lijkt voorkomen in dit geval beter dan genezen.

Literatuur

ASSER/HIJMA *7-I* 2019
J. HIJMA, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel I. Koop en ruil*, Deventer, Wolters Kluwer, 2019.

BERLEE, *MvV* 2018, afl. 7-8, p. 255-261
A. BERLEE, "Op afstand bestuurbaar eigendom", *MvV* 2018, afl. 7-8, p. 255-261.

BRASPENNING, *TvC* 2020 afl. 4, p. 230-234
J.J.A. BRASPENNING, "Uit de praktijk", *TvC* 2020, afl. 4, p. 230-234.

DE FRANCESCHI, *EuCML* 6/2018, p. 217-221
A. DE FRANCESCHI, "Planned obsolescence challenging the effectiveness of consumer law and the achievement of a sustainable economy", *EuCML* 6/2018, p. 217-221.

DRION, *NJB* 2015/295, afl. 6
C.E. DRION, "Een levensduurlijst voor producten", *NJB* 2015/295, afl. 6.

HIJMA, *TvC* 2013 afl. 6, p. 257-261
J. HIJMA, "Consument en non-conformiteitsbewijs", *TvC* 2013, afl. 6, p. 257-261.

HONDIUS en MAK 2020
E.H. HONDIUS en V. Mak (red.), *Handboek Consumentenrecht*, Zutphen, Uitgeverij Paris, 2020.

KOOLHOVEN en HEEREMA 2018
R. KOOLHOVEN en E.L. HEEREMA, "Fighting planned obsolescence or 'the lightbulb conspiracy' as an unfair commercial practice: For a circular economy" in M.M. CARVALHO (red.), *Law and Technology: E.Tec Yearbook* 2018, p. 27-56.

LOOS 2019
M.B.M. LOOS, *Consumentenkoop*, Deventer, Kluwer, 2019.

MAGGIOLINO, *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 50, iss. 4, p. 405-407
M. MAGGIOLINO, "Planned obsolescence, A strategy in Search of Legal Rules", *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 50, iss. 4, p. 405-407.

MAK, *TvC* 2017 afl. 4, p. 183-187
V. MAK, annotatie bij Rb. Amsterdam 8 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4197, *TvC* 2017, afl. 4, p. 183-187.

MALINAUSKAITE en BUĞRA ERDEM, *Oxford Journal of Legal Studies* 2021, Vol. 00, No. 0, p. 1-31
J. MALINAUSKAITE en F. BUĞRA ERDEM, "Planned Obsolescence in the Context of a Holistic Legal Sphere and the Circular Economy", *Oxford Journal of Legal Studies* 2021, vol. 00, nr. 0, p. 1-31.

MICHEL, *Consumentenrecht/Droit de la Consommation* 2020, vol. 2020, iss. 1, p. 86-92
A. MICHEL, "Actualité sur le droit de la consommation en matière d'obsolescence prématurée", *Consumentenrecht/Droit de la Consommation*, vol. 2020, iss. 1, p. 86-92.

PAVILLON 2011
C.M.D.S. PAVILLON, *Open normen in het Europees consumentenrecht: de oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Deventer, Kluwer, 2011.

PAVILLON en TIGELAAR, *Contracteren* 2018/3, p. 71-79
C.M.D.S. PAVILLON en L.B.A. TIGELAAR, "Vernietiging van de overeenkomst bij een oneerlijke handelspraktijk: een hanteerbare sanctie?", *Contracteren* 2018/3, p. 71-79.

PAVILLON en VAN BOOM 2021
C.M.D.S. PAVILLON en W.H. VAN BOOM, *Privaatrechtelijke bescherming herijkt*, Zutphen, Uitgeverij Paris, 2021.

RIJKEN, *NTBR* 2007/31, afl. 6
G.J. RIJKEN, "Garanties bij consumentenkoop: neem de gemiddelde levensduur als (sub) maatstaf!", *NTBR* 2007/31, afl. 6.

SLADE 2007
G. SLADE, *Made to Break: technology and obsolescence in America*, Cambridge, Harvard University Press, 2007.

TAKENO, ICHIMURA, TAKANO en YAMAKI, *Journal of Power Sources*, vol. 142, iss. 1-2, p. 298-305
K. TAKENO, M. ICHIMURA, K. TAKANO en J. YAMAKI, "Influence of cycle capacity deterioration and storage capacity deterioration on Li-ion batteries used in mobile phones", *Journal of Power Sources*, vol. 142, iss. 1-2, p. 298-305.

VALK, *WPNR* 2010/6868, p. 949-957
W.L. VALK, "Stellen en bewijzen in gevallen van dwaling en non-conformiteit (II, slot)", *WPNR* 2010/6868, p. 949-957.

VERKADE 2016
D.W.F. VERKADE, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten*, Deventer, Wolters Kluwer, 2016.

WISSINK 2020
M.H. WISSINK, “Focus op nietigheid en algemene voorwaarden” in *Sluitertijd*, Deventer, Wolters Kluwer, 2020.

WRBKA, *EuCML* 2/2017, p. 67-76
S. WRBKA, “Warranty Law in cases of planned obsolescence – The Austrian situation”, *EuCML* 2/2017, p. 67-76.

Jurisprudentie

Europa
HvJ EU 17 april 2008, ECLI:EU:C:2008:231 (*Quelle*)

Italië
T.A.R. Lazio (Sez. I), 20 februari 2020, ECLI:IT:TARLAZ:2020:2245SENT
T.A.R. Lazio (Sez. I), 20 mei 2020, ECLI:IT:TARLAZ:2020:5736SENT

Nederland
HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD2410 (*Gomes/Westminster Rental*)

Hof ’s-Hertogenbosch 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3601

Rb. Amsterdam 8 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4197
Rb. Den Haag 30 mei 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:6310 (*Consumentenbond/Samsung*)
Rb. Oost-Brabant 7 maart 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:1335
Rb. Haarlem 27 april 2019, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ6267
Rb. Limburg 24 juni 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:4572
Rb. Amsterdam 17 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:972

Uitspraken Geschillencommissies
www.degeschillencommissie.nl/uitspraken/ondernemer-hanteert-reele-herstelkosten-voor-defecte-televisie

www.degeschillencommissie.nl/uitspraken/defect-na-verstrijken-garantietermijn-had-consument-niet-hoeven-te verwachten-klacht-gegrond

www.degeschillencommissie.nl/uitspraken/defect-wasmachine-ontstaan-na-verlopen-garantietermijn-ondernemer-hoeft-het-niet-kosteloos-te-repareren

www.degeschillencommissie.nl/uitspraken/product-slijt-in-de-tijd-machine-lijdt-niet-aan-gebrek

www.degeschillencommissie.nl/uitspraken/consument-kan-niet-verwachten-dat-dat-een-apparaat-gedurende-de-gehele-levensduur-geen-gebreken-gaat-vertonen-bepaal-de-onderdelen-zijn-aan-slijtage-onderhevig-geen-sprake-van-non-conformiteit

Noorwegen
Forliksråd Oslo, 17 mei 2021 (*Tesla*)

DEEL IV.
FUNDAMENTELE HERIJKING VAN HET PRIVAATRECHT

HET GOEDERENRECHT ALS GEDIFFERENTIEERD RECHTSSYSTEEM

Sjef VAN ERP
Emeritus Hoogleraar Maastricht University
Visiting Professor Trento University

1. De eenzijdige 19de-eeuwse blik op het goederenrecht 179
2. Breuklijnen van de 21ste eeuw 182
3. Een nieuw dubbelgelaagd ('two tier') rechtssysteem: gedifferentieerd recht 185
4. "Toegang" als voorbeeld van gedifferentieerd recht 189
5. Concluderende opmerkingen 191

1. DE EENZIJDIGE 19DE-EEUWSE BLIK OP HET GOEDERENRECHT

Het goederenrecht dat we thans nog kennen, is ontwikkeld tegen de achtergrond van de maatschappij zoals deze in de 19de eeuw bestond:[1] een in veel opzichten nog agrarische samenleving, waarin land het meest belangrijke vermogensbestanddeel was. Centraal stond de gezeten burger die landeigenaar was. In zo'n maatschappij zijn vermogensbestanddelen vooral van fysieke aard. In de periode daarvoor kon dat ook anders zijn, omdat in de tijd voor de Franse Revolutie handel in ambten en heerlijkheden mogelijk was, anders gezegd: handel in onlichamelijke goederen.[2] De Franse Revolutie had daar echter een eind aan gemaakt. Dit betekende dat toen op het Continent van Europa het goederenrecht werd gecodificeerd op basis van de systematiek van het Romeinse recht, zoals toegepast tegen de achtergrond van het gewoonterecht, zaken (fysieke goederen) en dan met name onroerende zaken, het primaire object vormden van het goederenrechtelijk begrip eigendom. In het Nederlandse oud Burgerlijk Wetboek (OBW) werd eigendom dan ook in artikel 625 gedefinieerd als "Eigendom is het regt om van eene zaak het vrij genot te hebben en daarover op de volstrekste wijze te beschikken, mits men er geen gebruik van make, strijdende tegen de wetten of de openbare verordeningen, daargesteld door zoodanige magt, die daartoe volgens de Grondwet, de bevoegdheid heeft, en mits men aan de regten van anderen geen hinder toebrenge; alles behoudens de onteigening ten algemeenen nutte tegen behoorlijke schadeloosstelling." Hierbij dient wel bedacht te worden dat in het oud Burgerlijk Wetboek de begrippen "zaak" en "goed" het omgekeerde betekenden ten opzichte van het nieuw Burgerlijk Wetboek. Artikel 555 oud Burgerlijk Wetboek omschrijft zaken als volgt: "De wet verstaat door zaken alle goederen en regten welke het voorwerp van eigendom kunnen zijn." Daaraan voegt artikel 559 oud Burgerlijk Wetboek toe: "Zaken zijn ligcha-

[1] In eerdere publicaties heb ik erop gewezen dat het bestaande algemene goederenrecht nog sterk bepaald is door het klassieke, dat wil zeggen: 19de-eeuwse, privaatrechtelijke denken. Vgl. o.a. S. VAN ERP, "European Property Law: A Methodology for the Future" in R. SCHULZE en H. SCHULTE-NÖLKE (eds.), *European Private Law – Current Status and Perspectives*, München, Sellier European Law Publishers, 2011, p. 227 e.v.

[2] Een handel in posities en rechten die wij nu zouden kwalificeren als publiekrechtelijk van aard en die niettemin als privaatrechtelijk "goed" werden behandeld. Vanuit de huidige tijd gezien lijkt dit heel vreemd, maar bedacht dient te worden dat er geen scherp onderscheid werd gemaakt tussen publiek recht en privaatrecht. Men kan zich overigens de vraag stellen of privatisering van overheidsdiensten niet in wezen een omvorming van het publiekrechtelijke domein tot privaatrechtelijk te vermarkten goederen vormt. Zie A.S. de BLÉCOURT en H.F.W.D. FISCHER, *Kort Begrip van het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht*, Groningen, Wolters-Noordhoff, 1969, p. 226 alwaar de zogenaamde "heerlijke rechten" worden besproken.

melijk of onligchamelijk.". [3] Het is interessant om te zien dat in het oude Burgerlijk Wetboek hetgeen object van eigendom kon zijn veel breder werd geformuleerd dan onder het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Tegelijkertijd was ook duidelijk dat eigendom van een lichamelijke zaak andere bevoegdheden met zich meebracht dan eigendom van een onlichamelijke zaak (met name vorderingsrechten). Wat beide typen zaken gemeenschappelijk hadden, was dat er één recht was, te weten: eigendom, dat diens houder het maximum aan bevoegdheden verschafte over die betreffende zaak. We zien hier met andere woorden enerzijds dat het object van een goederenrechtelijk recht weliswaar een constituerend deel is van het recht als zodanig, maar dat het recht vervolgens zo breed is geformuleerd dat er in beginsel alle objecten onder zouden kunnen vallen. Het eerste aspect is vaak onderbelicht gebleven in studies over de *numerus clausus*, een van de basisprincipes van Westerse stelsels van goederenrecht naast het transparantiebeginsel (nader uitgewerkt in de vereisten van specialiteit en publiciteit, bezien ook in het licht van privacybescherming) en het beginsel van hiërarchie (regels om de onderlinge voorrang te bepalen).[4] Traditioneel wordt de *numerus clausus* gezien als het beginsel dat het aantal en de inhoud van goederenrechtelijke rechten beperkt. Daarmee wordt echter alleen de materiële functie beschreven. De *numerus clausus* heeft daarnaast een procedurele functie, omdat ook de wijze van ontstaan, overdracht en tenietgaan van goederenrechtelijke rechten wordt beperkt. De materiële functie van de *numerus clausus* gaat echter aanzienlijk verder dan ogenschijnlijk lijkt: het vastleggen van goederenrechtelijke rechten. Onderdeel daarvan is namelijk ook dat hiermee tegelijkertijd wordt beperkt wie subject en wat object van goederenrechtelijke rechten kan zijn. Rechtssubjecten zijn, klassiek gezien, natuurlijke personen en rechtspersonen. Dat leek tot voor relatief kort onomstreden tot de vraag opkwam of autonoom, eventueel met behulp van Kunstmatige Intelligentie, functionerende computersystemen en wellicht ook de natuur om ons heen niet eveneens gezien zouden kunnen worden als rechtssubject. Het eerste speelt met name bij zogenaamde "Decentralised Autonomous Organisations" (DAO's), het laatste betreft de juridische status van bijvoorbeeld een rivier of een berg. Er begint zich een tendens af te tekenen die in de richting gaat van het zowel DAO's als de natuur erkennen als rechtssubject.[5] Denkend vanuit het gesloten klassieke privaatrecht zou dit tot ver in de 20ste eeuw onbestaanbaar zijn geacht. Vergelijkbare, diepingrijpende, ontwikkelingen zien we eveneens met betrekking tot wat rechtsobject kan zijn. Daartoe behoren in ieder geval fysieke goederen en in sommige rechtsstelsels (vergelijk het oude Nederlandse BW) onlichamelijke goederen zoals vorderingsrechten. De inhoud van het recht wordt aldus niet alleen gekwalificeerd door het subject, maar ook door het object. Steeds duidelijker wordt dat de categorieën van rechtssubjecten en rechtsobjecten nauw zijn verbonden met hoe goederenrechtelijke rechten worden gedefinieerd. Met betrekking tot objecten is dat in het huidige Nederlandse Burgerlijk Wetboek, naar Duits voorbeeld, goed te

[3] Zie o.a. G. DIEPHUIS, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt*, Band VI, Groningen, Wolters, 1886, p. 14 e.v., p. 27. Vgl. ook E.M. MEIJERS, *Algemene Leer van het Burgerlijk Rech*t, Deel I, De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht, Leiden, Universitaire Pers, 1958, p. 266 e.v., waar de zakelijke rechten worden besproken vanuit een meer algemeen-theoretisch kader.

[4] Voor een meer uitvoerige analyse van het *numerus clausus*-beginsel, zie B. AKKERMANS, *The principle of numerus clausus in European property law*, Antwerpen, Intersentia, 2008 en T.H.D. STRUYCKEN, *De numerus clausus in het goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, met betrekking tot het transparantiebeginsel, zie A. BERLEE, *Access to personal data in public land registers: balancing publicity of property rights with the rights to privacy and data protection*, Den Haag, Eleven International Publishing, 2018, en betreffende het beginsel van hiërarchie, zie S. VAN ERP, "Fluidity of ownership and the tragedy of hierarchy. A sign of a revolutionary evolution?", *European Property Law Journal* 2015, p. 56.

[5] Zie de DAO law, zoals sinds 1 juli 2021 van kracht in de Amerikaanse staat Wyoming (Wyoming Statutes 17-31-101 tot 17-31-115), Section 17-31-103, (https://wyoleg.gov/Legislation/2021/SF0038) en de Model Law for Decentralized Autonomous Organizations (DAOs) van de Coalition of Automated Legal Applications (COALA, 2021), art. 2, te downloaden via https://coala.global/reports/. Met betrekking tot de natuur, zie Jan DARPÖ, "Can nature get it right?", *A Study on Rights of Nature in the European Context*, Study Requested by the JURI committee of the European Parliament (Brussels: European Parliament, 2021), p. 19 e.v.

zien.[6] Eigendom is daarin volgens artikel 5:1 Burgerlijk Wetboek "het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben". Zaken zijn volgens artikel 3:2 Burgerlijk Wetboek "de voor menselijke beheersing vatbare stoffelijke objecten". Kortom: eigendom is hier beperkt tot een recht op fysieke objecten; ten aanzien van niet-zaken (vermogensrechten) is men rechthebbende en daar is eigendom niet het meest omvattende recht. Ook in de benadering van eigendom onder het oud Burgerlijk Wetboek maakte het overigens wel degelijk verschil of het object een lichamelijke of een onlichamelijke zaak was. Sommige bepalingen met betrekking tot eigendom (ik noem als voorbeeld het burenrecht) waren door hun aard niet van toepassing op onlichamelijke zaken. Welke benadering men ook kiest, telkens zal de aard van het object de inhoud van het goederenrechtelijk recht mede bepalen. Wanneer de definitie een open beschrijving van rechtsobjecten geeft, zal differentiatie moeten plaatsvinden afhankelijk van het betreffende object. Ingeval de definitie beperkt is tot een bepaald object, zullen meerdere omschrijvingen van goederenrechtelijke rechten nodig zijn om ook de rechtstoestand van andere objecten te kunnen regelen. Hoe dan ook zal het echter noodzakelijk zijn dat de categorieën rechtsobjecten nooit volledig gesloten zijn, om de rechtsontwikkeling niet te hinderen. Een open definitie van eigendom als in het oud Burgerlijk Wetboek vermijdt dat risico door haar algemeenheid, nu deze een breed scala aan objecten omvat. De beperkende definitie van eigendom in het nieuw Burgerlijk Wetboek vereist daarentegen dat er in zekere zin compensatie moet plaatsvinden doordat in de omschrijving van de bevoegdheden van een niet-eigenaar/rechthebbende het object daarvan ("vermogensrecht") een open karakter krijgt.[7] In het nieuw Burgerlijk Wetboek is daarom de omschrijving van eigendom weliswaar een objectbeperkende definitie geworden, maar die wordt gecompenseerd door een open notie van vermogensrechten. Het is opvallend te noemen dat het nieuwe Belgische goederenrecht uiteindelijk meer gekozen lijkt te hebben voor de methode die in Nederland werd gevolgd onder het oude Burgerlijk Wetboek dan voor de benadering in het nieuwe Nederlandse Burgerlijk Wetboek. In tegenstelling tot Nederland, dat zich schaarde onder de vleugels van de Duitse dogmatische rechtsleer, blijft België daarmee behoren tot de Franse rechtssfeer waarin meer het ontwikkelen van open noties (en niet van gesloten begrippen) centraal staat.[8] Artikel 3.50 nieuw Belgisch Burgerlijk Wetboek luidt dan ook: "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." In artikel 3.7 nieuw Belgisch Burgerlijk Wetboek is te vinden wat voorwerp van eigendom kan zijn: "Zakelijke rechten kunnen betrekking hebben op alle goederen bedoeld in artikel 3.41, behoudens de beperkingen die voortvloeien uit de aard van het betrokken recht.", waarbij artikel 3.41 nieuw Belgisch Burgerlijk Wetboek bepaalt: "Goederen in de

[6] Ook de positie van dieren is aan het wijzigen. Zie art. 3:2a Nederlands BW ("Dieren zijn geen zaken.") en art. 3.39 nieuw Belgisch goederenrecht (zie voor het nieuwe Belgische recht https://justitie.belgium.be/nl/bwcc).

[7] Vgl. recentelijk M.H. REMMINK, "Het systeem van W. Snijders", *WPNR* 7334 (2021), p. 578 e.v. In de *Common Law*-traditie wordt eigendom ("ownership") vaak gedefinieerd als een bundel rechten. De differentiatie is daar als het ware geïncorporeerd in het recht zelf door dit te omschrijven als een geheel van "rights", "privileges", "powers" en "immunities", waarbij hij een onderscheid maakt tussen rechten waarbij slechts een beperkt aantal personen ("paucital rights") betrokken is en rechten waarbij een grotere groep personen is betrokken ("multital rights"). Zie W. NEWCOMB HOHFELD, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *Yale Law Journal* 1913, p. 16 e.v. en *Yale Law Journal* 1917, p. 710 e.v.; zie ook het "In memoriam Wesley Newcomb Hohfeld" in *Yale Law Journal* 1918, p. 166 e.v. Over deze "bundle of rights"-theorie is heel veel geschreven. Vgl. recentelijk het boek van R. WALSH, *Property rights and social justice, Progressive property in action*, Cambridge, Cambridge University Press, 2021, p. 78 e.v., waar ze spreekt over de "'bundle of rights' metaphor".

[8] Zie S. BAEYENS, "Ownership in the new Belgian property law", *European Property Law Journal* 2021, p. 56 e.v. en B. MAESCHAELCK, "Categorization of goods in the new Belgian property law", *European Property Law Journal* 2021, p. 46 e.v. De Nederlandse tekst van het nieuwe Belgische goederenrecht kan online worden gevonden via de volgende website, waar ook een stand van zaken is opgenomen met betrekking tot de hervorming van het Belgisch Burgerlijk Wetboek, https://justitie.belgium.be/nl/bwcc.

ruimste zin zijn alle voorwerpen die vatbaar zijn voor toe-eigening, met inbegrip van de vermogensrechten." En hiermee samenhangend kan in artikel 3.38 nieuw Belgisch Burgerlijk Wetboek worden gevonden wat begrepen moet worden onder "voorwerpen": "Voorwerpen, ongeacht of ze natuurlijk of kunstmatig, lichamelijk of onlichamelijk zijn, zijn te onderscheiden van dieren. Voorwerpen en dieren zijn te onderscheiden van personen." Het lijkt erop dat de Belgische wetgever enerzijds niet al te zeer heeft willen afwijken van de bestaande terminologie, maar anderzijds zich toch enigszins heeft laten leiden door de Nederlandse open benadering van vermogensrechten zonder, als reeds opgemerkt, de Franse rechtstraditie te verlaten. Zoals bij ieder nieuw wetboek zal pas blijken of het nieuwe recht voldoende robuust en toekomstbestendig is zodra rechters zich moeten buigen over de eerste geschillen die volgens dit nieuwe wetboek moeten worden beslecht.

2. BREUKLIJNEN VAN DE 21STE EEUW

De vraagstukken waarmee we nu geconfronteerd worden, zijn totaal anders dan de problemen die de ontwerpers van de wetboeken uit de 19de en 20ste eeuw voor ogen hadden. Zij werden vooral geconfronteerd met de gevolgen van de maatschappelijke omwenteling die de Franse Revolutie had veroorzaakt en daarnaast met het begin van de Industriële Revolutie. Het oude feodale systeem met zijn versplinterde goederenrechtelijke rechten werd vervangen door een vereenvoudigde en gestandaardiseerde benadering van het goederenrecht waarbij de *numerus clausus*, als vestingwerk rond de unitaire eigendom, het sluitstuk vormde. Vereenvoudiging en standaardisering maakten niet alleen codificatie mogelijk, maar ook de registratie van goederenrechtelijke rechten op onroerende zaken. Dat laatste heeft namelijk weinig zin als er een dusdanig grote diversiteit van in te schrijven rechten mogelijk is dat het voor derden te gecompliceerd en te kostbaar wordt om inhoud en strekking van deze rechten goed te kunnen beoordelen.[9] Het 19de-eeuwse goederenrecht gaat eigenlijk nog steeds uit van een agrarische maatschappij, waarin weliswaar ook handel wordt gedreven, maar zonder industriële massaproductie en zonder toenemende mobiliteit van personen zoals later de spoorwegen mogelijk zouden maken. De Industriële Revolutie, door het World Economic Forum inmiddels de eerste Industriële Revolutie genoemd, heeft de maatschappij echter grondig doen veranderen.[10] De daarna volgende industriële ontwikkelingen (toenemend gebruik van elektriciteit en de ontwikkeling van informatietechnologie), monden nu uit in een vergaande digitalisering van de maatschappij met haar hybride werkelijkheid waarbij de fysieke en de virtuele wereld in elkaar overlopen. De industriële ontwikkelingen zijn echter bepaald niet altijd een zegen. Onze leefomgeving staat onder toenemende druk als gevolg van klimaatverandering, mede als uitvloeisel van menselijk handelen zoals met name industriële activiteit. Sinds de jaren 1970 begint het besef te ontstaan dat er grenzen zijn aan de economische groei.[11] Het heeft toch nog enkele decennia geduurd voor dit besef werkelijk goed doordrong en de vraag werd gesteld hoe we grond en grondstoffen, huizen, auto's etc. dusdanig kunnen gaan gebruiken dat we een

[9] Daarbij dient bedacht te worden dat in de 19de en begin 20ste eeuw het raadplegen van onroerende zaakregisters in persoon diende te geschieden en handgeschreven uittreksels werden afgegeven. Nu deze registers tegenwoordig gedigitaliseerd zijn en online-inzage mogelijk is, waarbij gezocht kan worden via allerlei geavanceerde zoekstrategieën, eventueel ondersteund door Kunstmatige Intelligentie, heeft de noodzaak tot standaardisering aan waarde ingeboet. Tegelijkertijd zien we echter dat het gebruik van bepaalde nieuwe technologieën juist de behoefte aan standaardisering versterkt. Wanneer, bv., *blockchain*-technologie wordt gebruikt, waarbij onroerende zaaktransacties via aan elkaar geschakelde, onveranderbare, digitale eenheden ("blokken") plaatsvindt, is het van belang dat de uitvoering van die transacties zoveel mogelijk gestandaardiseerd is om complexe programmeerproblemen te vermijden.

[10] Zie K. SCHWAB, *The Fourth Industrial Revolution* (World Economic Forum), Genève, Portfolio, Penguin, 2017.

[11] D.L. MEADOWS, *Rapport van de Club van Rome: de grenzen aan de groei*, Utrecht en Antwerpen, Het Spectrum, 1972.

circulaire en daarmee een duurzame economie opbouwen. Het 19de- en 20ste-eeuwse goederenrecht, daar heeft Sagaert terecht op gewezen, is echter gebouwd op de gedachte dat de fysieke werkelijkheid oneindig is.[12] Daardoor kon de wetgever ook aan een enkele persoon, de eigenaar, het uitsluitend gebruik over een zaak toekennen in de vorm van een *usus*, een *fructus* en een *abusus*. Weliswaar is in 20ste-eeuwse constituties terug te vinden dat "Eigentum verpflichtet", zoals de Duitse Grondwet het formuleert in artikel 14, of dat eigendom gebonden is aan "principles of social justice", zoals de Ierse Grondwet dit bepaalt in artikel 43, maar ook deze grondwetten zijn, evenals het klassieke goederenrecht, nog opgesteld toen het besef dat de economische groei eindig was nog niet was doorgedrongen.[13] Wat eigendom onder deze omstandigheden betekent, vereist een opnieuw doordenken van wat we in het verleden aanvaardden. Ik zie daarin overigens niet, zo begrijp ik Sagaert, het ontstaan van een nieuw beginsel van goederenrecht, maar veeleer het formuleren van een nieuwe beleidskeuze. Voorbeelden van eerdere beleidskeuzen zijn de benadering van eigendom als een "droit inviolable et sacré" als gevolg van de Franse Revolutie, met als consequentie dat de oorspronkelijke eigenaar een hoge mate van bescherming dient te krijgen ten opzichte van diegenen die zich de eigendom wederrechtelijk toe-eigenen, en de Duitse nadruk op de principes van "Trennung" en "Abstraktion" als middel om derdenbescherming voorrang te geven en daarmee de handel te bevorderen.[14] In de *Common Law*-landen is een beleidskeuze om economisch belang waar nodig te beschermen door deze "in *Equity*" als juridisch belang te kwalificeren, in het bijzonder via het trustrecht.[15] Maar de beleidskeuze kan nog verder gaan. In Zuid-Afrika is er principieel voor gekozen om, teneinde onrecht veroorzaakt door apartheid ongedaan te maken, bescherming van eigendom

[12] V. SAGAERT, "The background and general principles of the new Belgian property law", *European Property Law Journal* 2021, p. 3 e.v., p. 23 e.v.

[13] Zie art. 14 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: "(1) Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt. (2) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen. (3) Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig. Sie darf nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt. Die Entschädigung ist unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Wegen der Höhe der Entschädigung steht im Streitfalle der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten offen." De gedachte van de sociaal gebonden eigendom is ook terug te vinden in art. 43 Ierse Gw., dat luidt: "1-1° The State acknowledges that man, in virtue of his rational being, has the natural right, antecedent to positive law, to the private ownership of external goods. 2° The State accordingly guarantees to pass no law attempting to abolish the right of private ownership or the general right to transfer, bequeath, and inherit property. 2-1° The State recognises, however, that the exercise of the rights mentioned in the foregoing provisions of this Article ought, in civil society, to be regulated by the principles of social justice. 2° The State, accordingly, may as occasion requires delimit by law the exercise of the said rights with a view to reconciling their exercise with the exigencies of the common good." Art. 43 Ierse Gw. is beïnvloed door de leer van de Rooms-Katholieke kerk, zie daarover R. WALSH, *Property rights and social justice*, p. 60/1. In Nederland is deze benadering van eigendom uitgewerkt in een studie door J.H. GILISSEN, *Eigendomsrecht en eigendomsplichten. Een onderzoek naar de leer omtrent het eigendomsrecht en de eigendomsplichten volgens de Weensche richtingen en Quadragesimo Anno*, Tilburg, Bergmans, 1946). Zie rechtshistorisch- rechtsvergelijkend over de sociale functie van de eigendom A. PARISE, *Ownership Paradigms in American Civil Law Jurisdictions, Manifestations of the Shifts in the Legislation of Louisiana, Chile, and Argentina (16th-20th Centuries)* (Leiden en Boston, Brill Nijhoff, 2017).

[14] Zie art. 17 Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen 1789: "La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité." Het Trennungsprinzip houdt, kort gezegd, in dat het verbintenissenrecht en het goederenrecht strikt gescheiden gebieden zijn en het Abstraktionsprinzip zet dit voort door het loskoppelen van onderliggende rechtsverhouding en overdracht. Zie J. FÜLLER, *Eingständiges Sachenrecht?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 112 e.v. en L.P.W. VAN VLIET, *Transfer of movables in German, French, English and Dutch law*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2000, p. 23 e.v.

[15] Op deze wijze kan bv., ook ingeval alleen de man naar *Common Law* de eigenaar van de echtelijke woning is, de vrouw toch een recht op de opbrengst bij verkoop van het huis worden gegeven wanneer zij door huishoudelijk werk heeft bijgedragen aan de aflossing van de hypothecaire lening. De beide echtelieden worden dan "beneficiaries" in het kader van een trust waar de man de "trustee" is. Vgl. de beslissing in de zaak-*Tinsley v. Milligan* [1993] 3 WLR 126. Meer algemeen over trustrecht, zie W. LOOF, *Of trustees and beneficial owners. An inquiry into the proprietary aspects of trusts and trust-like devices from a European private law perspective*, Maastricht, Datawyse, Universitaire Pers Maastricht, 2016, in het bijzonder p. 71 e.v.

af te wegen tegen andere belangen.[16] Een beleidskeuze beïnvloedt hoe de beginselen van goederenrecht (*numerus clausus*, transparantie en hiërarchie) worden toegepast. Door de beleidskeuze te maken dat we de sociale dimensie van eigendom sterker op de voorgrond willen stellen om te bereiken dat we op een andere manier met het object van eigendom omgaan, en wel aldus dat eigendom een minder absoluut en meer relatief karakter krijgt, geven we opnieuw richting aan de toepassing van de beginselen waarop het goederenrecht is gebaseerd. De studie van PARISE over het eigendomsparadigma in Zuid-Amerika laat dat zien.[17] Hoe fundamenteel het maken van deze beleidskeuze ook lijkt, de vraag is of en, zo ja, in hoeverre het recht op zich een effectieve bijdrage kan leveren aan het tegengaan van klimaatverandering. De werkelijke stresstest zal zijn of de samenleving bereid zal blijken in de nieuwe beleidskeuze mee te gaan. Daarbij komt dat klimaatverandering niet alleen onze directe leefomgeving beïnvloedt, maar ook die van anderen. Wanneer klimatologische veranderingen tot feitelijke onbewoonbaarheid van sommige delen van de aarde leiden, en die verwachting wordt door klimatologen uitgesproken, dan zullen er nog grotere migratiestromen ontstaan dan we nu soms al zien. De veranderingen die zulke migratiestromen oproepen, kennen we uit oorlogen en natuurrampen. We zullen dan niet alleen opnieuw onder ogen moeten zien dat het 19de-eeuwse privaatrecht is geschreven voor een maatschappij waarin vooral fysieke zaken, met name land en gebouwen, de meest waardevolle delen van een vermogen vormen, maar ook slechts adequaat kan functioneren in een stabiele maatschappij, dat wil zeggen een maatschappij waarin de sociaal-maatschappelijke relaties, politieke machtsverhoudingen en de economie zich geleidelijk en voorspelbaar binnen bestaande kaders ontwikkelen.[18] Massamigratie maakt daaraan een einde. Een voorbeeld zien we in situaties waarin we moeten constateren dat het toepassen van een wettelijke verjaringsregeling bij kwesties betreffende onteigening van Joodse eigendommen door de Duitse bezetter zelfs nu nog tot groot onrecht leidt. Hetzelfde geldt voor het blind toepassen van verjaringsregels om de gevolgen te regelen van het in bezit nemen van huizen die toebehoorden aan eigenaren die moesten vluchten door een burgeroorlog en nu worden bewoond juist door de bevolkingsgroep waarvoor men vluchtte. Weer een ander voorbeeld is het toepassen van de revindicatie, met een beroep op het fundamentele recht op bescherming van eigendom, in een situatie waarin bewoners in Zuid-Afrikaanse getto's wanhopig zoeken naar een plaats om te wonen en geen andere mogelijkheid zien dan braakliggend land te bezetten.[19] Deze, hier kort beschreven, ontwikkelingen zijn op zich al reden om het goederenrecht grondig te herijken. Maar met deze ontwikkelingen houdt het niet op. Naast wat er in onze fysieke leefomgeving gebeurt, zien we tegelijkertijd het ontstaan van een virtuele werkelijkheid in een gecodeerde wereld, waarin sociale media en de digitale economie zich in een welhaast niet te volgen snelheid hebben ontwikkeld. Sociale media en elektronische handel vormen niet alleen meer een parallelle wereld ten opzichte van onze fysieke omgeving, maar de beide werelden integreren inmiddels en vormen een hybride werkelijkheid. Daardoor ontstaan vragen over van wie nu de data in deze wereld zijn, hoe gegevens die betrekking hebben op ons als persoon adequaat beschermd kunnen worden, hoe om te gaan met cryptogoederen etc. Het object is hier opnieuw een enorm probleem, nu dit in de terminologie van het oud Burgerlijk Wetboek een onlichamelijke zaak, een onstoffelijk object is.

[16] Vgl. A. VAN DER WALT, *Property rights and hierarchies of power: a critical evaluation of land-reform policy in South Africa, Koers* (Bulletin vir Christelijke Wetenskap 1999), p. 259 e.v.
[17] A. PARISE, *Ownership Paradigms in American Civil Law Jurisdictions, Manifestations of the Shifts in the Legislation of Louisiana, Chile, and Argentina (16th–20th Centuries)*, Leiden en Boston, Brill Nijhoff, 2017.
[18] Zie in dit verband H. DAGAN in zijn recent verschenen boek *A Liberal Theory of Property* (Cambridge, Cambridge University Press, 2021), waar hij op p. 210 e.v. de impact van veranderingen op het goederenrecht bespreekt, tegelijkertijd benadrukkend dat een zekere mate van verandering altijd reeds geaccepteerd werd.
[19] Zie *Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers* (CCT 53/03) [2004] ZACC 7; 2005 (1) SA 217 (CC); 2004 (12) BCLR 1268 (CC) (1 oktober 2004).

Ervan uitgaande dat het rechtsobject, zoals inhoud gegeven vanuit de beginselen en de beleidskeuzen die aan het goederenrecht ten grondslag liggen, het goederenrechtelijk recht mede inhoud en richting geeft en daarmee kwalificeert, rijst de vraag hoe het goederenrecht met deze evolutionaire revolutie moet omgaan: wat is de betekenis en de functie van eigendom in een fysieke wereld die door klimaatverandering wordt bedreigd en in een virtuele wereld die uitsluitend bestaat uit niet-lichamelijke informatie neergelegd in digitale code?[20] Wat mij verontrust, is dat deze vragen heel vaak gescheiden worden bestudeerd en beantwoord.[21] Het lijkt alsof de problemen waarmee we nu worden geconfronteerd, zo fundamenteel en ook zo bedreigend zijn dat we niet in staat lijken ze geïntegreerd te benaderen. En integratie is volgens mij hard nodig, want de hybride wereld om ons heen bestaat uit een snel veranderende fysieke omgeving die we steeds meer vanuit een virtuele optiek benaderen. Om slechts één voorbeeld te noemen: boeken worden weliswaar steeds meer online via een webshop besteld, maar niet alleen online als e-boek geleverd; vaak worden ze als gedrukt boek thuisbezorgd. De vraag is nu hoe het goederenrecht aldus kan worden ontwikkeld dat het opnieuw voldoende structuur en inhoud geeft om een evenwichtig antwoord te geven op de vragen van nu.

3. EEN NIEUW DUBBELGELAAGD ('TWO TIER') RECHTSSYSTEEM: GEDIFFERENTIEERD RECHT

Rechtshistorisch-rechtsvergelijkend kunnen eerdere voorbeelden worden gevonden van rechtsstelsels die eveneens een fase hebben doorgemaakt waarin het bestaande recht een te beperkte, en daarmee ook beperkende, blik hadden en een niet adequaat richting gevend kader bleken te bieden. Opvallend daarbij is dat deze rechtssystemen fundamenteel veranderden door een extra laag te ontwikkelen naast het bestaande recht. Dit bestaande recht werd als zodanig intact gelaten, maar gecorrigeerd door het aan te vullen: een voorbeeld van een evolutie die uiteindelijk een revolutie bleek. Voorbeelden zijn in de eerste plaats het Romeinse recht en het Engelse recht. Het Romeinse recht ontwikkelde zich verder via het praetorische recht dat ontstond naast het oude "*ius civile*"; het Engelse recht ontplooide zich verder via de ontwikkeling van het *Equity*-recht, waarnaast het oude *Common Law* bleef bestaan. Maar het Romeinse en het Engelse recht zijn niet de enige historische voorbeelden. Een vergelijkbaar fenomeen deed zich voor in de rechtsstelsels op het Continent van Europa na de receptie van het Romeinse recht. Bestudering en toepassing daarvan leidde enerzijds tot een vorm van unificatie ("*ius commune*"), maar tegelijkertijd ook tot differentiatie.[22] De Continentale rechtsstelsels zijn namelijk een mengvorm gaan ontwikkelen van het reeds bestaande lokale (bv. Germaanse) recht en het gerecipieerd Romeinse recht. Een sprekend voorbeeld daarvan is het Romeins-Hollandse recht, dat vanuit privaatrechtelijk oogpunt werd beschreven door Hugo de Groot in zijn beroemde boek *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid*.[23] Dit Romeins-Hollandse recht is zich vervolgens in Zuid-Afrika weer gaan vermengen met het Engelse recht, waardoor het Zuid-Afrikaanse recht als een tweevoudig dubbelgelaagd rechtssysteem kan worden gezien: Romeins-Hollands recht, vermengd met uit *Common Law* en *Equity* bestaand Engels recht. Daarnaast

[20] Vergelijkbare vragen doen zich ook voor bij lichamelijke informatie neergelegd in DNA. Zie, o.a., L. UNDERKUFFLER, *The idea of property, its meaning and power*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 107 e.v.
[21] Een nog steeds boeiend pleidooi voor een maatschappelijk betrokken rechtsvinding, die ook complexe problemen niet uit de weg gaat, is te vinden in Schoordijks Tilburgse Diesrede uit 1972, *Oordelen en vooroordelen* in *Verspreid werk* van prof. mr. H.C.F. SCHOORDIJK, Deventer, Kluwer, 1991, p. 279 e.v.
[22] Vgl. over het *ius commune* P.L. NÈVE, "Ius commune oftewel 'gemeen recht': traduttore traditore?" in O.E. TELLEGEN-COUPERUS, P.L. NÈVE en J.W. TELLEGEN, *Tertium Datur, Drie opstellen aangeboden aan Prof. mr. J.A. Ankum*, Tilburg, Tilburg University Press, 1995, p. 3 e.v.
[23] H. DE GROOT, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid*, Leiden, Universitaire Pers Leiden, 1965, editie bewerkt door F. DOVRING, H.F.W.D. FISCHER en E.M. MEIJERS.

kennen we rechtssystemen waar, doordat staten deels hun soevereiniteit opgeven, er een gelaagde gezagsstructuur ontstaat met een aan iedere afzonderlijke laag toegekende eigen wetgevende bevoegdheid. Voorbeelden hier zijn federale staten en de Europese Unie. In een federale staat (het bekendste voorbeeld zijn de Verenigde Staten van Amerika, en in Europa de Duitse Bondsrepubliek en Zwitserland) hebben zowel de federatie als de deelstaten een eigen wetgevende competentie die in de Grondwet is vastgelegd. De Europese Unie kent ook een gelaagde structuur, zonder dat gesproken kan worden van een federatie, vastgelegd in de Europese verdragen.[24] De Europese lidstaten hebben namelijk op tal van terreinen (bv., zo komt telkens naar voren midden in de coronapandemie, de gezondheidszorg) hun bevoegdheden behouden, terwijl tegelijkertijd de Europese Unie zelf een autonome rechtsorde is. Al deze systemen tezamen heb ik eerder "two-tier" rechtssystemen genoemd, al ben ik mij ervan bewust dat meergelaagdheid een fenomeen is dat tal van facetten kent, zoals bijvoorbeeld de doorwerking van de internationale rechtsorde op het nationale recht.[25] De door mij genoemde voorbeelden hebben echter gemeenschappelijk dat een concrete casus beheerst wordt door meerdere rechtssystemen tegelijkertijd waarbij één systeem leidend is in die zin dat dit het andere systeem aanvult en corrigeert. Binnen die groep bestaat echter wel een principieel en ook belangrijk praktisch verschil tussen systemen waarbij de wetgever een leidende rol vervult en rechtstelsels waar deze rol toekomt aan de rechter. Een federaal systeem of het Europese recht kan zeker het bestaande recht van een deelstaat of een lidstaat aanvullen, maar zo'n systeem biedt niet de kans om, *in concreto*, los van wetgevende competentie, het recht ingrijpend aan te vullen of te corrigeren op grond van veranderende maatschappelijke opvattingen. Daartoe lenen zich de dubbelgelaagde systemen die we terugvinden in het Romeinse recht, het Engelse recht en de gemengde rechtssystemen uit de periode van het "*ius commune*" veel beter, juist omdat het nieuwe, concurrerende, rechtssysteem werd ontwikkeld door rechters. In deze rechtsstelsels kan men telkens een harde kern terugvinden, waarin het oorspronkelijke recht kan worden herkend. In het Romeinse recht is dat het "*ius civile*", in het Engelse recht het *Common Law* in een strikte betekenis, in de gemengde Continentale stelsels het oude recht van vóór de receptie van het Romeinse recht. In alle drie de rechtstradities raakte het bestaande recht versteend en reageerde het niet meer voldoende op een veranderende maatschappij. Dat leidde ertoe dat er zich naast het bestaande recht een parallel rechtssysteem ontwikkelde, in reactie op het bestaande recht. Dit laatste werd aldus aangevuld en gecorrigeerd. Dit gebeurde vooral door de rechter, in veel mindere mate door de wetgever. Dit parallelle rechtssysteem (*ius praetorium*, *Equity*, het gerecipieerde en geherinterpreteerde Romeinse recht) diende, en in het Engelse recht: dient, naast en soms tegenover het bestaande recht te worden geplaatst, terwijl uiteindelijk de rechterlijke beslissing een intellectuele samenvoeging van beide vormt.[26] De uitkomst was (en is) een samenvoeging, zonder dat gesproken kan worden van een fusie van *ius civile* en *ius praetorium*, van *Common Law* en *Equity* en van bestaand gewoonterecht en Romeins recht. Tegen deze achtergrond rijst uiteraard

[24] Het gaat hier om het Verdrag betreffende de Europese Unie, het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Atoomenergie. Daarnaast dient ook het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie te worden genoemd.

[25] S. VAN ERP, "A comparison of two-tiered legal systems" in C.L. VAN BLOM en E.J.M.F.C. BROERS (eds.), *Ad Fundum, Liber Amicorum Olga Telleghen-Couperus*, Oisterwijk, Wolf Legal Publishers, 2016, p. 35 e.v. Zie over meergelaagdheid o.a. M. LOTH, *Eenheid in gelaagdheid. Over formele en materiële rechtseenheid in een meergelaagde rechtsorde*, Ars Aequi 2018, p. 335 e.v., waarin hij het *Urgenda*-vonnis van de Rechtbank Den Haag bespreekt.

[26] Vgl. ook W. ZWALVE, "The Equity Phenomenon" in B. SIRKS en Y. MAUSEN (eds.), *Aequitas, Équité, Equity*, Montpellier, Faculté de droit et de Science politique de Montpellier, 2015, p. 31 e.v. Interessant is dat ook volgens Romeinse juristen het recht uiteindelijk "*ars boni et aequi*" is, de vaardigheid om passende uitspraken te doen, waar ook Hugo de Groot zich in zijn *Inleidinge* bij aansluit. Zie Digesten 1.1.1. ("*Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter celsus definit, ius est ars boni et aequi.*") en Hugo de Groot, *Inleidinge* I.1.1. ("Rechts-Geleerdheid is een kunst om naar de rechtvaardigheid te leven").

de vraag naar de hiërarchie van rechtsbronnen, omdat duidelijk dient te zijn dat de latere laag voorrang heeft boven de eerdere laag. In tegenstelling tot het Engelse recht kenden het Romeinse recht en de Continentale gemengde rechtsstelsels geen interne conflictregel om aan te geven hoe in een specifieke casus de analyse moest plaatsvinden. Het Engelse recht lost dit op via de "*maxim of Equity*" dat "*Equity follows the law*", wat betekent dat een casus eerst geanalyseerd dient te worden vanuit de *Common Law*, daarna vanuit *Equity*, en het eindresultaat van beide analyses vervolgens met elkaar tot een werkbare oplossing moet worden gebracht.[27] In het Romeinse recht lijkt het erop dat dit ook zo is, al is dat niet duidelijk. Zie bijvoorbeeld Digesten 1.1.7.1. waar staat: "1. Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum", te lezen in het licht van Digesten 1.1.8: "Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis.". In het algemeen belang vult de *praetor* het recht aan of corrigeert hij dit en daarmee is hij de levende stem van het *ius civile*. In het Romeins-Hollandse recht werd het Romeinse recht als subsidiaire rechtsbron gebruikt als "de beste reden", zoals terug te vinden is bij Hugo de Groot in zijn *Inleidinge*, maar onduidelijk blijft hoe dit uitgangspunt in de praktijk werd toegepast.[28]

Hoe zou de ontwikkeling van zo'n parallel rechtssysteem, waarbij ik me richt op het goederenrecht, eruit kunnen zien in de huidige tijd, aldus dat hier een denkrichting wordt geboden voor het oplossen van problemen die ik hierboven alleen maar kort kon schetsen? Mijns inziens gaat het hier om de ontwikkeling van een rechtssysteem dat inherent flexibel is, adogmatisch en probleemgericht. Het gaat om recht dat een gedifferentieerde benadering toestaat, afhankelijk van met name het rechtsobject, maar ook het rechtssubject, in het licht van de veranderende maatschappelijke beleidskeuzen en de specifieke context van het op te lossen probleem.[29] Uitgangspunt daarbij kan zijn dat het bestaande recht als zodanig toegepast kan blijven worden voor zover het de toets van het parallelle systeem kan doorstaan. Bij de vraag of de eigenaar van een auto ook eigenaar is van de wielen met bijbehorende banden geeft het bestaande recht een afdoende antwoord met behulp van de natrekkingsregel. Maar of diezelfde regel ook geldt bij vliegtuigen en bijbehorende vliegtuigmotoren is twijfelachtig, gezien de financiële belangen die daarbij in het spel zijn.[30] Als de beleidskeuze om financiële belangen te beschermen kan leiden tot een afwijking van de natrekkingsregel, dan kan de beleidskeuze om een duurzame economie te bevorderen er eveneens toe leiden dat de eigenaar van een huis ook niet altijd eigenaar is van de daarop aangebrachte zonnepanelen.[31] De traditionele natrekkingsregel is hier op zich duidelijk: de eigendom van de zonnepanelen berust bij de huiseigenaar, tenzij hiervan door middel van het vestigen van een recht van opstal, bijvoorbeeld ten gunste van een financier, is afgeweken. In een gedifferentieerd recht is het echter denkbaar dat aan de financier, los van een opstalrecht, een recht op de zonnepanelen wordt toegekend dat het bijvoorbeeld

[27] Zie in dit verband W. LOOF, *Of trustees and beneficial owners*, p. 56 e.v.
[28] H. DE GROOT, *Inleidinge* I.2.22: "Zo wanneer van eenige zaken gheen beschreven landrechten, hand-vesten, keuren ofte ghewoonten en werden bevonden, zoo zijn de rechters van ouds by eede vermaent geweest daer in te volgen de beste reden nae hare wetenheid ende bescheidenheid. Doch alzoo de Roomsche wetten inzonderheid sulcx, als die ten tijde des keizers Justiniaen vergadert zijn gheweest, bij verstandighe luiden bevonden werden wijsheyds ende billickheids vol te zijn, zoo zijn de zelven eerst als voorbeelden van wijsheid ende billickheid, ende metter tijd door gewoonte als wetten aengenomen (…)". Zie hierover J.P.A. COOPMANS, *Vrijheid en gebondenheid van de rechter vóór de codificatie* in *Rechtsvinding*, Deventer, Kluwer, 1970, p. 71 e.v., p. 92 e.v.
[29] Voor een pleidooi om differentiatie te verbinden met integratie, vgl. J.L.M. ELDERS, *Differentiatie en integratie in het privaatrecht* (inaugurele rede Maastricht, Deventer, Kluwer, 1983).
[30] Zie Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15 augustus 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AE8293 en het Verdrag inzake internationale zakelijke rechten op mobiel materieel en Protocol bij het Verdrag inzake internationale zakelijke rechten op mobiel materieel betreffende voor luchtvaartmaterieel specifieke aangelegenheden; Kaapstad 16 november 2001, (*Trb.* 2009, 86), dat in art. 2(3)(a) onderscheid maakt tussen vliegtuigcasco's en vliegtuigmotoren.
[31] Vgl. B. VERHEYE, "Toekomst van de circulaire vastgoedeconomie", *TPR* 2019, p. 2 e.v.

mogelijk maakt dat die zonnepanelen worden verwijderd wanneer de huiseigenaar de lening niet terugbetaalt. Daarmee is niet gezegd dat de financier eigenaar is gebleven of een ander goederenrechtelijk recht heeft gekregen. Wat hiermee wordt beslist, is dat in die concrete situatie het bestaande recht geen adequaat antwoord geeft en er een laag over dat bestaande recht wordt gelegd om wel een passend antwoord te kunnen vinden. Onder omstandigheden kan dat de toekenning van een terugneemrecht zijn als uitdrukking van het financiële belang dat de leverancier en tevens de financier van de zonnepanelen heeft, niet onvergelijkbaar met het recht van parate executie van een pand- of hypotheekhouder. De beleidskeuze die hieraan ten grondslag ligt, is evenwel niet zozeer om op korte termijn de financieringsconstructie te beschermen, maar veeleer een langetermijnbeleidskeuze om een duurzame economie te bevorderen: in het hier besproken geval door de leverancier een recht toe te kennen dat hem een tegenover de eigenaar effectieve bevoegdheid tot wegneming toekent, ongeacht of dit recht volgens het traditionele denkpatroon goederenrechtelijk of verbintenisrechtelijk moet worden gekwalificeerd. Hier kan een parallel worden getrokken met het recht van parate executie.[32] Dit recht maakt het immers mogelijk dat een niet-eigenaar een derde tot eigenaar maakt en kent anders gezegd aan de houder daarvan een bevoegdheid toe die normaal gesproken alleen aan de eigenaar toekomt. Het toekennen van een terugneemrecht zou aldus aan de niet-eigenaar/leverancier van de panelen tegenover de eigenaar, die door natrekking de eigendom van de zonnepanelen heeft verkregen, de bevoegdheid geven om de panelen niettemin van het dak te verwijderen en te verkopen aan derden.

Een soortgelijke casus doet zich voor wanneer de vraag wordt gesteld wie eigenaar is van data. Met betrekking tot data in bijvoorbeeld een coronavirus-app of coronacheck-app wordt het woord "eigendom" vaak ten onrechte gebruikt indien daarmee een verwijzing naar het traditionele eigendomsrecht wordt bedoeld.[33] Het object van het goederenrechtelijke recht is namelijk geen zaak en kan ook overigens niet onmiddellijk worden gezien als een stoffelijk object, tenzij men de data vereenzelvigt met de drager daarvan. Wie welk recht heeft met betrekking tot de data in deze applicaties hangt er in de eerste plaats van af wanneer die vraag wordt gesteld, een gegeven dat soms alleen de eigenaar van de telefoon toegang tot die data heeft en soms ook de overheid nadat de data zijn geüpload naar een centrale overheidsserver. Verder kunnen de data na het uploaden door de overheid worden gedeeld, zoals met wetenschappelijke onderzoekers, of de farmaceutische industrie voor hetzij onderzoeksdoeleinden of het ontwikkelen van vaccins. In ieder stadium van toegang veranderen de betrokken partijen en verandert de aard van ieders belang bij de data en daarmee de rechtspositie van alle betrokkenen. Data-eigendom (om dat woord dan toch maar te gebruiken) is aldus beschouwd veeleer datamanagement. Vanuit juridische optiek zien we hier een schemergebied waarin publiek recht (privacybescherming, maar ook bescherming van de volksgezondheid) en privaatrecht (gerechtigdheid tot data, bv. om deze te kunnen gebruiken als tegenprestatie voor een dienst) in elkaar overvloeien. In dat schemergebied maakt het niet uit of de gerechtigdheid tot de data publiekrechtelijk wordt toegekend door middel van artikel 6(1)(a) jo. artikel 4(11) Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) of wordt overgedragen als verbintenisrechtelijk of goederenrechtelijk object als bedoeld in artikel 3(1) van de EU-richtlijn inzake levering van digitale inhoud en digitale

[32] Het denken in oplossingen die passen in het systeem van de wet en aansluiten bij de wel in de wet geregelde gevallen is in het Nederlandse recht niet onbekend. Zie het arrest-*Quint/te Poel*, Hoge Raad 30 januari 1959, ECLI:NL:HR:1959:AI1600, Nederlandse Jurisprudentie 1959, 548. Zie over dit arrest R. DE GRAAFF, "Zestig jaar Quint/Te Poel: ruimte voor rechterlijke rechtsvorming in het verbintenissenrecht", *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2019, p. 4 e.v.

[33] Zie S. VAN ERP, "Who "owns" the data in a Coronavirus tracing and/or tracking app?" in E. HONDIUS (*et al.*), *Coronavirus and the Law in Europe*, Cambridge, Antwerpen en Chicago, Intersentia, 2021, p. 131 e.v.

diensten.[34] Waar het om gaat, is dat er een vorm van gerechtigdheid is die aan de houder of de houders daarvan een dynamisch, dat wil zeggen in de tijd wisselende, bevoegdheid toekent, die inhoudelijk afhangt van wie als subject bij de data belang hebben, om welke data het als object gaat en wat het doel van die bevoegdheid is. Deze gedifferentieerde benadering biedt de mogelijkheid om, zonder het bestaande recht volledig te verwerpen, een op het concrete geval toegespitste oplossing te vinden. Daaraan zullen heldere beleidskeuzen vooraf moeten gaan. Zo'n keuze kan zijn om de ontwikkeling van een duurzame economie te bevorderen of om op een evenwichtige wijze de belangen van gegevensbescherming en privacy af te wegen tegen het algemeen belang ter bestrijding van een pandemie.

4. "TOEGANG" ALS VOORBEELD VAN GEDIFFERENTIEERD RECHT

Een voorbeeld van hoe de samenloop tussen bestaand recht en gedifferentieerd recht eruit kan zien, vormt de discussie die wordt gevoerd over wat de kern van goederenrechtelijke gerechtigdheid is: zelfsoevereiniteit of een recht op toegang tot de voordelen die een goed biedt? Interessant is dat dit debat wordt gevoerd zowel vanuit een duurzaamheidsperspectief als vanuit privacybescherming en daarbij tegelijkertijd een uitdrukking vormt van de constitutionalisering van het privaatrecht. Rechtsbetrekkingen tussen een subject en een relatief grote groep relevante andere subjecten met betrekking tot een object kunnen niet los worden gezien van rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Hier rijzen vragen inzake onder meer de strekking van het recht op eigendom, bescherming van de persoonlijke levenssfeer, het recht op persoonlijke integriteit en een recht op leven.[35]

Zelfsoevereiniteit, een begrip dat nu vooral in de context van privacy wordt gebruikt, is in feite weinig anders dan een herformulering van het oude eigendomsbegrip als een "droit inviolable et sacré". Nadat op het Continent van Europa de feodale maatschappijstructuur met zijn gedifferentieerde eigendom in de vorm van "*dominium directum*" en "*dominium utile*" was ontmanteld als gevolg van de Franse Revolutie, werd deze vervangen door op wat ogenschijnlijk de Romeinsrechtelijke unitaire eigendomsgedachte leek. Dat laatste is opvallend, omdat ook de Romeinen een gedifferentieerde eigendom kenden in de vorm

[34] Verord. (EU) 2016/679 EP en Raad 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtl. 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming), *Pb.L.* 2016, afl. 119/1 en Richtl. (EU) 2019/770 EP en Raad 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten, *Pb.L.* 2019, afl. 136/1. Zie over het toestemmingsvereiste in de AVG ook Groep gegevensbescherming art. 29, Richtsnoeren inzake toestemming overeenkomstig Verord. 2016/679, vastgesteld op 28 november 2017, laatstelijk herzien en vastgesteld op 10 april 2018. Met betrekking tot het toestemmingsvereiste als bedoeld in de Richtl. Digitale Inhoud en Diensten, zie overw. 24 bij deze richtlijn, waarin onder meer het volgende is opgenomen: "Digitale inhoud of digitale diensten worden dikwijls ook geleverd als de consument geen prijs betaalt, maar aan de handelaar persoonsgegevens verstrekt. Zulke bedrijfsmodellen worden in verschillende vormen gebruikt in een aanzienlijk deel van de markt. Hoewel deze richtlijn volledig onderkent dat de bescherming van persoonsgegevens een grondrecht is en dat persoonsgegevens dan ook niet kunnen worden beschouwd als een goed, moet deze richtlijn waarborgen dat consumenten bij zulke bedrijfsmodellen recht hebben op contractuele remedies. Deze richtlijn moet dan ook van toepassing zijn op overeenkomsten waarbij de handelaar digitale inhoud of een digitale dienst aan de consument levert of zich ertoe verbindt die te leveren, en de consument persoonsgegevens verstrekt of zich ertoe verbindt die te verstrekken." Dat overw. 24 hier concludeert dat er geen sprake is van een "goed" is een uiting van de traditionele benadering van het goederenrecht. In een gedifferentieerde benadering is deze kwalificatie echter niet beslissend.

[35] Vgl. o.a. art. 1 Eerste Protocol Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), art. 2 en 8 EVRM, en heel specifiek ten aanzien van persoonsgegevens art. 8 Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Zie over de doorwerking van grondrechten in de Nederlandse privaatrechtelijke rechtsorde het *Urgenda*-arrest van de Hoge Raad: Hoge Raad 20 december 2019, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, Nederlandse Jurisprudentie 2020, 41 (opdracht aan de Nederlandse Staat tot een verminderde uitstoot van broeikasgassen).

van eigendom naar *ius civile* en bonitarische eigendom.[36] Wanneer *Common Law*-juristen de eigendomsvorm van de *Civil Law* samenvatten als simpelweg "*dominium*" dan is dit derhalve om meerdere redenen een onterechte simplificatie. Om te beginnen was *dominium* in de periode voor de Franse Revolutie niet uniform en de Romeinsrechtelijke grondslag was niet eenvormig. Bovendien is na de Franse Revolutie in Frankrijk zelf door de Franse Cour de Cassation in het *Caquelard*-arrest uitgesproken dat het eigendomsbegrip van artikel 544 Code Civil (CC) niet exclusief was, recent nog eens bevestigd in de *Maison de Poésie*-arresten.[37] Deze benadering staat haaks op de eigendomsideologie van na de Franse Revolutie. Private eigendom zou absoluut zijn en het feodale stelsel met zijn, in de woorden van Hugo de Groot, "gebrekkelijke eigendom", zou immers eindigen.[38] Wat, ideologisch gesproken, met absoluut werd bedoeld, blijkt het meest sprekend uit hoe de 18de-eeuwse Engelse jurist William Blackstone eigendom definieert: "There is nothing which so generally strikes the imagination, and engages the affections of mankind, as the right of property; or that sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe."[39] Eigendom werd daarmee een recht dat toekomt aan één subject tegenover alle andere subjecten, in de tijd onbeperkt is en enerzijds de houder van dit recht volstrekte vrijheid geeft om met het object te doen wat hij/zij wil en anderzijds ieder ander te verhinderen van het object gebruik te maken. Deze ideologische benadering was tegelijkertijd een beleidskeuze die aan het goederenrecht ten grondslag werd gelegd. Deze beleidskeuze is nog steeds te herkennen in hoe vanuit privacybescherming soms de positie van een datasubejct wordt gezien wanneer het om persoonlijke data gaat. De ideale positie van dit datasubject wordt omschreven met een Engelse term als "self-sovereign identity". Alleen het datasubject beslist wat er met de data gebeurt en kan anderen tegenhouden van de data gebruik te maken: het is een recht tegenover alle anderen en in de tijd onbeperkt. Toch wordt dit niet als "eigendom" gezien, omdat dit zou impliceren dat de data daarmee objecten in een markteconomie zouden kunnen worden. In feite gebeurt dat overigens al, ik wees eerder al op artikel 3(1) van de richtlijn inzake levering van digitale inhoud en digitale diensten waarin is bepaald dat de richtlijn "ook van toepassing is als de handelaar digitale inhoud of een digitale dienst aan de consument levert of zich ertoe verbindt die te leveren en de consument de handelaar persoonsgegevens verstrekt of zich ertoe verbindt die te verstrekken".[40] Ook ik meen dat hier niet van eigendom kan worden gesproken, maar om een andere reden. Data zijn naar hun aard vloeiend, niet-exclusief, want onbeperkt te kopiëren; meerdere kopieën van data kunnen tegelijkertijd circuleren. Om die reden is hier veeleer sprake van datamanagement. Het gaat om de controle over de data, waarbij toegang een essentieel element is. Data-eigendom is daarmee vooral een vraag van toegang tot data, een toegang die wisselt in de tijd, omdat afhankelijk van het moment waarop de vraag wordt gesteld pas kan worden nagegaan wie een kopie van de data heeft en welke lees- en/of schrijfrechten daaraan zijn verbonden. Aldus gaat het al lang niet meer om eigendom als "sole and despotic dominion", maar om een dynamisch begrip toegang, waarbij in de tijd wisselende rechtsposities met betrekking tot data ontstaan, die deels publiekrechtelijk (denk aan privacybescherming, maar ook bescherming van bv. de volksgezondheid) en deels privaatrechtelijk van aard zullen zijn. Een gedifferentieerd recht van toegang, met andere woorden.

---

[36] Zie W. LOOF, *Of trustees and beneficial owners*, p. 9 e.v.

[37] *Caquelard c. Lemoine*: Req. 13 februari 1834, D. 1834, 1, 218; S. 34, 1, 205) en *Maison de Poésie I en II*: Cass. 31 oktober 2012, 3e, n° 11-16304 en Cass. 8 september 2016, 3e, n° 14-26.953.

[38] H. DE GROOT, *Inleidinge*, II.3.11.

[39] W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England, Second Book, First Chapter, Of Property in General*, Oxford, Clarendon Press, 1765-1769, p. 2.

[40] Richtl. (EU) 2019/770 EP en Raad 20 mei 2019 betreffende bepaalde aspecten van overeenkomsten voor de levering van digitale inhoud en digitale diensten, *Pb.L.* 2019, afl. 136/1.

Eenzelfde beeld zien we ook in de fysieke wereld om ons heen, maar mede doordat de virtuele datawerkelijkheid daartoe mogelijkheden biedt die tot enkele decennia geleden ondenkbaar of onhaalbaar waren. Gedacht kan worden aan bijvoorbeeld de platformeconomie, die het delen van een particuliere auto voor taxiritten en het delen van een kamer in een particulier huis mogelijk maakt. Waar het hier in feite om gaat, is het geven van toegang tot privé-eigendom, waarbij de juridische kwalificatie onduidelijk kan zijn. Is dit (publiekrechtelijk geregeld) taxivervoer of het aanbieden van hotelaccommodatie of is dit als zodanig niet meer dan het verlenen van (privaatrechtelijke) toegang, waarbij de rechten van degene die van de auto of de kamer gebruikmaakt, afhangen van de situatie? Wanneer buren of een vrijwilliger aanbieden om iemand naar het ziekenhuis te rijden, omdat die ander geen auto heeft, en de ander daarvoor achteraf vrijwillig een kleine bijdrage betaalt, is de situatie anders dan wanneer via de Uber-app een auto wordt opgeroepen daarbij gebruikmakend van een commercieel platform. In beide gevallen geeft een particulier toegang tot zijn/haar auto en krijgt daarvoor een vergoeding, maar de onderlinge rechtsverhouding is duidelijk anders. Een vergelijkbare parallel kan worden getrokken met het iemand laten logeren in een huis. Als dat gebeurt, omdat een gezin na een natuurramp dringend onderdak nodig heeft en daarvoor een vergoeding betaalt, dan is die casus anders in vergelijking met het boeken van een kamer via Airbnb. Toch gaat het ook hier om het verlenen van toegang. Eigendom en eigenaarsbevoegdheden staan hier, evenals bij data, niet langer centraal. Dit brengt Shelly KREICZER-LEVY ertoe om in haar boek *Destabilized Property* te verdedigen dat gedacht moet worden over toegang als alternatief van eigendom.[41] De eigenaar deelt zijn/haar bevoegdheden met anderen die van het object in kwestie gebruik kunnen maken. Niet volgens het schema van de *numerus clausus*, maar flexibel, afhankelijk van welke belangen de gebruikers van het object hebben en waarbij de verhoudingen in de tijd zullen wisselen. Het scherpe onderscheid tussen publiek recht en privaatrecht, en tussen goederenrecht en verbintenissenrecht, is daarmee verdwenen. Ook hier kan gedifferentieerd recht een oplossing bieden, terwijl het bestaande goederen- en verbintenissenrecht wordt gerespecteerd voor situaties waarin dit traditioneel uitstekend functioneert.

5. CONCLUDERENDE OPMERKINGEN

Het goederenrecht richt zich op rechtsbetrekkingen tussen een persoon en een relevante en grotere groep andere personen betreffende een goed. Traditioneel gaat de Continentale rechtstraditie er zelfs van uit dat het om de rechten van een persoon tegenover alle andere personen gaat en deze daarom gelijk kunnen worden gesteld met een recht op het goed. De focus op het object wordt dan als het ware het symbool van de absoluutheid van het recht. Toch wordt ook in deze absolutistische denkwijze onderscheid gemaakt naargelang het object in kwestie lichamelijk of onlichamelijk is en wordt het goederenrechtelijk recht door dit object gekwalificeerd. Daarom benadert het Nederlandse recht zaken anders dan vermogensrechten en kan men alleen van een zaak eigenaar zijn. In zoverre kent ook de meer dogmatische benadering van het goederenrecht een zekere relativering. Maar er zal in de toekomst ook verdergaande relativering nodig zijn met betrekking tot de vraag tegenover wie een persoon zijn of haar recht kan handhaven. Een voorbeeld van hoe zo'n benadering eruit kan zien, gaf ik hierboven toen ik de vraag besprak wie zich "eigenaar" van data kan noemen en hoe ver de eigendom van een zaak strekt in het licht van de noodzaak om tot een vanuit klimaatoogpunt houdbare economie te komen. Toegang blijkt een concept dat in de toekomst het begrip eigendom in dit type situaties zou kunnen vervangen of althans het klassieke eigendomsbegrip zou kunnen aanvullen. Het fundamentele onderscheid tussen

[41] S. KREICZER-LEVY, *Destabilized Property. Property Law in the Sharing Economy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 28 e.v.

absolute en relatieve rechten wordt daarmee ook ter discussie gesteld, al zal er een verschil blijven bestaan tussen een zuiver persoonlijk recht (bv. voortvloeiend uit een contract) of een recht dat kan worden ingeroepen tegen een grotere groep van andere personen. Ook overigens zullen de drie goederenrechtelijke beginselen (*numerus clausus*, transparantie en hiërarchie) hun betekenis niet verliezen, al zullen zij tot een andere toepassing komen nu we nadenken over andere beleidskeuzen dan eerder zijn gemaakt. Het debat over welke keuze gemaakt moet worden, is niet meer in de eerste plaats gericht op het beschermen van een absolute privé-eigendom of het bevorderen van de handel, maar op het waarborgen van de duurzaamheid van onze leefwereld als voorwaarde voor menselijke existentie en daarnaast bescherming van het individu in een gecodeerde omgeving. De keuze voor het bevorderen van een duurzame en circulaire economie en het beschermen van privacy heeft invloed op hoe inhoud wordt gegeven aan het begrip eigendom. Daarin komt de maatschappelijke verantwoordelijkheid van de eigenaar steeds sterker op de voorgrond, al is die nooit helemaal afwezig geweest. Diezelfde maatschappelijke verantwoordelijkheid kan ook een rol gaan spelen wanneer als gevolg van klimaatverandering sterke migratiestromen gaan ontstaan en daarbij, zo bleek inmiddels weer eens na recente overstromingen en bosbranden, voor inwoners van het eigen land onderdak moet worden gezocht. Het tijdelijk toegang moeten geven tot een woning wanneer daarin ongebruikte woonruimte aanwezig is, kon dan wel eens onafwendbaar blijken. Nieuw is dit overigens niet. Na de Tweede Wereldoorlog gebeurde dit in Nederland ook al.[42] Om adequaat op deze ontwikkelingen te kunnen reageren, is het nodig dat het goederenrecht flexibeler en opener wordt dan het nu is. Zelfs het toevoegen van (quasi)open normen, zoals het vervangen van definities door noties die slechts de contouren aangeven, zal wellicht onvoldoende blijken, eenvoudigweg omdat de ontwikkelingen te vlug gaan. De ongelooflijk snelle expansie van de digitale economie, mede veroorzaakt door een pandemie die niet alleen dwong tot op afstand van elkaar werken, maar ook tot een op afstand bestellen van goederen via webshops, laat zien dat het recht hier op grote achterstand staat en misschien wel blijft staan.[43] Het klimaat lijkt in een dusdanig tempo te veranderen dat het steeds moeilijker wordt om de tijd te nemen voor maatregelen die duurzaamheid bevorderen.[44] Om die reden kan het goed zijn rechtshistorisch-rechtsvergelijkend te kijken naar eerdere voorbeelden waarin het recht werd geconfronteerd met fundamentele maatschappelijke veranderingen die het bestaande recht en nieuwe wetgeving niet meer konden oplossen. Het Romeinse en het Engelse recht, en het Continentale recht na de receptie van het Romeinse recht, laten zien dat de ontwikkeling van een parallel rechtssysteem, dat gekenmerkt wordt door grote flexibiliteit en wendbaarheid en waarin de rechter een leidende rol vervult, een weg kan zijn om het recht de kans te bieden adequaat te reageren op de verschillende problemen die op ons afkomen. Daarbij bestaat behoefte aan een innovatief en dedogmatiserend rechtssysteem, gericht op concrete en specifieke oplossingen. Een dergelijk systeem hoeft geen radicale breuk met het verleden te zijn, maar kan bestaan naast en in samenhang met de historisch-dogmatisch vastgelegde structuur van het bestaande recht, dat ontwikkeld is voor een andere maatschappij dan die waarin wij inmiddels leven. Zo'n benadering van het recht biedt ons de opening om, evenals de Romeinse juristen toen, later tot de codificatiebeweging de Continentale juristen, en de *Common Law*-juristen nu, na te denken over oplossingen van maatschappelijke vraagstukken die een evolutionaire revolutie kan worden genoemd. De dringende urgentie om tot een duurzame en circulaire economie te komen en de noodzaak om de digitale economie evenwichtig te regelen, nopen ons daartoe.

[42] De grondslag was het Vorderingsbesluit Woonruimte, Staatsblad Nr. E 103, laatstelijk gewijzigd bij wet 11 mei 1946, Staatsblad. Nr. G 123, zie nu de Leegstandswet.
[43] Vgl. de "Digital Economy Outlook 2020" van de Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD): www.oecd.org/digital/oecd-digital-economy-outlook-2020-bb167041-en.htm.
[44] Zie het op 9 augustus 2021 verschenen rapport van het Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC): www.ipcc.ch/.

REGENERATIEVE EIGENDOM – NAAR EEN HERNIEUWDE BENADERING

Bram AKKERMANS
Hoogleraar vermogensrecht (goederenrecht) Universiteit Maastricht

Karel VAN MELLE
Masterstudent Universiteit Maastricht

1. INLEIDING

De wereld van het goederenrecht is in beweging. Zeker als we dit niet alleen bezien vanuit de Lage Landen, maar ook over onze grenzen heen kijken, blijkt dit het geval te zijn. Als het gaat om duurzaamheid, d.w.z. zorgen voor onze eigen behoeften zonder de mogelijkheid van toekomstige generaties te ontnemen om in hun eigen behoeften te kunnen voorzien, speelt het goederenrecht een centrale rol. Eigendom en met name eigendom van grond zijn onderdeel van de fundering waarop we ons rechtstelsel en onze samenleving gebouwd hebben.[1] In de meeste gevallen voorzien we in de zorgen voor onze eigen behoeften door de verwerving en het gebruik van eigendom.
In het bijzonder na de Franse Revolutie is het eigendomsrecht een centraal begrip geworden in het privaatrecht; in het Franse Burgerlijk Wetboek staat het zodanig centraal dat alle andere onderdelen van het vermogensrecht ten dienste van het eigendomsrecht gesteld werden.[2] Met de idealen van vrijheid, gelijkheid en broederschap kwam ook een theoretische grondslag aan de regels van privaatrecht. In de loop van de 19de eeuw leidde dat tot een liberale interpretatie van de regels van goederenrecht.[3] In toenemende mate zijn daarna de grondslagen van het privaatrecht verder liberaal geïnterpreteerd. Het gaat daarbij om de nadruk op het individu en de grote nadruk op winstmaximalisatie. Wij gebruiken in deze bijdrage de term liberaal, in plaats van bijvoorbeeld kapitalisme, om deze grondslagen van het privaatrecht te benoemen. Doel hiermee is om een onderscheid te maken tussen de regels van privaatrecht, die wellicht met een ander idee zijn vormgegeven, en de grondslag die deze regels in de loop der tijd gekregen hebben.
Het goederenrecht staat daarbij centraal sinds de Franse Revolutie en hoewel met de komst van de industriële revoluties ook het contractenrecht en eigendom van roerende en zelfs niet-lichamelijke zaken van groot belang geworden zijn, blijft het eigendomsrecht van grond het uitgangspunt waarop ook het Nederlandse vermogensrecht gebouwd is.[4]
Over de omvang van het recht van eigendom is uitgebreid geschreven, zowel over het eigendomsrecht in het oude als in het nieuwe Nederlandse Burgerlijk Wetboek.[5] Hierbij gaat het met name over de vraag hoe absoluut het eigendomsrecht is en hoe ver de bevoegdheden van de eigenaar zich uitstrekken. Over welke vorm van eigendom we voor ogen hebben, is in het Nederlandse recht, met uitzondering van een debat over het al dan niet invoeren van een socialistisch eigendomsrecht, niet heel veel gestreden.[6]

---

[1] G.C.J.J. VAN DEN BERGH, *Eigendom. Grepen uit de geschiedenis van een omstreden begrip*, 2de druk, Deventer, Kluwer, 1988.
[2] Boek 3 van het Franse Burgerlijk Wetboek heeft als titel 'Des différentes manières dont on acquiert la propriété.'
[3] Zie hierover G.C.J.J. VAN DEN BERGH, *Eigendom. Grepen uit de geschiedenis van een omstreden begrip*, 2de druk, Deventer, Kluwer, 1988, p. 28 e.v.
[4] Zie Parlementaire Geschiedenis Boek 5, Artikel 5.1.1, p. 18 e.v.
[5] G.C.J.J. VAN DEN BERGH, p. 1 e.v.
[6] Zie hierover G.E. VAN MAANEN, *Eigendomsschijnbewegingen. Juridische, historische en politiek-filosofische opmerkingen over eigendom*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 1987.

In het vermogensrecht is het eigendomsrecht veelal het recht waarmee aangegeven wordt welke vermogensbestanddelen (zaken, goederen en vorderingen) tot het vermogen behoren. Het is daarmee 'het ideaaltype van vrije, onbeperkte, private beschikkingsmacht over aardse goederen, en alle andere rechten zijn er als het ware slechts afgeleide of minder volmaakte manifestaties van'.[7]
Vermogen en het eigendomsrecht gaan daarbij hand in hand. De belofte van de Franse Revolutie was om iedereen in staat te stellen zelf eigendom te verwerven en daarmee inhoud te geven aan de eigen ontwikkeling. Met de vrijheid om eigendom te hebben – waarover hieronder meer – ontstaat ook ongelijkheid tussen zij met en zij zonder vermogen.[8] Econoom en historicus Thomas Piketty laat zien hoezeer deze ongelijkheid – met uitzondering van de nivellerende effecten van de twee wereldoorlogen – in de afgelopen eeuwen eigenlijk alleen maar is toegenomen.[9] Met name na de wereldwijde financiële crisis van 2008 groeit het besef dat deze ongelijkheid aangepakt moet worden. De roep naar gelijkheid wordt ook met andere, vaak verbonden pijnpunten gecombineerd, zoals protesten tegen institutionele discriminatie (waaronder *Black Lives Matter*).[10]
Deze ontwikkelingen komen samen met de wellicht nog grotere roep om actief te werken aan het terugdringen van de gevolgen van klimaatverandering.[11] Met name het snel opwarmen van de aarde dient systematisch tegengegaan te worden. In Nederland wordt deze ontwikkeling versterkt door de Urgenda-uitspraken, waarin de rechtbank en het Gerechtshof te Den Haag – in stand gehouden door de Hoge Raad – de Nederlandse Staat aangesproken hebben om de Parijse klimaatdoelstellingen te halen.[12] In België is recent uitspraak gedaan in de 'Klimaatzaak', waarin de rechtbank een schending vaststelt, door de federale overheid en de drie gewesten, van de zorgvuldigheidsnorm uit de onrechtmatige daad samen met de artikelen 2 en 8 EVRM.[13] Ook in Frankrijk en Duitsland zijn overheden door de rechter veroordeeld voor hun ondermaats klimaatbeleid.[14]
Duurzaamheid gaat echter niet alleen om actie van de staat; iedereen moet een bijdrage leveren om klimaatverandering tegen te gaan. Daarmee kunnen individuen hun eigen vermogensbestanddelen ook ten goede inzetten. De vraag hoe het goederenrecht zich tegenover het klimaatvraagstuk moet verhouden, is niet eenvoudig te beantwoorden.[15] De vrijheid waarmee het eigendomsrecht in ons rechtstelsel is vormgegeven, maakt namelijk dat decennialang het uitgangspunt is geweest dat de eigenaar, binnen de grenzen van de wet en de rechten van anderen, met zijn object mag doen wat hij wil. Binnen het klimaatvraagstuk is het imperatief dat de vraag gesteld wordt of eigenaren niet alleen zouden mógen bijdragen aan het tegengaan van klimaatverandering, maar dat zouden móéten.

Daarmee komen we bij het vraagstuk van positieve verplichtingen binnen het eigendomsrecht. Dit is een controversieel onderwerp, gezien de geschiedenis van het privaatrecht en met name het eigendomsrecht. In ons systeem geldt een markteconomie waarin goederen vrij circuleren en eenieder de mogelijkheid heeft – binnen de grenzen van diens vermogen –

[7] G.C.J.J. VAN DEN BERGH, p. 1.
[8] G.C.J.J. VAN DEN BERGH, p. 17 e.v. K. PISTOR, *The Code of Capital. How the law creates wealth and inequality*, Princeton, Princeton University Press, 2019.
[9] T. PIKETTY, *Capital and Ideology*, Cambridge MA, Belknap Press, 2020.
[10] Zie www.blacklivesmatter.com/about/.
[11] Zie, in dit kader, onder andere de impact van het werk van klimaatactiviste Greta Thunberg, https://time.com/person-of-the-year-2019-greta-thunberg/.
[12] HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41 m.nt. J. SPIER.
[13] Zie tribunal de première instance francophone de Bruxelles, Section Civile (= rechtbank van eerste aanleg, burgerlijk recht, België) 17 juni 2021, nr. 2015/4585/A.
[14] Zie tribunal administratif de Paris (= rechtbank van eerste aanleg, bestuursrecht, Frankrijk) 3 februari 2021, req. nrs. 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1, p. 28 en Bundesverfassungsgericht (= Grondwettelijk Hof, Duitsland) 29 april 2021 ECLI:DE:BVerfG:2021:rs20210324.1bvr265618.
[15] Zie hierover J.M. SMITS, *Vermogensongelijkheid: heeft het goederenrecht een antwoord op Piketty?* in B. AKKERMANS en A. BERLEE (eds.), Sjef-Sache, *Essays in honour of prof. Dr. J.H.M. (Sjef) van Erp on the occasion of his retirement*, Den Haag, Eleven International Publishing, 2021, p. 153 e.v.

om deze goederen te verkrijgen.[16] De persoonlijke vrijheid van de eigenaar staat daar centraal en krijgt een economische grondslag en een utilitaristisch uitgangspunt. Binnen een utilitaristisch denkkader gaat het om het verkrijgen van zo veel mogelijk vermogensbestanddelen.[17] Uiteraard is het ook in deze benadering mogelijk om toekomstige gevolgen van ons huidige gebruik van eigendom mee te wegen, maar telkens op zodanige wijze dat deze direct verbonden wordt aan het nut van het gebruik van eigendom. Het levert een, in onze ogen, beperkende zienswijze op van wat het eigendomsrecht kan zijn. Deze extractieve, post-Franse Revolutie-wijze van denken heeft enorm veel welvaart, maar ook ongelijkheid gebracht. Het zoveel mogelijk vrijlaten van de eigenaar brengt dat het Nederlandse goederenrecht avers tegen positieve verplichtingen aankijkt.
Juist deze utilitaristische en economische uitgangspunten hebben nu vermogensongelijkheid gebracht. De manier waarop elke eigenaar zo vrij mogelijk kan beschikken over zijn eigendom zorgt dat veel te weinig eigenaren actief bijdragen aan het tegengaan van klimaatverandering.

Deze bijdrage brengt een gedachte-exercitie waarin wij verkennen of het Nederlandse eigendomsrecht opnieuw en anders bezien kan worden. Wij streven hierbij naar het behoud van het recht van eigendom als hoeksteen van het vermogensrecht, maar tegelijkertijd op een aanpassing om van extractieve eigendom – hetgeen hierboven al kort werd beschreven – tot een regeneratief eigendomsrecht te komen. Regeneratieve eigendom betekent een eigendomsrecht waarin de eigenaar weliswaar het gebruik, het genot en de overdraagbaarheid van een object toekomt, maar de eigenaar ook onder goederenrechtelijke verplichting staat zijn zaak op een duurzame wijze te gebruiken; waarbij in de eigen behoeftes kan worden voorzien, zonder de mogelijkheid te ontnemen van toekomstige generaties om dat ook te doen. Op deze manier zou het mogelijk kunnen zijn om een duurzaam eigendomsrecht vorm te geven als hoeksteen van een duurzaam goederenrecht.

Hiervoor bezien we eerst het huidige eigendomsrecht (sectie 2), waarna we verkennen of we binnen het huidige stelsel ons eigendomsrecht zouden kunnen herzien (sectie 3.1) of dat we daarvoor een extra systemische oplossing moeten zoeken (sectie 3.2). Op basis van deze scenario's komen we terug op de keuze tussen extractieve of regeneratieve eigendom (sectie 4) en doen we een voorstel voor een regeneratieve benadering van het eigendomsrecht (sectie 5).

2. HET EIGENDOMSRECHT NAAR HUIDIG NEDERLANDS RECHT

Het recht van eigendom wordt in het Nederlandse recht geregeld in artikel 5:1 van het Burgerlijk Wetboek:

> "(1) Eigendom is het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben. (2) Het staat de eigenaar vrij van de zaak gebruik te maken, behoudens rechten van anderen en met inachtneming van de op wettelijke voorschriften en regels van ongeschreven recht gegronde beperkingen. (3) De eigenaar van de zaak wordt, behoudens rechten van anderen, eigenaar van de afgescheiden vruchten."

Het recht van eigendom is de juridische uiting van de heerschappij over een zaak.[18] Een zodanige heerschappij dat het recht wordt omschreven als het meest omvattende recht dat

[16] T.F.E. TJONG TJIN TAI, "Markt en privaatrecht", *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (WPNR)* 6843 (2010), p. 396 e.v.
[17] G. ALEXANDER en E. PEÑALVER, *An introduction to property theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 11 e.v.
[18] G.C.J.J. VAN DEN BERGH, p. 5.

een persoon kan hebben. Hier klinkt ook de echo uit het gedachtegoed van de Franse Revolutie, waarin afscheid genomen werd van een gefragmenteerd eigendomsbegrip in het feodale stelsel. In plaats van een leenheer en een leenman die beiden eigendomsrechten op de grond uitoefenden, kan er maar één recht van eigendom zijn. Dat recht kan uiteraard worden gedeeld (mede-eigendom) maar is naar inhoud ondeelbaar.
Het eigendomsrecht geeft de rechthebbende vrijheid om naar believen te beschikken over diens zaak. Deze vrijheid is – hoewel uiteraard beperkt – nog altijd de uitdrukking van een antifeodaal sentiment. Als het gaat om antifeodale sentimenten, gaat het bij vrijheid ook over de mogelijkheid een stem te hebben in de organisatie van de staat. Ook daar speelde het eigendomsrecht een grote rol, want tot lang na de Franse Revolutie was het noodzakelijk om een eigendomsrecht van een behoorlijk stuk grond te hebben om stemrecht te hebben.[19] Artikel 17 van de Verklaring van de rechten van de mens en de burger, aangenomen door de nationale grondwetgevende vergadering van 20 tot 26 augustus 1789, stelt:

> "Aangezien het eigendomsrecht een heilig en onschendbaar recht is, kan niemand ervan worden beroofd, tenzij de openbare noodzakelijkheid, wettelijk vastgesteld, dit vereist en onder voorwaarde van een rechtvaardige en van tevoren vast te stellen schadeloosstelling."[20]

Na hervormingen aan het midden en einde van de 19de eeuw is het stemrecht losgekoppeld van grondeigendom, maar de benadering van het recht van eigendom als een 'heilig en onschendbaar' recht is gebleven.[21] Zozeer, dat in 19de eeuw een liberale interpretatie van het recht een aantal met name Franse auteurs ertoe bracht om te stellen dat het recht van eigendom de eigenaar onbeperkte bevoegdheden gaf.[22] Deze verabsolutering van het eigendomsrecht heeft uiteindelijk geen weerslag gevonden in de moderne eigendomsrechtspraak en doctrine. Met name via het leerstuk van misbruik van recht zijn de bevoegdheden van de eigenaar niet meer absoluut te noemen. Ons moderne eigendomsrecht is daarmee beperkt via verschillende wegen. De eigenaar moet rekening houden met de wet en maatschappelijke normen (1), alsook met de rechten van anderen (2).[23]

Net als in de omringende landen ligt het maatschappelijk verkeer aan de grondslag van het privaatrecht.[24] Het eigendomsrecht, in de vorm van privé-eigendom, maakt het voor eenieder mogelijk om een recht van eigendom te hebben. In het Nederlandse recht ligt daar een economisch uitgangspunt aan ten grondslag.[25] Net als in het Duitse recht wordt het privaatrecht gezien als gereedschap om het economisch verkeer te stimuleren.[26] Het recht op privé-eigendom is daarmee niet alleen een hoeksteen van het goederenrecht, maar ook van ons economisch stelsel, en dat uitgangspunt heeft verstrekkende gevolgen voor de wijze

[19] Via het zogenaamde cijnskiesrecht, waarbij een bepaalde hoeveelheid belasting betaald moest worden om een stemrecht te hebben. Zie G.C.J.J. VAN DEN BERGH, p. 21. Zie T. PIKETTY, 126 e.v.
[20] *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.*
[21] Zoals in zoveel landen bleef het stemrecht beperkt tot mannen boven een bepaalde leeftijd. Pas in 1917 kregen vrouwen in Nederland het passief stemrecht en pas in 1919 konden zij ook worden verkozen.
[22] Zie G.C.J.J. VAN DEN BERGH, 54 e.v. en C. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens; de la propriété; de l'usufruit de l'usage et de l'habitation*, Tome Premier, 4de druk, Parijs, Auguste Durand/L Hachette et Cie, 1870, 544-545.
[23] G.C.J.J. VAN DEN BERGH, p. 65 e.v.
[24] Zie Parlementaire Geschiedenis Boek 5 BW, p. 1 e.v., T.F.E. TJONG TJIN TAI, p. 396.
[25] Zie T.F.E. TJONG TJIN TAI, p. 396 e.v.
[26] Zie, over het Duitse recht, VON JHERING die het heeft over het privaatecht als *Verkehrsrecht*, Wolfgang Wiegand, *Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht*, Archiv für die civilistische Praxis (1990), p. 118 *et seq.*

waarop het goederenrecht wordt toegepast.[27] Op de economische grondslagen komen we terug in sectie 3.1. hieronder.

3. VOORSTELLEN OM EIGENDOM ANDERS TE BEZIEN

Het eigendomsrecht is, met name door het belang voor de economie, door de jaren heen onderwerp geweest van uitgebreid debat. De koppeling tussen private eigendom en het functioneren van de markteconomie is eenvoudig te maken: omdat iedereen een eigendomsrecht kan hebben (vrijheid en bescherming van eigendom) en alle goederen in beginsel overdraagbaar zijn (vrije circulatie van goederen), en deze door middel van contractsvrijheid ook kunnen worden overgedragen tegen een vergoeding, functioneert de markteconomie. De waarde van goederen wordt daarmee bepaald door de werking van vraag en aanbod.[28]
Hoewel deze economische grondslag van het privaatrecht door de jaren heen ter discussie gesteld is, hebben de hierboven genoemde uitgangspunten tot op heden altijd de heersende leer gevormd.[29] De liberale uitgangspunten van het eigendomsrecht zijn volgens Van den Bergh een neerslag van de pandectische rechtswetenschap uit de 19de eeuw.[30] Het Romeinse recht inspireerde de pandectisten tot het formuleren van een vrijwel onbeperkte versie van het eigendomsrecht.
In de 20ste eeuw kwam kritiek op deze benadering. Een vroeg voorbeeld van deze discussie is het werk van de Duitse auteur Von Gierke, die als vooraanstaande germanist de nadruk legde op sociale bewogenheid, volkseigenheid, nationaal gevoel en gemeenschapszin.[31] Daarmee bracht Von Gierke een alternatieve benadering die, hoewel later door het nationaalsocialistisch gedachtegoed omarmd, uiteindelijk van beperkte invloed zou zijn: de eigendomsbeschrijving van paragraaf 903 BGB omschrijft het recht van eigendom nog altijd op pandectische wijze.[32] Jansen omschrijft hoe ook in Nederland het gemeenschapsdenken, al dan niet als deel van het nationaalsocialisme, deel van het debat over de al dan niet beperktheid van het recht van eigendom is gaan uitmaken.[33] Zo schrijft Rutten in zijn bewerking van het Asserdeel verbintenissenrecht:

> "Maakt na de *vrijheid* en de *gelijkheid* thans de *broederschap* aanspraak op erkenning? De samenleving is georganiseerd, gecollectiveerd en gesocialiseerd."[34]

[27] Een mooi voorbeeld hiervan betreft de jurisprudentie van de Hoge Raad over de stille verpanding van vorderingen ter vervanging van de onder het oud BW toegestane zekerheidsoverdracht. Zie hierover A.I.M. VAN MIERLO, *Fiduciaire zekerheid, vuistloos en stil pand. Enige beschouwingen omtrent het rechtskarakter van de fiduciaire zekerheidsoverdracht naar huidig recht en van de haar opvolgende regeling in het Nieuwe Burgerlijk Wetboek* (diss.), Deventer, Kluwer 1988 en O.K. BRAHN, *Fiduciaire overdracht, stille verpanding en eigendomsvoorbehoud naar huidig en komend recht* (Studiepockets privaatrecht, 13), Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink 1988, en meer in het algemeen N.E.D. FABER en C.J.H. JANSEN (eds.), *Fiduciaire verhoudingen*, Deventer, Wolters Kluwer, 2007.
[28] Zie B. AKKERMANS, *EU Constitutional Property Law* in B. AKKERMANS, J. HAGE, N. KORNET en J. SMITS (eds.), *Who Does What? On the Allocation of Regulatory Competences in European Private Law*, Cambridge, Intersentia, 2015, p. 177 e.v.
[29] Zie C.J.H. JANSEN, "Het eigendomsrecht en het gemeenschapsdenken", *Groninger Opmerkingen en Mededelingen (GROM)*, XXV (2008).
[30] Zie G.C.J.J. VAN DEN BERGH, p. 28 e.v. en C.J.H. JANSEN, p. 1 e.v.
[31] C.J.H. JANSEN, p. 4.
[32] 903 BGB luidt "Der Eigentümer diner Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und anderen von jeder Einwirkung ausschließen (…)".
[33] C.J.H. JANSEN, p. 6-8.
[34] ASSER-RUTTEN, *Verbintenissenrecht*, 2de stuk-2de deel, Zwolle 1954, p. 36 en C.J.H. JANSEN, p. 6 (noot 19).

Het idee van een sociale functie van het eigendomsrecht won aan invloed. De Franse jurist Duguit geldt hier als een van de grondleggers van dit gedachtegoed.[35] Bij hem gaat het om de vraag of het individuele- of het gemeenschapsbelang voor moet gaan. Jansen laat zien hoe dit door Van Apeldoorn ingebracht werd in het Nederlandse eigendomsdebat.[36] In zijn studie uit 1946 schaart ook Gilissen zich aan deze kant van het debat. Vanuit een katholieke theologische benadering laat Gilissen zien dat er al in katholieke kringen al eeuwen is nagedacht over de sociale functie van de eigendom.[37] Volgens Gilissen brengt de eigendom niet alleen rechten met zich, maar ook verplichtingen ten aanzien van de gemeenschap en in het bijzonder de arbeiders.[38]
Gilissen onderscheidt daarbij vier soorten plichten: (1) plichten van naastenliefde, (2) plichten van ruilrechtvaardigheid, (3) plichten van sociale rechtvaardigheid en (4) plichten van wettelijke rechtvaardigheid.[39] Een mooi voorbeeld dat Gilissen geeft, volgt uit het idee van overvloed. Van overvloed of *superflua* is sprake als er overblijft 'nadat men zichzelf en al degenen, waarvoor men verplicht is te zorgen, voorzien heeft van hetgeen noodig is om als mensch en als persoon en volgens de eischen van den stand te kunnen leven'.[40] Gilissen construeert een verplichting om de overvloed met anderen te delen en geeft daarmee invulling aan een positieve verplichting die het eigendomsrecht met zich mee kan brengen.

De sociale dimensie van het eigendomsrecht heeft verder in de context van het socialistisch gedachtegoed aandacht gekregen. Van Maanen schreef in 1987 in een monografie over 'eigendomsschijnbewegingen' waarin hij voorstelt om te komen tot een socialistisch eigendomsrecht.[41] Dat betekent volgens Van Maanen een gedifferentieerd eigendomsbegrip.[42] Daarvoor verwijst Van Maanen ook naar de Vlaamse auteur Van Neste, die in 1983 schreef over 'Eigendom, morgen'.[43] Ook Van Neste stelt voor om, naast persoonlijke eigendom, tot sociale eigendom te komen.[44] Een dergelijke diversificatie van het eigendomsrecht zou, aldus Van Neste, ons in staat stellen om alle deelaspecten van de eigendom beter te benoemen en dat de finaliteit van de sociale eigendom beter omschreven zou zijn. Met dat laatste aspect doelt Van Neste bijvoorbeeld op een medezeggenschapsrecht in de eigendom van een onderneming of een ingebouwd recht van toegang tot bepaalde natuurgebieden.[45] Net als Van Maanen concentreert Van Neste zich ook op het woonrecht als antwoord op de woningnood en als antwoord om het kraken van woningen te voorkomen.[46]
Van Maanen komt uiteindelijk tot een voorstel voor een nieuwe definitie van het eigendomsrecht:

> "1. Eigendom is de door de rechtsorde erkende bevoegdheid van één of meer personen om, met inachtneming van de wettelijke en maatschappelijke beperkingen, een zaak uit eigen macht te bezitten, te gebruiken en erover te beschikken.

[35] C.J.H. JANSEN, p. 9. Zie hierover M.C. MIROW, "The Social-Obligation Norm of Property: Duguit, Hayem, and Others", 22, *Florida Journal of International Law* (2010), p. 191.
[36] L.J. VAN APELDOORN, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche recht*, bewerkt door G.E. LANGEMEIJER, Zwolle 1946 en C.J.H. JANSEN, p. 9.
[37] Zie ook, in dit kader, de pauselijke encycliek *Laudato Si*. Paus FRANCISCUS, *Laudato si: On Care for Our Common Home* (2015), www.rkdocumenten.nl/rkdocs/index.php?mi=600&doc=5000.
[38] J.H. GILISSEN, *Eigendomsrecht en eigendomsplichten*, Tilburg, 1946, p. 246 e.v. Zie Paus Leo XIII, *Rerum Novarum. Over kapitaal en arbeid* (1891), www.rkdocumenten.nl/rkdocs/index.php?mi=600&doc=651.
[39] J.H. GILISSEN, p. 252-253.
[40] J.H. GILISSEN, p. 260.
[41] G.E. VAN MAANEN, p. 140 e.v.
[42] G.E. VAN MAANEN, p. 153.
[43] F. VAN NESTE, "Eigendom Morgen", *Tijdschrift voor Privaatrecht (TPR)* (1983), p. 479 e.v. Interessant in deze is dat VAN NESTE jezuïet is en er daarmee een sterke link is tussen zijn werk en het eerder aangehaalde gedachtegoed in de rooms-katholieke kerk.
[44] F. VAN NESTE, p. 486.
[45] F. VAN NESTE, p. 487-488.
[46] F. VAN NESTE, p. 489 en G.E. VAN MAANEN, p. 140 e.v.

> 2. Er zijn drie soorten van eigendom:
> - Maatschappelijke eigendom, is de eigendom van productiemiddelen, algemene productievoorwaarden, communicatiemiddelen, grond, lucht en water. Het gebruik hiervan dient in overeenstemming te zijn met de belangen van de gemeenschap.
> - Wooneigendom, is de eigendom van woonruimte. Het gebruik hiervan is onderhevig aan de beperkingen die daaraan door het recht en een rechtvaardige verdeling van woonruimte worden gesteld.
> - Persoonlijke eigendom, is de eigendom van goederen die gebruikt worden ter bevrediging van materiële en culturele behoeften. Het gebruik hiervan is in beginsel vrij."[47]

Hoewel het Nederlandse Burgerlijk Wetboek in 1992 een andere omschrijving koos, en bleef bij een recht dat niet gebonden was aan maatschappelijke doeleinden, zijn deze overwegingen in de huidige context nog altijd relevant.[48] Hoewel het niet langer expliciet gaat over een spanningsveld tussen socialistisch en kapitalistisch gedachtegoed, is de drang om maatschappelijke overwegingen te integreren in het goederenrecht actueler dan ooit. Nu bijvoorbeeld in het aansprakelijkheidsrecht de staat alsook private bedrijven worden aangesproken om uitstoot van CO_2 te verminderen, rijst opnieuw de vraag naar de rol van de maatschappij en van grote maatschappelijke uitdagingen.

Meijers schreef dat de mens nog altijd niet bestaat voor de gemeenschap, maar de gemeenschap voor het individu.[49] In de 21ste eeuw, met name in de context van het debat over duurzaamheid en privaatrecht, is dit onderscheid nog altijd actueel. Achter het huidige Nederlandse recht schuilt dan ook een liberaal gedachtegoed. Het werk van 'communautaristen' zoals Michael Sandel en Gregory Alexander, brengt de vraag naar de context waarin we onze private rechten, dus ook ons eigendomsrecht, uitoefenen (zie hieronder onder 3.2. meer hierover) weer naar de voorgrond.[50] Het gaat uiteindelijk niet *per se* om *of* het individu *of* om de gemeenschap, maar om de balans tussen beide.

Duurzaamheid verlangt van ons dat we opnieuw kijken naar onze regels, met name onze regels van goederenrecht.[51] Als we onze rechten moeten uitoefenen op een zodanige wijze dat we in onze eigen noden kunnen voorzien, maar daarmee niet toekomstige generaties de mogelijkheid ontnemen datzelfde te doen, moeten we ons rechtstelsel via deze lens opnieuw bekijken.[52] We kunnen daarbij zoeken naar (3.1.) mogelijkheden binnen ons huidige systeem, maar dienen mogelijk ook te kijken naar (3.2.) mogelijkheid buiten het huidige systeem.

3.1. Mogelijkheden binnen ons huidige systeem (scenario 1)

Achter ons huidige systeem zit een liberaal gedachtegoed, gericht op welvaartsmaximalisatie.[53] Het is daarbij weliswaar mogelijk om externe effecten te betrekken, maar die dienen altijd geplaatst te worden in een systeem met een bijna zuiver individualistisch

[47] G.E. VAN MAANEN, p. 157.
[48] G.C.J.J. VAN DEN BERGH, p. 67 en C.J.H. JANSEN, p. 11-12.
[49] E.M. MEIJERS, *Misbruik van recht en wetsontduiking (1937)* in VPO-I, p. 73, E.M. MEIJERS, *De algemene begrippen van het burgerlijk recht*, Leiden 1948, p. 73.
[50] Zie M. SANDEL, *The Tyranny of Merit. What's become of the common good*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2020 en G. ALEXANDER, *Property and Human Flourishing*, Oxford, Oxford University Press, 2018. Zie ook S. MULHALL en A. SWIFT, *Liberals & Communitarians*, 2de editie, Londen, Blackwell, 1996.
[51] Zie B. AKKERMANS, "Duurzaam Goederenrecht. Naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel", *Tijdschrift voor Privaatrecht (TPR)* (2018), p. 1437 e.v.
[52] Zie L.L. BUTLER, "Property's Problems with Extremes", 55, *Wake Forest Law Review* (2020), p. 1 e.v.
[53] E.H. HONDIUS, "De basis van ons privaatrecht", *WPNR* 6673 (2006), p. 519.

eigendomsbegrip.[54] Personen hebben op het vlak van eigendom enkel verplichtingen om dingen niet te doen. Deze verplichtingen vloeien voort uit inperkingen vanuit de overheid (publiekrecht), vanuit de eigendomsrechten van anderen of mogelijks nog vanuit andere invalshoek: mensenrechten, denk hierbij aan bijvoorbeeld krakers,[55] maar ook aan de Shell-uitspraak.[56] Dat laatste, de rol van mensenrechten als inperking, wordt verder niet behandeld, gezien het onderwerp van deze bijdrage. Van den Bergh schaart deze drie overigens onder dezelfde noemer: inperkingen door de wet.[57]

In deze sectie zoeken we naar mogelijkheden binnen het huidige systeem om voor een regeneratief karakter te zorgen. Die trachten we te vinden in de beperkingen of de verplichtingen voortvloeiend uit eigendomsrechten van anderen en publiekrecht. Hierbij kunnen we geen keuzes maken die tegenstrijdig zijn met de principes van marktvrijheid of welvaartsmaximalisatie, juist omdat we dan uit het huidige systeem breken. Later zullen we constateren dat het huidige systeem, of de regels die dat goederenrechtelijk systeem ondersteunen, niet zó waterdicht liberaal zijn als gedacht.

Inperkingen vanuit de overheid: wet en maatschappelijke normen
Sociaal recht, huurrecht, pachtrecht, ruimtelijke ordening, milieurecht, allemaal worden ze gezien als inperkingen van het eigendomsrecht.[58] Deze inperkingen geven echter geen inherente verplichtingen tegenover het collectief zonder ingrijpen van de wetgever, volgens Van den Bergh. Het heeft geen invloed op ons vrijheidsbegrip of juridisch-technische constructie van eigendom.[59] Toch is deze opsomming een lijst van middelen waarin duurzaamheid kan worden nagestreefd, rechten waarbij eigendom in meest absolute zin door de wetgever ingeperkt wordt.
Neem bijvoorbeeld milieuregelgeving. Met een grote Europese invloed worden er regels opgesteld omtrent aansprakelijkheid bij milieuverontreiniging. Eigendom wordt hier in het kader geplaatst van de omgeving en duurzaamheid. Bedrijven hebben een grotere zorgplicht gekregen. Dit is een actieve plicht om te zorgen dat de bodem niet verontreinigd wordt.[60] Het gaat nog steeds om een plicht om – het verontreinigen – na te laten. Toch is het al een eind op weg om regeneratieve eigendom van specifiek grond, maar ook van een onderneming, na te streven.

Maatschappelijke normen als inperking van het eigendomsrecht zijn moeilijk te definiëren. Ze gelden als overkoepelend voor een samenleving of groep, vaak zonder dat ze formeel en positief afgedwongen kunnen worden, tenzij de wetgever daar expliciet ruimte voor biedt, zoals bij wanprestatie of een onrechtmatige daad. In het geval dat er ruimte is om maatschappelijke normen, ongeschreven recht of enige zorgvuldigheidsnorm te toetsen, is dit aan de rechter. In artikel 5:1 van het Burgerlijk Wetboek – het eigendomsbegrip – wordt ongeschreven recht ook als beperking van de bevoegdheden van een eigenaar gezien. Dat betekent dat de rechter maatschappelijke normen, gebaseerd op ongeschreven recht, als beperking van eigendom kan doen laten gelden.[61] Eerder werd een theologisch voorbeeld aangehaald (*cf.* Gilissen) dat eigendom niet enkel voor de persoon zelf was, maar dat deze

[54] Voor het herziene Belgische goederenrecht moet expliciet worden vermeld dat dit niet meer onverlet zo geldt. Zie hierover V. SAGAERT, J. BAECK, N. CARETTE, P. LEQOCQ, M. MUYLLE en A. WYLLEMAN (eds.), *Het nieuwe goederenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021.
[55] In HR 28 oktober 2011,ECLI:NL:HR:2011:BQ9880, heeft de Hoge Raad het over het huisrecht zoals gewaarborgd in art. 12 Gw. en art. 8 EVRM.
[56] Rb. Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337. Ook later behandeld.
[57] G.C.J.J. VAN DEN BERGH, p. 67 en G.C.J.J. VAN DEN BERGH, "Schijnbewegingen; hercodificatie en eigendomsdefinitie in historisch perspectief", *Recht en Kritiek* 1987, afl. 13, p. 327-341.
[58] J.W. VAN ZUNDERT, *Overheidsbestuur en grondeigendom*, Alphen aan den Rijn, 1980.
[59] G.C.J.J. VAN DEN BERGH, p. 4.
[60] Bv. in art. 1.1a Wet milieubeheer, art. 6.8 Waterwet, de Omgevingswet en art. 13 Wet bodembescherming.
[61] Zie hierover toelichting in *Parl.Gesch.*, toelichting E.M. MEIJERS. Deze inperking wordt zelden gebruikt.

in verhouding tegenover God ook een plicht in zich hield. Deze plicht was de overvloed delen met zij die niet het recht van eigendom hebben, door bijvoorbeeld bij de oogst de randen van het veld niet te oogsten maar te laten staan voor anderen.
Een moderne variant, losgekoppeld van God, van maatschappelijke normen waar een inperking van eigendomsrecht in te lezen is, zijn *Corporate Social Responsibilities*, afgekort CSR. CSR's zijn regels van *Soft Law*, ze zijn niet af te dwingen, maar hebben een zekere regulerende werking. Bedrijven leggen zich toe op bepaalde verantwoordelijkheden om doelstellingen te behalen die meestal in de activistische sfeer liggen. Zo heb je doelstellingen in het kader van duurzaamheid of gelijkheid, of sociaal en ecologisch met bedrijfsvoering omgaan.

Een ultieme inperking, ten behoeve van duurzaamheid, vanuit de overheid kan onteigening[62] zijn; het valt echter buiten het bereik van deze bijdrage. Zoals in de inleiding benoemd, duurzaamheid bewerkstelligen door regeneratieve eigendom verlangt dat iedereen hieraan bijdraagt. Zo laten we dit streven niet enkel over aan de staat.

Vergelijking met België
In het nieuwe Burgerlijk Wetboek van België is een interessante nuance terug te vinden in de herschrijving van artikel 544 van het oude Burgerlijk Wetboek. In artikel 3.50 van het nieuwe Burgerlijk Wetboek staat de nieuwe definitie: "*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.*"
Opmerkelijk bij deze definitie is dat er meerdere eigenschappen kleven aan eigendom en deze apart benoemd worden (gebruik, genot en beschikking). Een erg opvallende afwezigheid is de zinsnede 'op meest volstrekte wijze', die bij de vorige definitie (1804) wel aanwezig was. De verabsolutering is teruggedrongen. In de motivering staat de reden omschreven: "*Dit beantwoordt aan de evolutie die het eigendomsrecht heeft ondergaan gedurende de laatste decennia, waarbij de nadruk op de sociale impact van de eigendomsuitoefening steeds groter is geworden. De volheid van bevoegdheden is te begrijpen in de zin van het residuaire karakter van de bevoegdheden van de eigenaar, die rechtstreeks en zonder bemiddeling van een derde kunnen worden uitgeoefend. Zo moet de eigenaar rekening houden met de beperkingen inzake rechtsmisbruik en burenhinder, die elders uitdrukkelijk worden bevestigd.*"[63] De herschrijving geeft nieuwe invulling aan het eigendomsbegrip, deze is ingeperkt, maar of dit een grote impact heeft op de hoeksteen van onze vrijheid, dat is de vraag.

Inperkingen vanuit (eigendoms)rechten van anderen
In het kader van eigendomsrechten van anderen is eigendomsvoorbehoud het meest interessant voor een regeneratief karakter. Het is een controversieel thema omdat het, als het volledig doorgevoerd zou worden, zou lijken op het feodale stelsel waar we in de Franse Revolutie vanaf zijn gestapt. In Nederlandse jurisprudentie is in 2016 een uitspraak gedaan door de Hoge Raad over eigendomsvoorbehoud. Zowel koper als verkoper zijn voorwaardelijk eigenaar, de ene onder ontbindende en de andere onder opschortende voorwaarde.[64] Er kan een voorbehoud worden gesteld, waarop grondeigendom kan 'terugschieten'. Dat kan in het kader van duurzaamheid een middel zijn om te waarborgen dat eigendom van grond duurzaam benut wordt. Rongen betoogde overigens dat onder de voorwaarde toch

[62] Voor onteigening zijn in de Onteigeningswet specifieke voorwaarden gesteld.
[63] Wetsvoorstel (S. VERHERSTRAETEN en P. GOFFIN) houdende invoeging van boek 3 "Goederen" in het nieuw Burgerlijk Wetboek; *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-0173/001, 125-128.
[64] HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046. Nader uitgelegd in W. LOOF, *WPNR* 2 oktober 2016/7123, p. 821-822.

enkel de vervreemder eigendomsbevoegdheden uitoefent en dat daarom geen sprake is van een splitsing, dit tegen het idee dat eigendom door een eigendomsvoorbehoud gesplitst werd.[65]

Dit principe, dat uit artikel 3:84, lid 4 vloeit, heeft een spanningsveld met het lid ervoor: lid 3 gaat namelijk over het verbod van fiduciaire overdracht als titel. Waarbij eigendom als zekerheid wordt overgedragen. Het is echter niet hetzelfde, omdat de beschikkingsmacht horende bij het hebben van eigendom bij de voorwaardelijke overeenkomst wel overgedragen wordt; hij kan echter ook 'terugschieten' bij het vervullen van de voorwaarde. Er is dus geen sprake van eigendom als zekerheid. Tot de voorwaarde is vervuld, heeft de koper of de verkrijger een onmiddellijk en zelfstandig vermogensrecht dat vatbaar is voor (onvoorwaardelijke) vervreemding en bezwaring.[66]

Er is bij overdracht van eigendom een mogelijkheid om er een voorwaarde aan toe te voegen. Als deze voorwaarde stelt dat de eigendom duurzaam gebruikt moet worden, dan is dit een middel om ervoor te zorgen dat grond duurzaam, of regeneratief, gebruikt wordt. Welke vraag zich wel opwerpt, is dan: als de grond niet duurzaam gebruikt wordt, dus vervuild of op andere manier 'opgebruikt', naar wie schiet de eigendom dan terug? Dit wordt, zeker als er na tijd meerdere rechtsopvolgers zijn geweest, een moeilijke puzzel. Daarnaast: wie neemt de voorwaarde op? Is dat de staat met zijn *dominium eminens*, waarnaar al het eigendomsrecht zal terugleiden?

Een andere manier die binnen het huidige systeem valt, is de erfdienstbaarheidsverplichting.[67] Erfdienstbaarheden hebben altijd een heersend en een dienend erf. Nu, om regeneratieve of duurzame doelen te bewerkstelligen, is het mogelijk eigendom van een onroerend goed, grond, te bezwaren met een erfdienstbaarheid. Dit kan enkel het dulden van iets, of het niet-doen van iets zijn. Om een voorbeeld te nemen: het is in het voordeel van beide erven om tegenover elkaar een erfdienstbaarheid te vestigen om na te laten bepaalde handelingen te verrichten die invloed kunnen hebben op de bodemkwaliteit.[68] Ook kan je bijvoorbeeld afspreken dat de (voor)tuin op een bepaalde manier onderhouden moet worden. Dit is niet nieuw, gemeenten gebruiken erfdienstbaarheden ook wel als kwaliteits-, welstands- of gebruiksvoorschriften.[69] Erfdienstbaarheden moeten voor de uitvoering een zo klein mogelijke last voor het dienende erf zijn, maar kunnen alsnog serieus worden ingevuld.

Nog een mogelijke manier is via het misbruik van recht. Duurzaamheid kan ook puur verbintenisrechtelijk worden afgedwongen; het spraakmakende voorbeeld hiervoor is lang de zaak-*Urgenda/Nederland*[70] geweest. Hier werd via o.a. artikel 6:162, onrechtmatige daad, de Nederlandse Staat aansprakelijk gesteld (lees: verplicht) om gevaarlijke klimaatverandering middels beleid aan te pakken.[71] Sinds kort is hier een andere belangrijke uitspraak aan toe te voegen, de 'Klimaatzaak' Milieudefensie/Shell.[72] Deze is op dit moment enkel

[65] M.H.E. RONGEN, "Beschikken over de eigendomsverwachting bij voorbehouden eigendom" in F. VERSTIJLEN e.a. (ed.), *Groninger Zekerheid liber amicorum Wim Reehuis*, 2014, p. 313.
[66] HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046.
[67] Voor meer over het thema milieuerfdienstbaarheid, zie J. VAN DE VOORDE en S. DEMEYERE.
[68] Voor een voorbeeld waarbij een erfdienstbaarheid werd gevestigd om beplanting niet te bespuiten, zie Rb. Utrecht 16 juni 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BM8020.
[69] Mandeligheid en erfdienstbaarheden (Mon. BW nr. B27) 2014/32.
[70] HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006.
[71] L. BURGERS en T. STAAL, "Climate Action as Positive Human Rights Obligation: The Appeals Judgment in Urgenda v The Netherlands" in J.E. NIJDAM en W.G. WERNER (eds.), *Netherlands Yearbook of International Law*, Asser Press, 2018, p. 223-244.
[72] Rb. Den Haag, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337.

door de rechtbank uitgesproken en nog niet voor de Hoge Raad verschenen. Shell gaat tegen de uitspraak in beroep en heeft een eigen reactie op de uitspraak.[73]

In de kern valt er op te merken dat alle mogelijkheden om binnen het huidige systeem voor regenerativiteit of duurzaamheid te zorgen, geïnitieerd moet worden door een partij, meestal een particulier. Zonder eigenbelang zal een particulier iets niet ondernemen.[74] Het moet voor deze particuliere persoon voordelig worden om duurzaam om te gaan met de eigen grond. Met andere woorden moet, in het kader van de huidige beginselen van het eigendomsrecht en de vrije markt, duurzaamheid ook zorgen voor welvaartsmaximalisatie.[75]

Nu valt te stellen dat welvaart wel behaald wordt als we nog vele generaties op de planeet kunnen rondlopen, maar de zwakte in dit argument zit erin dat deze welvaart niet individueel en acuut tastbaar is.

3.2. Mogelijkheden buiten ons huidige systeem (scenario 2)

Met name in de Verenigde Staten wordt al ongeveer een decennium gediscussieerd over de vraag of het eigendomsrecht niet alleen maar rechten, maar ook plichten met zich mee zou moeten brengen.[76] In dat kader wordt er wel gediscussieerd over de onderliggende waarden van het goederenrecht. Gaat het uiteindelijk over de liberale waarden van winstmaximalisatie en economische groei, of gaat het over meer communautaire waarden en menselijke ontwikkeling.[77] Deze laatste benadering wordt gevolgd door een progressieve stroming van goederenrechtelijke juristen en baseert zich op de leer van Aristoteles over menselijke ontwikkeling.[78] In deze opvatting is er een sociale thesis die uitgaat van een gemeenschappelijk doel van onze samenleving. Deze thesis wordt door Alexander wel verwoord als:

> "In order for me to be a certain kind of person – a free person with the basic capabilities necessary for human flourishing – I must be in, belong to, and support a certain kind of society – a society that supports a certain kind of political, social, and moral culture and that maintains a decent background material structure."[79]

Om tot werkelijke bloei te komen, moet iemand lid zijn van een of meerdere gemeenschappen. Dat zijn we volgens Alexander allemaal. Alexander definieert een gemeenschap als een groep van mensen die dezelfde zaken, zoals waarden, etniciteit of familie, belangrijk vindt. Dat kan een familie zijn, of de bewoners van een flatgebouw of straat, maar ook alle inwoners van een gemeente of zelfs van een land.[80] De gemeenschappen waar we deel van uitmaken, zijn het centrale uitgangspunt van menselijke ontwikkeling. Het is de context

[73] 'Reactie Shell Op Uitspraak Klimaatzaak', shell.nl. Overigens is het interessant om de juridische disclaimer hierna te lezen.
[74] T.F.E. TJONG TJIN TAI, "Markt en privaatrecht", *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (WPNR)* 6843 (2010), p. 396 e.v.
[75] Zie bv. de vroegmoderne filosofen besproken in A.O. HIRSCHMANN, *The Passions and the Interests*, Princeton 1977, of de economen besproken in D.K. FINN, *The Moral Ecology of Markets*, Cambridge 2006, hfdst. 2.
[76] Zie G. ALEXANDER, p. 39 e.v.
[77] Zie G. ALEXANDER en E. PEÑALVER, p. 11 e.v.
[78] Met name in de Verenigde Staten wordt er zeer veel geschreven over de doelstellingen van het goederenrecht. Het debat richt zich daar op verschillende stromingen, met vertegenwoordigers van conservatieven, libertariërs en progressieven. Zie, onder andere, G. ALEXANDER en E. PEÑALVER, *An introduction to property theory*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
[79] G. ALEXANDER, p. 55.
[80] Er is veel discussie over wat precies de criteria zijn op basis waarvan een gemeenschap tot stand komt. Zie G. ALEXANDER, p. 82, zie ook MACINTRYRE, die de link tussen leden van een gemeenschap zoekt in gemeenschappelijke gebruiken, in A. MACINTRYRE, *After Virtue*, Londen, Duckworth, 1981, p. 218.

waarin we onze eigendomsrechten uitoefenen.[81] Alexander verkent ook of een gemeenschap zich over meerdere generaties kan uitstrekken.[82] Toekomstige generaties, zo stelt Alexander, zijn afhankelijk van huidige generaties en kunnen daarom net zo goed als leden van een familiegemeenschap worden gezien. Net als in andere gemeenschappen, kunnen (rechten en) plichten bestaan tussen verschillende leden. Soms zijn dit morele verplichtingen, soms juridische verplichtingen. Bij intergenerationele gemeenschappen zoals een familie rijst de vraag hoe ver deze verplichtingen zich uitstrekken. Van ons direct nageslacht weten we wie het zijn, maar toekomstige – nog niet levende – familieleden zijn veel lastiger voorstelbaar.[83]
Het construct van de intergenerationele gemeenschap sluit heel erg goed aan bij de duurzaamheidsgedachte die we hierboven besproken hebben. Alexanders antwoord op de vraag of we eerst naar onze eigen behoeften moeten kijken, of naar de behoeften van toekomstige generaties, is om aansluiting te zoeken bij de levenden. Pas daarna, zegt hij, kunnen we onze verantwoordelijkheid nemen naar toekomstige generaties. Hoe verder deze toekomstige generatie weg, hoe minder sterk de verplichting jegens hen zal zijn.[84]

De derde stap – na de sociale thesis en de gemeenschap – is om te kijken wat voor soort en welke verplichtingen de leden van een gemeenschap jegens elkaar hebben. In Alexanders werk zijn er algemene en specifieke verplichtingen. In eerste instantie stelt Alexander dat dit morele verplichtingen zijn, maar er zijn heel veel situaties waarin deze verplichtingen ook in juridische vorm gegoten worden.[85]
Algemene verplichtingen bestaan in het algemeen uit het betalen van belasting, bijvoorbeeld om bij te dragen aan de infrastructuur zoals wegen, elektriciteitsnet en openbaar onderwijs. Specifieke verplichtingen zijn veel meer persoonlijk van aard. Hierbij valt te denken aan huisregels van appartementencomplexen of andere woongemeenschappen, of aan bepalingen die gemaakt worden bij een schenking, en bepalingen in een testament.[86]

4. DE VRAAG NAAR EXTRACTIEVE OF REGENERATIEVE EIGENDOM

In het nadenken over het eigendomsrecht in de 21ste eeuw is het haast onmogelijk om de duurzaamheidsgedachte te omzeilen.[87] Om in onze eigen noden te voorzien, zonder toekomstige generaties de mogelijkheden te ontnemen datzelfde te doen, moeten we ons eigendomsrecht anders gebruiken. De waarden die ten grondslag liggen aan ons huidige privaatrechtelijke stelsel moeten daarvoor anders worden ingevuld.[88]
Waarden van menselijke ontwikkeling brengen, zoals we in sectie 3 bespraken, een communautaire en postliberale benadering van het privaatrecht. Deze waarden brengen een context waarbinnen we onze goederenrechtelijke rechten uitoefenen. Via het perspectief

[81] ALEXANDER noemt dit ook wel de parameters van eigendom, zie G. ALEXANDER, p. 76.
[82] G. ALEXANDER, p. 119. Zie ook M. GOLDING, "Obligations to future generations" in E. PARTRIDGE (ed.), *Responsibilities to Future Generations. Environmental Ethics*, Buffalo NY, Prometheus Books, 1980, p. 61 e.v.
[83] Zie hierover D. CALLAHAN in E. PARTRIDGE (eds.), *Responsibilities to Future Generations. Environmental Ethics*, Buffalo NY, Prometheus Books, 1980, p. 73 *et seq.*, G. KAVKA, *The Futurity Problem* in E. PARTRIDGE (ed.), *Responsibilities to Future Generations. Environmental Ethics*, Buffalo NY, Prometheus Books, 1980, p. 109 en G. ALEXANDER, p. 113 *et seq.*
[84] G. ALEXANDER, p. 131.
[85] Zie ook de behandeling van het proefschrift van J.H. GILISSEN eerder in deze bijdrage.
[86] Zie hierover G. ALEXANDER, p. 57 e.v.
[87] De exercitie die we in deze bijdrage hier ondernemen, richt zich op de privaatrechtelijke aspecten van het eigendomsrecht. Er zal vooral ook gekeken moeten worden naar de publiekrechtelijke grenzen van eigendomsregulering. Ook zullen privaatrechtelijke beperkingen van het eigendomsrecht bezien moeten worden in het kader van art. 1, 1ste protocol EVRM.
[88] Zie B. AKKERMANS, *Duurzaam Goederenrecht*, p. 1437 e.v. en L.L. BUTLER, p. 1 e.v.

van duurzaamheid en duurzame ontwikkeling is deze context niet alleen in het hier en nu, maar bevat deze ook toekomstige generaties.
De Amerikaanse journaliste Marjorie Kelly roept in haar boek 'Owning our Future' op om te komen tot een regeneratief eigendomsrecht.[89] Kelly doelt hierbij niet alleen op het idee van een circulaire economie, waarbij grondstoffen gebruikt en hergebruikt worden, maar op het idee dat we structureel anders gaan nadenken over ons eigendomsrecht.[90]

Het idee van regeneratieve eigendom kan in deze context worden geplaatst in de intergenerationele familiegemeenschap die we hierboven in sectie 3 beschreven. Eigendomsrechten bestaan dan in die zin dat iedere eigenaar aan diens eigen noden moet kunnen voldoen. Mocht er sprake zijn van overvloed, zoals beschreven door Gilissen (zie sectie 3), dan kan de eigenaar altijd zijn vermogensbestanddelen die overvloedig zijn met anderen delen – dan wel door, zoals Gilissen voorstelt, anderen tewerk te stellen, dan wel door bijvoorbeeld te investeren in zaken die het algemeen belang betreffen.[91] Dit doet de eigenaar dan altijd in de context van de duurzaamheidsgedachte. In de beslissing wat te doen met het eigendomsrecht, speelt altijd mee dat de eigenaar daarmee toekomstige generaties de mogelijkheid niet ontneemt in hun eigen noden te voorzien. De beslissingen moeten met andere woorden regeneratief zijn.
Dat is een behoorlijke beperking van het eigendomsrecht, maar wel een die past in de wereldwijde discussie over duurzaamheid. Een mooi voorbeeld hiervan is het werk van de Britse econome Kate Raworth.[92] In haar werk over de donuteconomie stelt Raworth eenzelfde beslissingsmodel voor door een bandbreedte te creëren waarbinnen economische groei kan plaatsvinden. Ze visualiseert haar model in een donut, waarbij de binnenkant van de donut (het gat) staat voor situaties wanneer er tekort is, bijvoorbeeld tekort aan water of tekort aan grondstoffen, en de buitenkant van de donut dient om aan te geven dat er excessieve groei is, die inbreuk maakt op het klimaat, zoals te veel CO_2-uitstoot, en zo negatief de regeneratieve capaciteit van de planeet beïnvloedt.[93]
Een vergelijkbare beperking in het privaatrecht is te vinden in de uitspraken van de rechtbank en het Gerechtshof te Den Haag in de zaken-*Urgenda* en -*Shell*.[94] In deze zaken, die uitvoerig besproken worden elders in deze bundel, wordt het aansprakelijkheidsrecht gebruikt om eenzelfde donutbeperking op autonomie van de staat (Urgenda) en van private partijen (Shell) aan te brengen.[95] Klimaatafspraken vormen daarmee de buitenkant van de beperkende donut en stellen niet alleen dat de uitstoot van CO_2 en andere broeikasgassen niet boven een bepaalde norm mag komen, maar vormen ook de basis waarop via het aansprakelijkheidsrecht wordt geprobeerd de staat en private partijen te bewegen om terug binnen de bandbreedte van de 'regenerativiteit' te komen.[96] Alleen binnen de bandbreedte wordt er immers op een dermate verantwoorde manier gebruikgemaakt van de planeet, dat toekomstige generaties in staat blijven om ook in hun noden te voorzien.

Om te komen tot een regeneratieve benadering van het goederenrecht moeten we vooraleerst kijken naar het huidige recht (zie hierboven 3.1., scenario 1). We kunnen en moeten

[89] M. KELLY, p. 1 e.v. Zie ook B. AKKERMANS, *Duurzaamheid in Internationaal en Europees perspectief* in L.C.A. VERSTAPPEN en F.J. VONK, *Duurzaam Wonen*, KNB Preadviezen 2019, Den Haag, SDU Uitgevers, 2019, p. 21 e.v.
[90] M. KELLY, p. 53 e.v.
[91] Over de vraag naar wat het algemeen belang is, is al veel geschreven. Zie bv. M. SANDEL, *De tirannie van verdienste. Over de toekomst van de democratie*, Utrecht, Ten Have, 2020.
[92] K. RAWORTH, *Doughnut Economics*, Londen, Random House, 2017.
[93] K. RAWORTH, p. 62-63, 68 e.v.
[94] HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41 m.nt. J. SPIER, Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (Shell).
[95] Zie, over deze klimaatzaken, uitgebreid elders in deze bundel.
[96] Zie T. BLEEKER, "Shell vonnis is geen brug te ver, goed dat de rechter uitspraak doet" in *Het Financieel Dagblad*, https://fd.nl/opinie/1389216/shell-vonnis-is-geen-brug-te-ver-goed-dat-rechter-uitspraak-doet.

wellicht onze huidige regels op een andere wijze toepassen. Tegelijkertijd kunnen we ons huidige goederenrechtelijke stelsel voorzien van een hernieuwde basis, waarbij niet alleen economisch liberale uitgangspunten aan de grondslag liggen, maar ook bijvoorbeeld menselijke ontwikkeling en (ecologische) duurzaamheid.[97]
Een dergelijke nieuwe grondslag kan ook richting geven om het goederenrecht door te ontwikkelen waar dat nodig is. Waar we onder ons scenario 1 niet het gewenste resultaat kunnen behalen, kan via ons tweede scenario aanvullend goederenrecht worden gemaakt. Hierbij valt te denken aan het accepteren van meer beperkingen van het eigendomsrecht tot zelfs het invoeren van beperkte positieve verplichtingen van de eigenaar om actief bij te dragen aan diens gemeenschap(pen).

5. EEN VOORSTEL VOOR EEN REGENERATIEVE BENADERING VAN HET EIGENDOMSRECHT

Het bovenstaande is vooral een gedachte-experiment. Als we het recht van eigendom herbezien en plaatsen in de context van het denken over duurzaamheid, dan zijn er (1) aspecten die anders aan te pakken zijn op basis van de huidige regels en (2) is het mogelijk om anders over eigendom te gaan nadenken. Dat laatste, ons tweede scenario, vergt meer onderzoek en uitwerking voordat het werkelijk geïmplementeerd kan worden.
Door het denken in twee scenario's is het mogelijk om naar het Nederlandse recht te kijken zoals het is, maar om ook normatieve vragen te stellen over de doorontwikkeling daarvan. Het anders invullen van de grondslagen van het goederenrecht in het algemeen brengt ook het recht van eigendom in een ander daglicht. Immers, als er niet zuiver liberale uitgangspunten ten grondslag liggen aan het privaatrecht, maar in aanvulling daarop ook communautaire aspecten van belang worden, kan er op een andere wijze naar eigendom worden gekeken.
Geograaf Simon Winchester verhaalt in zijn boek 'Land' over de wijze waarin de mensheid door de eeuwen heen steeds meer de exclusiviteit van het eigendomsrecht centraal is gaan stellen.[98] Exclusiviteit betekent natuurlijk bevoegdheden voor de eigenaar, maar het betekent ook uitsluiting van alle anderen. De eigenaar mag zijn of haar bevoegdheden niet misbruiken, maar zolang hij of zij binnen deze kaders blijft, mag er naar believen met het eigendomsrecht worden omgegaan. Naar schatting is meer dan 84 % van de natuurlijke grondstoffen in private eigendom in de wereld en is er meer en meer gebrek aan ruimte.[99]
In het internationale goederenrechtelijk debat klinkt de roep, met name onder progressieve juristen, om anders met de exclusiviteit van eigendom om te gaan. Het delen van bepaalde bevoegdheden of het delen van bepaalde fysieke locaties waarop het eigendomsrecht ziet, wordt daarbij gepresenteerd als mogelijke oplossing.[100] Uiteraard betekent delen een al dan niet beperkte inbreuk van het eigendomsrecht. Hier is proportionaliteit gewenst om te beoordelen in hoeverre een eigenaar zijn of haar recht zou moeten delen.[101]

Het huidige recht van eigendom is in grote mate een extractief recht. Het heeft grote delen van de bevolking, in Nederland en ver daarbuiten, grote rijkdom gebracht. Het recht, zeker de exclusiviteitsgedachte die het met zich meebrengt, geeft status en is voor velen onder-

[97] Zie in dat kader B. AKKERMANS, p. 1437 e.v. en L.L. BUTLER, p. 1 e.v.
[98] S. WINCHESTER, *Land. How the Hunger for Ownership Shaped the Modern World*, Dublin, William Collins, 2021.
[99] Zie hierover D. GRINLINTON en P. TAYLOR, *Property Rights and Sustainability. The evolution of property rights to meet ecological challenges*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 1-2.
[100] Zie o.a. R. DYAL-SHAND, "Sharing the Cathedral" 46, *Connecticut Law Review* 2 (2013), p. 647 e.v., A.J. VAN DER WALT, "Sharing Servitudes" 4, *European Review of Private Law* 3 (2015), p. 162 e.v. en S. KREICZER-LEVY, *Destabilized Property*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.
[101] Zie hierover N. HAYES, *The Book of Trespass*, Londen, Bloomsbury Circus, 2020.

deel van hun identiteit. Het recht is extractief in de zin dat oorspronkelijk het recht geacht werd zich uit te strekken van de kern van de aarde tot de hemel. Gevonden mineralen als olie, goud en steenkool, konden door de eigenaar worden toegeëigend. Al snel is daar in vele landen, waaronder Nederland, de staat tussengekomen die via het publiekrecht de zeggenschap over deze voordelen van het eigendomsrecht genomen heeft. Op deze wijze kon de rijkdom worden gedeeld met de hele samenleving. De totstandkoming van de Nederlandse Aardolie Maatschappij (NAM) is hier een goed voorbeeld van.[102]
Ook op dit moment is de eigenaar in zijn of haar bevoegdheden zowel privaatrechtelijk als publiekrechtelijk beperkt. Regeneratieve eigendom betekent daarom niet dat de eigenaar niet meer van zijn of haar eigendom kan genieten. Regenerativiteit brengt wel een ander beslismodel met zich mee voor een eigenaar: (1) hoe voorzie ik in mijn eigen noden in de context waarin ik mijn recht uitoefen, (2) zonder toekomstige generaties de mogelijkheid te ontnemen aan hun eigen noden te voldoen? Beide elementen verdienen, bij wijze van conclusie van deze bijdrage, nog enige toelichting.

In het verleden is door sommigen voorgesteld om de eigendom in onze maatschappij anders te verdelen. Behalve een klein recht van privé-eigendom werden alle belangrijke zaken geacht gemeenschappelijk bezit te zijn. In deze socialistische benadering werd de prikkel ontnomen om zelf te beschikken over de eigen toekomst en om zelf waarde te verzamelen. Met het einde van de Koude Oorlog wordt wel gezegd dat het markteconomisch denken, waarin de vrijheid van eigendom een grote verworvenheid is, de overhand heeft gekregen.[103] Regeneratieve eigendom betekent niet dat de eigenaar zijn of haar rechten verliest, en daarmee zijn of haar zelfbeschikkingsrecht verliest, maar maakt de grenzen van de beslissingsvrijheid van de eigenaar tastbaar en bespreekbaar. De financiële crisis van 2008 en de toenemende inkomens- en vermogensongelijkheid in de wereld maakt de roep om een andere benadering steeds sterker. Herverdelende gelijkheid (*redistributive justice*) in hierin het leidende begrip.[104] Dit beginsel staat echter vaak op gespannen voet met de exclusiviteit van het eigendomsrecht. Binnen het privaatrecht zijn er niet veel mogelijkheden voorhanden om aan herverdeling te doen. In deze context is de eerder aangehaalde discussie over delen van (aspecten van) eigendom een heel belangrijke discussie.
Tot slot, op vele plaatsen is het gebruikelijk om langetermijndenken te incorporeren.[105] Denk hierbij aan de discussie over *corporate social responsibility* in het ondernemingsrecht, maar ook over geopolitieke beslissingen bij de bestrijding van het COVID-19-virus. Het is soms lastig, maar niet onmogelijk om rekening te houden met zij die na ons komen. Immers, het recht dat we uitoefenen is op een stuk van de planeet en daarmee zijn we medeverantwoordelijk voor haar voortbestaan. Ons recht gebruiken op zodanige wijze dat toekomstige generaties niet meer van deze grond, dan wel van de omgeving, kunnen genieten, is niet langer verenigbaar met duurzaamheid.

Denken over regeneratieve eigendom geeft ons met andere woorden de gelegenheid ons huidige en toekomstige goederenrecht, eigendom in het bijzonder, van andere waarden en daarmee tevens andere invulling te voorzien. Meer studie is nodig, maar wij hopen met deze bijdrage een aanzet in deze richting gegeven te hebben.

[102] Zie hierover B. AKKERMANS, *Duurzaam Goederenrecht*, p. 1458-1459.
[103] Zie T. PIKETTY, p. 5 e.v.
[104] Zie over deze moeilijkheden, onder andere, A.J. VAN DER WALT, p. 19 e.v.
[105] Zie bv. S. JOHNSON, *Farsighted. How We Make the Decision That Matter the Most*, Londen, John Murray Publishers, 2018.

DE ROERENDE NATREKKING IN HET BELGISCHE GOEDERENRECHT: OBSTAKEL OF HULPMIDDEL VOOR DUURZAAMHEID?

Dr. Johan VAN DE VOORDE
Gastprofessor Universiteit Antwerpen, Onderzoeksgroep Persoon en Vermogen[*]

De verduurzaming van de samenleving krijgt veel aandacht. Hierbij wordt veel hoop gesteld op de circulaire economie, waarin een aanbieder (de producent of een andere onderneming) goederen via huur of leasing ter beschikking stelt van eindgebruikers, waarbij hij eigenaar blijft. Als eigenaar behoudt hij dus alle rechten op het goed en op de materialen, wat hem ertoe aanzet dit zo duurzaam mogelijk te maken (hoge kwaliteit; eenvoudig onderhoud; modulariteit; recyclage). Dit gebeurt vaak via zogenaamde product-dienstsystemen. Zolang hierbij op zichzelf staande goederen verhuurd of geleased worden, doet dit geen belangrijke goederenrechtelijke problemen rijzen. Maar het komt vaak voor dat de verhuurde of geleasede goederen een bestanddeel worden van een ander goed, wat leidt tot natrekking. De aanbieder verliest dan zijn eigendomsrecht. Inzake de onroerende natrekking zijn er reeds onderzoeken geweest in België en Nederland.

De roerende natrekking, daarentegen, blijft gewoonlijk buiten beschouwing. Nochtans is het denkbaar dat bijvoorbeeld batterijen van elektrische auto's verhuurd of geleased worden; ook vliegtuigmotoren worden vaak gehuurd of geleased. De onderhavige bijdrage beoogt om naar Belgisch recht – met aandacht voor het Franse en het Nederlandse recht – een licht te laten schijnen over de roerende natrekking en in welke mate deze een hinderpaal is voor een duurzamere samenleving.

[*] Johan.vandevoorde@uantwerpen.be. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5740-4167.

1. INLEIDING

1. Probleemstelling. Duurzaamheid is het streven naar een systeem dat gericht is op het verantwoord gebruik van hulpbronnen met het oog op herbruikbaarheid en toekomstbestendigheid.[1] Het is de laatste jaren ook uit het goederenrecht niet meer weg te denken.[2] Hierbij wordt evenwel hoofdzakelijk aandacht gegeven aan onroerende goederen, waarbij de opkomst van milieuerfdienstbaarheden in het oog springt.[3] Daarnaast krijgen ook de gemene voorwerpen – zoals de atmosfeer, wilde dieren, stromend water enzovoort – enige aandacht, goeddeels omdat men via deze piste een subjectief recht op een proper leefmilieu (onafhankelijk van eventuele grondwettelijke bepalingen) probeert te bekomen.[4]

De roerende lichamelijke goederen als zodanig blijven vaak buiten beeld bij goederenrechtelijke analyses. Dat valt te begrijpen. De circulaire economie (ook: kringloopeconomie) en de deeleconomie gebruiken hoofdzakelijk verbintenisrechtelijke figuren, zoals huur of *lease* (alhoewel een zakelijk recht niet uit te sluiten valt[5]) voor zogenaamde product-dienst-systemen (ook wel gekend als "product als dienst").[6] De dienstverlener – bijvoorbeeld de producent – blijft dan eigenaar van het goed en stelt dit ter beschikking van de eindgebruiker, die een persoonlijk recht heeft op het goed. Dit moet het mogelijk maken om alle grondstoffen van het desbetreffende product langer en hoogwaardiger in de keten te houden (bij circulaire economie)[7] of het gebruik ervan te delen tussen meerdere personen, die elk individueel het goed maar een beperkt deel van de nuttige tijd gebruiken (bij de deeleconomie). Goederenrechtelijk bezien doet dit geen bijzondere vragen rijzen, verbintenisrechtelijk en consumentenrechtelijk wel.[8]

Er zijn echter figuren (denkbaar) waarbij het goederenrecht wel een rol speelt in de duurzame economie.[9] Het elektrische of hybride voertuig is een goede kanshebber. Dergelijke voertuigen zijn deels of geheel afhankelijk van grote batterijen, waarvan de nuttige levensduur wel eens korter zou kunnen zijn dan de nuttige levensduur van de rest van het voertuig. Bij laptops ziet men bijvoorbeeld dat de batterij vaak eerder dan de rest van de computer vervangen moet worden. Men zou dan kunnen nadenken over systemen waarbij de batterijen worden geleased en geplaatst in een voertuig[10] dat eigendom is van de eindgebruiker, zodat een vervanging mogelijk is.[11] In de praktijk lijkt het er voorlopig wel op dat de meeste batterijen in elektrische voertuigen een voldoende lange economische levensduur hebben in vergelijking met de rest van het voertuig, maar men kan vermoeden dat het casco van een auto en een groot deel van de aankleding hiervan decennia meekunnen. Er zijn genoeg oldtimers die nog goeddeels originele onderdelen bevatten. Ook elektromotoren beloven een lange levensduur te hebben, vanwege de zeer kleine hoeveelheid bewegen-

[1] AKKERMANS, *TPR* 2018, p. 1439, nr. 3.
[2] Bv. AKKERMANS, *TPR* 2018.
[3] VAN DE VOORDE, CARETTE, HUBEAU en VAN DEN BROECK, *TPR* 2018; DEMEYERE en SAGAERT 2020 (met talrijke rechtsvergelijkende bijdragen); HOLLIGAN, *Journal of Environmental Law* 2018; DROSS, *Revue Energie, Environnement, Infrastructure* 2017; ERNEUX 2015.
[4] Voor een diepgaande analyse en kadering van de gemene voorwerpen, zie VAN DE VOORDE, *ERPL* 2020, p. 1018-1025, NRS. 9-16 (definitie), p. 1044-1062, nrs. 44-77 (rechtsbescherming).
[5] DEMEYERE, *TPR* 2020, p. 1061, nr. 6.
[6] AKKERMANS, *TPR* 2018, p. 1442-1443, nr. 7; MAK, *TPR* 2020, p. 781, nr. 1.
[7] MES, PLOEGER en JANSSEN 2016, p. 159; SCHMIDT, *M en R* 2017, p. 813.
[8] Zie bv. DE BOECK, *TBBR* 2020, p. 14-25; DE REY, *T.Verz.* 2018, p. 437, nr. 4.
[9] KEIRSBILCK, TERRYN en VAN GOOL, *TPR* 2020, p. 820-821, nr. 2.
[10] Elektrische auto's zijn ondertussen ingeburgerd. Elektrische vrachtwagens worden nog ontwikkeld. Er wordt ook gedacht aan elektrische vliegtuigen en elektrische schepen.
[11] Renault heeft gedurende enige tijd accuhuur mogelijk gemaakt bij de Renault ZOE ("Renault stopt met accuhuur", *Groen7* 29 oktober 2020, www.groen7.nl/renault-stopt-definitief-met-accuhuur-prijzen-zoe-wat-verhoogd/). Het Chinese automerk Nio biedt nog accuhuur aan ("Nio maakt accuhuur mogelijk", *Groen7* 20 augustus 2020, www.groen7.nl/nio-maakt-accuhuur-mogelijk/?utm_medium=relevant_items).

de delen. Zelfs als een batterij 15 jaar nuttig gebruikt kan worden, blijft het interessant om die te kunnen vervangen indien het casco 30 of 40 jaar gebruikt kan worden.

Daarnaast kunnen ook motoren in aanmerking komen. Nu reeds worden vliegtuigmotoren voor grote straalvliegtuigen zeer vaak geleased.[12] Dit heeft wel meer te maken met de hoge waarde van vliegtuigmotoren – die thans vaak meerdere (tientallen) miljoenen euro's waard kunnen zijn – en het belang van het beschikbaar zijn van motoren dan met duurzaamheid, maar het is wel zo dat dezelfde rechtsvragen opduiken. Niets sluit overigens principieel uit dat men motoren leaset uit duurzaamheidsoverwegingen. Het is bijvoorbeeld goed mogelijk dat men in totaal minder motoren nodig heeft wanneer meerdere vliegtuigmaatschappijen hun motoren samenbrengen in een zogenaamde *pool*.

De voorgaande casussen kunnen worden veralgemeend tot alle gevallen waarbij een belangrijk onderdeel (zoals batterijen) een minder lange levensduur heeft dan het hoofdgoed. De eindgebruiker kan dan verkiezen om het hoofdgoed in eigendom te hebben – dat kan het meest aangewezen zijn, gelet op intensief gebruik of de nood om het steeds beschikbaar te hebben – en sommige onderdelen te leasen. Bij huizen denkt men (in de meest verregaande vorm) aan leasing van bijvoorbeeld verwarming, verlichting, inboedel, wasmachine en koffiezetapparaat.[13] Er zijn ook gevallen bekend waarin gezocht werd naar een mogelijkheid om de natrekking van bijzondere (en dus dure) ramen of branddeuren te verhinderen.[14] Bij woonboten zou men iets vergelijkbaars kunnen hebben. Ook zou men zonnepanelen op het dak van een voertuig of van een woonboot kunnen leggen, die gehuurd of geleased worden van een derde.

Het gebruik van juridische constructies waarbij een bestanddeel van een hoofdgoed wordt geleased, roept vragen op inzake de roerende natrekking. De roerende natrekking is een oorspronkelijke wijze van eigendomsverkrijging die intreedt ten gunste van de eigenaar van een hoofdgoed (de eindgebruiker in onze hypothese) wanneer dit verbonden wordt met een ander goed. Het is duidelijk dat dit weinig wenselijk is wanneer men een bestanddeel – zoals batterijen – leaset of huurt.[15] De dienstaanbieder (*lessor* of verhuurder) verliest immers zijn eigendomsrecht en dus de bescherming die hieraan inherent is. Zolang alles goed gaat, is dat geen belangrijk probleem,[16] maar het recht is er voor de gevallen waar niet alles goed gaat. In de (Nederlandse) praktijk blijkt dan ook dat de natrekking een belangrijke hindernis is voor circulaire bedrijfsmodellen.[17]

De onderzoeksvraag is dan ook: in welke mate is de roerende natrekking een hindernis voor het gebruik van circulaire bedrijfsmodellen en meer algemeen van product-dienstsystemen waarbij een goed bestanddeel wordt van een hoofdgoed, en hoe kan dit worden verholpen?

2. Terminologie. De persoon die eigenaar is van een (toekomstig) bestanddeel – zoals een vliegtuigmotor, autobatterijen, verlichting enzovoort – noemen we hierna de *aanbieder*. Hij stelt het bestanddeel ter beschikking aan de *eindgebruiker*, die eigenaar is van een hoofdgoed ten gunste waarvan de natrekking kan intreden (een vliegtuig, een elektrisch voertuig, een woonboot).

3. Onderzochte landen. De onderhavige bijdrage onderzoekt in de eerste plaats het Belgische recht. Daarnaast wordt ook aandacht gegeven aan het Franse recht – het moe-

[12] VAN DE VOORDE, *TBBR* 2018, p. 251, nr. 2.
[13] MAK, *TPR* 2020, p. 804, nr. 24.
[14] VERHEYE, *TPR* 2019, p. 164-165, nr. 34.
[15] SAGAERT 2019, p. 275, nr. 433; VERHEYE, *TPR* 2019, p. 160, nr. 33.
[16] SCHMIDT, *M en R* 2017, p. 814.
[17] SCHMIDT, *M en R* 2017, p. 814.

derrecht van het Belgische recht – en aan het Nederlandse recht, omdat deze verwant zijn met het Belgische recht en dus lessen te bieden kunnen hebben. Let op dat het Franse recht tot nog toe (voor zover we gezien hebben) weinig tot geen aandacht heeft besteed aan de roerende natrekking in het kader van duurzaamheid – het Nederlandse recht heeft dat wel al gedaan.

In het Belgische recht wordt ervoor gekozen om het nieuwe goederenrecht te behandelen. Wat betreft het oude goederenrecht – de *Code Napoléon* – hebben we reeds een bijdrage geschreven over de mogelijkheid om de roerende natrekking door een 'roerend opstalrecht' te doorbreken, waarbij we constateerden dat dit mogelijk was.[18] In de praktijk blijft een belangrijk deel van de rechtspraak en de rechtsleer inzake het oude goederenrecht relevant voor het nieuwe goederenrecht, aangezien het nieuwe goederenrecht zich grotendeels beperkt tot het codificeren van het bestaande recht. De vraag rijst natuurlijk wel of de mogelijkheid om de roerende natrekking te doorbreken ook behouden is, aangezien er geen uitdrukkelijke wettelijke bevestiging (of ontkenning) is.

4. Beperking van het onderzoek. Het onderzoek blijft beperkt tot het private goederenrecht. Het goederenrecht kan ook worden ruimer opgevat, met inbegrip van het publieke goederenrecht dat onder andere de ruimtelijke ordening en het afvalstoffenrecht bevat. Duurzaamheidsinitiatieven moeten natuurlijk ook met die andere rechtstakken rekening houden.[19]

5. Plan. We omschrijven eerst de notie van inherente bestanddelen. Daarna onderzoeken we of de goederenrechtelijke onzelfstandigheid van bestanddelen kan worden doorbroken, om vervolgens het regime van het roerende opstalrecht naar huidig recht in vogelvlucht te overvliegen. We gaan dan nog na of een wijziging van het goederenrecht wenselijk is en eindigen met een besluit.

2. INHERENTE BESTANDDELEN

6. Omschrijving. Artikel 3.8, § 1, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek omschrijft een inherent bestanddeel als "een noodzakelijk element van dit goed dat er niet kan worden van afgescheiden zonder afbreuk te doen aan de fysieke of de functionele substantie van dit goed". Het gaat om elementen van goederen die volgens de normale bestemming niet vatbaar zijn voor een zelfstandig bestaan.[20] Een auteur stelt dat er drie vereisten zijn om een element als een inherent bestanddeel te kwalificeren: een "positieve verkeersopvatting" (samen te vatten als: kan het goed zonder het bestanddeel volgens zijn bestemming worden gebruikt?[21]), een hechte fysieke verbinding (onlichamelijke goederen worden buiten beschouwing gelaten) en de bedoeling om de goederen op bestendige wijze met elkaar te verbinden (waarbij een afwijkende bedoeling wel verenigbaar moet zijn met de feitelijke toestand).[22] Artikel 3.8, § 1, eerste lid van het Burgerlijk Wetboek verwijst naar meerdere van deze vereisten. De verkeersopvatting kan in verband worden gebracht met de functio-

[18] VAN DE VOORDE, *TBBR* 2018. Delen van hetgeen volgt, zijn sterk geïnspireerd door dit artikel.
[19] Zie bv. inzake het afvalstoffenrecht BACKES, TIEMAN en TEESING 2017; RUBENS en VANHEUSDEN, *MER* 2019; DE SADELEER, *RAE* 2017.
[20] Rb. West-Vlaanderen (afd. Brugge) 6 december 2017, *T.Vred.* 2018, 355; SAGAERT 2014, p. 75, nr. 83; VERHEYE, *TPR* 2019, p. 143, nr. 27.
[21] Zie ook bv. APERS 2017, p. 141-144, nr. 126. Het bestaan van specifieke criteria – die overigens maar erg zelden (of zelfs nooit) voortvloeien uit een sociologisch onderzoek van de betrokkenen – doet twijfelen over het nut van de verwijzing naar de verkeersopvattingen (zie in een andere context VAN DE VOORDE 2019, p. 487, nr. 1375).
[22] SWINNEN 2014, p. 392, nr. 387. Zie ook CRANS 2017, p. 126, nr. 209.

nele substantie, dus het gebruik van het goed volgens zijn normale bestemming. De fysieke substantie en het afscheiden verwijzen naar de fysieke verbinding.

In Nederland verwijst men eveneens naar de verkeersopvatting, die het mogelijk maakt om als 'zaak' "de kleinste stoffelijke objecten waarvan het in het rechtsverkeer zinvol is ze als object te zien" te beschouwen.[23] Het zelfstandigheidscriterium speelt hier dus ook een belangrijke rol.[24] De verkeersopvatting kan hier wel van afwijken (zie randnr. 19).

7. Voorbeelden. Traditionele voorbeelden van inherente bestanddelen zijn de muren, de deurlijsten, de vensters van gebouwen. Bij voertuigen verwijst men wel eens naar de motoren, zetels, lampen … In Nederland worden vliegtuigmotoren uitdrukkelijk als bestanddelen gekwalificeerd (art. 8:3a, lid 2 NBW). Artikel 1.1.1.3, § 1, 12° van het Belgisch Scheepvaartwetboek vermeldt onder andere de romp, masten, stuurinrichtingen, voortbewegingswerktuigen (motoren en dergelijke) als scheepsbestanddelen.

8. Toepassing op batterijen van elektrische voertuigen. Kunnen batterijen van elektrische voertuigen dan ook als inherente bestanddelen worden beschouwd? Batterijen worden in voertuigen ingebouwd, zodat zij duidelijk een hechte fysieke verbinding hebben met het voertuig. Gewoonlijk kan men batterijen wel redelijk eenvoudig verwijderen (en terugplaatsen) uit het voertuig, zodat men bezwaarlijk kan stellen dat afbreuk wordt gedaan aan de fysieke substantie van het goed. Mochten batterijen derwijze worden ingebouwd dat zij slechts met breekwerk verwijderd kunnen worden, kan wel afbreuk worden gedaan aan de fysieke substantie van het goed. Het verwijderen van de batterij tast echter wel de functionele substantie van het voertuig aan, minstens in die gevallen waar het voertuig afhankelijk is van de batterij om zich voort te bewegen. Ook in de andere gevallen – dus bij hybride voertuigen – wordt de functionele substantie evenwel aangetast, want de elektromotor kan dan niet meer worden gebruikt.

In de algemene voorwaarden van Renault inzake batterijhuur wordt bijzondere aandacht gegeven aan de natrekking in het Nederlandse recht: "De gehuurde batterij is aangebracht in een elektrisch voertuig, zonder dat artikelen 3:4 en 5:14 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing worden en, meer in het algemeen, zonder dat sprake zal zijn van een recht van natrekking waaronder, maar niet uitsluitend, natrekking door bestanddeelvorming *c.q.* zaakvermenging."[25]

9. Rechtsgevolgen. Artikel 3.8, § 2, tweede lid van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat inherente bestanddelen geen zelfstandig goederenrechtelijk bestaan hebben: er kunnen geen zakelijke rechten op afzonderlijke inherente bestanddelen worden gevestigd en de rechten alsmede de daden van beschikking op het geheel van het goed strekken zich uit tot de inherente bestanddelen (zie ook randnr. 16). Voor schepen zijn er vergelijkbare bepalingen (art. 2.2.4.8 en 3.2.2.8 Belgisch Scheepvaartwetboek).

10. Redengeving. Het begrip 'inherent bestanddeel' is ingegeven door de bescherming van derden, zowel in hun hoedanigheid van verkrijger (zij moeten op hun waarneming kunnen vertrouwen) als in hun hoedanigheid van schuldeiser (een goed dat bepaalde inherente bestanddelen ontbeert, is minder waard).[26] Een elektrische auto zonder batterij is minder waard dan met batterij. Het verbaast dan ook niet dat het eenheidsbeginsel (minstens) van dwingend recht is (zie randnr. 27).

[23] TWEEHUYSEN 2016, p. 230, nr. 183.
[24] BARTELS, *TPR* 2019, p. 314, nr. 12.
[25] Art. 1 Batterijhuur zakelijk: Algemene Voorwaarden Renault Z.E., https://cdn.group.renault.com/ren/nl/brochures-en-prijslijsten/andere-pdfs/Algemene_Voorwaarden_Batterijhuur_Renault_Z.E._-_januari_2020.pdf.
[26] VERHEYE, *TPR* 2019, p. 144, nr. 27; MAK, *TPR* 2020, p. 804, nr. 24; TWEEHUYSEN 2016, 231-232, nr. 184.

3. KAN DE GOEDERENRECHTELIJKE ONZELFSTANDIGHEID VAN INHERENTE BESTANDDELEN WORDEN DOORBROKEN?

3.1. Het roerend opstalrecht als afstand van de roerende natrekking

11. Begripsomschrijving. In onze vorige publicatie over de afstand van de roerende natrekking stelden we voor om het recht dat ontstaat door een afstand van de roerende natrekking te kwalificeren als een roerend opstalrecht.[27] Dit was ingegeven door de meerderheidslezing van de Belgische cassatierechtspraak inzake de afstand van de natrekking, waaruit afgeleid werd dat het opstalrecht het zakelijk recht is dat voortvloeit uit de afstand van de natrekking.[28] Deze automatische gelijkschakeling werd reeds door sommige rechtsleer in twijfel getrokken, terwijl ook het Hof van Cassatie de volledige gelijkschakeling van de afstand van de natrekking en van het opstalrecht niet genegen is.[29]

12. Nieuw goederenrecht. Het nieuwe Belgische goederenrecht definieert het opstalrecht als "een zakelijk gebruiksrecht dat het eigendomsrecht verleent op al dan niet gebouwde volumes, voor het geheel of een deel, op, boven of onder andermans grond om er bouwwerken of beplantingen te hebben" (art. 3.176 BW). De uitschakeling van de natrekking door het opstalrecht blijft impliciet. Niettemin moet worden vastgesteld dat de uitschakeling van de natrekking een belangrijk element van het opstalrecht blijft. De memorie van toelichting bevestigt dat door het opstalrecht te vermelden als uitzondering op het eenheidsbeginsel bevestigd door artikel 3.8, § 2 van het Burgerlijk Wetboek.[30]

Is het in het licht hiervan nog steeds wenselijk om te verwijzen naar een roerend opstalrecht als afstand van de roerende natrekking? Ten dele kan dit worden bepleit, in de mate dat de uitschakeling van de natrekking een belangrijk element van het opstalrecht blijft. Men kan echter opwerpen dat de Belgische wetgever het opstalrecht thans des te duidelijker heeft voorbehouden aan onroerende goederen, gelet op de definitie. In dit geval is de afstand van de roerende natrekking een goederenrechtelijke handeling *sui generis*, die ervoor zorgt dat een bestanddeel een andere eigenaar kan hebben dan het hoofdgoed waarvan het bestanddeel deel uitmaakt zonder dat een zakelijk recht (een roerend opstalrecht) ontstaat. Eventueel kan men ook bepleiten dat de afstand van de roerende natrekking een onbenoemd zakelijk recht tot stand brengt.

13. Draagwijdte. Het meest opvallende gevolg van de bestanddeelvorming is de natrekking: de eigenaar van het hoofdgoed wordt eigenaar van de bestanddelen die met het hoofdgoed verenigd worden. Maar de bestanddeelvorming kan ook het roerende dan wel onroerende karakter van een goed beïnvloeden, zoals bij de onroerendmaking door incorporatie. Het (roerende of onroerende) opstalrecht betreft enkel het eerste gevolg, namelijk de natrekking.[31] Voor de roerende natrekking is dit minder relevant dan voor de onroerende natrekking – de bestanddelen van roerende goederen waren gewoonlijk reeds onroerend.

---

[27] VAN DE VOORDE, *TBBR* 2018, p. 252, nr. 5.
[28] Cass. 19 mei 1988, *Arr.Cass.* 1987-88, 1230; Cass. 18 mei 2007, *RW* 2007-08, 736, noot V. SAGAERT, *NJW* 2007, 653, noot WR en *Rev.not.b.* 2007, 631, noot D. LAGASSE; MICHIELS, *Not.Fisc.M.* 2015, p. 217, nr. 7; MICHIELS, *Not.Fisc.M.* 2015, p. 217, nr. 7; VERHEYE, *TPR* 2019, p. 155, nr. 30; GOSSELIN en HERVE, *Rev. not.b.* 2006, p. 224, nr. 65; BOULY, 2015, p. 257-258, nr. 209, p. 262-264, nrs. 215-217; VAN VAERENBERGH en LEYMAN, *MER* 2019, p. 28, nr. 32.
[29] Cass. 6 september 2018, *JLMB* 2019, 1787, *RCJB* 2018, 229, noot J. PÉRILLEUX en *RW* 2019-20, 55, noot V. SAGAERT; MUYLLE 2012, p. 318, nr. 452.
[30] MvT bij het wetsvoorstel houdende invoeging van Boek 3 "Goederenrecht" in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-0173/001, 26.
[31] VERHEYE, *TPR* 2019, p. 158, nr. 32.

3.2. Kan de goederenrechtelijke onzelfstandigheid van inherente bestanddelen worden doorbroken?

3.2.1. De regels over de natrekking

14. Natrekking is van aanvullend recht. De natrekking – ongeacht of ze roerend dan wel onroerend is – wordt algemeen beschouwd als zijnde van aanvullend recht in België en Frankrijk (in Nederland lijkt ze dwingend te zijn; zie randnr. 27).[32] De memorie van toelichting van het nieuwe Belgische goederenrecht bevestigt dit, want er is geen afwijking op artikel 3.1 van het Burgerlijk Wetboek (dat Boek 3 tot aanvullend recht verklaart, behoudens uitzonderingen en definities) in de bepalingen inzake de natrekking.[33] Het Belgische Hof van Cassatie ging in 1844 zelfs zo ver te stellen dat een contract ertoe leidt dat de regels over de roerende natrekking geheel niet meer toe te passen zijn.[34] Het hof van beroep te Brussel volgde deze uitspraak in 1892.[35] Hieruit volgt dat de afstand van de natrekking mogelijk is, ongeacht of ze onroerend (algemeen aangenomen) dan wel roerend (zelden tot nooit besproken) is. Dat wordt zonder enig probleem aanvaard voor de onroerende natrekking. Maar wat is de toestand voor de roerende natrekking? In de schaarse rechtsleer wordt bevestigend geantwoord, maar ze behandelt de toestand onder het oude recht.[36] Onder het nieuwe recht lijkt hetzelfde antwoord zich op te dringen, maar artikel 3.8 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat het specialiteitsbeginsel en het eenheidsbeginsel van dwingend recht zijn. We behandelen deze vraag nader in randnrs. 27-28.

3.2.2. De zaakcriteria

3.2.2.1. Inleiding

15. Opsomming. Goederen kunnen worden omschreven als die voorwerpen die toegeëigend kunnen worden en waar dus zakelijke rechten op kunnen rusten (art. 3.41 BW). Er zijn een aantal criteria die aangeven welke voorwerpen goederen zijn: het bestaansbeginsel, het eenheidsbeginsel, het specialiteitsbeginsel en het nuttigheidsbeginsel.[37] Het bestaansbeginsel houdt in dat voorwerpen moeten bestaan om een goed te kunnen zijn.[38] Dit is een toetsing *in concreto*, die voor een theoretisch onderzoek zoals het onderhavige weinig belangrijk is. Ook het nuttigheidsbeginsel houdt een toetsing *in concreto* in, aangezien het bepaalt dat enkel voorwerpen die nuttig zijn voor de bevrediging van menselijke behoeften goederen kunnen zijn.[39] Het eenheidsbeginsel en het specialiteitsbeginsel bespreken we in meer detail, omdat zij het roerend opstalrecht kunnen dwarsbomen. We onderzoeken ook het conflict tussen het eenheidsbeginsel (dat minstens van dwingend recht is) en de roerende natrekking, die van aanvullend recht is.

---

[32] Cass. 7 december 1844, *Pas.* 1845, I, 44; Brussel 27 februari 1892, *Pas.* 1892, II, 340; VAN DE VOORDE, *JT* 2020, p. 185, nr. 17; BINCTIN, *Jurisclasseur civil* 2014, nr. 54; BOULY 2015, p. 447, nr. 353.
[33] MvT bij het wetsvoorstel houdende invoeging van Boek 3 "Goederenrecht" in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-0173/001, 141 (met verwijzing naar art. 3.1 BW).
[34] Cass. 7 december 1844, *Pas.* 1845, I, 44. Zie ook ALBIGES 2000, p. 290, nr. 438.
[35] Brussel 27 februari 1892, *Pas.* 1892, II, 340.
[36] BINCTIN, *Jurisclasseur civil* 2014, nr. 63; VAN DE VOORDE, *TBBR* 2018, p. 253, nr. 9.
[37] LEBON 2010, p. 101-123, nrs. 92-112.
[38] Art. 943 BW (wat betreft schenkingen); LEBON 2010, p. 103, nr. 95; MUYLLE 2012, p. 25, nr. 20.
[39] LEBON 2010, p. 105, nr. 98.
Frankrijk: DROSS 2000, p. 282-283, nr. 277.

3.2.2.2. Het eenheidsbeginsel

16. Begrip en probleem. Het eenheidsbeginsel houdt in dat de bestanddelen van een goed – zoals de motor van een vliegtuig – goederenrechtelijk onzelfstandig zijn.[40] Er kunnen dus geen afzonderlijke rechten op hen rusten. De meeste rechtsleer vat dit beginsel zeer absoluut op.[41] Ook artikel 3.8, § 2 van het Burgerlijk Wetboek gaat in die richting, aangezien het (minstens) van dwingend recht is. Dat is een probleem voor de afstand van de roerende natrekking, want die doorbreekt juist het eenheidsbeginsel en verzelfstandigt een bestanddeel van een goed.

17. Relativering van het eenheidsbeginsel. Het eenheidsbeginsel valt te relativeren. In de eerste plaats bepaalt de wetgever zelf dat het doorbroken kan worden door een opstalrecht.[42] Uit artikel 1 van de Opstalwet blijkt dat de eigendom van sommige bestanddelen van onroerende goederen – "gebouwen, werken of beplantingen" – afgescheiden kan worden van de eigendom van het hoofdgoed, namelijk de grond. Dit kan ver gaan: zelfs een kamer in een aanpalend huis kan (zelfs door verkrijgende verjaring) worden afgescheiden van de rest van dat huis, zoals blijkt uit een arrest te Bergen.[43] Artikel 3.177 van het Burgerlijk Wetboek herschrijft de traditionele definitie van het opstalrecht, dat nu een gebruiksrecht is dat het eigendomsrecht op volumes verleent. De strekking van het volume-eigendomsrecht is het hebben van bouwwerken of beplantingen in de volumes.

18. Vervolg. Daarnaast zijn er een aantal rechtsfiguren – voornamelijk in het mede-eigendomsrecht – waar een aantal bestanddelen worden verzelfstandigd ten opzichte van het hoofdgoed. Aldus wordt door een deel van de rechtsleer aanvaard dat bij een vermenging van vervangbare goederen, de betrokken eigenaars hun eigendomsrecht behouden onder de vorm van een numerieke mede-eigendom, een mede-eigendom uitgedrukt in hoeveelheden.[44] Als men bijvoorbeeld 300 liter olie behorend aan Primus bijvoegt aan een olietank gevuld met 700 liter, behorend aan Secundus, dan wordt Primus mede-eigenaar ten belope van 300 liter en Secundus ten belope van 700 liter, niet ten belope van 30 % en 70 %. De appartementsmede-eigendom is een ander voorbeeld. Ze houdt in dat een gebouw wordt gesplitst in een aantal privatieve kavels, waarop een exclusief eigendomsrecht rust, terwijl nog een aantal gemene delen (met inbegrip van de grond, normaliter het hoofdgoed bij onroerende natrekking) in onverdeeldheid blijven.[45] Ook in de Pandwet is er een doorbraak van het eenheidsbeginsel, met betrekking tot goederen verkocht onder (geregistreerd) eigendomsvoorbehoud die geïncorporeerd worden in een onroerend goed (art. 71 Pandwet).[46]

19. Relativeringen in het buitenland. In het buitenland zijn er ook soms relativeringen van het eenheidsbeginsel. Aldus in Nederland: bepaalde zaken (*in casu* radio's) worden niet nagetrokken door de hoofdgoederen (schepen) waarin ze geïnstalleerd zijn, wanneer er een daartoe strekkende verkeersopvatting is (meer bepaald was het gebruikelijk dat radio's slechts te huur aangeboden worden in combinatie met een onderhoudsverplichting).[47] Dit is een andere techniek om de natrekking te doorbreken. In plaats van een uitzondering op

[40] Art. 3.8, § 2 BW; VERHEYE, *TPR* 2019, p. 142, nr. 27; APERS 2017, p. 169, nr. 142.
[41] Zie bv. SAGAERT 2014, p. 75-77, nrs. 82-84; SWINNEN 2014, p. 377-379, nr. 370.
[42] APERS 2017, p. 171, nr. 142; VAN DER PLANK 2016, p. 43.
[43] Bergen 28 december 1999, *TBBR* 2002, 54 en *JLMB* 2001, 656 (samenvatting).
[44] VAN DE VOORDE, *JT* 2020, p. 181-193 en de verwijzingen aldaar.
[45] WILLEMOT 2017, p. 127.
[46] VAN VAERENBERGH en LEYMAN, *MER* 2019, p. 29-30, nrs. 39-40; KEIRSBILCK, TERRYN en VAN GOOL, *TPR* 2020, p. 855, nr. 41, 856, nr. 42.
[47] HR 16 maart 1979, Radio Holland, ECLI:NL:PHR:1979:AC6518, *NJ* 1980, nr. 600, noot B. WACHTER; SCHMIDT, *M en R* 2017, p. 815; VERHEUL 2018, p. 267.

de natrekking te voorzien (door middel van de afstand), wordt een toepassingsvereiste ontkend (namelijk de bestanddeelvorming).

20. Geen beginselmatige hinderpaal … De relativering van het eenheidsbeginsel leidt ertoe dat het geen beginselmatige hinderpaal is. In de praktijk kan het wel nog een belangrijke rol spelen. Zo moeten derden er in beginsel niet van uitgaan dat bestanddelen het voorwerp zijn van een roerend opstalrecht en hebben zij dus geen onderzoekslast. Men kan bijvoorbeeld niet verwijten aan de koper van een wagen dat hij niet heeft nagevraagd of de verkoper eigenaar is van de motor, nu de motor een inherent bestanddeel van een wagen is.

Dat kan veranderen in sommige gevallen, bijvoorbeeld wanneer het een courante praktijk is om sommige bestanddelen voorwerp te maken van een afstand van de roerende natrekking en de derde hiervan kennis heeft of moet hebben, bijvoorbeeld omdat hij een professioneel is. Men kan zich bijvoorbeeld inbeelden dat de koper van een lijnvliegtuig verplicht is om na te vragen of de motoren – die zeer vaak geleased worden – eigendom zijn van de verkoper dan wel van een *lessor*.

21. … maar wel praktische relevantie: een minimale mate aan zelfstandigheid. Het valt ook te verwachten dat het bestanddeel toch een minimale mate aan zelfstandigheid moet hebben om het voorwerp te kunnen zijn van de roerende natrekking. Zo oordeelde het Belgische Hof van Cassatie dat enkel gebouwen, werken en beplantingen onderworpen zijn aan de natrekking en dus aan de vergoedingsregeling van artikel 555 van het oud Burgerlijk Wetboek; andere bewerkingen (herstellingen, verfraaiingen …) worden vergoed door de kostenleer.[48] Meer bepaald, speelt de natrekking enkel met betrekking tot "zaken wier bestaan als zoodanig mogelijk is onafhankelijk van haar vereeniging met de hoofdzaak; dat bedoelde bepaling [art. 555 oud BW] niet van toepassing is op bestanddelen van werken die werden uitgevoerd op de hoofdzaak en er voortaan in opgenomen en mede vermengd zijn".[49] Een voldoende mate aan zelfstandigheid vereist dat men gebruiksrechten nuttig kan uitoefenen op het bestanddeel dat zich niet uitstrekt tot andere bestanddelen van het hoofdgoed.[50] In Nederland vereist men dan weer dat "het te verzelfstandigen gedeelte (naar verkeersopvatting) als een zekere eenheid binnen het grotere geheel te onderscheiden [dient te] zijn".[51]

22. Naar nieuw recht is de genoemde uitspraak van het Hof van Cassatie meer problematisch. De memorie van toelichting stelt – in het kader van de onroerende natrekking – dat de kostenleer opgeslokt wordt door het begrip 'bouwwerken'.[52] Of de memorie van toelichting gelijk heeft, valt evenwel te betwijfelen, zoals elders besproken.[53] De leer van het cassatiearrest lijkt dus nog toe te passen.

Een Frans cassatiearrest illustreert goed de mogelijkheid dat het eenheidsbeginsel doorbroken kan worden, maar doet wel vragen rijzen inzake de noodzakelijke zelfstandigheid.[54] Het betrof een onderneming die onderdelen voor een machine geleverd had onder eigendomsvoorbehoud. De onderdelen waren in de machine ingebouwd, maar konden eenvou-

[48] Cass. 23 december 1943, *Arr.Verbr.* 1944, 60.
[49] Cass. 23 december 1943, *Arr.Verbr.* 1944, (60) 61.
[50] VERHEYE, *TPR* 2019, p. 163, nr. 34; SAGAERT 2014, p. 607, nr. 761.
[51] VAN DER PLANK 2016, p. 51.
[52] MvT bij het wetsvoorstel houdende invoeging van Boek 3 "Goederenrecht" in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-0173/001, 160-161.
[53] Zie nader VAN DE VOORDE 2020, p. 236-238, nr. 86.
[54] Cass. Fr. (chambre commerciale) 8 december 1987, rolnr. 86-12173, *Bull.* 1987, IV, 201, nr. 269. Zie in dezelfde zin Cass. Fr. (chambre commerciale) 15 maart 1994, rolnr. 91-14375, *Bull.* 1994, 85, nr. 110; Cass. Fr. 28 oktober 2008, rolnr. 07-16899, besproken door M. CABRILLAC, *JCP* 2009, I, volgnr. 114, nr. 16. Zie ook 's-Hertogenbosch 15 augustus 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AE8293, *JOR* 2002, 1339, noot J. HOFLAND (Nederland).

dig worden gedemonteerd en waren ook nog geheel nieuw. Hieruit volgde dat de onderdelen nog aanwezig waren *in natura* en dus gerevindiceerd konden worden.

23. Toepassing van de nodige minimale zelfstandigheid. Een motor of een (grote) batterij kunnen onafhankelijk van de hoofdzaak – een voertuig of een vliegtuig – bestaan en worden gebruikt,[55] zij het dat dit laatste in de praktijk vaak onwaarschijnlijk is. Een verflaag kan niet onafhankelijk van het voertuig bestaan. Een autolamp lijkt al meer problematisch, aangezien lampen ook buiten auto's gebruikt worden. Hier lijkt het wel dat autolampen enkel nuttig gebruikt kunnen worden als onderdeel van het voertuig, aan het voertuig aangepast zijn en zowel stroom als instructies van het voertuig betrekken, zodat ze onzelfstandig zijn. Voor boordcomputers geldt hetzelfde. Loutere verbeteringen en herstellingen zijn dan weer niet voldoende zelfstandig.[56]

3.2.2.3. Het specialiteitsbeginsel (bepaaldheidsbeginsel)

24. Begrip en probleem. Het specialiteitsbeginsel houdt in dat enkel welbepaalde goederen het voorwerp van een zakelijk recht kunnen zijn.[57] Zakelijke rechten kunnen dus niet rusten op abstracte waarden (wat nog iets anders is dan een onlichamelijk goed, ook al is dat ook abstract).[58] Men is eigenaar van de wagen met chassisnummer X, niet van een wagen van een bepaald merk die voor het overige niet geïdentificeerd is.

De vraag rijst dan of een bestanddeel voldoende welbepaald kan zijn. Hieraan kan men op het eerste gezicht twijfelen, want een bestanddeel is vaak opgenomen in een groter geheel.

25. Analyse. Het specialiteitsbeginsel dicteert in elk geval dat het bestanddeel waarvoor de natrekking uitgeschakeld wordt, nauwkeurig wordt bepaald (zie ook randnr. 46). Het is aldus zeker onvoldoende om te zeggen dat afstand van de natrekking wordt gedaan voor een bepaalde hoeveelheid hout of metaal die in een goed verwerkt is. Ook aanduidingen zoals "een derde" van het goed of van een bepaald onderdeel (bv. een stoelpoot) zijn onvoldoende, hoewel ze in voorkomend geval wel een mede-eigendomsrecht op het geheel aangeven. Men moet het af te splitsen bestanddeel nauwkeurig benoemen en aanwijzen. Als het een motor betreft, kan men bijvoorbeeld zeggen welke motor het betreft (belangrijk als er meerdere motoren zijn), welk type het is en welk serienummer hij draagt. Ook bij batterijen is een nauwgezette identificatie belangrijk, waarbij men dezelfde elementen als voor motoren kan gebruiken.

Het specialiteitsbeginsel houdt in dat de afstand van de natrekking onmogelijk is in het geval van vermenging van vervangbare goederen (bv. wijn of olie van dezelfde soort), want dan kan men niet voldoende duidelijk bepalen welke bestanddelen aan wie toebehoren. Bij de vermenging van niet-vervangbare goederen (bv. individueel gemerkte schapen of schapen van verschillende rassen) is het soms wel mogelijk om te bepalen welke goederen aan wie toebehoren. Bij de vermenging van vervangbare goederen ontstaat een numerieke

[55] Denk bv. aan de plannen om de batterijen van elektrische auto's te gebruiken voor het opslaan van groene stroom. Veel bronnen van groene stroom produceren elektriciteit op weinig opportune ogenblikken, zodat de elektriciteit opgeslagen moet worden of verloren gaat. Batterijen van elektrische auto's kunnen voor die opslag worden gebruikt.
[56] VAN VAERENBERGH en LEYMAN, *MER* 2019, p. 29, nr. 34.
[57] Art. 3.8, § 1 BW; SAGAERT 2014, p. 77, nr. 85; VERHEUL 2018, p. 261.
[58] MvT bij het wetsvoorstel houdende invoeging van Boek 3 "Goederenrecht" in het nieuw Burgerlijk Wetboek, *Parl.St.* Kamer 2019-20, nr. 55-0173/001, 25; Cass. 9 mei 1947, *Arr.Verbr.* 1947, 148; SAGAERT 2014, p. 77, nr. 85.

of proportionele mede-eigendom (art. 3.12 BW).[59] Batterijen en motoren kunnen vervangbare goederen zijn (dat is ook de gedachte achter *pools* van vliegtuigmotoren), maar in de praktijk hebben zij veelal een serienummer dat het mogelijk maakt om hen te identificeren.

26. Het hoofdgoed. Het specialiteitsbeginsel geldt overigens evenzeer voor het hoofdgoed. Dat moet dus ook nauwkeurig worden bepaald. Bij onroerende goederen gebeurt dat automatisch door de aanduiding van het voorwerp van het opstalrecht. Bij roerende goederen is dat niet noodzakelijk het geval. Men moet dus het hoofdgoed zorgvuldig identificeren, bijvoorbeeld door het staartnummer van een vliegtuig te vermelden.

3.2.2.4. Het conflict tussen de dwingende zaakcriteria en de aanvullende roerende natrekking

27. Het probleem. De roerende natrekking is van aanvullend recht in België, zo volgt uit artikel 3.1 van het Burgerlijk Wetboek en de memorie van toelichting (zie randnr. 14). Daarentegen zijn de zaakcriteria – althans het eenheidsbeginsel en het specialiteitsbeginsel – minstens van dwingend recht, zo niet van openbare orde, want zij gelden "niettegenstaande andersluidende bedingen" (art. 3.8, § 1, § 2, tweede lid BW; zie ook art. 2.2.4.3 *jo.* 2.2.4.8 alsmede 3.2.2.3 *jo.* 3.2.2.8 Belgisch Scheepvaartwetboek). Ook in Nederland lijkt het eenheidsbeginsel minstens van dwingend recht te zijn.[60] De vraag rijst dan hoe men moet omspringen met deze opvattingen.

28. Analyse. Het lijkt ons dat men de aard van de roerende natrekking (art. 3.57 BW) in rekening moet brengen. De roerende natrekking is een oorspronkelijke wijze van eigendomsverkrijging (opschrift van art. 3.57 BW), die intreedt wanneer "twee roerende goederen met elkaar worden verenigd op dusdanige wijze dat ze inherente bestanddelen worden van een ruimer goed". In artikel 3.55 van het Burgerlijk Wetboek wordt nog vermeld dat de natrekking onmiddellijk en van rechtswege intreedt, maar dit artikel is ook aanvullend (art. 3.1 BW). Het lijkt dus te bepleiten dat de eigenaar van het hoofdgoed afstand kan doen van de natrekking, uiterlijk op het ogenblik van de vereniging van het hoofdgoed en het bijkomende goed.

Een latere afstand van de natrekking botst onzes inziens met de dwingende aard van artikel 3.8, § 2 van het Burgerlijk Wetboek, dat het eenheidsbeginsel bevat. Natuurlijk kan men hetzelfde opwerpen met betrekking tot de afstand van de natrekking, maar daar kan men nog opmerken dat de roerende natrekking van aanvullend recht is, zoals de memorie van toelichting heeft bevestigd. Het eenheidsbeginsel speelt op dat ogenblik nog niet – het is door de roerende natrekking dat het in werking wordt gesteld.

Men kan wel opwerpen dat bij de onroerende natrekking een latere afstand wel mogelijk is. Artikel 3.179 van het Burgerlijk Wetboek bepaalt dat de vestiging of de overdracht van een opstalrecht op een bebouwd of een beplant onroerend goed leidt tot verkrijging van het eigendomsrecht op de bebouwingen of de beplantingen door de opstalhouder. Dit is een wettelijke uitzondering op artikel 3.8, § 2 van het Burgerlijk Wetboek.

[59] Zie hierover VAN DE VOORDE, *JT* 2020, p. 181-193.
[60] HR 16 maart 1979, Radio Holland, ECLI:NL:PHR:1979:AC6518, *NJ* 1980, nr. 600, noot B. WACHTER; TWEEHUYSEN 2016, p. 231-232, nr. 184.

3.2.3. De numerus clausus van de zakelijke rechten

29. Situering. De *numerus clausus* van de zakelijke rechten houdt in dat enkel de wetgever (en eventueel het gewoonterecht) nieuwe zakelijke rechten kan scheppen. Hij wordt sinds lang vrijwel unaniem aanvaard in het Belgische recht en wordt in het nieuwe goederenrecht wettelijk bevestigd.[61] Er bestaan op het eerste gezicht geen wetsbepalingen – en nog minder gewoonten – die de afstand van de roerende natrekking bevestigen als grondslag voor een onbenoemd zakelijk recht. Volgt hieruit dat de afstand van de natrekking (eventueel beschouwd als een onbenoemd zakelijk recht) de *numerus clausus* schendt? Niet noodzakelijk, zoals we hieronder uiteenzetten.

30. Noodzakelijk gevolg van niet-imperativiteit van roerende natrekking? Men kan stellen dat de erkenning van de afstand van de roerende natrekking als zakenrechtelijk gegeven vergelijkbaar aan een zakelijk recht of zelfs als onbenoemd zakelijk recht een noodzakelijk gevolg is van het feit dat de roerende natrekking niet imperatief is. Het staat aan de partijen vrij om de roerende natrekking uit te sluiten of er afstand van te doen (zie randnrs. 14 e.v.). Aangezien de natrekking een zakenrechtelijk mechanisme is, kan het enkel worden doorkruist door een ander zakenrechtelijk mechanisme, meer bepaald een zakelijk recht, wat bevestigd wordt door het accessoire opstalrecht dat ook bij persoonlijke rechten met een bouwbevoegdheid ontstaat.[62] De eigenaar van het bestanddeel moet aldus een zakelijk recht krijgen dat de natrekking kan verhinderen. Het eigendomsrecht vermag dat niet – dat is de essentie van de natrekking. Er moet dus een beperkt zakelijk recht rusten op het hoofdgoed, dat het verhindert om het bestanddeel na te trekken. De grondslag van dit beperkte zakelijke recht is de aanvullende aard van de roerende natrekking.

3.2.4. Rechtspraak ten gunste van de afstand van de roerende natrekking

31. Belgische rechtspraak. Een van de zeer schaarse Belgische uitspraken over de roerende natrekking betreft de mogelijkheid om hiervan afstand te doen.[63] Het betrof een motor die in een voertuig ingebouwd moest worden. Dat was gedaan, maar de eigenaar van de motor haalde het voertuig niet af en betaalde niet. Hij had financiële problemen, zoals bleek toen enkele van zijn schuldeisers beslag legden op het voertuig met de motor. Het hof van beroep te Brussel oordeelde dat de partijen de natrekking contractueel hadden uitgesloten, zodat de schuldeisers van de eigenaar van de motor enkel daarop beslag konden leggen. Er was geen natrekking, noch van het voertuig jegens de motor, noch van de motor jegens het voertuig (de schuldeisers bepleitten dat de motor het hoofdgoed was en zij dus ook beslag konden leggen op het voertuig). De motor moest dus worden verwijderd uit het voertuig.

32. Franse cassatierechtspraak. Een Frans cassatiearrest (besproken in randnr. 20) bepaalt dat de revindicatie van onderdelen van een machine (verkocht onder eigendomsvoorbehoud) mogelijk bleef niettegenstaande hun verwerking in een machine, omdat de onderdelen gemakkelijk uit de machine verwijderd konden worden en nog nieuw waren.[64] Ze waren aldus nog *in natura* aanwezig, zodat de revindicatie mogelijk was. Dit impliceert

[61] Art. 3.3 BW; art. 2.2.4.7, § 1 en 3.2.2.7 Belgisch Scheepvaartwetboek (verwijzing naar de landrechtelijke zakelijke rechten); GOESSENS 2010-11, p. 154; GINOSSAR 1960, p. 146-151, nr. 58; LEBON 2010, p. 658-660, nr. 695.
[62] Art. 3.182 BW; MICHIELS, *Not.Fisc.M.* 2015, p. 219-220, nrs. 14-15.
[63] Brussel 27 februari 1892, *Pas.* 1892, II, 340.
[64] Cass. Fr. (chambre commerciale) 8 december 1987, rolnr. 86-12173, *Bull.* 1987, IV, 201, nr. 269. Zie in dezelfde zin Cass. Fr. (chambre commerciale) 15 maart 1994, rolnr. 91-14375, *Bull.* 1994, 85, nr. 110; Cass. Fr. 28 oktober 2008, rolnr. 07-16899, besproken door M. CABRILLAC, *JCP* 2009, I, volgnr. 114, nr. 16.

dat de roerende natrekking uitgesloten was. Merk op dat Sagaert deze rechtspraak ook in België van toepassing acht (hoewel het punt dat hij wil maken – dat natrekking in het geval van art. 566 BW enkel intreedt wanneer "beide roerende goederen niet kunnen worden gescheiden zonder breekwerk of beschadiging" – in flagrante tegenspraak is met de duidelijke wettekst).[65]

33. Potentiële toepassing in Nederland. Naar Nederlands en Engels recht heeft het gerechtshof te 's-Hertogenbosch reeds aanvaard dat de natrekking niet noodzakelijk intreedt wanneer een roerend goed bestanddeel wordt van een ander roerend goed.[66] Het betrof een zaak waarin een losse vliegtuigmotor was verhuurd aan een vliegtuigmaatschappij, wat een zeer courante praktijk is. De maatschappij geraakte in verzuim, en de verhurende maatschappij wenste bewarend beslag tot terugvordering te leggen op haar motor. In eerste aanleg werd haar vordering ongegrond verklaard, omdat de motor door natrekking eigendom was geworden van de vliegtuigmaatschappij in wier vliegtuig de motor was geïntegreerd. Het gerechtshof onderzocht de vraag en stelde vast dat twee criteria onderzocht moesten worden, namelijk de mate aan verbinding (kan de motor gemakkelijk worden losgemaakt?) en de bedoeling van partijen. Aangezien vliegtuigmotoren gemakkelijk van het vliegtuig losgemaakt kunnen worden en het niet de bedoeling was van de partijen om eigendom over te dragen, was de natrekking niet ingetreden naar Engels recht. Het hof overwoog nog ten overvloede dat de natrekking ook naar Nederlands recht niet was ingetreden, omdat er geen voldoende verbinding was en de verkeersopvattingen geen ander oordeel opdrongen.

De uitspraak van het hof wordt evenwel bekritiseerd. Het wordt verweten dat het geen rekening heeft gehouden met artikel 8:3a, lid 2 van het nieuw Burgerlijk Wetboek, dat de motoren tot bestanddeel van het vliegtuig verklaart.[67] Het zou enkel het gemene recht van de natrekking hebben gevolgd. De beslissing was dan misschien wel fout voor het concrete geval,[68] als algemene beslissing is ze wel interessant. Ze kan worden gelezen als een stilzwijgende erkenning van een afstand van de roerende natrekking.

34. Opmerking. De bovenstaande rechtspraak is interessant omdat ze aangeeft dat de roerende natrekking verhinderd kan worden in rechtsstelsels die nauw verwant zijn met het Belgische recht. Ze kunnen evenwel niet zomaar worden opgevat als erkenningen van de afstand van de roerende natrekking (of van een roerend opstalrecht) in Nederland en Frankrijk, omdat de definities van het opstalrecht verschillen.

In Frankrijk wordt weliswaar een sterk verband gezien tussen het opstalrecht en de natrekking,[69] maar het opstalrecht wordt meestal gezien als een horizontale eigendomssplitsing, een opsplitsing van een (onroerend) goed in twee goederen, het ene de grond, het andere de constructies op of onder de grond.[70] Het opstalrecht is, volgens sommige rechtsleer, een waarachtig onroerend eigendomsrecht en geen beperkt zakelijk recht (wat de eeuwigdurendheid van het Franse opstalrecht verklaart).[71] Dit contrasteert met de Belgische oplossing, die vaak in het opstalrecht het zakelijk recht ziet dat voortvloeit uit de afstand van de natrekking (zie randnr. 11). De afstand van de roerende natrekking is dan niet noodzakelijk

[65] SAGAERT en DEL CORRAL 2015, p. 143-144, nr. 219.
[66] 's-Hertogenbosch 15 augustus 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AE8293, *JOR* 2002, 1339, noot J. HOFLAND.
[67] MEMELINK 2009, p. 281; HOFLAND, *JOR* 2002, p. 1344-1345, nrs. 6-11. Een vergelijkbare bepaling bestaat voor schepen: art. 8:1, lid 3 NBW. Abstractie wordt gemaakt van het IPR.
[68] Het is omstreden of vliegtuigmotoren door natrekking bestanddeel worden van het vliegtuig. *Pro* die stelling: REULEAUX en TONNAER, *ZLW* 2007, p. 39-40. *Contra*: HONNEBIER, *ZLW* 2007, p. 393-398.
[69] LAMARCHE, *RTD civ.* 2006, p. 9, nr. 14.
[70] FAURE-ABBAD 2016, p. 210-211, nrs. 24-26; BERGEL, BRUSCHI en CIMAMONTI 2010, p. 328, nr. 286.
[71] BERGEL, BRUSCHI en CIMAMONTI 2010, p. 328, nr. 286; BERTREL, *RTD civ.* 1994, p. 768-769 (kritisch).

een opstalrecht. Aangezien in Frankrijk de *numerus clausus* van de zakelijke rechten wordt verworpen,[72] is dit geen bezwaar.

In Nederland is er discussie of het opstalrecht überhaupt leidt tot een eigendomsrecht voor de opstalhouder. Een deel van de rechtsleer bepleit dat de opstalhouder slechts een beperkt zakelijk recht verkrijgt, alsmede "eigenaarsbevoegdheden" (maar geen eigendomsrecht) met betrekking tot de opstallen.[73] In deze opvatting verhindert het opstalrecht de natrekking niet. Er is zelfs een opvatting dat gebouwen geen bestanddelen van de grond zijn, zodat ook hier geen natrekking intreedt.[74] Daarnaast worden bestanddeelvorming en natrekking beduidend strenger benaderd: wegens de belangen van derden wordt de partijvrijheid beperkt, onder voorbehoud van wettelijke uitzonderingen.[75] Het bovenstaande arrest van het gerechtshof te 's-Hertogenbosch ontwijkt dit bezwaar door te stellen dat de verkeersopvattingen – doorslaggevend bij bestanddeelvorming (art. 3:4, lid 1 NBW) – niet opdringen dat vliegtuigmotoren bestanddelen worden, en er ook geen voldoende verbinding is (art. 3:4, lid 2 NBW). Er is dus geen bestanddeelvorming en *a fortiori* geen natrekking, en dus geen miskenning van het dwingende karakter hiervan. Merk op dat er enkele wettelijke uitzonderingen zijn op de onvermijdbaarheid van de natrekking in de vorm van wegnemingsrechten (*ius tollendi*).[76]

3.3. Tussenbesluit

35. De mogelijkheid van een roerend opstalrecht. Op zichzelf blijkt het mogelijk te zijn om – op voorhand – afstand te doen van de roerende natrekking, omdat deze van aanvullend recht is. Bij onroerende goederen is ook een latere afstand mogelijk, dankzij het wettelijk geregelde onroerende opstalrecht. Er is echter geen wettelijke regeling van de afstand van de roerende natrekking, zodat een latere afstand van de roerende natrekking onmogelijk lijkt, wegens de dwingende aard van het eenheidsbeginsel. Het ontbreken van een wettelijke regeling maakt het ook moeilijk om rechtszekerheid te bieden.

4. HET REGIME VAN DE AFSTAND VAN DE ROERENDE NATREKKING NAAR HUIDIG (BELGISCH) RECHT

36. Inleiding. Hieronder schetsen we de regeling van het roerend opstalrecht. Een belangrijk vraagstuk hierbij is de relevantie van titel 8 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, dat het (onroerende) opstalrecht regelt. Daarna behandelen we het ontstaan en het einde van de afstand van de roerende natrekking, de publiciteit, de derdenbescherming en waar aanvullende regels gevonden kunnen worden.

[72] Cass. Fr. Req. 13 februari 1834, CAQUELARD, *Journal du Palais* 1834, II, 130, noot S.; Cass. fr. 18 januari 1984, *Bull.* 1984, III, nr. 16, *JCP G* 1986, nr. 20.547, noot J.-Fr. BARBIÉRI en *D.* 1985, 504, noot F. ZÉNATI; Cass. fr. 2 december 2009 (derde burgerlijke kamer), *Bull.* 2009, III, nr. 266; Cass. fr. (derde burgerlijke kamer) 23 mei 2012, *JCP G* 2012, 1558, kritische noot W. DROSS; Cass. fr. (derde burgerlijke kamer) 31 oktober 2012, *Bull.* 2012, III, nr. 159; DROSS 2012, p. 231, nr. 119; DANOS 2007, p. 39-41, nr. 36.
[73] JANSSEN 2010, p. 36-37; BARTELS, SAGAERT, TWEEHUYSEN en VONCK 2016, p. 301.
[74] DE JONG 2006, p. 115 e.v., nrs. 122 e.v.
[75] HR 16 maart 1979, *NJ* 1980, 600, concl. FRANX, noot B. WACHTER ("Het karakter van de natrekking – waarvan de rechtsgevolgen aan de wil van [partijen] zijn onttrokken – en de eisen van zekerheid en duidelijkheid die aan het zakenrecht moeten worden gesteld […]"); MEMELINK 2009, p. 93-95; MIJNSSEN, VAN VELTEN en BARTELS 2008, p. 92, nr. 69.
[76] MIJNSSEN, VAN VELTEN en BARTELS 2008, p. 94, nr. 70a.

4.1. Relevantie van titel 8 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek?

37. Enkel onroerend opstalrecht in titel 8 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek – analoge toepassing. De afstand van de roerende natrekking – wat we naar oud Belgisch goederenrecht het roerende opstalrecht noemden – moet goed worden onderscheiden van het opstalrecht van titel 8 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek, want dit wordt uitdrukkelijk gedefinieerd als "een zakelijk gebruiksrecht dat het eigendomsrecht verleent op al dan niet gebouwde volumes, voor het geheel of een deel, op, boven of onder andermans grond om er bouwwerken of beplantingen te hebben" (art. 3.177 BW). Titel 8 van Boek 3 regelt derhalve enkel het onroerende opstalrecht. Dit is minder opzienbarend dan het lijkt, want er is een precedent. Ook het accessoire opstalrecht viel buiten het toepassingsgebied van de Opstalwet, de voorganger van titel 8 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek.[77] Een aantal bepalingen van titel 8 van Boek 3 kunnen wel analogisch worden toegepast op de afstand van de roerende natrekking. Er is immers een overlappende *ratio*: in beide gevallen wordt de natrekking doorbroken. We vermelden de bepalingen in kwestie hieronder.

4.2. Ontstaan en einde van de afstand van de roerende natrekking

4.2.1. Ontstaan

38. Bevoegdheid tot het doen van afstand van de roerende natrekking. De afstand van de roerende natrekking kan geschieden door elke titularis van een roerend zakelijk recht binnen de grenzen van zijn recht (art. 3.178 BW).

39. Ontstaanswijzen. De afstand van de roerende natrekking ontstaat principieel door een overeenkomst tussen de eigenaars van het hoofdgoed (de eindgebruiker) en van het (toekomstige) bestanddeel (de aanbieder). Het kan hierbij zowel gaan om een hoofdopstalrecht als om een accessoir opstalrecht (bv. wanneer de *lessee* van een vliegtuig dit zonder motoren leaset).

In welke mate zijn de verkrijgende verjaring of de regels ter bescherming van een derde-verkrijger te goeder trouw van toepassing? Indien men aanvaardt dat de afstand van de roerende natrekking een (onbenoemd) zakelijk gebruiksrecht doet ontstaan – vergelijkbaar met de toestand bij de afstand van de onroerende natrekking, waar een (onroerend) opstalrecht ontstaat –, dan zijn de toepassingsvereisten daarvoor vervuld. In het tegenovergestelde geval lijkt het niet mogelijk om door verkrijgende verjaring of de regels ter bescherming van een derde-verkrijger te goeder trouw te komen tot een afstand van de roerende natrekking.

4.2.2. Einde

40. Einde. Het einde van de afstand van de roerende natrekking wordt geheel geregeld door het gemene recht. Het valt te voorzien dat het afzonderlijke eigendomsrecht op een bestanddeel met enige regelmaat zal tenietgaan doordat een derde te goeder trouw het goed verkrijgt en zodoende artikel 3.28 van het Burgerlijk Wetboek kan inroepen (zie randnr. 48).

[77] Cass. 12 juni 2014, *RW* 2014-15, 905, noot V. SAGAERT, *TBO* 2016, 303, noot M. MUYLLE en K. SWINNEN en *T.Not.* 2014, 751; MUYLLE en SWINNEN, *TBO* 2016, p. 304, nr. 4; MICHIELS, *Not.Fisc.M.* 2015, p. 218, nr. 11; GOSSELIN en HERVE, *Rev.not.b.* 2006, p. 224-225, nr. 65.

41. Modaliteiten van het einde. Artikelen 3.186-188 van het Burgerlijk Wetboek behandelen het tenietgaan van het opstalrecht, waaronder de natrekking en de vergoedingsplichten. Deze kunnen ook analoog worden toegepast bij de afstand van de roerende natrekking. Het kan worden aanbevolen dat de, naar analogie, van toepassing zijnde regels van het onroerend opstalrecht contractueel aangepast worden. Artikel 3.188 van het Burgerlijk Wetboek gaat ervan uit dat de bouwwerken en de beplantingen niet verwijderd worden aan het eind van het recht, maar het valt te voorzien dat de roerende opstalhouder zijn goed – bijvoorbeeld een batterij of een vliegtuigmotor – wil terugnemen. De aantrekkelijkheid van veel contracten waarbij een roerend opstalrecht mogelijk is, hangt immers af van het feit dat de opstalhouder zorg draagt voor de recyclage van het versleten bestanddeel.

4.3. Bevoegdheden van de begunstigde van de afstand van de roerende natrekking

42. Bevoegdheden van de begunstigde van de afstand van de roerende natrekking over zijn recht. Artikel 3.183 van het Burgerlijk Wetboek regelt de bevoegdheden van de opstalhouder over zijn opstalrecht: hij kan er bijvoorbeeld over beschikken. Dit kan globaal gezien naar analogie worden toegepast op de begunstigde van de afstand van de roerende natrekking (de *lessor* van een geleasede vliegtuigmotor kan die dus verkopen aan een derde), met een uitzondering. Artikel 3.183 van het Burgerlijk Wetboek maakt het mogelijk om een hypotheek op het opstalrecht te vestigen. Dat kan bij het roerend opstalrecht worden vertaald naar een pandrecht. Aangezien de afstand van de roerende natrekking in de meeste gevallen geen feitelijke macht over het goed met zich meebrengt voor de opstalhouder, is een vuistpand uitgesloten behoudens toestemming van de eigenaar. De begunstigde van de afstand van de roerende natrekking dient dus een registerpandrecht te vestigen.

43. Bevoegdheden van de begunstigde van de afstand van de roerende natrekking op de volumes. Artikel 3.184 van het Burgerlijk Wetboek regelt de rechten op de volumes: de opstalhouder oefent alle eigendomsbevoegdheden uit en mag de bouwwerken en de beplantingen waartoe hij gehouden was, niet verwijderen. Dit kan ook naar analogie worden toegepast op de begunstigde van de afstand van de roerende natrekking. In veel gevallen zal het wel nodig zijn om dit contractueel aan te passen, bijvoorbeeld om versleten batterijen of motoren te vervangen. Ook moet men in het achterhoofd houden dat de eigenaar van het hoofdgoed in de regel dit verder gebruikt, terwijl de eigenaar van het bestanddeel enkel een feitelijke macht over het goed uitoefent bij inspecties, herstellingen en vervangingen.

4.4. Duur

44. Duur. De tijdsbeperking van het onroerende opstalrecht tot 99 jaar (art. 3.180 BW) kan analoog worden toegepast op de afstand van de roerende natrekking. De redenen voor een in de tijd beperkt onroerend opstalrecht – vermijden dat de natrekking al te lang uitgesteld wordt – gelden immers ook bij de afstand van de roerende natrekking. In Frankrijk wordt eveneens verdedigd dat de afstand van de roerende natrekking tijdelijk moet zijn.[78]

Het opstalrecht kan ook eeuwigdurend zijn voor doeleinden van het openbaar domein en "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" (art. 3.180, tweede lid BW). De eerste uitzondering kan van toepassing zijn, bijvoorbeeld in een woon-

[78] BINCTIN, *Jurisclasseur civil* 2014, nr. 102.

boot die men wil opsplitsen in diverse appartementen en andere (bv. commerciële) ruimtes. De tweede uitzondering lijkt zeer onwaarschijnlijk bij roerende goederen, want zij hebben een natuurlijke grens, het buitenste omhulsel. Daaruit volgt dat alle volumes noodzakelijkerwijze omsloten zijn door hetzelfde omhulsel (bv. de scheepsromp) en dus minstens dat gemeenschappelijk hebben.

4.5. Publiciteit

45. Publiciteit in het algemeen. Aangezien de afstand van de roerende natrekking een roerend goed betreft, moet ze niet worden overgeschreven (art. 3.30, § 1 BW). De publiciteit van de afstand van de roerende natrekking geschiedt dus door het bezit, de gemeenrechtelijke wijze van bekendmaking van zakelijke rechten.[79] Hier is een belangrijk probleem aanwezig: in de meeste gevallen behoudt de eigenaar van het hoofdgoed ook de feitelijke macht over dit goed en wordt het afgesplitste bestanddeel te zijner beschikking gesteld (in tegenstelling tot het typegeval van het onroerende opstalrecht, waar het hoofdgoed – de grond – ter beschikking van de opstalhouder gesteld wordt), zodat de afstand van de roerende natrekking stil is. Derden worden dus niet op de hoogte gesteld door het bezit.

Vanwege het specialiteitsbeginsel zullen de partijen wel nauwkeurig zowel het hoofdgoed (of de hoofdgoederen) als de bestanddelen die beschermd worden tegen de roerende natrekking, moeten identificeren (zie randnr. 25). Om betwistingen over de datum en dus de rang van het roerend opstalrecht te vermijden, valt aan te bevelen dat de akte een zekere datum krijgt. Dat is sowieso het geval bij authentieke akten (art. 8.17, eerste lid BW); onderhandse authentieke akten kunnen best worden geregistreerd (art. 8.22, 1° BW). Artikel 8.22, 3° van het Burgerlijk Wetboek verleent ook vaste datum aan onderhandse akten die niet meer door minstens één van de partijen gewijzigd kunnen worden. Het overlijden is een voor de hand liggende mogelijkheid; daarnaast kan eventueel worden gedacht aan diverse wiskundige en cryptografische middelen.

Bij het onroerende opstalrecht wordt opgemerkt dat het vaak te duur is in verhouding tot de waarde van het bestanddeel.[80] Bij het roerende opstalrecht kan men de notaris en – meer nog – het openbaar register ontwijken, aangezien een onderhandse akte volstaat. Dit is een voordeel van de afstand van de roerende natrekking, zij het dat dit de rechtszekerheid aantast.

46. Publiciteit bij schepen. Indien de afstand van de roerende natrekking betrekking heeft op een schip, is er wel publiciteit mogelijk. De zakelijke rechten op schepen moeten worden ingeschreven in het zeeschepenregister (art. 2.2.1.12 Belgisch Scheepvaartwetboek; deze bepaling is van toepassing op binnenschepen op grond van art. 3.2.1.6 Belgisch Scheepvaartwetboek). Het zeerecht staat de inschrijving van onderhandse akten toe (art. 2.2.1.14 Belgisch Scheepvaartwetboek), zodat de partijen kunnen kiezen of zij de versterkte rechtszekerheid van een authentieke akte dan wel de mindere kosten van een onderhandse akte wensen.

[79] VAN DE VOORDE en CARETTE 2015, p. 54, nr. 3.
[80] SCHMIDT, *M en R* 2017, p. 816; HARTLIEF, *NJB* 2019, p. 1785.

4.6. Derdenbescherming voor derde-verkrijgers van het bestanddeel of het hoofdgoed

47. Toepassing van artikel 3.28 van het Burgerlijk Wetboek. Aangezien de roerende natrekking per definitie roerende goederen betreft, die bovendien vaak lichamelijk zijn, is artikel 3.28, § 1 van het Burgerlijk Wetboek toe te passen ten gunste van de verkrijgers van zakelijke rechten op het hoofdgoed.[81] De koper van een elektrisch voertuig verwerft dan zowel het voertuig als de geleasede batterijen, niettegenstaande de afstand van de roerende natrekking, mits hij te goeder trouw is (zie over de goede trouw randnr. 53). Andere derden, zoals beslagleggende schuldeisers, mogen er eveneens van uitgaan dat de bezitter van het hoofdgoed ook de bestanddelen bezit en in eigendom heeft, mits zij te goeder trouw zijn en onder bezwarende titel verkregen hebben. Het praktische effect is dan dat artikel 3.28, § 1 van het Burgerlijk Wetboek het roerende opstalrecht goeddeels onschadelijk maakt. Dat verrast niet, want artikel 2279 van het oud Burgerlijk Wetboek, de voorganger van artikel 3.28, § 1 ervan, had de roerende natrekking eveneens vrijwel overbodig gemaakt.[82] Schenkingen en andere overdrachten om niet vermogen echter niet langer om roerende opstalrechten onschadelijk te maken, want artikel 3.28, § 1 van het Burgerlijk Wetboek vereist dat de verkrijger onder bezwarende titel verkrijgt.

Op welke goederen is artikel 3.28, § 1 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing? Het betreft in elk geval de roerende lichamelijke goederen.[83] Onlichamelijke roerende goederen kunnen ook in het toepassingsgebied van artikel 3.28, § 1 van het Burgerlijk Wetboek vallen, aangezien de wettekst uitdrukkelijk ruim wordt gehouden; artikel 3.28, § 2 ervan is zelfs uitdrukkelijk geschreven voor schuldvorderingen. Maar dat valt buiten ons bestek en is alleszins minder relevant. Op schepen is artikel 3.28, § 1 van het Burgerlijk Wetboek niet van toepassing (art. 2.2.4.5, § 3 en 3.2.4.5, § 3 Belgisch Scheepvaartwetboek).

4.7. Aanvullende regels

48. Contract als aanvulling. Voor het overige zijn de bepalingen van het contract richtinggevend, aangezien er geen wettelijke regeling van het roerende opstalrecht is. In het oude Belgische goederenrecht (nog van toepassing in Frankrijk) verklaarde artikel 565 van het Burgerlijk Wetboek de "regels van de natuurlijke billijkheid" van toepassing, maar het nieuwe goederenrecht heeft deze bepaling geëlimineerd. Dan kan men nog via artikel 1135 ervan werken, althans in de zeer talrijke gevallen waar het roerend opstalrecht bij overeenkomst wordt gevestigd.

In het kader van opstalrechten die gebruikt worden in het kader van de circulaire economie, zijn er meerdere onderwerpen die contractueel te regelen zijn: "een goedkopere vestiging, flexibele beëindigingsmodaliteiten om partijen niet te stevig aan elkaar vast te klinken, clausules die het opstalrecht onmiddellijk verbinden met de verhuur van de opstallen".[84]

[81] Zie over de vereisten van art. 3.28 BW: VAN DE VOORDE 2021, p. 184-196, nrs. 55-79.
[82] LAURENT 1871, p. 400, nr. 313; VAN DE VOORDE, *JT* 2020, p. 182, vn. 5; GAUTIER, *D.* 1988, p. 154, nr. 7.
[83] VAN DE VOORDE en CARETTE 2015, p. 99, nr. 85.
[84] VERHEYE, *TPR* 2019, p. 173, nr. 40.

5. IS EEN WIJZIGING VAN HET GOEDERENRECHT WENSELIJK?

5.1. Kritieken op het eenheidsbeginsel

49. Wens naar afzwakking van het eenheidsbeginsel. De Nederlandse rechtsleer die schrijft over circulaire economie, drukt vaak een wens uit naar een afzwakking van het eenheidsbeginsel.[85] De redenen voor het eenheidsbeginsel – de zekerheid voor verkrijgers en schuldeisers van de omvang van het goed enerzijds en het behoud van waarde anderzijds (zie randnr. 10) – worden als achterhaald betiteld.[86] Derden zouden voldoende geïnformeerd kunnen worden via bijvoorbeeld de openbare registers, waarin men bouwwerkinformatiemodellen (BIM, *Building Information Models*) zou kunnen opnemen. Dit zijn modellen waarin elk onderdeel van een gebouw opgenomen wordt, met alle relevante informatie zoals de samenstelling, de exacte locatie enzovoort. Men kan hen ook beschouwen als een zeer nauwkeurige elektronische maquette van het gebouw.

5.2. Kritische appreciatie van de kritieken

50. Inleiding. De argumenten voor en tegen het eenheidsbeginsel kunnen worden onderverdeeld in twee categorieën: de rechtszekerheid van derden en het behoud van waarde.[87] De rechtszekerheid pleit veeleer voor het eenheidsbeginsel; het behoud van waarde is dubbelzinnig.

5.2.1. Rechtszekerheid

51. Een doorgedreven informatiesysteem als alternatief voor het eenheidsbeginsel. De rechtszekerheid lijkt inderdaad ook gedekt te kunnen worden door een doorgedreven informatiesysteem. De publiciteit van zakelijke rechten is goed uitgewerkt voor onroerende goederen, waardoor het denkbaar is om het zelfstandigheidscriterium (zie randnr. 21) op te geven, zodat alle bestanddelen van onroerende goederen het voorwerp van een opstalrecht kunnen zijn, zelfs een baksteen in een muur.[88] Problematisch is wel dat de Belgische openbare registers juridisch gezien minder betrouwbaar zijn dan de Nederlandse.[89] Er zijn ook nog andere aanpassingen nodig om dit volledig mogelijk te maken, bijvoorbeeld ervoor zorgen dat opzoekingen niet enkel op de naam van de eigenaar(s) kunnen gebeuren en dat men verder in de tijd teruggaat dan 30 jaar bij opzoekingen.

52. Geen performant publiciteitssysteem bij roerende goederen. Daarentegen ontbreekt een performant openbaar register voor roerende lichamelijke goederen, schepen uitgezonderd. De meeste roerende lichamelijke goederen worden niet in een openbaar register opgenomen; in een aantal gevallen is er wel een administratief register, maar dat heeft niet de bedoeling om het zakelijk statuut van het goed aan te tonen. Op het eerste gezicht riskeren derde-verkrijgers dus omvangrijke transactiekosten te moeten dragen wanneer zij een roerend goed willen verkrijgen – zij moeten een diepgaand onderzoek instellen naar het zakelijk statuut van alle bestanddelen en inschatten wat het effect hiervan is op de totale waarde van het hoofdgoed.[90]

---

[85] AKKERMANS, *TPR* 2018, p. 1451, nr. 23; BARTELS, *TPR* 2019, p. 328, nr. 31.
[86] MES, PLOEGER en JANSSEN 2016, p. 164.
[87] Zie ook VERHEYE, *TPR* 2019, p. 144, nr. 27; VAN DER LINDEN, *NTBR* 2020, p. 110 (waarde); HARTLIEF, *NJB* 2019, p. 1785; VERHEUL 2018, p. 266.
[88] VERHEYE, *TPR* 2019, p. 171-173, nr. 40.
[89] VAN DE VOORDE 2019, p. 13, nr. 40.
[90] VERHEYE, *TPR* 2019, p. 170, nr. 39.

In de praktijk zullen derde-verkrijgers echter meestal zich kunnen beroepen op artikel 3.28, § 1 van het Burgerlijk Wetboek, althans wanneer zij het hoofdgoed onder bezwarende titel verkrijgen. Zij moeten dan te goeder trouw zijn, zoals geregeld door artikel 3.22 ervan. Ze hebben daartoe sowieso een oplettendheidslast: de verkrijger mag niet blindweg vertrouwen op een goede afloop, maar moet opletten dat er geen gegevens zijn die hem tot twijfel hadden moeten bewegen.[91] In sommige omstandigheden is er een onderzoekslast, in het bijzonder voor professionelen en bij sommige categorieën van goederen zoals registergoederen (onroerende goederen en schepen; hier moet het openbaar register worden geraadpleegd).[92] Zolang circulaire bedrijfsmodellen met een doorbraak van de roerende natrekking geen gemeengoed worden, valt te verwachten dat verkrijgers geen onderzoekslast hebben, wat de aanbieders benadeelt. Maar eens dergelijke bedrijfsmodellen wel gemeengoed worden, dreigt een onderzoekslast te ontstaan, met de genoemde transactiekosten tot gevolg. Men zou dus eerst een voldoende krachtig informatiesysteem moeten ontwikkelen, minstens voor de categorieën goederen waar de doorbreking van de roerende natrekking wenselijk is.

53. Gebruik van het pandregister? Bij nader inzien is het onderhavige bezwaar niet al te zwaarwegend, althans in België. De Pandwet heeft reeds een (optioneel) publiciteitssysteem voor enkele zakelijke rechten op roerende goederen op poten gezet: het pandrecht en het eigendomsvoorbehoud (art. 26, tweede lid Pandwet). Het zou niet overmatig moeilijk mogen zijn om dit systeem uit te breiden naar het roerend pandrecht. Het pandregister biedt wel minder bescherming dan de openbare registers voor onroerende goederen, want enkel verkrijgers onder bijzondere titel die handelen in het raam van hun bedrijf of hun beroep (professionelen) zijn verplicht om het te raadplegen (art. 25 Pandwet). Particulieren moeten het niet raadplegen.

54. Ondergraven van de inroepbaarheid van zakelijke rechten? Daarnaast merkt een auteur op dat het eenheidsbeginsel een belangrijker rol speelt in de inroepbaarheid van zakelijke rechten tegen allen (*erga omnes*).[93] Zijn redenering is als volgt. Het specialiteitsbeginsel vereist dat zakelijke rechten rusten op welbepaalde voorwerpen en niet op abstracte waarden (zie randnr. 24). Het is dus van groot belang om te weten wat precies deel uitmaakt van het welbepaalde voorwerp, waarin het eenheidsbeginsel een sleutelrol speelt. Het specialiteitsbeginsel wordt vervolgens gecombineerd met het publiciteitsbeginsel om te komen tot het zogenaamde transparantievereiste. Dit vereiste is belangrijk omdat het mede verantwoordt waarom zakelijke rechten *erga omnes* werking hebben: het bestaan van een zakelijk recht moet kenbaar zijn voor derden om tegen hen inroepbaar te kunnen zijn. Het eenheidsbeginsel opofferen riskeert dus de grondslag voor de *erga omnes* werking van zakelijke rechten weg te slaan.

5.2.2. Behoud van waarde

55. Botsing van diverse waarden. Het behoud van waarde is een dubbel probleem. Enerzijds is het duidelijk dat een goed dat inherente bestanddelen mist, minder waard is dan een goed met die inherente bestanddelen. Dat klopt, ongeacht of men nu denkt in een circulair dan wel een lineair economisch systeem. Anderzijds wordt de circulaire economie geacht grotere economische waarde te kunnen scheppen doordat aanbieders van producten aangemoedigd worden om hoogkwalitatieve, langlevende producten te gebruiken, terwijl

[91] VAN DE VOORDE 2019, p. 493, nr. 1391.
[92] VAN DE VOORDE 2019, p. 493-495, nrs. 1392-1399.
[93] VERHEYE, *TPR* 2019, p. 143-146, nr. 27. Zie ook SAGAERT 2019, p. 282-283, nr. 443; VAN DER LINDEN, *NTBR* 2020, p. 110-111.

in de lineaire economie meer op middelmatige kwaliteit gemikt wordt (enerzijds voldoende kwaliteit geven om de producten verkocht te krijgen, anderzijds niet zo veel kwaliteit geven dat men te lang moet wachten om opnieuw een product te kunnen verkopen).

56. Niet duidelijk welke waarde in het algemeen doorweegt. De essentiële vraag is evenwel in welk systeem de grootste waarde – economisch, maar ook sociaal en psychologisch – gecreëerd wordt. Het antwoord daarop blijkt niet voor de hand te liggen, bijvoorbeeld omdat mensen geneigd kunnen zijn om minder belang te hechten aan goederen die zij leasen dan aan hun eigendom, zodat zij er minder zorg voor dragen.[94] De lange duurtijd van de overeenkomsten nodig voor product-dienstsystemen betekent ook dat men riskeert zeer lang aan een aanbieder vast te zitten.[95] Product-dienst-systemen scheppen ook een permanente afhankelijkheid van de eindgebruiker jegens de aanbieder, die herinnert aan de feodaliteit – het is dan misschien geen toeval dat voorstanders van dergelijke systemen verlangen naar een nieuw goederenrecht, want alvast de *Code Napoléon* van 1804 was sterk gericht op het afschaffen van de feodaliteit.[96] Dat gezegd zijnde, het is ook niet zeker dat een "neofeodalisme" af te keuren is.[97] Een etiket op een fenomeen plakken om het goed of af te keuren, is een uitermate oppervlakkige analyse. Algemener valt op dat voorstanders van duurzaamheid weinig aandacht geven aan de belangrijke voordelen van exclusieve eigendom voor de eigenaar en lijken te verwachten dat eigenaars die voordelen eenvoudigweg opgeven. Een eigen auto staat steeds klaar, zelfs wanneer er een hoge vraag naar deelauto's is; in een eigen tuin kan men ervoor zorgen dat mensen met incompatibele voorkeuren (bv. het draaien van luide muziek) wegblijven, wat in een openbaar park veel moeilijker is.

Er is dus een meer uitgebreid en diepgaand onderzoek nodig dan intuïtieve beweringen dat de circulaire economie meer waarde schept. Aangezien een dergelijke analyse uitgebreide economische, psychologische, ecologische en maatschappelijke beschouwingen vereist, naast het juridische, is het hier niet mogelijk om daar dieper op in te gaan.

57. Nuance. De voorgaande kritiek betreft in de eerste plaats de argumentatie ten gunste van de circulaire economie. Dat belet niet dat er ook andere gevallen zijn waar de afstand van de roerende natrekking nuttig kan zijn. Het meest voor de hand liggende voorbeeld is dat van de vliegtuigmotoren (zie randnr. 1). Vliegtuigmotoren – in het bijzonder voor grote straalvliegtuigen – zijn vaak erg duur, zodat vliegtuigmaatschappijen verkiezen om ze te leasen of te huren. Economisch bezien, lijkt het weinig redelijk om vliegtuigmaatschappijen te dwingen hogere kosten te hebben door motoren te moeten kopen, of alternatief verhuurders van vliegtuigmotoren in gevaar te brengen wanneer zij motoren verhuren. De afstand van de roerende natrekking kan dus worden verantwoord om redenen anders dan de bevordering van een duurzame economie.

58. Omzeiling van de botsing der waarden. In zekere mate kan men het probleem van de botsende waarden overigens ook omzeilen door de verdeling niet op het materiële vlak maar enkel op het financiële vlak te laten gebeuren (het goed wordt dan als één geheel verkocht, maar de prijs wordt verdeeld over de diverse eigenaren).[98] Men kan zich wel afvragen of men dan niet alsnog het circulaire model ondergraaft, want dat berust – in de bestudeerde hypothese – op het behoud van het eigendomsrecht door de aanbieder.

[94] KEIRSBILCK, TERRYN en VAN GOOL, *TPR* 2020, p. 824-828, nrs. 7-8.
[95] SCHMIDT, *M en R* 2017, p. 814.
[96] LÉVY 2004, p. 91-93, nrs. 9-12; RAFF en TAITSLIN, *Review of Central and East European Law* 2016, p. 271-276.
[97] Zie LEFEBVRE 2006; HEIRBAUT, *ERPL* 2003.
[98] SAGAERT 2019, p. 283, nr. 443.

5.3. De afstand van de roerende natrekking als rechtsfiguur

59. Erkenning van de roerende natrekking. Volgens onze analyse is de afstand van de roerende natrekking mogelijk naar huidig recht, althans mits het gevestigd wordt ten laatste op het ogenblik van de bestanddeelvorming. In de wet valt hierover echter weinig tot niets terug te vinden. Er is in alle geval geen regeling van de afstand van de roerende natrekking (bv. onder de vorm van een roerend opstalrecht) in Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek. Het is wenselijk dat de wetgever een dergelijke regeling schept, in de veronderstelling dat hij de afstand van de roerende natrekking behoudt. Op de meeste vlakken kan worden volstaan met het hernemen van of het verwijzen naar de regels inzake het onroerende opstalrecht.

60. Wettelijke regeling van de afstand van de roerende natrekking. Er zijn wel enkele aspecten die een eigen regeling kunnen gebruiken: de toepassingsvereisten en de publiciteit. Wat betreft de toepassingsvereisten, geldt momenteel dat de afstand van de roerende natrekking kan geschieden vooraleer de bestanddeelvorming kan plaatsvinden. De wetgever kan dit bevestigen of een ruimere afstand van de roerende natrekking mogelijk maken. Aangezien onroerende opstalrechten gevestigd kunnen worden met betrekking tot bestaande bouwwerken en beplantingen (art. 3.179 BW), lijkt de tweede optie te verkiezen.

Het is daarnaast nodig om te verduidelijken welke bestanddelen verzelfstandigd kunnen worden door de afstand van de roerende natrekking: enkel de voldoende zelfstandige bestanddelen of alle bestanddelen. Ook moet de wetgever een performant publiciteitssysteem instellen, waarbij een aanpassing van het pandregister het meest eenvoudig lijkt.

6. BESLUIT

61. Is het Belgische goederenrecht een hinderpaal voor duurzaamheid? Dat lijkt niet het geval te zijn. Er is een redelijk uitgebreide mogelijkheid om de roerende bestanddeelvorming en dus de roerende natrekking uit te sluiten, wat goed nieuws is voor de circulaire bedrijfsmodellen die uitgaan van de integratie van een bepaald onderdeel in een hoofdgoed dat toebehoort aan een eindgebruiker. Niettemin moet worden toegegeven dat het roerende opstalrecht nog niet beproefd is naar nieuw goederenrecht, en de precedenten uit het oude goederenrecht zijn oud. Er is dus een mogelijkheid van rechtsonzekerheid die een rem kan zetten op sommige circulaire bedrijfsmodellen.

Het is bijgevolg wenselijk dat de wetgever ingrijpt en de afstand van de roerende natrekking wettelijk bevestigt (of ontkent) alsmede het regime duidelijk maakt. Hierbij kan de regeling van het onroerende opstalrecht grotendeels worden gebruikt. Een belangrijk pijnpunt is wel dat er vooralsnog geen publiciteit mogelijk is voor het roerende opstalrecht – behalve bij schepen – zodat aanbieders weinig beschermd zijn bij onbevoegde daden van beschikking door eindgebruikers.

Aangehaalde literatuur

AKKERMANS, *TPR* 2018
B. AKKERMANS, “Duurzaam goederenrecht: naar een herijking van ons goederenrechtelijk stelsel?”, *TPR* 2018, p. 1437-1470.

ALBIGES 2000
C. ALBIGES, *De l’équité en droit privé*, Parijs, LGDJ, 2000.

APERS 2017
A. APERS, *Wilsautonomie bij de kwalificatie van goederen*, Antwerpen, Intersentia, 2017.

BACKES, TIEMAN en TEESING 2017
C. BACKES, J. TIEMAN en N. TEESING (red.), *Met recht naar een circulaire economie*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2017.

BARTELS, SAGAERT, TWEEHUYSEN en VONCK 2016
S.E. BARTELS, V. SAGAERT, V. TWEEHUYSEN en F.J. VONCK, "Erfpacht en opstal (titels 7 en 8). *If it ain't broke, don't fix it*" in L.C.A. VERSTAPPEN (red.), *Boek 5 BW van de toekomst*, Den Haag, Sdu, 2016, p. 297-350.

BARTELS, *TPR* 2019
S. BARTELS, "Partijautonomie in het Nederlandse goederenrecht", *TPR* 2019, p. 303-336.

BERGEL, BRUSCHI en CIMAMONTI 2010
J.-L. BERGEL, M. BRUSCHI en S. CIMAMONTI, *Traité de droit civil. Les biens*, Parijs, LGDJ, 2010.

BERTREL, *RTD civ.* 1994
J.P. BERTREL, "L'accession artificielle immobilière. Contribution à la définition de la nature juridique du droit de superficie", *RTD civ.* 1994, p. 737-775.

BINCTIN, *Jurisclasseur civil* 2014
N. BINCTIN, "Propriété. – Droit d'accession relativement aux choses mobilières", *Juris-Classeur civil*, 2014.

BOULY 2015
S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, Antwerpen, Intersentia, 2015.

CRANS 2017
B. CRANS, "Aspects particuliers de la location de moteurs" in C.-I. GRIGORIEFF en V. CORREIA (red.), *Le droit de financement des aéronefs*, Brussel, Bruylant, 2017, p. 115-142.

DANOS 2007
F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, Parijs, Economica, 2007.

DE BOECK, *TBBR* 2020
A. DE BOECK, "De toenemende "verdiensting": verbintenisrechtelijke vraagstukken bij de kringloopeconomie", *TBBR* 2020, p. 14-25.

DE JONG 2006
Th.F. DE JONG, *De structuur van het goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2006.

DEMEYERE, *TPR* 2020
S. DEMEYERE, "De onderschatte rol van wilsautonomie in het huidige en in het nieuwe goederenrecht: kwalitatieve verbintenissen als proefstuk", *TPR* 2020, p. 1055-1141.

DEMEYERE en SAGAERT 2020
S. DEMEYERE en V. SAGAERT (red.), *Contract and Property with an Environmental Perspective*, Antwerpen, Intersentia, 2020.

DE PAGE en DEKKERS 1953
H. DE PAGE en R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, VI, *Les biens. Deuxième partie. Les sûretés. Première partie*, Brussel, Bruylant, 1953.

DE REY, *T.Verz.* 2018
S. DE REY, "Verzekeringsprestaties in natura: mogelijkheden en grenzen", *T.Verz.* 2018, p. 435-452.

DE SADELEER, *RAE* 2017
N. DE SADELEER, "L'économie circulaire prise en tenaille entre la valorisation et l'élimination des déchets", *RAE* 2017, p. 293-304.

DIRIX 2003-04
E. DIRIX, "Beslag tot terugvordering op een elektronisch bestand" (noot onder Antwerpen 13 november 2001), *RW* 2003-04, p. 743.

DROSS 2000
W. DROSS, *Le mécanisme de l'accession. Eléments pour une théorie de la revendication en valeur*, doctoraal proefschrift Université Nancy II, 2000.

DROSS 2012
W. DROSS, *Droit civil. Les choses*, Parijs, LGDJ, 2012.

DROSS, *Revue Energie, Environnement, Infrastructure* 2017
W. DROSS, "L'originalité de l'obligation réelle environnementale en droit des biens", *Revue Energie, Environnement, Infrastructure* 2017, afl. 6, p. 45-51.

DURANT 2017
I. DURANT, *Droit des biens*, Brussel, Larcier, 2017.

ERNEUX 2015
P.-Y. ERNEUX, "La servitude environnementale en droit belge" in *D'urbanisme et d'environnement. Liber Amicorum Francis Haumont*, Brussel, Bruylant, 2015, p. 615-636.

FAURE-ABBAD 2016
M. FAURE-ABBAD, "La propriété d'un volume" in M. BOUDOT en D. VEILLON (red.), *Les propriétés. Université d'été facultatis iuris pictaviensis*, Parijs, LGDJ, 2016, p. 199-216.

GAUTIER, *D.* 1988
P.-Y. GAUTIER, "L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculiens et des Sabiniens", *D.* 1988, chron. XXIII, p. 152-156.

GINOSSAR 1960
S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Parijs, LGDJ, 1960.

GOESSENS 2010-11
E. GOESSENS, "De historische oorsprong van het *numerus clausus* beginsel in het goederenrecht", *Jura Falc.* 2010-11, p. 153-208.

GOSSELIN en HERVE, *Rev.not.b.* 2006
A. GOSSELIN en L. HERVE, "Du sort des constructions et aménagements immobiliers réalisés par l'occupant (2e partie)", *Rev.not.b.* 2006, p. 190-242.

HARTLIEF, *NJB* 2019, p.
T. HARTLIEF, "Het Huis van de toekomst", *NJB* 2019, p. 1785.

HEIRBAUT, *ERPL* 2003
D. HEIRBAUT, "Feudal Law: The Real Ius Commune of Property in Europe or: Should We Reintroduce Duplex Dominium?", *ERPL* 2003, p. 301-320.

HOFLAND, *JOR* 2002
J. HOFLAND, "[Goederenrechtelijke en IPR-aspecten van de verhuur van een vliegtuigmotor]" (noot onder 's-Hertogenbosch 15 augustus 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AE8293), *JOR* 2002, p. 1343-1345.

HOLLIGAN, *Journal of Environmental Law* 2018
B. HOLLIGAN, "Narratives of capital versus narratives of community: Conservation covenants and the private regulation of land use", *Journal of Environmental Law* 2018, p. 55-81.

HONNEBIER, *ZLW* 2007
P. HONNEBIER, "Clarifying the Alleged Issues Concerning the Financing of Aircraft Engines (Some Comments to the Alleged Pitfalls Arising under Dutch, German and International Law as Proposed in the ZLW 1/2007", *ZLW* 2007, p. 383-403.

JANSSEN 2010
B.A.M. JANSSEN, *Wie heeft de leiding? De eigendom van kabel- en leidingnetten*, Deventer, Kluwer, 2010.

KEIRSBILCK, TERRYN en VAN GOOL, *TPR* 2020
B. KEIRSBILCK, E. TERRYN en E. VAN GOOL, "Consumentenbescherming bij *servitisation* en product-dienst-systemen (PDS)", *TPR* 2020, p. 817-899.

LAMARCHE, *RTD civ.* 2006
Th. LAMARCHE, "L'accession différée: une nouvelle approche des grandes classifications", *RTD civ.* 2006, p. 1-25.

LAURENT 1871
F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, VI, Brussel, Bruylant, 1871.

LEBON 2010
C. LEBON, *Het goederenrechtelijk statuut van schuldvorderingen*, Antwerpen, Intersentia, 2010.

LECOCQ, BOUFFLETTE, SALVE en POPA 2016
P. LECOCQ, S. BOUFFLETTE, A. SALVE en R. POPA, *Manuel de droit des biens*, II, *Droits réels principaux démembrés*, Brussel, Larcier, 2016.

LEFEBVRE 2006
J. LEFEBVRE (red.), *L'hypothèse du néo-féodalisme. Le droit à une nouvelle croisée des chemins*, Parijs, PUF, 2006.

LEVY 2004
J.-Ph. LEVY, "La révolution française et le droit civil" in *Le Code civil. Un passé. Un présent. Un avenir*, Parijs, Dalloz, 2004, p. 87-105.

MAK, *TPR* 2020
V. MAK, "Consumentenbescherming bij *servitization*", *TPR* 2020, p. 779-816.

MEMELINK 2009
P. MEMELINK, *De verkeersopvatting*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2009.

MES, PLOEGER en JANSSEN 2016
A.J. MES, H.D. PLOEGER en B.A.M. JANSSEN, "Eigendom van onroerende zaken, met name natrekking (titels 1 en 3). Flexibele eigendomsverhoudingen in het vastgoedrecht" in L.C.A. VERSTAPPEN (red.), *Boek 5 BW van de toekomst*, Den Haag, Sdu, 2016, p. 145-218.

MICHIELS, *Not.Fisc.M.* 2015
D. MICHIELS, "Het accessoir opstalrecht als onderdeel van de samenlevingsovereenkomst", *Not.Fisc.M.* 2015, p. 215-233.

MIJNSSEN, VAN VELTEN en BARTELS 2008
F.H.J. MIJNSSEN, A.A. VAN VELTEN en S.E. BARTELS, *Zakenrecht. Eigendom en beperkte rechten* in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, Deventer, Kluwer, 2008.

MUYLLE 2012
M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Antwerpen, Intersentia, 2012.

MUYLLE en SWINNEN, *TBO* 2016
M. MUYLLE en K. SWINNEN, "Het juridische regime van accessoire opstalrechten" (noot onder Cass. 12 juni 2014), *TBO* 2016, 303-307.

RAFF en TAITSLIN, *Review of Central and East European Law* 2016
M. RAFF en A. TAITSLIN, "A Comparative Perspective on the Concept of Ownership in Russian Law: From the Svod Zakonov to the 1994 Civil Code", *Review of Central and East European Law* 2016, afl. 3-4, p. 263-341.

REULEAUX en TONNAER, *ZLW* 2007
M. REULEAUX en H. TONNAER, "Financing Aircraft Engines – Pitfalls and Solutions", *ZLW* 2007, p. 33-44.

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

SAGAERT 2014
V. SAGAERT, *Goederenrecht* in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014.

SAGAERT 2019
V. SAGAERT, *De zakenrechtelijke structuur van vastgoedprojecten*, Antwerpen, Intersentia, 2019.

SAGAERT en DEL CORRAL 2015
V. SAGAERT en J. DEL CORRAL, *Eigendomsvoorbehoud*, Mechelen, Kluwer, 2015.

SCHMIDT, *M en R* 2017
A.M. SCHMIDT, "Diensten in de circulaire economie en enkele mogelijke privaatrechtelijke belemmeringen", *M en R* 2017, p. 812-819.

SWINNEN 2014
K. SWINNEN, *Accessoriteit in het vermogensrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2014.

TWEEHUYSEN 2016
V. TWEEHUYSEN, *Het uniciteitsbeginsel in het goederenrecht*, Deventer, Kluwer, 2016.

VANBRABANT 2018
B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle*, II, *Régime patrimonial*, Brussel, Larcier, 2018.

VAN DAMME, *T.Not.* 2019
N. VAN DAMME, "Opstalrechten, verzakingen aan het recht van natrekking en wetsontduiking: stand van zaken en toekomstperspectieven", *T.Not.* 2019, p. 75-111.

VAN DE VOORDE, CARETTE, HUBEAU en VAN DEN BROECK, *TPR* 2018
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, p. 1195-1313.

VAN DE VOORDE en CARETTE 2015
J. VAN DE VOORDE en N. CARETTE, "Is het bezit als publiciteitsmiddel in verval?" in A. DE BOECK, V. SAGAERT en R. VAN RANSBEECK (red.), *Publiciteit in het zakenrecht*, Brugge, die Keure, 2015, p. 51-159.

VAN DE VOORDE, *TBBR* 2018
J. VAN DE VOORDE, "Is een roerend opstalrecht mogelijk?", *TBBR* 2018, p. 250-260.

VAN DE VOORDE 2019
J. VAN DE VOORDE, *De verkrijgende verjaring*, Brugge, die Keure, 2019.

VAN DE VOORDE 2020
J. VAN DE VOORDE, "De stedenbouwkundig wederrechtelijke constructie op andermans grond: de onroerende natrekking, de overbouw ofte grensoverschrijding en de kostenleer" in R. BARBAIX en N. CARETTE (red.), *Tendensen vermogensrecht 2020*, Antwerpen, Intersentia, 2020, p. 187-245.

VAN DE VOORDE 2021
J. VAN DE VOORDE, "Bezit en verkrijgende verjaring" in V. SAGAERT, J. BAECK, N. CARETTE, P. LECOCQ, M. MUYLLE en A. WYLLEMAN (red.), *Het nieuwe goederenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, p. 163-202.

VAN DE VOORDE, *JT* 2020
J. VAN DE VOORDE, "La copropriété par quantité (*numerieke mede-eigendom*) comme effet du mélange de biens fongibles", *JT* 2017, p. 181-193.

VAN DE VOORDE, *ERPL* 2020
J. VAN DE VOORDE, "Les droits subjectifs inclusifs en droits belge, français et américain", *ERPL* 2020, p. 1009-1063.

VAN DER LINDEN, *NTBR* 2020
T. VAN DER LINDEN, "Natrekking moet worden begrepen als een noodzakelijk kwaad", *NTBR* 2020, p. 108-118.

VAN DER PLANK 2016
P. VAN DER PLANK, *Natrekking door onroerende zaken*, Deventer, Kluwer, 2016.

VAN VAERENBERGH EN LEYMAN, *MER* 2019
A. VAN VAERENBERGH en F. LEYMAN, ""Product als dienst" – een stap in de richting van een circulaire economie", *MER* 2019, p. 20-30.

VERHEUL 2018
E. VERHEUL, *Eigendomsvoorbehoud*, Deventer, Kluwer, 2018.

VERHEYDEN, *AFT* 2007
K. VERHEYDEN, "De rechten van gebruik en bewoning", *AFT* 2007, afl. 2, p. 4-11.

VERHEYE, *TPR* 2019
B. VERHEYE, "Toekomst van de circulaire vastgoedeconomie", *TPR* 2019, p. 107-196.

WILLEMOT 2017
C. WILLEMOT, "Does one size fit all? A comparative analysis of the mandatory legal regime for apartment co-ownership" in B. HOOPS, R. KOOLHOVEN en L. ROSTILL (red.), *Property Law Perspectives V*, Den Haag, Eleven International Publishing, 2017, p. 125-150.

HET JUISTE REDUCTIEPAD: TOETSING VAN KLIMAATBELEID VIA REDELIJKHEID OF SCHEIDING DER MACHTEN?

Jan-Baptist LEMAIRE
FWO-aspirant, Centrum voor Rechtsmethodiek, KU Leuven
LL.M. kandidaat, Yale Law School

1. INLEIDING

De toetsing van klimaatbeleid is nauw verbonden met mensenrechten, zorgplichten en de scheiding der machten.[1] Deze aspecten van klimaattoetsing zijn dan ook goed gedocumenteerd in de rechtswetenschappelijke literatuur. De onderlinge verhouding van deze normen en beginselen en hun verhouding tot de redelijkheidstoets – in België en Nederland zo innig verstrengeld met beleidstoetsing – ontsnapt echter aan de wetenschappelijke aandacht.

Het narratief dat impliciet aanwezig is in de literatuur gaat als volgt: de centrale vraag bij beleidstoetsing is hoeveel terughoudendheid de rechter aan de dag moet leggen wanneer hij (klimaat)beleid toetst. De rechter moet rekening houden met de discretionaire ruimte die de beleidsmaker (wetgever of regering) heeft. De moeilijkheid is *hoe* terughoudend de rechter moet zijn en *in welke mate* de rechter rekening moet houden met de discretionaire ruimte van de beleidsmaker. De rechter heeft twee instrumenten om deze vraag te beantwoorden. Het eerste is het beginsel van de scheiding der machten dat stelt dat de staatsmachten verschillende functies uitvoeren en dat de ene macht niet de functie van de andere macht kan overnemen. Dit vertaalt zich in het gebod voor de rechter dat zij zich niet in de plaats mag stellen van de beleidsmaker. Dit doel impliceert een verbod voor de rechter om een subjectief oordeel te vellen. De rechter kan het oordeel over de 'opportuniteit' van het beleid niet vervangen door zijn eigen oordeel over die opportuniteit. Vervolgens komt het andere instrument in beeld dat de rechter ter beschikking heeft: de norm waarmee de rechter de rechtmatigheid van de beleidshandeling beoordeelt. Die norm kan zijn: mensenrechten, het evenredigheidsbeginsel, de zorgvuldigheidsplicht, het redelijkheidsbeginsel. Deze normen geven de nodige *objectiviteit* aan de beleidstoets.

Het redelijkheidsbeginsel komt in het vizier van de rechter via de marginale toetsing – in Nederland echter steeds minder uitdrukkelijk onder die naam. Waar een discretionaire ruimte bestaat, kan de rechter slechts marginaal toetsen. Marginaal toetsen wil zeggen dat de rechter een kennelijke onredelijkheidstoets uitvoert. *Grosso modo* beoordeelt de rechter dus de redelijkheid van het beleid. Verschillende auteurs noemen die redelijkheidstoetsing echter ondoorzichtig, soms ook te laks. De ondoorzichtigheid van het redelijkheidsbeginsel zorgt ervoor dat de rechter in feite een subjectief oordeel velt maar dit kan verhullen onder een vermeende mantel van objectivering. Maar het is in wezen een keizer zonder kleren. De auteurs bepleiten het alternatief van de beter ontwikkelde en intensere evenredigheidstoets.[2] Zij vinden daarbij steun in de vaststelling dat de evenredigheidstoets onder invloed

[1] UNEP, *Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review*, Nairobi, 2020, www.unep.org/resources/report/global-climate-litigation-report-2020-status-review, 40-42.

[2] De vervanging van het redelijkheidsbeginsel (marginale toetsing) door een evenredigheidstoets speelt voornamelijk in het Nederlandse bestuursrecht. Het meest recente pleidooi voor een verregaande sprong naar een vollere toets via de (Europese) evenredigheidstoets is te vinden in de belangwekkende conclusie van staatsraden Widdershoven en Pattel, zie Adv. Gen. R. WIDDERSHOVEN en P.J. WATTEL, Conclusie 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468. Zie eerder ook al J.H. GERARDS, "Het evenredigheidsbeginsel van art. 3: 4 Awb en het Europe-

van het Europese recht en de mensenrechten reeds opgang maakt in de nationale hoven en rechtbanken. Deze positie veronderstelt echter de inwisselbaarheid van de redelijkheidstoets met andere normen. De visie gaat ervan uit dat de redelijkheidstoets geen eigen inhoud heeft, wat strookt met de kritiek dat het een ondoorzichtige norm is. Daarenboven veronderstelt inwisselbaarheid dat deze normen dezelfde rol vervullen in de beleidstoetsing. Vooraleer we beslissen de redelijkheidstoets te verlaten, moeten we echter de precieze inhoud ervan blootleggen.[3] Deze bijdrage vormt daartoe een eerste poging aan de hand van het *Urgenda*vonnis van de rechtbank te Den Haag.

Via de analyse van de inhoud van het redelijkheidsbeginsel bij beleidstoetsing maak ik twee argumenten over de rol van het redelijkheidsbeginsel bij bovenstaande vraag naar de rechterlijke terughoudendheid bij beleidstoetsing. Ten eerste toon ik dat het redelijkheidsbeginsel een eigen structuur heeft, die anders is dan de structuur van de evenredigheids- of zorgvuldigheidstoets (3.4-3.8). Het is die structuur die objectiviteit verschaft aan de beleidstoets, net zoals bij de evenredigheids- en zorgvuldigheidstoets. Bovendien speelt het redelijkheidsbeginsel bij de beleidstoets een overkoepelende rol waarbij andere normen in het redelijkheidsbeginsel ingekapseld zitten. Ten tweede toont de analyse aan hoe de scheiding der machten geen zinvolle rol speelt in het antwoord op de vraag naar terughoudendheid. Het antwoord ligt reeds vervat in de analyse van de redelijkheidstoets (4). Vooraleer we overgaan naar de analyse van beleidstoetsing aan de hand van redelijkheid (2.2), dienen we eerst na te gaan wat 'beleid' (2) en beleidstoetsing (3.1-3.3) betekenen.

2. BELEIDSVRIJHEID OMSCHREVEN

De vraag naar beleidstoetsing veronderstelt dat we weten wat beleid in juridische zin is. Vaak legt de materiële wet geen gebod of verbod op wat betreft de te nemen handeling. Het recht laat een keuze tussen verschillende beslissingen met potentieel verschillende rechtsgevolgen. Dit is *beleid* in juridische zin: de gemeente verbiedt een vertoning of sluit een publiek toegankelijke inrichting, de algemene vergadering van een vennootschap beëindigt het mandaat van een bestuurder, de schuldenaar kiest om een van de alternatieve verbintenissen te voldoen en niet de andere, de titularis van een zakelijk recht verzaakt aan dat recht enz. Deze juridisch gelijkwaardige handelingen noemen we hier *discretionaire handelingen*. Beleid komt dus niet alleen voor in het bestuursrecht maar zowel in publiek- als privaatrecht.[4]

---

se recht" in *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2007, (73) 112-113.
In Engeland is een gelijkaardig debat gaande wat betreft *Wednesbury unreasonableness*, waarbij een gelijkaardige standaard geldt als bij de marginale toetsing. Zie o.a. J. MATHEWS, "Reasonableness and Proportionality" in *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2020, 917-933; R. VARGHESE, "The Relevance of "Wednesbury Unreasonableness" in the Light of "Proportionality" as a Ground for Judicial Review", *Indian Journal of Public Administration* 1 januari 2014, 60, afl. 1, 88-104.

[3] Voor een gelijkaardig pleidooi met betrekking tot de Britse *Wednesbury unreasonableness*, nl. om dit beter te bestuderen eerder dan het af te voeren, zie P. DALY, "Wednesbury's reason and structure", *Public Law* 2011, 238-259.

[4] Enkele artikelen uit de canon van de literatuur over marginale toetsing hadden precies 'marginale toetsing in het privaatrecht' als onderwerp. Voor België, zie J. RONSE, "Marginale toetsing in het privaatrecht", *TPR* 1977, 14, afl. 2, 207-222. Voor Nederland, zie S.M. BARTMAN en A.F.M. DORRESTEIN, "Marginale toetsing en de vrijheid van de ondernemer", *NJB* 1985, afl. 21, 669-675; P. BORST, "Enige beschouwingen over marginale toetsing in publiek- en privaatrecht", *WPNR* 1962, afl. 4735-4737. Zie ook enkele auteurs die pleiten voor een meer algemene toepassing van marginale toetsing in het recht (overal waar sprake is van de uitoefening van een bevoegdheid of beleidsbeslissing): J.M. POLAK, "Marginale toetsing en algemene beginselen van behoorlijk bestuur, ondernemen en handelen" in *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel, Story Scientia, 1986, (41) 42 e.v.; W. VAN GERVEN, "Beginselen van behoorlijk handelen", *RW* 1982, 46, afl. 15, (961) 967 e.v.; G.J. WIARDA, "De rechter tegenover vage rechtsnormen", *RW* 1973, 37, afl. 4, (177) 185 e.v.

De definitie van een discretionaire handeling in deze bijdrage is:

> *"De beslissing op basis van een bevoegdheid waaraan de wet rechtsgevolgen verbindt – privaat- of publiekrechtelijk – en waarbij de titularis niet verplicht is een door materiële wet of overeenkomst bepaalde specifieke handeling te stellen – en dus het rechtssubject, bij de uitoefening van de bevoegdheid, vrij is te kiezen tussen meerdere beslissingen."*

Een discretionaire handeling heeft drie aspecten: ten eerste de grondslag van de discretionaire handeling, de *bevoegdheid*.[5] Die bevoegdheid creëert op haar beurt een *discretionaire ruimte* of *beleidsruimte*. Dit is de ruimte waarin alle handelingen *de iure* gelijkwaardig zijn en waar er beleidsvrijheid is. De titularis van de bevoegdheid kan vervolgens in die beleidsruimte een discretionaire *handeling* of een *beleidshandeling* stellen. We zeggen dat zij de *bevoegdheid uitoefent*.[6]

Hoe maakt de bevoegdheid als grondslag een handeling 'discretionair'?[7] Het valt buiten het bestek van deze bijdrage om de conceptuele analyse ten volle te maken, maar essentieel aan de bevoegdheid is dat het een (juridische) macht inhoudt om een rechtsverhouding eenzijdig te wijzigen zonder de (juridische) plicht om dat (niet) op een bepaalde wijze te doen.[8] Belangrijk is dat de bevoegdheid een *kunnen* en *mogen* creëert.[9] Een nuttige vergelijking is

---

[5] In het Belgische publiekrecht ook wel discretionaire bevoegdheid genoemd. In dit artikel spreek ik enkel over 'bevoegdheid', aangezien de bevoegdheid zelf strikt genomen niet discretionair is maar de handeling waarme de bevoegdheid uitgeoefend wordt.

[6] Zowel 'discretionaire handeling', 'beleidshandeling' als 'uitoefening van de bevoegdheid' komen van in de tekst. Daarenboven gebruik ik voor de (natuurlijke of rechtspersoon) die de bevoegdheid uitoefent volgende termen: 'individu', 'rechtssubject' en 'titularis van de bevoegdheid'.

[7] Zie ook de bespreking bij FLETCHER, die vier mogelijke invullingen van het begrip '*discretion*' onderscheidt, en waarbij het in deze bijdrage gaat om '*discretion as managerial authority*' zoals omschreven bij FLETCHER, zie G.P. FLETCHER, "Some unwise reflections about discretion", *Law and Contemporary Problems* 1984, 47, afl. 4, (269) 277.

[8] 'Macht' en 'plicht' zijn geen begrippen uit ons positieve recht maar een poging om de meest basale categorieën van ons recht te vatten. Deze oefening gaat terug op de rechtstheorie van William N. HOHFELD, zie W.N. HOHFELD, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *Yale Law Journal* 1913, 16-59; W.N. HOHFELD, "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *Yale Law Journal* 1917, 26, afl. 8, 710-770; W.N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, New Haven, Yale University Press, 1923. Via Walter VAN GERVEN heeft dit begrippenapparaat ook in de Belgische rechtsleer enige ingang gevonden, zie W. VAN GERVEN, "Een nieuwe analyse van het begrip "recht". De "juristic conceptions" theorie", *RW* 1960, 24, afl. 42, 2041-2054. Een uitgebreide toepassing in het verbintenissenrecht vinden we bij V. WITHOFS, "Bevoegdheden als categorie van subjectieve rechten: afbakening, kenmerken en juridisch regime", *TPR* 2016, 53, afl. 2, 433-488. Ook in Nederland vinden we deze formulering als uitdrukking van de hierboven uitgelegde idee soms uitdrukkelijk in de literatuur, zie bv. BARKHUYSEN e.a. over de publiekrechtelijke bevoegdheden van de overheid in het bestuursrecht: "Het bestuur dat handelt op grond van een publiekrechtelijke bevoegdheid neemt een bijzondere positie in: het oefent een macht uit", in T. BARKHUYSEN, J.E. VAN DEN BRINK, C. DE KRUIF, W. DEN OUDEN, Y.E. SCHUURMANS en M.K.G. TJEPKEMA, *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, Deventer, Wolters Kluwer, 2018, 4.

[9] Het concept bevoegdheid als combinatie van kunnen en mogen vinden niet bij HOHFELD zelf maar bij SEAVEY, die de begrippen *power* en *privilege* (faculteit, of afwezigheid van plicht) bij elkaar zette onder de noemer *authority*, niet geheel toevallig in een werk over vertegenwoordiging, zie W.A. SEAVEY, "The Rationale of Agency", *Yale Law Journal* 1919-20, afl. 8, (859) 861. Zie ook de omschrijving bij R. POUND, *Jurisprudence*, IV, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1959, 93.
Ook in de bespreking van het begrip 'recht' bij DE PAGE vinden we al een formulering van de uitoefening van een recht (NB: de uitoefening van een recht is ook een bevoegdheid) waarbij hij kunnen en mogen onderscheidt: "Le Droit, pris dans son sens le plus général, crée pour l'homme des facultés et des obligations. D'autre part, un droit est, selon la définition traditionnelle, une faculté reconnue à une personne par la loi, qui lui permet d'accomplir des actes déterminés (1). Le mot droit est pris ici dans son sens individualiste et subjectif. II ne décrit que la prérogative reconnue à l'individu, qui lui permettra de s'imposer, par lui-même ou par ses actes, à ses semblables. Cette définition est contestable comme telle, car dans la réalité, une ou des obligations sont inhérentes à tout droit. II n'est pas bon de séparer l'élément obligation qui s'attache à tout droit, car on aboutit alors à la théorie des droits subjectifs et absolus, qui est définitivement abandonnée aujourd'hui", in H. DE PAGE, *Traité élémentaire*

te vinden bij de lastgeving: een lasthebber moet binnen het mandaat handelen, daarbuiten heeft hij de plicht de handeling in kwestie niet (voor rekening van de lastgever) te stellen. Echter, in het geval van schijnvertegenwoordiging heeft hij wel de macht die handeling te stellen.[10] We zeggen dat de lasthebber die binnen het mandaat handelt, 'bevoegd' is.

Dit kunnen en mogen – de combinatie van macht en afwezigheid van plicht – vormt het tweede basiselement, de discretionaire ruimte. De afwezigheid van plicht wil bovendien zeggen dat er geen (wettelijke) handelings*plicht* bestaat om een bepaalde handeling te stellen, maar ook niet om de gekozen handeling niet te stellen. De materiële wet legt geen gebod of verbod op.[11] De bevoegdheid en de discretionaire ruimte die daaruit volgen, houden dus een keuzevrijheid in.[12] De bevoegdheid geeft meteen ook de grenzen van de discretio-

de droit civil belge: principes, doctrine, jurisprudence. 1 : Introduction, théorie générale des droits et des lois, les personnes, la famille, Brussel, Bruylant, 1962, nr. 16.

[10] Ook VAN GERVEN gebruikt dit voorbeeld (en andere) om te illustreren dat macht en bevoegdheid, kunnen en mogen, niet noodzakelijk hetzelfde zijn, in W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid: rechtsvergelijkende bijdrage tot een algemene theorie van bewind over andermans vermogen*, Brussel, Bruylant, 1962, nr. 74.

[11] Ook dit aspect, de afwezigheid van een wettelijke plicht, vinden we expliciet in verschillende rechtstakken terug. Voor België, zie (bestuursrecht) RvS 5 februari 2016, nr. 233.760, HS-Trading ("Discretionaire bevoegdheid wil zeggen dat niet slechts één welbepaalde beslissing wettig denkbaar is"); RvS 8 juni 1961, nr. 8649, Leloup, Arr. RvS 1961, 523; ("Overwegende dat de benoeming van de directeur van het Koninklijk Natuurhistorisch Museum van België onder de discretionaire bevoegdheid van de Koning valt; dat verzoeker niet aanvoert dat enige, voor die benoeming geldende wets- of verordeningsbepaling zou zijn geschonden"); A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, nr. 312; (burgerlijk recht) J. VELAERS, "Rechtsmisbruik: begrip, grondslag en legitimiteit" in *Rechtsmisbruik*, Mortsel, Intersentia, 2015, (1) nr. 28; (vennootschapsrecht) wetsvoorstel tot invoering van een Wetboek van vennootschappen en verenigingen, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 54-3119/1, 60. Zie ook reeds in 1978 P. COPPENS, noot onder Bergen 6 februari 1979, *RPS* 1979, afl. 6009, 75. In het Duitse bestuursrecht, zie ook K. LAUB, *Die Ermessensreduzierung in der verwaltungsgerechtlichen Rechtsprechung* in *Münchner Juristische Beiträge*, München, Herbert Utz Verlag, 2000, 6 ("Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass „Ermessen" eine gesetzlich eingeräumte Freiheit der Verwaltung zur Wahl zwischen mehreren Rechtsfolgen bedeutet.").

[12] Het keuzeaspect van de beleidsruimte vinden we uitdrukkelijk terug in verschillende rechtstakken. Voor België, zie (bestuursrecht) RvS 10 juli 2012, nrs. 220.242 en 220.243, Universiteit Gent ("terwijl in het geval van discretionaire bevoegdheid het bestuur beschikt over een beoordelingsvrijheid om te kiezen tussen verschillende beslissingen"); A. MAST, J. DUJARDIN e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, nr. 1293; I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht: grondslagen en beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nr. 183; D. DÉOM, "Le pouvoir discrétionnaire: vieillard chancelant ou force vive du droit administratif" in *Liber Amicorum Robert Andersen*, Brussel, Bruylant, 2009, (199) 203; (burgerlijk recht) C. CAUFFMAN, *De verbindende eenzijdige belofte*, Antwerpen, Intersentia, 2005, nr. 666; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen en Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, nr. 249; W. VAN GERVEN, "Variaties op het thema misbruik", *RW* 1980, 43, afl. 37, (2467) 2472; J. DABIN, *Droit subjectif et prérogatives juridiques: examen des thèses de M. Paul Roubier*, Brussel, Palais des Académies, 1960, 37; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen en Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, nr. 249; (vennootschapsrecht) J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. MALHERBE en H. CULOT, *Droit des sociétés* in *Précis de la Faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain*, Brussel, Larcier, 2020, nr. 548; M. VANDENBOGAERDE, *Aansprakelijkheid van vennootschapsbestuurders*, Mortsel, Intersentia, 2009, nr. 65; (arbeidsrecht) Commentaar bij art. 8 Cao 109 ("Alleen de kennelijke onredelijkheid van het ontslag mag worden getoetst en niet de opportuniteit van het beleid van de werkgever (te verstaan als zijn keuze uit de verschillende redelijke beleidsalternatieven bestaat die hij heeft")).

naire ruimte en daarmee van de keuzevrijheid aan: binnen de bevoegdheid is er keuzevrijheid,[13] daarbuiten heerst de wettelijke plicht.[14]

De keuzevrijheid inherent aan de discretionaire ruimte houdt een volitief moment in, nl. het moment waarop men gebruikmaakt van de keuzevrijheid – 'de uitoefening van de bevoegdheid'. In dit volitief moment ligt de link met de discretionaire handeling. Wanneer het volitief moment plaatsvindt – wanneer men de bevoegdheid uitoefent – komt de discretionaire handeling tot stand.[15]

Keuzevrijheid vormt dus het sleutelbegrip van de beleidshandeling.[16] Wat is die keuzevrijheid? We vinden een goede suggestie in de omschrijving bij Van Dale van het lemma 'discretionair':[17] "aan eigen inzicht en beslissing overgelaten".[18] 'Naar eigen inzicht' wil zeggen dat de beslissing om deze of gene handeling te stellen een subjectieve beslissing is. De titularis van de bevoegdheid kan, wanneer zij deze bevoegdheid uitoefent, eender welke reden hebben hiervoor, inclusief niet-juridische redenen. Zo kan ik kiezen een aanbod te aanvaarden in de avond omdat ik dit graag buiten de werkuren wil doen. De volgende vraag is waartussen we precies keuze hebben? In deze tekst spreken we over de discretionaire *handeling*, maar het betreft in feite een *beslissing* om al dan niet te handelen. Het kan dus ook een nalaten zijn. Ten slotte kan de handeling een materiële of een rechtshandeling zijn, maar deze zal per definitie steeds een rechtsgevolg teweegbrengen; slechts dan spreken we over beleid in juridische zin. Het kan echter voorkomen dat de wet slechts achteraf een rechtsgevolg aan de handeling vastknoopt, zonder dat dit bedoeld was; het beste voor-

[13] Zie ook de definitie van een discretionaire bevoegdheid van de overheid die het Belgische Hof van Cassatie hanteert: "Het bestuur dat op grond van zijn discretionaire bevoegdheid een beslissing neemt, beschikt over een beoordelingsvrijheid die het de mogelijkheid biedt zelf te oordelen over de wijze waarop het zijn bevoegdheid uitoefent en de meest geschikt lijkende oplossing te kiezen binnen de door de wet gestelde grenzen", zie o.a. Cass. 3 januari 2008, C.06.0322.N (nachtvluchten II); Cass. 24 november 2005, C.04.0317.N (Glaxosmithkline); Cass. 4 maart 2004, C.03.0346.N, C.03.0448.N en C.03.0449.N (nachtvluchten I); Cass. 19 april 1991, *RW* 1991-92, 86 (Gemeente Zwevegem).

[14] Anders gesteld, daarbuiten heerst de wet, daarbinnen het eigen inzicht. Of zoals BORST het stelt: "Er is nog een ander grensprobleem; een prealabele vraag: hoever reikt het gezag van het verbandsorgaan? Alleen zover reikt de M.T. Daarbuiten geldt volledige toetsing (V.T.)", zie P. BORST, "Problemen en perspectieven van de marginale toetsing", *WPNR* 1969, 5024-5027, nr. 5024, 27. Instructief hierbij is ook de verwoording in het kader van de zgn. *political questions* door het Supreme Court van het Verenigd Koninkrijk in de zaak [2019] UKSC 41, Miller, van 24 september 2019, nr. 37: "Before reaching a conclusion as to justiciability, the court therefore has to determine whether the present case requires it to determine where a legal limit lies in relation to the power to prorogue Parliament, and whether the Prime Minister's advice trespassed beyond that limit, or whether the present case concerns the lawfulness of a particular exercise of the power within its legal limits."

[15] Dit blijkt goed uit de definitie bij HOHFELD: "A change in a given legal relation may result […] from some superadded fact or group of facts which are under the volitional control of one or more human beings. As regards the second class of cases, the person (or persons) whose volitional control is paramount may be said to have the (legal) power to effect the particular change of legal relations that is involved in the problem", zie W.N. HOHFELD, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *supra* vn. 8, 44. Zie ook de kleurrijke en even verhelderende omschrijving die VAN GERVEN geeft van het begrip macht: "Machten daarentegen […] verlenen aan hun houder een vermogen om, als een inslaande bliksem, op een gegeven rechtstoestand in te werken en er eventueel verandering in te brengen" (eigen onderlijning), zie W. VAN GERVEN, *Bewindsbevoegdheid: rechtsvergelijkende bijdrage tot een algemene theorie van bewind over andermans vermogen*, Brussel, Bruylant, 1962, nr. 70.

[16] DAVIS geeft dit treffend weer: "[T]he basic notion underlying the idea of discretion is choice – that is, no decision can be discretionary in the absence of more than one possible outcome, with the selection of outcome, whether between two alternatives or among a possibly infinite number, left to the decisionmaker", zie M.S. DAVIS, "Standards of Review: Judicial Review of Discretionary Decisionmaking", *The Journal of Appellate practice and Process* 2000, 2, afl. 1, (47) 51-52.

[17] In het Nederlands (en het Frans, *discrétionnaire*) staat ons slechts een adjectief ter beschikking, geen zelfstandig naamwoord zoals in het Engels (*discretion*) en het Duits (*Ermessen*).

[18] Zie in deze bewoording ook J. VELAERS, "Rechtsmisbruik: begrip, grondslag en legitimiteit", *supra* vn. 11, nr. 25; K. GEENS en M. WYCKAERT, *Verenigingen en vennootschappen. 2. De vennootschap. A. Algemeen deel*, Mechelen, Kluwer, 2011, nr. 146.

beeld hierbij is de onrechtmatige daad. Het rechtssubject kiest de handeling, de wet bepaalt het rechtsgevolg.

Bovenstaande analyse leert ons dat de beleidshandeling drie basiselementen heeft: de bevoegdheid waarop zij rust, de discretionaire ruimte waarin zij plaatsvindt en de discretionaire handeling zelf. Het belangrijkste onderscheid is dat tussen keuzevrijheid binnen de discretionaire ruimte en de juridische verplichting daarbuiten. Deze elementen leveren ons ook de eerste twee stappen van de beleidstoets: de vaststelling van de grondslag van de bevoegdheid en van de omvang van de discretionaire ruimte. Deze tweede stap gebeurt door na te gaan of er plichten zijn die de discretionaire ruimte inperken.

3. BELEIDSTOETSING AFGEBAKEND

3.1. Opbouw van de beleidstoets

3.1.1. Waarom moet en hoe kan de rechter terughoudend zijn?

De vraag hoe beleidstoetsing dient te verlopen is de vraag hoe terughoudend de rechter moet zijn. Die terughoudendheid komt vervolgens neer op een geobjectiveerde toetsing, aangezien terughoudendheid volgens het klassieke narratief inhoudt dat de rechter haar oordeel niet in de plaats mag stellen van de beslissingnemer. Het doel van de terughoudende toets is om het subjectieve oordeel van de rechter te vervangen door een meer geobjectiveerde toets.[19] De twee klassieke instrumenten die de rechter daarbij ter beschikking heeft bij de toetsing van overheidsbeleid zijn de scheiding der machten en de toetsingsnorm. We zagen hierboven dat beleidstoetsing zowel in privaat- als publiekrecht voorkomt: dus we kijken eerst naar de toetsingsnormen als instrument voor terughoudendheid en objectivering, aangezien deze normen zowel in privaat- als publiekrecht gebruikt worden.

De eerste vraag is de vraag waaruit we de terughoudende opstelling van de rechter kunnen afleiden? Beleid houdt een keuzevrijheid in. Het bestaan van die keuze en de (al dan niet terughoudende) toetsing ervan zijn echter twee verschillende zaken. Het is een keuze binnen een specifiek rechtssysteem om al dan niet terughoudend te toetsen. De marginale toets is een beperkte toets.[20] Zij houdt het midden tussen een volledige afwezigheid van toetsing[21]

[19] Zie o.a. G.J. WIARDA, "De rechter tegenover vage rechtsnormen", *supra* vn. 4, 183-184.

[20] Een gelijkaardig type toetsing vinden we in het Britse bestuursrecht, waar de standaard geldt van de *Wednesbury unreasonableness*, en in de Duitse leer van het bestuursrechtelijke *Ermessen* en de corresponderende *Ermessensfehlerlehre*. Wednesbury unreasonableness werd het eerst geformuleerd door Lord Greene in de zaak-*Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation* [1948] KB 223. Een standaarformulering vinden we terug bij Lord Denning MR in de Tameside Case: "No one could properly he labelled as being unreasonable unless he was not only wrong but unreasonably wrong — so wrong that no reasonable person could sensibly take that view", *Secretary of State for Education and Science v Tameside Metropolitan Borough Council* [1977] AC 1014 [1026].
Voor de Ermessensfehlerlehre, zie o.a. C. WALDHOFF, "Allgemeines Verwaltungsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht: Regulierungs- und Rechtsfolgenermessen", *JuS* 2015, 3, afl. 2015, (284) 287; M. KMENT en S. VORWALTER, "Beurteilungsspielraum und Ermessen", *JuS* 2015, 3, 193-201; D. EHLERS en F. SCHOCH, *Rechtsschutz im Öffentlichen Recht* in *De Gruyter Lehrbuch*, Berlijn, de Gruyter, 2009, § 22, nrs. 81 e.v. K. LAUB, *Die Ermessensreduzierung in der verwaltungsgerechtlichen Rechtsprechung* in *Münchner Juristische Beiträge*, München, Herbert Utz Verlag, 2000, 5; U. HELD-DAAB, *Das freie Ermessen: von den vorkonstitutionellen Wurzeln zur positivistischen Auflösung der Ermessenslehre*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1996; R. ALEXY, „Ermessensfehler", *JZ* 1986, 41, afl. 15/16, 701-716; O. BACHOF, "Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht", *JZ* 1955, 10, afl. 4, 97-102.

[21] De houding waarbij een rechter een beslissing niet toetst vinden we voornamelijk terug in het publiekrecht in de Verenigde Staten, met name in de zgn. *political questions doctrine*: de rechter heeft slechts rechtsmacht om te oordelen over vragen van recht. Indien de rechter van mening is dat de vraag die werd voorgelegd geen juridische maar een politieke vraag is, dan onthoudt zij zich van een oordeel. De standaardzaak in dezen is Baker v Carr, 369

en een volle toets[22] – een toets waarbij de rechter naar eigen inzicht oordeelt over de beste beslissing, min of meer subjectief dus.

De beperkte (terughoudende) toets is dus niet inherent aan de toetsing van beleid maar is een keuze. Wanneer een rechtsstelsel deze keuze gemaakt heeft, is de volgende vraag welke normen geschikt zijn om beleid te toetsen? De terughoudendheid ligt vervolgens besloten in het vereiste dat de toetsingsnorm de keuzevrijheid moet respecteren die besloten ligt in de discretionaire ruimte.[23] We moeten een omweg maken via de conceptuele structuur van rechtsnormen om na te gaan welk soort normen die keuzevrijheid respecteren, en hoe zij dit doen.

3.2. Terughoudende toetsing via standaarden

Wat voor normen zijn evenredigheid, redelijkheid, zorgvuldigheid en zelfs mensenrechten – de normen die we doorgaans gebruiken om beleid te toetsen? Van Wijk, Borst en

U.S. 186 (1962). Zie ook meer recent, waarbij de Supreme Court oordeelde dat 'gerrymandering' een political question is, Rucho v. Common Cause, 139 S. Ct. 2484, 204 L. Ed. 2d 931 (2019).
Ook in het Belgische en Nederlandse publiek- en privaatrecht zijn hiervan sporen te vinden, met name in de (uitgedoofde) theorieën van de discretionaire rechten en van de regeringsdaden. Discretionaire rechten zijn rechten die niet vatbaar zijn voor rechtsmisbruik. De recente Belgische rechtsleer gaat er *unisono* van uit dat sinds de opkomst van het leerstuk van rechtsmisbruik deze rechten verdwenen zijn, zie o.a. J. VELAERS, "Rechtsmisbruik: begrip, grondslag en legitimiteit", *supra* vn. 13, nr. 25; W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen deel veertig jaar later: privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen, Kluwer, 2010, 404; S. STIJNS, "Het verbod op misbruik van contractuele rechten: lees de bijsluiter voor gebruik!" in *De rol van de rechter in het contract - Le juge et le contrat*, Brugge, die Keure, 2014, (75) nr. 9; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations* in *De Page - Traité de droit civil belge*, II, Brussel, Bruylant, 2013, nr. 28. Zie ook kritische oudere Belgische rechtsleer: in Frankrijk wordt de theorie van discretionaire rechten echter nog steeds aanvaard, zie A. ROUAST, "Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés", *RTD Civ.* 1944, 1-22; S. WERTHE TALON, *Les droits discrétionnaires*, Dijon, Université de Bourgogne, 2003. Het Nederlandse BW vermeldt nog uitdrukkelijk dat sommige bevoegdheden (Belgische lezer lees: rechten) niet voor misbruik vatbaar zijn, zie art. 3:13, 3: "Uit de aard van een bevoegdheid kan voortvloeien dat zij niet kan worden misbruikt". Een voorbeeld zou de bevoegdheid een erfenis te aanvaarden zijn, zie R.W.E. VAN LEUKEN, M.M.C. VAN DE MOOSDIJK en V. TWEEHUYSEN, *Hartkamps compendium van het vermogensrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2017, nr. 57. Ook hier is in de rechtsleer echter scepsis te bespeuren ten opzichte van het bestaan van dergelijke bevoegdheden, zie E.J.H. SCHRAGE, I. GIESEN, T. HARTLIEF, V. MAK, C.H. SIEBURGH en A.C. SCHAICK VAN, *Misbruik van bevoegdheid* in *Monografieën BW*, 3de ed., Deventer, Wolters Kluwer, 2019, 16; P.A. STEIN, "Commentaar op art. 3:13 BW [misbruik van bevoegdheid]" in J. HIJMA (ed.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer, Wolters Kluwer, 2018, nr. 51.
De recente Belgische rechtsleer staat ook afwijzend ten opzichte van het leerstuk van regeringsdaden – de idee dat de rechter zich niet kan uitspreken over politieke vraagstukken, zie P.-J. VAN DE WEYER, *De rechterlijke toetsing van bestuursrechtelijke handelingen* in *Public Law Collection*, Mortsel, Intersentia, 2020, nrs. 491-495; J. THEUNIS, *De exceptie van onwettigheid. Onderzoek naar de rol en de grenzen van artikel 159 van de Grondwet in de Belgische rechtsstaat*, Brugge, die Keure, 2011, nr. 320; W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen deel veertig jaar later: privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen, Kluwer, 2010, nrs. 150-153; D. DÉOM, "Le pouvoir discrétionnaire", *supra* vn. 14, 210. Voor een uitgebreide bespreking, zie P.P.T. BOVEND'EERT, P.M. VAN DEN EIJNDEN en C.A.J.M. KORTMANN (eds.), *Grenzen aan de rechtspraak? Political question, acte de gouvernement en rechterlijk interventionisme. Staatsrechtconferentie 2004 Radboud Universiteit Nijmegen* in *Publicaties van de staatsrechtkring - staatsrechtconferenties*, Deventer, Kluwer, 2004.

[22] Deze vorm van toetsing komt op het eerste gezicht nagenoeg niet voor in de *law in the books*; elk rechtsstelsel legt de rechter wel enige vorm van terughoudendheid op. Een toepassing die echter dicht in de buurt komt, is de *entire fairness review* in het Amerikaanse vennootschapsrecht (met name Delaware). Deze toets vindt plaats indien bij de aangevochten transactie een van de *fiduciary duties* (*duty of care* of *duty of loyalty*) geschonden werd. Het is de rechter die zelf bepaalt of naar zijn mening aan een billijke transactie en prijs voldaan is. Het basisarrest ter zake is Weinberger/UOP, Inc., 457 A.2d 701 (Del. 1983), met name op p. 711. Ook deze rechtspraak is verder verfijnd in latere arresten, zie o.a. Kahn v. Lynch 638 A.2d 1110 (Del. 1994); Emerald Partners v. Berlin 787 A.2d 85 (Del. 2001); Kahn v. M & F Worldwide Corp. 88 A.3d 635 (Del. 2014).

[23] Zie ook letterlijk bij G.J. WIARDA, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1963, 122.

Van Gerven noemden ze (algemene) rechtsbeginselen,[24] Wiarda sprak over vage rechtsnormen.[25] Maar wat zijn op hun beurt beginselen of vage normen? Wat kenmerkt dit soort normen en waarin verschillen zij van normen die niet 'vaag' zijn of geen beginselen zijn? Een dergelijke systematische conceptuele analyse van de juridische norm vinden we in de Amerikaanse rechtsliteratuur bij het onderscheid tussen 'regels' en 'standaarden'.[26]

Het verschil tussen standaarden en regels is een verschil in de *vorm* van een norm.[27] Een voorbeeld van een regel is: "Binnen de bebouwde kommen is de snelheid beperkt tot 50 km per uur."[28] Een voorbeeld van een standaard is daarentegen: "Elke bestuurder moet zijn snelheid regelen zoals vereist wegens de aanwezigheid van andere weggebruikers, in 't bijzonder de meest kwetsbaren, de weersomstandigheden, de plaatsgesteldheid, haar belemmering, de verkeersdichtheid, het zicht, de staat van de weg, de staat en de lading van zijn voertuig […]."[29] De regel legt een specifieke snelheid op. Hierbij is sprake van een duidelijk toepasbare "als-dan"-clausule: *als* men binnen de bebouwde kom sneller rijdt dan 50 km per uur, *dan* wordt men gestraft met een geldboete van 10 euro tot 500 euro.[30] Een regel is in dat opzicht *gesloten*, namelijk wat de mogelijke rechtsgevolgen betreft.[31] Een standaard vereist daarentegen dat we kijken naar de concrete omstandigheden. Wat een aangepaste snelheid is in de zin van het voorbeeld hierboven, wordt slechts duidelijk in een concrete situatie: 100 km per uur rijden op een lege autosnelweg bij helder weer verschilt van 100 km per uur rijden op diezelfde autosnelweg in de spits bij een glad wegdek en een zicht van minder dan 100 meter. Zolang de standaard 'aangepaste snelheid' dus niet is ingevuld, betreft het een *open* norm: meerdere rechtsgevolgen blijven mogelijk tot aan de toepassing. Daar waar een regel inhoud krijgt *in abstracto* door de opsteller van de norm, krijgt een standaard invulling op basis van de *omstandigheden van de zaak*: bij de toepassing (*a posteriori*) op een individueel geval (*in concreto*).[32]

[24] H.D. VAN WIJK, *Voortgaande terugtred*, 1959, 19; P. BORST, "Enige beschouwingen over marginale toetsing in publiek- en privaatrecht", *supra* vn. 4, 392 en 402; W. VAN GERVEN, "Beginselen van behoorlijk handelen", *supra* vn. 4, 966.

[25] G.J. WIARDA, "De rechter tegenover vage rechtsnormen", *supra* vn. 4.

[26] Voor deze bijdrage steun ik met name op de verhelderende omschrijving bij L. KAPLOW, "Rules versus Standards: An Economic Analysis", *Duke Law Journal* 1992, 42, afl. 3, 557-629. Zie verder o.a. R.D. COVEY, "Rules, Standards, Sentencing, and the Nature of Law Essay", *California Law Review* 2016, 104, 447-496; J. WALDRON, "How to do things with standards" in U. BAXI, C. MCCRUDDEN en A. PALIWALA (eds.), *Law's Ethical, Global and Theoretical Contexts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 335-353; F. SCHAUER, "The Convergence of Rules and Standards", *New Zealand Law Review* 2003, 2003, 303-328; C.R. SUNSTEIN, "Problems with Rules", *California Law Review* 1995, 83, afl. 4, 953-1026; F. SCHAUER, *Playing by the rules: A philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*, *s.l.*, Clarendon Press, 1991; A. SCALIA, "The Rule of Law as a Law of Rules", *The University of Chicago Law Review* 1989, 56, afl. 4, 1175-1188; P. SCHLAG, "Rules and Standards", *UCLA Law Review* 1985-86, 33, 379-430; D. KENNEDY, "Form and Substance in Private Law Adjudication", *Harvard Law Review* 1976, 89, afl. 8, 1685-1778; I. EHRLICH en R.A. POSNER, "An Economic Analysis of Legal Rulemaking", *The Journal of Legal Studies* 1974, 3, afl. 1, 257-286.

[27] F. SCHAUER, "The Convergence of Rules and Standards", *supra* vn. 26, 305; P. SCHLAG, "Rules and Standards", *supra* vn. 44, 381-382; D. KENNEDY, "Form and Substance in Private Law Adjudication", *supra* vn. 26, 1685.

[28] Art. 11.1 KB 1 december 1975 houdende algemeen reglement op de politie van het wegverkeer en van het gebruik van de openbare weg, *BS* 9 december 1975, 15627 (hierna: Verkeersreglement).

[29] Art. 10.1, 1° Verkeersreglement. Ook de opsomming van een lijst van factoren verhindert niet dat het om een standaard gaat, aangezien nog steeds een 'aangepaste' snelheid vereist is (ik parafraseer de bepaling), wat een eerder algemene norm is.

[30] Art. 11.1 Verkeersreglement *j°* art. 29, § 3 wet 16 maart 1968 betreffende de politie over het wegverkeer, *BS* 27 maart 1968, 15627.

[31] Vergelijk met 'regels' bij ALEXY, die spreekt over 'definitieve fixaties in de ruimte van het juridisch en feitelijk mogelijke', zie R. ALEXY, "Rechtsregeln und Rechtsprinzipien" in *Conditions of validity and cognition in modern legal thought* in *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1985, (13) 20.

[32] Een standaard wordt dus in een concrete situatie gepreciseerd tot een meer concrete regel. Zo kan de invulling van bovenstaande norm dat men een aangepaste snelheid moet aanhouden, worden ingevuld als: "bij druk verkeer en wanneer het wegdek glad is en het zicht belemmerd tot minder dan 100 m is 100 km per uur geen aangepaste

Het verschil tussen regels en standaarden geeft ons de sleutel tot de vraag hoe een rechter terughoudend kan toetsen, nl. op een manier die keuzevrijheid respecteert. Ten eerste, het gaat erom de keuzevrijheid die *de iure* bestaat te respecteren. *A posteriori* (bij de toepassing) kan immers blijken dat die keuzevrijheid verdampt is (*infra* 4.2). Daar waar regels echter keuzevrijheid uitsluiten, bestaat die keuzevrijheid *a priori* (voor de toetsing) wél bij standaarden. Het criterium waar het ons om te doen is, is *wanneer* de norm ingevuld wordt.[33] De discretionaire ruimte is immers een moment van *potentiële* handelingen. Het is slechts wanneer de titularis van de bevoegdheid deze bevoegdheid uitoefent dat de keuzevrijheid omgezet wordt in een discretionaire handeling. Bij een standaard is het mogelijk dat de handeling *a posteriori* de norm schendt terwijl er *a priori* en *de iure* een keuze bestond tussen meerdere handelingen.[34]

3.3. Objectiviteit als rationalisering via een extern toetsingskader

Hoewel standaarden in tegenstelling tot regels een noodzakelijke voorwaarde zijn voor een terughoudende toetsing, zijn zij geen voldoende voorwaarde. Daartoe bestaat de objectiviteitseis voor de rechter, ook wel geformuleerd als een substitutieverbod: de rechter mag haar oordeel over de gepastheid (of de opportuniteit) van de handeling niet in de plaats stellen van de beslissingnemer. Merk op dat deze objectiviteitseis geldt voor alle beleidshandeling, dus opnieuw zowel in privaat- als publiekrecht. Hoe bereiken standaarden deze objectiviteit? Daarvoor moeten we eerst specifiëren wat we begrijpen onder 'objectiviteit'.

In de literatuur vinden we ongeveer volgende gedachtegang terug: een geobjectiveerde beleidstoets – vaak gezien als een marginale redelijkheidstoets – houdt in dat een rechter niet oordeelt naar 'eigen inzicht' over wat een correcte beslissing in de discretionaire ruimte

snelheid." De taak is om de regel te vinden die die situatie beheerst. Deze idee is o.a. te vinden bij L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. 1 : De onrechtmatige daad*, Antwerpen, Maklu, 1989, 36 e.v., met name op p. 39: ("De algemene zorgvuldigheidsnormen, die worden bepaald aan de hand van het criterium van de normaal voorzichtige en redelijke mens, in dezelfde feitelijke omstandigheden als de aangesprokene geplaatst, zijn vrijwel onbeperkt in aantal. Zij kunnen betrekking hebben op om het even welke menselijke activiteit en passen zich aan de wijzigingen van het menselijke gedrag zonder moeite aan").

[33] Dit vinden we uitdrukkelijk bij L. KAPLOW, "Rules versus Standards: An Economic Analysis", *supra* vn. 26, 560.

[34] Hoewel regels elke discretionaire ruimte sluiten voor hun toepassingsbereik is het niet onmogelijk om regels te bedenken die toch geschikt zijn om beleid te toetsen, doordat hun toepassingsbereik niet op de inhoud maar op de *totstandkoming* van een handeling slaat. Het valt echter buiten het bestek van deze bijdrage om hierop in te gaan. Een voorbeeld van dergelijke beperkte procedurele toetsing vinden we in de Amerikaanse *business judgement rule*. De *business judgement rule*-regel beschermt een bestuurder tegen aansprakelijkheid indien de bestuurder bij de beslissing (*business judgement*) (a) geen belangenconflict had, (b) in die mate geïnformeerd is zoals de omstandigheden redelijkerwijze vereisen en (c) rationeel kan geloven dat de beslissing in het belang is van de vennootschap. De regel werkt als een *safe haven* door de bewijslast bij de eiser te leggen: indien deze er niet in slaagt aan te tonen dat een van bovenstaande criteria geschonden is, dan wordt de inhoud van de beslissing onverlet gelaten. Is dit wel het geval, dan is de *entire fairness review* van toepassing (*supra* vn. 22). Voor een basisformulering wordt doorgaans verwezen naar Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805 (Del. 1984). De regel is echter in vele latere arresten (met name in de jaren 1980 en 1990) aangepast en verfijnd, zie o.a. (van oud naar nieuw): Smith v. Van Gorkom, 488 A.2d 858 (Del.1985); Unocal Corp. V. Mesa Petroleum Co., 493 A.2d 946 (Del. 1985); Revlon, Inc. V. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc., 506 A.2d 173 (Del. 1986); Cede & Co. V. Technicolor, Inc., 634 A.2d 345 (Del. 1993); Cinerama, Inc. V. Technicolor, Inc., 663 A.2d 1156 (Del. 1995) Cinerama, Inc. V. Technicolor, Inc., 663 A.2d 1156 (Del. 1995); In re Walt Disney Co. Derivative Litig., 906 A.2d 27 (Del. 2006); Gantler v. Stephens, 965 A.2d 695 (Del. 2009). In 1993 heeft het American Law Insitute een synthese gemaakt van de toen geldende interpretatie van de regel, die nog steeds bruikbaar is vandaag, "A director or officer has a duty to the corporation to perform the director's or officer's functions in good faith, in a manner that he or she reasonably believes to be in the best interests of the corporation, and with the care that an ordinarily prudent person would reasonably be expected to exercise in a like position and under similar circumstances", zie AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations I*, St. Paul, American Law Institute Publishers, 1994, §4.01 (a).

zou zijn – dat is immers een volle toets. Daarentegen moet de rechter afstand nemen van haar eigen denkkader[35] door een beroep te doen op het 'algemeen rechtsbewustzijn'.[36] Hoe meer ankerpunten de rechter heeft die buiten haar eigen denkkader liggen, hoe kleiner de kans dat haar eigen oordeel de bovenhand neemt. Het objectiviteitsbegrip dat hier naar boven komt, is dus procedureel van aard: via het toetsingskader dat de rechter hanteert, krijg ik inzicht in de rationele rechtvaardiging van de beslissing door de rechter.[37] Tegelijk is de

[35] Zie letterlijk bij P.-J. VAN DE WEYER, "Toetsing van bestuurshandelen in het publiekrecht" in *Naar een eenvormige(r) toetsing? Maten en gewichten bij omvang, intensiteit en resultaat van rechterlijk toetsen van bestuurshandelen in publiek- en privaatrecht in België en Nederland* in *Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog, s.l.*, Wolf Legal Publishers, 2020, (63) nr. 14. Ook de zgn. 'vergelijkingsmethode' bij WIARDA is in feite objectivering via externalisering van het denkkader. Door 'variaties op een gegeven thema' te gebruiken als intuïtiepompen zorgt de rechter ervoor dat hij zijn oordeel niet louter op zijn eigen inschatting baseert maar op een verglijkbaar geval dat reeds een oplossing heeft gekregen. Zie G.J. WIARDA, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1963, 132-143. Voor een filosofische omschrijving van objeectiviteit als referentie naar een extern (intersubjectief) toetsingskader, zie W.M. SIBLEY, "The Rational Versus the Reasonable", *The Philosophical Review* 1953, 62, afl. 4, (554) 557.

[36] SCHOLTEN verwoordt dit begrip erg mooi: "Als ik onrecht zie en mij verzet, dan zeg ik, dat *mijn* rechtsbewustzijn daartegen in opstand komt – doch in de tweede zin gebruik ik het woord, als ik zeg, dat *het* rechtsbewustzijn een verbetering van de toestand der arbeidende klasse eist. Nu is deze dubbele betekenis gemakkelijk te begrijpen. Immers van het zedelijk oordeel verschilt het individuele rechtsbewustzijn juist hierin, dat het niet alleen daad of toestand afkeurt, maar van de gemeenschap optreden daartegen verlangt. […] Wie recht zoekt, zoekt een gemeenschapsregel. Daaruit volgt niet, dat hij aan de gemeenschap heeft te vragen, wat de inhoud van die regel zal zijn, doch wel, of de gemeenschap die regel verdraagt en aanvaardt. Het rechtsbewustzijn is vooral een bewustzijn van *on*recht" (cursivering in origineel), zie P. SCHOLTEN, *Algemeen deel** in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, 3de ed., Deventer, Kluwer, 1974, 126-127. Ook VAN GERVEN formuleert het – bij de bespreking van de billijkheid – treffend: "Waar het tenslotte op aankomt is, dat de rechter […] voor zijn beslissing zoveel mogelijk objectieve aanknopingspunten moet zoeken opdat de genomen beslissing niet alleen zijn eigen rechtsgevoel bevredigt maar daarenboven in overeenstemming is met de normen, beginselen en rechtsovertuigingen, geldend in de rechtsgemeenschap", zie W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch privaatrecht. 1 : Algemeen deel*, Antwerpen/Utrecht, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1969, 23. Zie verder in Nederland: R. WIDDERSHOVEN en M. REMAC, "General Principles of Law in Administrative Law under European Influence", *ERPL* 2012, 20, (381) 385; G.J. WIARDA, "De rechter tegenover vage rechtsnormen", *supra* vn. 4, 182-183. In België: A. MAST, J. DUJARDIN e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, nr. 1217; S. STIJNS, "Het verbod op misbruik van contractuele rechten", *supra* vn. 21, nr. 23; A. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit in het privaatrecht: autonome rechtsfiguur of miskend correctiemechanisme?*, Brugge, die Keure, 2013, nr. 338; P. DEPUYDT, "Marginale toetsing of de rechter als grensrechter", *Jura Falc.* 1974, (435) 443. Zie ook R. ALEXY, "The Reasonableness of Law" in *Law and Philosophy Library*, Dordrecht, Springer, 2009, (5) 8.

[37] Via de formulering 'rationele rechtvaardiging' tracht ik te kennen te geven dat ik niet beweer dat de rechterlijke uitspraak ook een getrouwe weergave vormt van het eigenlijke besluitvormingsproces, dus over hoe de rechter (of rechters) individueel tot een oordeel komt (of komen). Dit sluit dus niet uit dat rechters op basis van een intuïtief proces (ook wel '*hunch*' genoemd) tot een *prima facie* oordeel komen dat zij vervolgens trachten rationeel te rechtvaardigen. Zie o.a. bij J.C. HUTCHESON JR., "Judgment Intuitive The Function of the Hunch in Judicial Decision", 1929, 16. In deze (rechtsrealistische) visie is de schriftelijke neerslag van de juridische argumenten eerder een rechtvaardiging van een (juridische) intuïtie dan een weergave van de oordeelsvorming zelf. Verschillende stromingen hebben zich in de 19de en eerste helft van de 20ste eeuw reeds uitdrukkelijk met het onderwerp van rechterlijke oordeelsvorming beziggehouden, waaronder bv. de *Freirechtsschule*, *American Legal Realism*, het Scandinavisch rechtsrealisme enz. Voor enkele inleidende overzichten, zie É. MILLARD, "Réalisme scandinave, réalisme américain: Un essai de caractérisation», *revus* 11 oktober 2014, afl. 24, 8197; R. GUASTINI, «Le réalisme juridique redéfini", *revus* 6 oktober 2013, afl. 19, 113-129; F. SCHAUER, «Legal Realism Untamed», *Tex. L. Rev.* 2013, 91, 749-780; B. LEITER, «Legal Realisms, Old and New», *Valparaiso University Law Review* 2013, 47, 949-963; B. LEITER, «Legal Formalism and Legal Realism: What is the Issue?", *Legal Theory* 2010, 16, afl. 2, 111-133; A. DYEVRE, "Unifying the field of comparative judicial politics: towards a general theory of judicial behaviour", *European Political Science Review* 2010, 2, afl. 2, 297-327; V. NOURSE en G. SHAFFERT, "Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory?", *Cornell Law Review* 2009, 95, 79; M.C. STEPHENSON, "Legal Realism for Economists", *Journal of Economic Perspectives* 2009, 23, afl. 2, 191-211; B.Z. TAMANAHA, "Understanding legal realism", *Texas Law Review* 2008, 87, 731-785; N. DUXBURY, "Jerome Frank and the Legacy of Legal Realism", *Journal of Law and Society* zomer 1991, 18, afl. 2, 175; D.B. WILKINS, "Legal Realism for Lawyers", *Harvard Law Review* december 1990, 104, afl. 2, 468; J.E. HERGET en S. WALLACE, "The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism", *Virginia Law Review* 1987, 73, afl. 2, 399; E. WHITE, "From Realism to Critical Legal Studies: A Truncated Intellectual History", *Southwestern Law Journal* 1986, 40, 27; W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*,

aanname dat dit toetsingskader de rechter werkelijk begrenst. De norm zorgt ervoor dat de rechter geen volledig subjectieve toets meer zal kunnen doorvoeren – Wiarda spreekt over 'het terugdringen van de autonome factor'.[38] Het volstaat dus niet om te zeggen dat 'de rechter appelleert aan de algemene rechtsovertuiging' of 'slechts tussenkomst wanneer geen redelijk denkend mens de beslissing genomen zou hebben'.

Het gaat er in deze bijdrage niet om deze omschrijving van objectiviteit te evalueren maar wel om na te gaan hoe standaarden als redelijkheid, evenredigheid en zorgvuldigheid deze rol kunnen vervullen. Cruciaal is dat we inzicht krijgen in het precieze toetsingskader dat onder de toetsingsnorm besloten ligt. Hoewel we het nog steeds eens of oneens kunnen zijn met de onderbouw binnen het toetsingskader en een volledig objectieve toets nooit gegarandeerd is, geeft het toetsingskader minstens de mogelijkheid om de redenering van de rechter te evalueren. De procedurele objectiviteit wordt zo intersubjectief gevalideerd.[39] Precies in deze procedurele objectiviteit ligt de moeilijkheid voor het redelijkheidsbeginsel besloten. Anders dan bij zorgvuldigheid en evenredigheid bestaat er geen goed begrip over het toetsingskader dat aan dit beginsel ten grondslag ligt. Willen we het redelijkheidsbeginsel redden van de ondergang, dan komt het erop aan het toetsingskader te vinden dat procedurele objectiviteit kan genereren. Daarvoor moeten we eerst nagaan wat het redelijkheidsbeginsel precies inhoudt en waarin het verschilt van de evenredigheid en de zorgvuldigheid.

3.4. Redelijkheid als belangenafweging

Redelijkheid, zorgvuldigheid en evenredigheid zijn begrippen die we kunnen vatten onder de noemer 'behoorlijkheidsnormen'.[40] Ze vatten elk een aspect van wat het betekent voor

---

Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1973; H. KANTOROWICZ, "Some Rationalism about Realism", *The Yale Law Journal* 1934, 43, afl. 8, 1240.

[38] G.J. WIARDA, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1963, 143.

[39] WIARDA spreekt over 'transsubjectief', *Ibid.*, 132.

[40] Zoals ook mooi blijkt uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (ABBB) die in Nederland en België gebruikt worden om discretionair overheidshandelen te beoordelen. Over de beginselen van behoorlijk bestuur, België, zie uitgebreid P. GOFFAUX, E. SLAUTSKY en J. SOHIER, *Les grands arrêts du droit administratif*, 2021, 134-155; I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Mortsel, Intersentia, 2019, 357-422; D. RENDERS, *Droit administratif général* in *Collection Centre Montesquieu d'études de l'action publique*, Brussel, Larcier, 2018, nr. 611 e.v.; T. CAMBIER en R. QUINTIN, "Les exigences de bonne administration et de bonne citoyenneté comme fondements de principes généraux de droit administratif" in *Les principes généraux de droit administratif*, Brussel, Larcier, 2017, 59-89; I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006; J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijk burgerschap: beginselen van de openbare dienst*, Brugge, Vanden Broele, 2002. Nederland: enkele beginselen van behoorlijk bestuur zijn sinds 1994 gecodificeerd in hoofdstuk 3 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Voor een selectie van de belangrijkste literatuur, zie T. BARKHUYSEN, J.E. VAN DEN BRINK e.a., *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, Deventer, Wolters Kluwer, 2018, 105-129; R.J.N. SCHLÖSSELS en S.E. ZIJLSTRA, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat band 1*, 7de ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2017, 329 e.v.; R. WIDDERSHOVEN en M. REMAC, "General Principles of Law in Administrative Law under European Influence", *supra* vn. 36; P. NICOLAÏ, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deventer, Kluwer, 1990; A.J.C. DE MOOR-VAN VUGT, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en buitenlandse equivalenten: een rechtsvergelijkend onderzoek*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1987; J. IN 'T VELD en N.S.J. KOEMAN, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1985; I. SAMKALDEN en G.J. WIARDA, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Prae-adviezen uitgebracht door Prof. Dr. I. Samkalden en Prof. Mr. G.J. Wiarda* in *Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht*, Haarlem, H.D. Tjeenk Willink & Zoon, 1952. Zie ook de jaarlijkse kroniek over de beginselen van behoorlijk bestuur in het *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht*, in R.J.N. SCHLÖSSELS, B.A. BEIJEN en M.H.W.C.M. THEUNISSE, "Beginselen van behoorlijk bestuur—kroniek", *NTB* 2020, afl. 236, 605-616. Deze beginselen van behoorlijk bestuur worden in toenemende mate gezien als varianten van een meer algemene behoorlijkheidsnorm, vaak onder de noemer 'beginselen van behoorlijk handelen', voor het eerst zo benoemd door Walter VAN GERVEN, "Beginselen van behoorlijk handelen", *supra* vn. 4. Zie daarnaast ook, allen verwijzend naar de oorspronkelijke bijdrage van VAN

een persoon om behoorlijk te handelen. De inhoud van deze normen overlapt dus in zekere mate en elk onderscheid tussen deze normen zal relatief zijn. Deze normen worden ook vaak in termen van elkaar uitgelegd.[41] Wij gaan hier op zoek naar het relatieve verschil tussen de normen: als we hun bestaan erkennen als verschillend,[42] waarin bestaat dan het verschil?

GERVEN in R. ORTLEP, *Redelijkheid en billijkheid in het bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2020, 4 e.v.; T. LEYS, "De beslissing van de publiekrechtelijke rechtspersoon tot herroeping van een privaat recht op het openbaar domein: al dan niet onderworpen aan de beginselen van behoorlijk bestuur?", *TBP* 2017, afl. 4, (192) 199; I. VAN DEN DORPEL, "Behoorlijk burgerschap en de beoordeling van de redelijke termijn door de Raad van State", *CDPK* 2012, (242) 259; W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen deel veertig jaar later: privaat- en publiekrecht in een meergelaagd kader van regelgeving, rechtsvorming en regeltoepassing*, Mechelen, Kluwer, 2010, 525; P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie der normen" in *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (1) nr. 5; J.M. POLAK, "Marginale toetsing en algemene beginselen van behoorlijk bestuur, ondernemen en handelen", *supra* vn. 4, 76.

[41] Het nieuw Belgisch Burgerlijk Wetboek vervangt bv. de term '*bonus pater familias*', dat als criterium gold voor de beoordeling van onder andere de algemene zorgvuldigheidsnorm door de formulering "voorzichtig en redelijk persoon" (zie o.a. art. 5.72 BW) – in Nederland wordt die goede huisvader overigens mooier 'maatmens' genoemd. De memorie van toelichting bij het ontwerp buitencontractuele aansprakelijkheid vermeldt ook dat de ze formulering zowel in de defintie van rechtsmisbruik (zie art. 1.10 BW voor de definitie – rechtsmisbruik wordt traditioneel gezien als een toepassing van het redelijkheidsbeginsel) als in de definitie van de algemene zorgvuldigheidsnorm (op te nemen in boek 6) zijn intrede maakt, waardoord beide begrippen nu ook tekstueel innig verwant zullen zijn, MvT bij het voorontwerp van wet houdende invoeging van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het Burgerlijk Wetboek, 64, publiek beschikbaar op https://justitie.belgium.be/sites/default/files/expose_des_motifs_-_memorie_van_toelichting-_livre_boek_5.pdf.
In de rechtsleer stelt VERHEYEN stelt vast dat (de schending van) de algemene zorgvuldigheidsnorm in het aansprakelijkheidsrecht over het algemeen neerkomt op "het stellen van gedrag dat niet overeenstemt met dat van een redelijke persoon in dezelfde omstandigheden", zie T. VERHEYEN, "Eenzijdige beheersing van het aansprakelijkheidsrisico" in *Aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht*, Mortsel, Intersentia, 2021, (722 p.) 32. WEYTS, VANSWEEVELT en BUELENS stellen vast dat de toepassing van het algemeen criterium van rechtsmisbruik (dat het redelijkheidsbeginsel inhoudt, zie in nr. 463 in hun werk) neerkomt op een toepassing van de gemeenrechtelijke zorgvuldigheidsnorm, zie B. WEYTS, T. VANSWEEVELT en W. BUELENS, *Handboek Verbintenissenrecht*, Mortsel, Intersentia, 2019, nr. 464. GERARDS stelt vast dat de zorgvuldigheidsnorm in het bestuursrecht ook geschonden kan zijn indien een redelijke belangenafweging niet heeft plaatsgevonden, zie J.H. GERARDS, "Het evenredigheidsbeginsel van art. 3: 4 Awb en het Europese recht", *supra* vn. 2, 104. Met betrekking tot het evenredigheidheidsbeginsel omschrijft GERARDS het evenredigheidsbeginsel in termen van het redelijkheidsbeginsel: "Het vereiste van evenredigheid of proportionaliteit vergt in essentie dat overheidsbesluiten redelijk zijn, in die zin dat zij blijk geven van een redelijke beoordeling en afweging van belangen en een redelijke keuze van middelen", *Ibid.*, 73. BOES vindt op zijn beurt de grondslag van het redelijkheidsbeginsel in het (materiële) motiveringsbeginsel, zie M. BOES, "Het redelijkheidsbeginsel" in *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (175) 179. Bij LEUS, alsook bij OPDEBEEK en DE SOMER vinden we ten slotte de visie dat alle beginselen van behoorlijk bestuur in feite een concretisering zijn van een meer algemene zorgvuldigheidsplicht die o.a. ook ten grondslag ligt aan art. 1382 oud BW, zie K. LEUS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel" in *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, (101) nr. 147; I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht: grondslagen en beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2017, nrs. 765 en 800. Deze visie is echter erg gekleurd door het positieve recht; eerder vormen de behoorlijkheidsnormen, zoals ze hier genoemd worden, een juridische vertaling van onze morele intuïties, die minstens onze invulling van het recht kleuren. Voor een gelijkaardige opvatting waarbij behoorlijkheidsnormen gezien worden als vertaling van een morele intuïtie – waarbij rechtsmisbruik de behoorlijkheidsnorm in kwestie is, zie H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge: principes, doctrine, jurisprudence. 1 : Introduction, théorie générale des droits et des lois, les personnes, la famille*, Brussel, Bruylant, 1962, nr. 114.
Ook in de rechtspraak komen overlappingen tussen deze verschillende standaarden voor, zie voor zorgvuldigheid in termen van redelijkheid bv. Cass. 7 oktober 2013, AR S.11.0108.N.; Cass. 21 april 2006, C.04.0614.N, ECLI:BE:CASS:2006:ARR.20060421.11. Voor redelijkheid (rechtsmisbruik) in termen van zorgvuldigheid, weliswaar door de sociale kamer van het Hof van Cassatie, zie Cass. 18 februari 2008, AR S.07.0010.F, ECLI:BE-CASS:2008:ARR.20080218.2.

[42] In de rechtsleer benadrukken auteurs de zelfstandige betekenis van deze beginselen. Voor het zorgvuldigheidsbeginsel, zie bv. I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Mortsel, Intersentia, 2019, nr. 800; K. LEUS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel", *supra* vn. 41, nr. 171. Voor het redelijkheidsbeginsel, zie M. BOES, "Het redelijkheidsbeginsel", *supra* vn. 41, 179-180. Voor het verschil tussen evenredigheid en redelijkheid, zie J. MATHEWS, "Reasonableness and Proportionality", *supra* vn. 2, 918.

De kern van de *evenredigheidstoets* ligt in de verhouding tussen doel en middel.[43] Het beginsel is het in Nederlandse bestuursrecht meer ingeburgerd dan in het Belgische bestuursrecht, waar het voornamelijk in tuchtzaken voorkomt en vaak in één adem genoemd wordt met het redelijkheidsbeginsel.[44] Over het algemeen heeft de test vier elementen:[45] 1°) Is het doel objectief?,[46] 2°) Is het middel adequaat?,[47] 3°) Is het middel noodzakelijk?[48] en 4°) Is het nadeel dat berokkend wordt niet onevenredig ten opzichte van het voordeel dat verkregen wordt?[49] In deze vier stappen valt duidelijk de doel-middelfocus te onderscheiden: eerst wordt het doel onderzocht, dan het middel en ten slotte de verhouding tussen doel en middel.

Wat is de kern van het *zorgvuldigheidsbeginsel*?[50] De veelheid aan circulaire definities toont hoe moeilijk het is dit beginsel een zelfstandige formulering te geven.[51] Hoewel de definities in bestuurs- en burgerlijk recht enigszins verschillen,[52] zijn in beide rechtstakken

[43] Voor een overzicht van de historische evolutie, zie o.a. M. COHEN-ELIYA en I. PORAT, "American balancing and German proportionality: The historical origins", *International Journal of Constitutional Law* 2010, 8, afl. 2, 263-286; A.S. SWEET en J. MATHEWS, "Proportionality Balancing and Global Constitutionalism", *Columbia Journal of Transnational Law* 2008-09, 47, afl. 1, 72-164. Enkele invloedrijke theorieën komen van A. BARAK, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations* in *Cambridge Studies in Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012; R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2010; D.M. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004. Voor een kritiek van elk van deze theorieën en proportionaliteit in het algemeen, zie F.J. URBINA, *A Critique of Proportionality and Balancing*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

[44] I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Mortsel, Intersentia, 2019, nr. 871; A. MAST, J. DUJARDIN e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, nr. 53.

[45] Zie in het algemeen J. MATHEWS, "Reasonableness and Proportionality", *supra* vn. 2, 925. Voor Nederland, zie R. WIDDERSHOVEN en P.J. WATTEL. Conclusie 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468. De staatsraden, advocaten-generaal, stellen dat deze toets reeds van toepassing is op alle maatregelen die een sanctie inhouden en pleiten ervoor om het toe te passen op de toetsing van alle bestuurshandelingen in het kader van art. 3:4(2) Awb. Zie ten slotte ook uitgebreid in België S. SOTTIAUX, *Grondwettelijk recht*, Mortsel, Intersentia, 2016, 315-322.

[46] Soms ook geformuleerd als 'legitiem' in plaats van 'objectief'. Deze test wordt niet steeds als onderdeel van de eigenlijke evenredigheidstest (*sensu lato*) gezien, aangezien het hier geen verhouding betreft (tussen doel en middel) maar enkel een toets van het doel.

[47] Draagt het bij aan het behalen van het vooroopgestelde doel? Soms ook de 'pertinentietest' genoemd.

[48] Zijn er andere middelen met een geringere impact die het doel ook zouden behalen?

[49] Ook wel de evenredigheidstest *sensu stricto* genoemd.

[50] In Nederland is de zorgvuldigheidsnorm nauw verbonden met de belangenafweging. Dat is duidelijk het geval in het bestuursrecht, waar de belangenafweging in de wettelijke formulering van de zorgvuldigheidsnorm is vervat, zie art. 3:2 Awb: "Bij de voorbereiding van een besluit vergaart het bestuursorgaan de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen." De belangenafweging vormt het materiële aspect, zie T. BARKHUYSEN, J.E. VAN DEN BRINK e.a., *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, Deventer, Wolters Kluwer, 2018, 112-113. Ook in het burgerlijk recht is dit materiële aspect aanwezig, zie bv. C.H. SIEBURGH, *De verbintenis uit de wet* in *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht*, IV, *Verbintenissenrecht*, 15de ed., Deventer, Wolters Kluwer, 2019, nr. 56 [zorgvuldigheid]; K.J.O. JANSEN en C.J.J.M. STOLKER, "Commentaar op art. 6:162 BW [begrip onrechtmatige daad]" in *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer, Wolters Kluwer, 2020, nr. 6.1.4.2. Ook in België wordt de burgerrechtelijke zorgvuldigheidsnorm soms in termen van een belangenafweging geformueleeerd, zie bij H. BOCKEN, I. BOONE en M. KRUITHOF, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, die Keure, 2014, nr. 144.

[51] Zowel de Belgische Raad van State als het Hof van Cassatie geven aan resp. het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur en de zorgvuldigheidsnorm als fout in de buitencontractuele aansprakelijkheid een circulaire uitleg. Zie bv. in RvS (14e k.) 11 maart 2021, nr. 250.090, Albakov; RvS (7e k.)14 januari 2021, nr. 249.484, Deltenre; RvS (14e k.) 29 maart 2020, nr. 247.253, Auxifina; RvS (14e k.) 29 oktober 2020, nr. 248.790. Voor het Hof van Cassatie, zie o.a. recent Cass. 24 mei 2018, AR C.17.0504.N; Cass. 9 februari 2017, AR C.13.0528.F, *JT* 2019, 33, concl. A. HENKES, noot F. AUVRAY. Dit komt eveneneens terug in de rechtsleer, zie bv. in I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Mortsel, Intersentia, 2019, nr. 802.

[52] Voor het Belgisch publiekrecht verwijs ik naar de arresten van de Raad van State *supra* vn. 51. In het Belgisch aansprakelijkheidsrecht wordt een zorgvuldig handelend persoon opgevat als de handeling van een normaal en vooruitziend persoon, in dezelfde omstandigheden geplaatst (maar zie de nieuwe formulering in het BW *supra*

grosso modo twee situaties denkbaar: ofwel was de (niet-)handeling onzorgvuldig voorbereid[53] of onzorgvuldig uitgevoerd.[54] De eerste situatie belicht het preventieve en de laatste het curatieve aspect van de (formele) zorgvuldigheidsnorm,[55] maar beide vertrekken vanuit de gevolgen van de handeling.[56] De voorbereiding is erop gericht de gevolgen van de handeling eerst in kaart te brengen en dus te kunnen inschatten. Een onzorgvuldige uitvoering wil zeggen dat de handeling heeft geleid tot gevolgen die vermeden konden worden. Dit blijkt ook uit de vele positiefrechtelijke omschrijvingen, zoals uit het vereiste in het bui-

---

vn. 41). Zie recent Cass. 7 mei 2020, AR C.19.0273.N; Cass. 24 mei 2018, AR C.17.0504.N; Cass. 9 december 2011, AR C.11.0015.F, *TBBR* 2017, afl. 10, 545, noot C. DE RIDDER; Cass. 25 oktober 2004, AR S.03.0072.F, *JLMB* 2005, afl. 15, 638, noot D. DE ROY, concl. J. LECLERCQ. Zie echter voor een eerder afwijkende formulering door het Hof van Cassatie, weliswaar van de sociale kamer: "Opdat het inleiden bij dagvaarding wanneer dit ook bij verzoekschrift op tegenspraak kan geschieden, als een fout kan worden aangezien, is vereist dat een normaal voorzichtige persoon, in dezelfde omstandigheden geplaatst, redelijkerwijze anders zou hebben gehandeld (art. 1382 en 1383 BW)," Cass. 7 oktober 2013, AR S.11.0108.N. Merk ook op dat in sommige formuleringen door het Hof van Cassatie zorgvuldig, normaal en vooruitziend handelen nevengeschikt zijn, alsof het gaat om drie verschillende normen. Aangezien het echter een definitie van de algemene zorgvuldigheidsnorm betreft, lijkt de meest logische verklaring om zorgvuldigheid te schrappen uit de definitie zelf (anders is deze circulair) en zorgvuldig handelen te definiëren als de handeling van een normaal en vooruitziend persoon in dezelfde omstandigheden. Dit wordt ook bevestigd in de recente literatuur ter zake, zie B. GOFFAUX, "Le point sur la faute extracontractuelle et ses éléments constitutifs" in *Les grandes évolutions du droit des obligations* in *Unité de droit des obligations de l'Unamur*, Limal, Anthemis, 2019, (7) 12; X. THUNIS, «Théorie de la faute civile. Volume 2. La faute comme acte contraire au droit» in *Responsabilités. Traité théorique et pratique, Titre II, Livre 20bis*, Luik, Wolters Kluwer Belgium, 2017, (68) 27; H. BOCKEN, I. BOONE e.a., *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht. Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, die Keure, 2014, 144. Hoewel de definities van het zorgvuldigheidsbeginsel in privaat- en publiekrecht verschillen, zij doorgaans als uiting van eenzelfde idee worden gezien, wat ook in de lijn ligt van de visie dat het beginsel van zorgvuldigheid als 'beginsel van behoorlijk handelen' tot de gemeenschappelijke onderbouw van ons recht behoort (*supra* vn. 40). Voor het oorspronkelijke argument, zie W. VAN GERVEN, "Beginselen van behoorlijk handelen", *supra* vn. 4. Zie recenter o.a. K. LEUS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel", *supra* vn. 41, nr. 142. Zie daarnaast de talrijke verwijzingen bij A. MAST, J. DUJARDIN e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, 49, vn. 121.

[53] De voorbereiding van de handeling krijgt de meeste aandacht in het bestuursrecht, vgl. met de definitie van de Belgische Raad van State *supra* vn. 51. Zie ook in een Franstalige kamer van de Raad van State: "Le principe de prudence implique que l'administration doit préparer minutieusement sa décision qui doit donc se fonder sur un examen complet et approfondi, à savoir une détermination minutieuse des faits et une mise en balance rigoureuse des intérêts en présence", in RvS 28 september 2009, nr. 196.411, Unamec. Ook in de rechtsleer komt dit preventieve aspect naar boven, zie A. MAST, J. DUJARDIN e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, nr. 49. OPDEBEEK en DE SOMER benadrukken daarentegen zowel het preventieve als het curatieve aspect, zie I. OPDEBEEK en S. DE SOMER, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, Mortsel, Intersentia, 2019, nr. 802. In Nederland is de voorbereiding het formele aspect van de bestuurlijke zorgvuldigheidsnorm. De focus op de voorbereiding van een handeling blijkt ook letterlijk uit de wetsbepaling; art. 3:2 Awb vermeldt immers: "Bij de *voorbereiding* van een besluit […]" (cursivering toegevoegd). Voor literatuur, *cf. supra* vn. 50.

[54] De onzorgvuldige uitvoering en de (voorzienbare) gevolgen krijgen in het burgerlijk (aansprakelijkheids)recht de meeste aandacht. Dat verbaast niet, gezien de inbedding van de zorgvuldigheidsnorm in de buitencontractuele aansprakelijkheid die per definitie te maken heeft met de gevolgen van handelen of nalaten, aangezien er geen aansprakelijkheid kan zijn zonder schade. Toch krijgt ook de voorbereiding van een handeling aandacht in het aansprakelijkheidsrecht, bv. via de groeiende nadruk op informatieplichten, zie o.a. Cass. 7 mei 2020, AR C.19.0273.N; Cass. 11 januari 2019, AR C.18.0210.N.; Cass. 5 januari 2012, AR C.11.0125.N.; Cass. 29 november 2007, AR C.06.0283.N. Zie in de recente rechtsleer o.a. M. HERBOSCH, "De totstandkoming, geldigheid en uitvoering van de koop van een onroerend goed: bedrieglijk eenvoudig?", *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2020, 313-388; E.S. VAN AGGELEN, *Informatie en recht: Diverse rechtsperspectieven*, Antwerpen, Intersentia, 2021; T. VERHEYEN, "Eenzijdige beheersing van het aansprakelijkheidsrisico", *supra* vn. 41, [deel 1, hoofdstuk 1: Beheersing van het gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsrisico door middel van informatieverstrekking]; A. DE BOECK, *Informatierechten en -plichten bij de totstandkoming en uitvoering van overeenkomsten: grondslagen, draagwijdte en sancties*, Antwerpen, Intersentia, 2000.

[55] Zie letterlijk in deze bewoording K. LEUS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel", *supra* vn. 41, nr. 143.

[56] Zie met deze woorden N. AL GANIM en J. DE BRUYNE, "Aansprakelijkheid en sciencefiction. De wetten van Asimov en het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht", *NJW* 2020, afl. 422, (374) 381.

tencontractueel aansprakelijkheidsrecht dat de schade voorzienbaar moet zijn en dat het individu dat de handeling stelt zijn gedrag hieraan aanpast.[57]

Wat is ten slotte de kern van het *redelijkheidsbeginsel*? Redelijkheid is een begrip dat vaak gebruikt maar zelden gedefinieerd wordt.[58] Hiervoor moeten we een kleine filosofische omweg maken. Wat bedoelen we wanneer we zeggen: 'deze handeling is niet redelijk'? Wanneer we gewag maken van redelijkheid, slaat dit niet zozeer op de handeling die we stellen, maar op het (praktisch) oordeel waaruit de handeling voortvloeit: een oordeel is redelijk of onredelijk.[59] De omweg via het oordeel laat ons toe intuïtiever duidelijk te maken hoe een handeling precies onredelijk is. Een oordeel is steeds een oordeel ten aanzien van iets – een oordeel heeft een voorwerp. Wat echter het voorwerp is van een oordeel is nagenoeg onbegrensd. Hier gaat het echter om redelijke oordelen. We spreken slechts zinvol over redelijke oordelen als het voorwerp van ons oordeel in staat is tot rede. Een (on)redelijk oordeel is dus een oordeel ten aanzien van onszelf of van de ander – het referentieobject is steeds een persoon, als wezen in staat tot rede. Wanneer we zeggen dat een handeling onredelijk is, wil dit zeggen dat we de andere persoon niet erkend hebben in zijn capaciteit tot rede. Meer intuïtief betekent dit dat we onvoldoende rekening hebben gehouden met de ander – we hebben de situatie niet bekeken vanuit het *perspectief* van de ander. Het perspectief van de ander kunnen we juridisch beter vatten via het begrip 'belang'.[60]

Ten slotte houdt een redelijke handeling ook in dat de titularis ervan de relevante belangen heeft gewogen en afgewogen. 'In rekening nemen' betekent zoveel als een afweging maken. De persoon die de handeling stelt, zal immers een doel hebben vooropgesteld. Wanneer hij vervolgens de belangen van de ander in rekening heeft genomen bij de beslissing hoe dat doel te bereiken, wil dit zeggen dat hij de belangen tegenover elkaar heeft afgewogen. Deze afweging veronderstelt op zijn beurt dat de beslissingnemer aan de relevante belangen een gewicht heeft toegekend.[61] De kern van het redelijkheidsbeginsel is dus de belangenafweging. De structuur van de redelijkheidstoets verloopt net zoals bij de zorgvuldigheids- en de evenredigheidstoets rond de centrale elementen ervan: eerst moeten we de relevante belangen vaststellen (*identificatie*), vervolgens wegen (*kwalificatie*) en ten slotte *afwegen* ten opzichte van elkaar.[62]

---

[57] Zie het basisarrest van het Hof van Cassatie ter zake, Cass. 12 november 1951, *Pas.*, 1952, I, 128, met verwijzing in de samenvatting van het arrest naar DE PAGE, die de voorzienbaarheid van schade reeds eerder vooropstelde, *Traité élémentaire de droit civil belge: principes, doctrine, jurisprudence. 3 : Les obligations (2e partie)*, Brussel, Bruylant, 1950, nr. 941 ("Pour qu'un acte constitue une faute, il ne doit pas être de nature à causer certainement un dommage ; il suffit qu'il l'ait causé, et que son auteur ait pu le prévoir et prendre les mesures nécessaires pour en prévenir les conséquences.").

[58] Niet alleen juristen worstelen met een definitie van redelijkheid, ook in de (politieke) filosofie doet men er vaak een beroep op maar ontsnapt het begrip vaak aan een precieze analyse. Over het redelijkheidsbegrip in de politieke filosofie, zie J.W. BOETTCHER, "What is reasonableness?", *Philosophy & Social Criticism* 2004, 30, afl. 5-6, (597) 597.

[59] R. ALEXY, "The Reasonableness of Law", *supra* vn. 36, 7.

[60] Voor eenzelfde begrip van redelijkheid als het onvoldoende in rekening nemen van het belang van de ander, zie J. WALDRON, "How to do things with standards", *supra* vn. 26, 342; W.M. SIBLEY, "The Rational Versus the Reasonable", *supra* vn. 35, 554-555. Ook een politiek (filosofisch) begrip van redelijkheid – redelijkheid toegepast op het publiek debat en de burgers die aan dat debat deelnemen – veronderstelt minstens de inachtname van het perspectief van de ander. Zie bij BOETTCHER die het impliciete redelijkheidsbegrip in John RAWLS' *Theory of Justice* analyseert, in J.W. BOETTCHER, "What is reasonableness?", *supra* vn. 58, 613-614. Zie ook bij MOORE, die het redelijkheidsbegrip bij BARRY, RAWLS en SCANLON analyseert, in M. MOORE, "On Reasonableness", *Journal of Applied Philosophy* 1996, 13, afl. 2, (167) 170-171. Voor een gelijkaardige omschrijving van redelijkheid als een intersubjectieve relatie, zie R. ALEXY, "The Reasonableness of Law", *supra* vn. 36.

[61] Zie ook bij CRAIG die eveneens betoogt dat weging en afweging essentieel onderdeel zijn van het redelijkheidsbeginsel bij de *Wednesbury unreasonableness* (voor het begrip, *supra* vn. 20), in P. CRAIG, "The Nature of Reasonableness Review", *Current Legal Problems* 1 januari 2013, 66, afl. 1, (131) 135-138.

[62] Zie in dezelfde zin, zonder evenwel te verwijzen naar belangen als kern van het redelijkheidsbeginsel, N. MACCORMICK, *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 173.

Laat ons vervolgens de balans opmaken voor de mogelijkheid tot objectivering van de drie bovenstaande standaarden. Het is precies de intersubjectiviteit[63] van de redelijkheid die een geobjectiveerde redelijkheidstoets problematisch maakt.[64] De inschatting van de belangen van de ander vindt volledig plaats binnen het subjectieve oordeel van de beslissingnemer – externe ankerpunten ontbreken. Deze observatie is duidelijker wanneer we de vergelijking maken met de zorgvuldigheid en de evenredigheid. Bij zorgvuldigheid en evenredigheid dienen waarneembare of vaststelbare feiten als extern ankerpunt. Bij de beoordeling van zorgvuldigheid kunnen we de gevolgen en de voorbereiding van een handeling zonder al te veel moeite vaststellen. Het betreffen empirisch waarneembare feiten. De beoordeling van het doel van een handeling vergt reeds een extra stap, maar ook dit vertrekt van empirisch waarneembare feiten. Zo kan een rechter bijvoorbeeld uit een geheel van omstandigheden afleiden wat het doel van een handeling is. De weging en de afweging van belangen vergen echter nog een extra stap. Vaststellen wat een belang is, is niet (*per se*) een louter juridische aangelegenheid – bij de invulling van een mensenrecht is dat wel het geval. Een belang voor de een is dat niet voor de ander en waar de een het ene belang laat primeren, laat de ander een ander belang primeren. Er is dus niet alleen de vaststelling van *wat* een (juridisch beschermd) belang is – dat is niet problematisch – maar de rechter moet ook bepalen wat het *gewicht* is van elk belang en moet deze ten opzichte van elkaar *afwegen*. Deze extra stappen brengen alles in een subjectief vaarwater,[65] wat problematisch is bij de rechter.

Hoe kunnen we dit risico tot subjectiviteit enigszins – maar nooit volledig – mitigeren? Dat kan slechts door de structuur van de redelijkheidstoets expliciet te maken. Deze structuur dient als een eerste stap tot externalisering van het denkkader. Hoewel dit de kern van de subjectiviteit niet wegneemt – de beoordeling van de redelijkheid blijft geïnternaliseerd – dient de structuur wel als kader waarbinnen de rechter nu haar redenering moet rechtvaardigen – 'het dringt de autonome factor terug', zoals Wiarda zou zeggen. Daarnaast maakt deze structuur het mogelijk om het (expliciete) denkproces van de rechter te evalueren.

3.5. Beleidstoetsing in de klimaatzaken

De elementen van de beleidstoetsing die hierboven aan bod kwamen, komen treffend naar boven in het *Urgenda*vonnis van de rechtbank te Den Haag (NL) van 24 juni 2015.[66] Hierin

[63] Merk op dat de aard van de intersubjectiviteit anders is dan de intersubjectiviteit waarvan sprake hierboven bij de bespreking van objectiviteit. Hier gaat de intersubjectiviteit over de totstandkoming van de handeling in de eerste plaats, terwijl de intersubjectiviteit hierboven slechts dient ter validatie van de objectiviteit die reeds tot stand gekomen is.

[64] Zie in dezelfde zin, weliswaar met objectiviteit gedifinieerd als coherentie tussen en voorspelbaarheid van oordelen, G. BONGIOVANNI, G. SARTOR en C. VALENTINI, *Reasonableness and Law* in *Law and Philosophy Library*, LXXXVI, Dordrecht, Springer, 2009, xiii [Introduction]. Voor de subjectiviteit bij morele oordelen over de gepastheid van de oordelen van de ander, zie A. SMITH, *The Theory of Moral Sentiments*, Londen, Penguin Classics, 2009, 25.

[65] Zie dezelfde bedenking bij MACCORMICK: "Reasons do not have weights as material objects do. To say that some reasons for action or value-factors bearing on action 'outweigh' others is almost to restate the initial problem rather than to solve it. For at best we ascribe greater or less weight to some reasons or factors than others, and the question is what are the grounds of such ascription", in N. MACCORMICK, *Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 2005, 186.

[66] Rb. Den Haag (NL) 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145, Urgenda t. Staat der Nederlanden. Voor een samenvatting van de feiten verwijs ik naar de talrijke literatuur hierover. Zie voor Nederland o.a. A.E.M. LEIJTEN, "De Urgenda-zaak als mensenrechtelijke proeftuin?", *AV&S* 2019; T. BLEEKER, "Het klimaatbevel van de Hoge Raad: waarom die haast en mag het wat minder?", *Ucall blog*, 24 december 2019, http://blog.ucall.nl/index.php/2019/12/het-klimaatbevel-van-de-hoge-raad-waarom-die-haast-en-mag-het-wat-minder/ (geraadpleegd op 17 januari 2020); J.M. EMAUS, "Subsidiariteit, preventie en voorzorg. Een verklaring van het arrest in de Klimaatzaak aan de hand van drie fundamentele beginselen in het recht onder het EVRM", *AV&S* 2019; T. BARKHUYSEN en M.L. VAN EMMERIK, "Zorgplichten volgens de Hoge Raad en het Europees Hof voor de

is goed te zien hoe de zorgvuldigheidstoets en de redelijkheidstoets verweven zijn in de beoordeling. Meer nog, aan de hand van de uitspraak kunnen we zeven stappen onderscheiden die een beleidstoets – aan de hand van redelijkheid en zorgvuldigheid – vormgeven. Hoewel het *Urgenda*vonnis slechts de eerste van drie uitspraken is,[67] nemen we hier het vonnis desalniettemin als uitgangspunt. Ten eerste behandelt deze bijdrage – en deze bundel – het duurzaamheidsperspectief vanuit een privaatrechtelijke hoek, meer bepaald vanuit de onrechtmatige daad. Ten tweede zijn het Gerechtshof te Den Haag en de Hoge Raad niet aan een beleidstoets, *sensu stricto*, toegekomen. Zij leidden uit het EVRM een *rechtsplicht* af voor de staat om minstens 25 % CO_2-reductie te bereiken in 2020 ten opzichte van referentiejaar 1990.[68] Het bestaan van een rechtsplicht sluit immers de mogelijkheid om beleid te voeren uit (*supra* 2). Dit is niet het geval in het vonnis, waar de rechtbank wel overgaat tot een beleidstoets.

Rechten van de Mens: van Lindenbaum/Cohen via Kelderluik en Öneryildiz naar Urgenda?", *RMThemis* 2019, 43-54; T. BLEEKER, "Klimaataansprakelijkheid 2.0 – Een vergelijking tussen de klimaatzaak tegen de Staat en de klimaatzaak tegen Shell", *Ucall blog*, 5 april 2018, http://blog.ucall.nl/index.php/2018/04/klimaataansprakelijkheid-2-0-een-vergelijking-tussen-de-klimaatzaak-tegen-de-staat-en-de-klimaatzaak-tegen-shell/ (geraadpleegd op 27 januari 2020); T. BLEEKER, "Hoger beroep Urgenda – Van gevaarzetting naar mensenrecht", *Ucall blog*, 12 oktober 2018; L. BESSELINK, "De constitutioneel meer legitieme manier van toetsing", *NJB* 2018, 3078-3082; T.R. BLEEKER, "De knellende criteria van het rechterlijk bevel en verbod" in *Vijftig Weeffouten in het BW* in *Ars Aequi Libri*, Nijmegen, 2017, 187-197; A.E.M. LEIJTEN, "Als Het om Fundamentele Rechten Gaat: Bestuursrechtelijke Toetsing Bezien Vanuit Grondrechtelijk Perspectief", *TvCR* 2017, 49-54; C.H. VAN DIJK, "Opwarming van de Aarde en de Kelderluikcriteria", *Milieu en Recht* 2016, 279-286; A.G. CASTERMANS, "Het klimaatgevaar en het gouden kelderluik", *Ars Aequi* 2016; R. VAN GESTEL en M. LOTH, "Urgenda: roekeloze rechtspraak of rechtsvinding 3.0?", *NJB* 2015; R. SCHUTGENS, "Enkele staatsrechtelijke kanttekeningen bij het geruchtmakende klimaatvonnis van de Haagse rechter", *NJB* 2015, 2273-2277; E.R. DE JONG, "Urgenda: rechterlijke risicoregulering als alternatief voor risicoregulering door de overheid?", *NTBR* 2015; L. BERGKAMP, "Rechterlijke onbevoegdheid en de negatie van het causaliteitsvereiste", *NJB* 2015. Ook in België werd de Nederlandse klimaatzaak druk becommentarieerd, zie S. VAN DROOGHENBROEK en A. PICQUÉ, "Aux confins de la responsabilité civile de la puissance publique: l'injonction de légiférer" in *Antre tradition et pragmatisme. Liber amicorum Paul-Alain Foriers. Volume 1. Droit des obligations et contrats spéciaux*, Brussel, Larcier, 2021, 689-707; P. GILLAERTS, "Mijlpaalarrest Hoge Raad in Urgendazaak: "to share is to (create a duty of) care?"", *TMILRE* 2020, 2020, afl. 1, 78-86; M. JONGBLOET, "Klimaatzaken: van burgerlijk naar rechterlijk activisme?", *Leuven Blog for Public Law*, 25 november 2020; H. SCHOUKENS en A. SOETE, "Klimaatverandering in de rechtbank. Een blijver na de Urgenda-rechtspraak?", *NJW* 2020, 2020, afl. 417, 142-160; C. ZOETHOUT, "Rechter of politiek? Over het Klimaatarrest en het debat over rechterlijk activisme in Nederland", *TBP* 2020, 5, 242-249; K. DEKETELAERE en T. DE BACKER, "Hoofdstuk 2. Klimaatrechtvaardigheid: Carte blanche voor de rechterlijke macht?" in *Geschillenbeslechting inzake klimaat- en omgevingsgeschillen: naar een gouvernement des juges?*, Brugge, die Keure/la Charte, 2019, 31-51; H. SCHOUKENS, "Urgenda wint Nederlandse klimaatzaak in beroep: mensenrechten als nieuwe juridische sokkel voor klimaatzaken?", *STORM* 2019, afl. 1, 1-11; P. GILLAERTS en W.T. NUNINGA, "Via mensenrechten of buitencontractuele aansprakelijkheid: wat je van (noorder)buren leren kan", *RW* 2019, 83, afl. 16, 603-621; P. GILLAERTS en NUNINGA, "Privaatrecht en preventie: Urgenda in hoger beroep", *AV&S* 2019; S. VAN MEEL, "Klimaatzaak: de stembus, de straat of de rechtbank?", *DJK* 2019, 2019, afl. 384, 13-14; H. SCHOUKENS, "Climate change litigation against states after "urgenda": the times they are a-changing?", *Amén.* 2018, 4, 148-182; P. LEFRANC, "Het Urgendavonnis/-arrest is (g)een politieke uitspraak", *TMR* 2018, 6, 696-705.

[67] Het vonnis werd bevestigd in Gerechtshof te Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, Staat der Nederlanden t. Urgenda. Dit arrest werd op zijn beurt bevestigd in HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, Staat der Nederlanden t. Urgenda. De juridische basis in het *Urgenda*vonnis – via de zorgplicht – werd ook in niet geringe mate bekritiseerd in de rechtsleer. De mensenrechtelijke grondslag wordt over het algemeen als meer solide gezien. Zie de bespreking bij T. BLEEKER, "Nederlands klimaatbeleid in strijd met het EVRM", *NTBR* 2018, (289) 292.

[68] Al moet gezegd dat het bestaan van die rechtsplicht duidelijker naar voren komt in het arrest van de Hoge Raad dan in de uitspraak van het Gerechtshof, dat nog enigszins tussen de mensenrechtelijke benadering en de onrechtmatige daad schommelt door gewag te maken van een "op de artikelen 2 en 8 gebaseerde zorgplicht" (overw. nr. 73). Zie bij de Hoge Raad, overw. 6.3-6.6 en met name ook 8.2.2: "Uit hetgeen hiervoor in 5.1-7.6.2 is overwogen, volgt dat in dit geval op de Staat een rechtsplicht rust uit hoofde van de bescherming die hij op grond van de art. 2 en 8 EVRM dient te bieden aan de ingezetenen van Nederland, ter bescherming van hun recht op leven en hun recht op privé-, familie- en gezinsleven. Tot nakoming van die plicht kan hij dus door de rechter worden veroordeeld […], in HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, Staat der Nederlanden t. Urgenda, 8.2.2.

3.6. Stappen 1 en 2: afbakening van de discretionaire ruimte

Een discretionaire ruimte berust steeds op een bevoegdheid. De *eerste stap* van de beleidstoets bestaat er dus in de grondslag van de bevoegdheid te vinden. Dit doet de rechtbank in overweging 4.36 aan de hand van artikel 21 van de Nederlandse Grondwet.[69]

In een *tweede stap* houdt de afbakening van de discretionaire ruimte in dat de rechter nagaat of er juridische plichten zijn die de beleidsruimte verkleinen. Waar een dergelijke plicht bestaat, stopt de mogelijkheid om beleid te voeren. Een eerste plicht vloeit mogelijks voort uit internationaalrechtelijke afspraken. Hoewel de rechtbank vaststelt dat de staat volkenrechtelijk gebonden is aan een aantal normen, perkt dit de discretionaire ruimte ten aanzien van de burger niet in.[70] Een andere mogelijke rechtsplicht vloeit voort uit artikelen 2 en 8 EVRM.[71] Ook hier overweegt de rechtbank dat het EVRM de beleidsruimte van de overheid ten aanzien van de burger niet inperkt. De rechtbank komt dan ook tot het besluit dat: "Het voorgaande voert de rechtbank tot de slotsom dat uit artikel 21 Gw., het "no harm"-beginsel, het VN Klimaatverdrag met bijbehorende protocollen en artikel 191 VWEU met de daarop gebaseerde ETS-richtlijn en Effort Sharing Decision niet een rechtsplicht van de Staat jegens *Urgenda* kan worden afgeleid." (overw. 4.52).

3.7. Stappen 3 tot 5: beleidstoets aan de hand van redelijkheid en zorgvuldigheid

Nadat de rechtbank vaststelt wat de harde grenzen zijn van de ruimte waarin de overheid beleid kan voeren, dient de rechtbank die ruimte in te kleuren aan de hand van de toepasselijke standaarden en de omstandigheden van het geval. De standaarden in kwestie zijn de redelijkheid en de zorgvuldigheid, op hun beurt gekleurd door verdere normen. 'Inkleuren' houdt bij het redelijkheidsbeginsel drie stappen in: identificatie, kwalificatie en afweging van belangen en omstandigheden. De rechter nestelt het zorgvuldigheidsbeginsel in deze drie stappen. De *derde stap* in de beleidstoets is dus in het algemeen om de relevante omstandigheden vast te stellen. Als de titularis van de beleidshandeling vergat rekening te houden met een omstandigheid, maakt dit de handeling mogelijks onrechtmatig. Bij de redelijkheidstoets zijn de omstandigheden meer specifiek de beschermenswaardige belangen. Beschermenswaardige belangen kunnen zowel juridische normen als feitelijkheden zijn. Een voorbeeld van een feitelijk belang is de economische kost om bepaalde maatregelen te treffen (bv. om klimaatopwarming tegen te gaan). Een voorbeeld van een juridische norm als belang is een mensenrecht.[72]

---

[69] "Artikel 21 Gw. legt een zorgplicht op aan de Staat voor de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu. […] Deze regel en de geschiedenis daarvan geven geen uitsluitsel over de wijze waarop deze taak moet worden uitgevoerd en evenmin over de uitkomst van de afweging in geval van tegenstrijdige bepalingen. De wijze waarop deze taak moet worden vervuld, behoort tot de eigen, discretionaire bevoegdheden van de regering." Art. 21 Gw. (NL) luidt als volgt: "De zorg van de overheid is gericht op de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu."

[70] "De Staat is in volkenrechtelijk opzicht gebonden aan het VN Klimaatverdrag, het Kyoto Protocol (met het bijbehorende Doha Amendement zodra dit gelding krijgt) en het "no harm"-beginsel. […] De rechtbank stelt – met de partijen – voorop dat de in het verdrag en het protocol opgenomen bepalingen en het "no harm"-beginsel geen verbindende kracht jegens burgers (private personen en rechtspersonen) hebben. […] Wat hier is opgemerkt ten aanzien van volkenrechtelijke verplichtingen geldt in grote lijnen ook voor het Europese recht […]." (overw. 4.42 en 4.44, onderlijning toegevoegd).

[71] "4.45. Bij de beoordeling van de vraag of de Staat met zijn huidige klimaatbeleid inbreuk maakt op een subjectief recht van Urgenda overweegt de rechtbank dat Urgenda zelf niet kan worden aangemerkt als een direct of indirect slachtoffer, in de zin van art. 34 EVRM, van een schending van art. 2 en 8 EVRM. […]"

[72] Dus ook indien een mensenrecht geen specifieke verplichting met zich meebrengt die een harde grens stelt aan beleid kan het de beleidsruimte inkleuren als beschermenswaardig belang.

De *vierde stap* is de kwalificatie van de geïdentificeerde belangen: welk gewicht hebben elk van deze belangen? Of nog: hoe beschermenswaardig is elk belang? De rechter kan het gewicht niet uit de belangen *an sich* afleiden. Kwalificatie veronderstelt steeds dat een maatstaf eerst moet identificeren (eventueel is dit stap 3*bis*). De maatstaf voor de beschermenswaardigheid zullen steeds juridische normen zijn, maar deze normen hoeven geenszins bindend te zijn. Een standaard laat immers die ruimte: de invulling gebeurt aan de hand van alles wat minstens feitelijk is. Dat is een erg lage drempel. Ook juridische beginselen die geen algemeen rechtsbeginsel zijn, alsook niet-bindende juridische afspraken, komen zo in aanmerking. De redelijkheidstoets kan dus de rol spelen van een 'paraplu' waaronder andere standaarden onderdak vinden. Dit is in het *Urgenda*vonnis het geval voor de zorgvuldigheidsplicht.

De identificatie en de kwalificatie van belangen (stappen 3 en 4) zijn in het vonnis verweven. Ten eerste stelt de rechtbank dat de internationale normen waarvan eerder sprake weliswaar geen harde verplichting opleveren, maar desalniettemin de beleidsruimte inkleuren als belangen waarmee de overheid rekening moet houden. De rechtbank geeft dit treffend weer in overweging 4.52:

> "[…] Hoewel Urgenda aan deze [internationale normen, *cf. supra*] niet rechtstreeks rechten kan ontlenen, komt aan deze regelgeving niettemin betekenis toe, namelijk bij de hierna te bespreken vraag of de Staat jegens Urgenda zijn zorgplicht schendt. In de eerste plaats kan uit deze regels worden afgeleid welke mate van beleidsvrijheid de Staat toekomt bij de wijze waarop hij de hem gegeven taken en bevoegdheden uitoefent en in de tweede plaats zijn de hierin vastgelegde doelstellingen van betekenis voor het bepalen van de mate van zorg die de Staat ten minste in acht moet nemen. […] [onderlijning toegevoegd]"

Vervolgens nestelt de rechtbank de zorgvuldigheidsnorm, meer bepaald de gevaarzettingsleer,[73] en de beleidsvrijheid van de overheid in de beleidstoets.[74] Daarna identificeert zij een aantal beginselen en doelstellingen uit het internationale en Europese klimaatbeleid die de belangen hierboven verder kwalificeren.[75] Ten slotte bundelt de rechtbank deze deels

[73] Eerst geformuleerd in het zgn. *Kelderluik*arrest van de Hoge Raad: "dat alleen in het licht van de omstandigheden van het gegeven geval kan worden beoordeeld of en in hoeverre aan iemand die een situatie in het leven roept welke voor anderen bij niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid gevaarlijk is, de eis kan worden gesteld, dat hij rekening houdt met de mogelijkheid dat die oplettendheid en voorzichtigheid niet zullen worden betracht en met het oog daarop bepaalde veiligheidsmaatregelen neemt; dat daarbij dient te worden gelet niet alleen op de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht, maar ook op de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, op de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben, en op de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen" (onderlijning toegevoegd), zie HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966, 136 noot G.J. SCHOLTEN.

[74] "4.53. […] Het antwoord op de vraag of de Staat voldoende mitigeert hangt af van vele factoren. Twee aspecten zijn daarbij vooral relevant. In de eerste plaats moet worden beoordeeld of sprake is van onrechtmatige gevaarzetting door de Staat. In de tweede plaats komt bij de beoordeling van het overheidshandelen betekenis toe aan de beleidsvrijheid van de Staat. […]" (onderlijning toegevoegd).

[75] Het gaat om volgende beginselen en doelstellingen, die de rechtbank verder uitlegt in de weggelaten overwegingen: "4.56. De doelstellingen en beginselen van het internationale klimaatbeleid zijn geformuleerd in de artikelen 2 en 3 van het VN Klimaatverdrag (zie 2.37 en 2.38). Voor de beoordeling van de beleidsruimte en zorgplicht acht de rechtbank meer in het bijzonder de in artikel 3 opgenomen beginselen onder (i), (iii) en (iv) relevant. Deze luiden, kort samengevat: (i) bescherming van het klimaatsysteem, ten behoeve van huidige en toekomstige generaties, op basis van billijkheid; (iii) het voorzorgsbeginsel; (iv) het duurzaamheidsbeginsel. […] 4.60. De doelstellingen van het Europese milieubeleid zijn geformuleerd in artikel 191, lid 1 VWEU (zie 2.53). De voor deze zaak van belang zijnde beginselen (blijkens lid 2 van dit artikel) zijn de volgende: - het beginsel van een hoog beschermingsniveau; - het voorzorgsbeginsel; - het preventiebeginsel. […] 4.62. Artikel 191, lid 3 VWEU houdt daarnaast in dat de EU bij het bepalen van haar beleid op milieugebied rekening houdt met: - de beschikbare wetenschappelijke en technische gegevens; - de milieuomstandigheden in de onderscheiden regio's van de Unie; - de voordelen en lasten die kunnen voortvloeien uit optreden, onderscheidenlijk niet-optreden; - de economische en sociale ontwikkeling van de Unie als geheel en de evenwichtige ontwikkeling van haar regio's."

overlappende beginselen en belangen in een lijst, criteria die als basis dienen voor de belangenafweging:

> 4.63: […] Aldus zal de rechtbank bij het bepalen van de omvang van de zorgplicht van de Staat rekening houden met:
> (i) de aard en omvang van de schade als gevolg van klimaatverandering;
> (ii) de bekendheid en voorzienbaarheid van deze schade;
> (iii) de kans dat gevaarlijke klimaatverandering zich zal verwezenlijken;
> (iv) de aard van de gedraging (of het nalaten) van de Staat;
> (v) de bezwaarlijkheid van het treffen van voorzorgsmaatregelen;
> (vi) de beleidsvrijheid die, met inachtneming van de publiekrechtelijke beginselen, aan de Staat toekomt bij de uitvoering van zijn publieke taak;
> en en ander mede gelet op:
> - de stand van de wetenschap;
> - de beschikbare (technische) mogelijkheid tot het nemen van veiligheidsmaatregelen, en de kosten-batenverhouding van de te nemen veiligheidsmaatregelen.

Criteria (i)-(v) komen in grote mate neer op de *Kelderluik*criteria van de gevaarszettingsleer.[76] Op deze manier is de zorgvuldigheidsnorm ingekapseld in het redelijkheidsbeginsel. Stap (vi) gaat over de mate waarin aan de staat beleidsvrijheid toekomt en is overbodig. Immers, die beleidsmarge wordt ingevuld door de belangenafweging aan de hand van bovenstaande criteria en omstandigheden. Het enige wat de rechtbank hier doet, of zelfs kan doen, is nogmaals benadrukken dat aan de overheid *de iure* en *in abstracto* beleidsruimte toekomt op basis van een bevoegdheid[77] –maar dat kwam al aan bod in stappen 1-2 – en dat die beleidsruimte *a posteriori* en *in concreto* ingevuld en dus begrensd kan worden[78] – maar dat komt aan bod in stappen 3-5.

De *vijfde stap* van de redelijkheidstoets is de belangenafweging. Dit is de meest precaire stap in het licht van de objectiviteit van de beslissing. De vraag is hoe groot de verantwoordelijkheid is van de staat om de eerder geïdentificeerde en gekwalificeerde belangen te beschermen. Met name is de vraag of een CO_2-reductie van 20 % procent in 2020 ten opzichte van 1990 hieraan tegemoetkomt. De belangenafweging gebeurt in overwegingen 4.64 tot en met 4.82. Een volledige bespreking ligt echter buiten het bestek van deze bijdrage. We focussen op criterium (v), de bezwaarlijkheid om voorzorgsmaatregelen te treffen. Dit omvat ook de meest contentieuze vragen, namelijk of een vroege hogere reductie (25-40 % in 2020) dan wel een vroege lagere reductie (20 % in 2020) met een latere hoge reductie (40 % in 2030 en 80 % in 2050) te verkiezen is (lees: kostenefficiënter is), of mitigatie[79] dan wel adaptatie[80] te verkiezen is en welke mitigatiemaatregel te verkiezen

[76] *Cf. supra* vn. 73 met citaat uit HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966, 136, noot G.J. SCHOLTEN.
[77] Zie overw. 4.74: "Bij de beantwoording van de vraag of de Staat met zijn huidige klimaatbeleid voldoende zorg betracht, moet zoals gezegd ook de aan de Staat toekomende beleidsvrijheid in acht worden genomen. Vanuit zijn wettelijke taak – artikel 21 Gw. – bezien heeft te gelden dat aan de Staat een ruime beleidsvrijheid toekomt om het klimaatbeleid invulling te geven. […]"
[78] Zie o.a. overw. 4.74 en 4.75: "[…] Deze discretionaire ruimte is echter niet onbegrensd. Indien, zoals hier het geval is, een grote kans bestaat op verwezenlijking van gevaarlijke klimaatverandering met ernstige en levensbedreigende gevolgen voor mens en milieu, rust op de Staat de verplichting om zijn burgers daartegen te beschermen door het treffen van passende en effectieve maatregelen. […] De keuzevrijheid van de Staat wordt in dit geval verder verkleind door de hiervoor reeds genoemde voor de Staat geldende publiekrechtelijke beginselen. Deze beginselen zijn immers ontwikkeld als gevolg van het bijzondere gevaar van klimaatverandering. Zij stellen dan ook grenzen aan de keuzevrijheid van de Staat."
[79] Zie overw. 2.8: "Met mitigatie (terugdringing van het probleem) wordt beoogd verdere klimaatverandering te voorkomen dan wel te beperken."
[80] Zie overw. 2.8: "Met adaptatie (aanpassing aan de gevolgen) wordt geprobeerd de natuur, de maatschappij en de economie minder kwetsbaar te maken voor een veranderend klimaat."

is. Eerst schetst de rechtbank het verdere kader waarmee zij het criterium van de bezwaarlijkheid toepast:

> 4.67. Voor het antwoord op de vraag of – en, zo ja, in hoeverre – op de Staat een plicht rust tot het treffen van voorzorgsmaatregelen, is ook relevant of het nemen van voorzorgsmaatregelen bezwaarlijk is. Daarbij zijn verschillende aspecten te onderscheiden. Van belang is bijvoorbeeld of de te treffen maatregelen op zichzelf kostbaar zijn of niet. Daarnaast kan van belang zijn of de voorzorgsmaatregelen in relatie tot de mogelijke schade kostbaar zijn. Daarbij kan de doeltreffendheid van de maatregelen een rol spelen. Tot slot komt hierbij betekenis toe aan de beschikbaarheid van (technische) mogelijkheden tot het nemen van de vereiste maatregelen.
>
> 4.68. Onderwerp van het debat van partijen is de vraag of de door de Staat voorgenomen reductiedoelstelling dan wel de door Urgenda gevorderde reductiedoelstelling het meest kosteneffectief is. Daarbij gaat het om de macro-economische kosten van een bepaald mitigatiebeleid. De IPCC-rapporten bevatten hieromtrent prognoses per scenario." [onderlijning toegevoegd].

De rechtbank begint hier met een verdere kwalificatie van de beginselen en de belangen die in het spel zijn (stap 4) door hen een gewicht toe te kennen. Vervolgens herhaalt de rechtbank de twee partijposities.[81]

Hierna komt de rechtbank tot de eigenlijke afweging, die gebeurt in vijf stappen. Ten eerste stelt zij vast dat de Nederlandse overheid tot 2010 wel overtuigd was van de noodzaak van een hogere emissiereductie dan 20 % in 2020.[82] Ten tweede stelt de rechtbank vast dat de overheid heeft afgezien van die doelstelling zonder dat daarvoor een wetenschappelijke rechtvaardiging voorhanden was. De rechtbank gaf eerder al aan dat zij een erg groot belang hecht aan de wetenschappelijke onderbouwing van beslissingen in deze materie.[83] De rechtbank legt hier de basis voor een beginsel dat zij niet uitdrukkelijk heeft vermeld: de overheid kan haar eerder ingenomen positie niet veranderen zonder daarvoor een afdoende – lees hier: wetenschappelijk onderbouwde – reden voor te hebben. In een derde stap stelt de rechtbank op basis van de wetenschappelijke consensus dat een scenario waarbij Nederland sneller reduceert kosteneffectiever is dan een scenario met een tragere reductie gecompenseerd door een latere hogere reductie en dat mitigatie wenselijker (kosteneffectiever) is dan adaptatie.[84] Dan rest nog de vraag of die mitigatie *per se* bewerkstelligd moet worden aan de hand van minimum 25 % reductie in 2020, of dat de mitigatie ook bereikt kan worden door in te zetten op technologische oplossingen die eventuele schadelijke ge-

[81] "4.69. Urgenda heeft betoogd dat het kosteneffectiever is om vast te houden aan de (strengere) reductiedoelstelling van 25-40 % in 2020. De Staat heeft, met verwijzing naar Europese beleidsdocumenten, gesteld dat het ook kosteneffectief is wanneer wordt uitgegaan van een reductie van 40 % in 2030 en 80 % in 2050 (zie 2.64 en 2.66). De rechtbank overweegt als volgt."

[82] "4.70. […] Tot ongeveer 2010 heeft Nederland een nationale reductiedoelstelling voor 2020 van 30 % (ten opzichte van 1990) gehad. […]"

[83] "4.70. […] De Staat heeft niet betoogd dat het loslaten van deze nationale reductiedoelstelling van 30 % en het in plaats daarvan volgen van de EU-doelstelling van 20 % voor 2020 ten opzichte van 1990 (die volgens de huidige prognoses uitkomt op een reductie in Nederland van ongeveer 17 %), zijn ingegeven door verbeterde wetenschappelijke inzichten of doordat het economisch niet verantwoord zou zijn om bij de doelstelling van 30 % te blijven. De Staat heeft evenmin concrete gegevens verstrekt waaruit zou kunnen blijken dat de reductieroute van 25-40 % in 2020 tot onevenredig hoge kosten zou leiden, of in vergelijking met de langzamere reductieroute om andere redenen niet kosteneffectief zou zijn. […]"

[84] "4.71. […] Bekend is dat de risico's en de schade van klimaatverandering toenemen naarmate de gemiddelde temperatuur stijgt. Dat onmiddellijk ingrijpen nú, zoals Urgenda betoogt, kosteneffectiever is, wordt dan ook ondersteund door het IPCC en het UNEP (zie 2.19 en 2.30). Uit de desbetreffende rapporten volgt bovendien dat mitigatie van de broeikasgasuitstoot op de korte en lange termijn de enige doeltreffende manier is om het gevaar van klimaatverandering af te wenden. […]"

volgen van een grotere uitstoot nu zullen opvangen. De rechtbank gaf eerder te kennen dat zij rekening houdt met mogelijkheid van technologische ontwikkelijkingen. Echter, zij acht niet voldoende bewezen dat deze technologieën tijdig kunnen worden toegepast.[85] In een vijfde en laatste stap besluit de rechtbank op basis van het voorgaande dat het wenselijker is sneller en vroeger te mitigeren eerder dan trager en later, dus dat een reductie van 20 % in 2020 niet volstaat.[86]

We wisten reeds dat de invulling van een standaard steeds aan de hand van concrete omstandigheden verloopt, maar nu is ook duidelijk dat ook de relevante normen en belangen niet op voorhand vastliggen, noch hun relatieve gewicht en de manier waarop zij tegenover elkaar moeten worden afgewogen. Stappen 3-5 tonen hoe deze *a posteriori* en *in concreto* invulling van de beleidsruimte verloopt.

3.8. Stappen 6 en 7: vaststelling van de (on)rechtmatigheid en de overgebleven beleidsruimte

De beleidstoets is echter nog niet voltooid. Er resten twee stappen die hierboven nog niet aan bod kwamen. Uit de aard van toetsing via standaarden vloeit voort dat de rechtbank (als *zesde stap*) een besluit moet nemen over de rechtmatigheid van de handeling *in concreto*. De handeling die hier getoetst werd, was een reductiepad van 20 % minder CO_2-uitstoot in 2020 ten opzichte van referentiejaar 1990. De rechtbank besluit dat deze handeling niet rechtmatig is:

> "4.83. Door de ernst van de gevolgen van klimaatverandering en de grote kans dat – zonder mitigerende maatregelen – gevaarlijke klimaatverandering zal intreden, concludeert de rechtbank dat op de Staat een zorgplicht rust om mitigatiemaatregelen te treffen. […]
>
> 4.84. Het staat vast dat de Staat met het huidige emissiereductiebeleid van ten hoogste 20 % reductie in EU-verband (ongeveer 17 % in Nederland), voor het jaar 2020 niet voldoet aan de norm die volgens de huidige stand van de wetenschap en het internationale klimaatbeleid voor de Annex I-landen nodig is om de tweegradendoelstelling te bereiken." (onderlijning toegevoegd).

De zesde stap lijkt triviaal maar is dat niet. De vaststelling van het bestaan van een discretionaire ruimte houdt immers nog niet de rechtmatigheid van de handeling in. De rechter moet wel degelijk een effectieve redelijkheidstoets doorvoeren alvorens tot de (on)rechtmatigheid te besluiten. Het hof van beroep te Luik deed in zijn arrest van 9 september 2004 precies het omgekeerde: "*Il lui suffit dès lors de constater que la décision qui a été mise en œuvre en septembre 1998 se situe dans le cadre d'une certaine marge de manœuvre, dans les limites de laquelle les dirigeants ont le choix entre plusieurs comportements raisonnables, pour que l'action sociale exercée par l'appelant dans le cadre de l'action minoritaire qui lui était ouverte soit rejetée*."[87] (onderlijning toegevoegd). Het hof zegt hier dat

[85] "4.72. Mitigatie kan, zo leidt de rechtbank uit de verschillende door partijen overgelegde rapporten af, op verschillende manieren worden bereikt. [De rechtbank licht vervolgens enkele mogelijkheden toe] […] Urgenda heeft, zonder voldoende tegenspraak van de Staat, betoogd dat voor zover dergelijke technieken al in voldoende mate beschikbaar zijn (de CO_2-afvang en -opslag verkeren nog in de experimentele fase), het niet aannemelijk is dat technieken van deze aard op korte termijn en dus tijdig kunnen worden toegepast. […]"

[86] "4.73. Op grond van het hier overwogene concludeert de rechtbank dat het, bij de huidige stand van de techniek en de wetenschap, ter voorkoming van gevaarlijke klimaatverandering het meest doeltreffend is om te mitigeren en dat het uit kosteneffectiviteit beter is om nu adequaat in te grijpen dan om maatregelen uit te stellen. Op de Staat rust naar het oordeel van de rechtbank dan ook een zorgplicht om zo snel en zo veel als mogelijk te mitigeren."

[87] Luik 9 september 2004 (uittreksel), *JT* 2005, afl. 5, 85.

het volstaat om vast te stellen dat een discretionaire ruimte bestaat om daaruit te kunnen afleiden dat de binnen die ruimte gemaakte keuze ook redelijk is. Meer zelfs, het hof leidt hieruit af dat het deze keuze niet *mag* toetsen omdat dit zou neerkomen op een ongeoorloofde *ex post factum* beoordeling. Hier worden bestaan van een discretionaire ruimte en de toetsing ervan met elkaar verward. Precies om deze reden is een goed begrip van de beleidstoets noodzakelijk.

Weten we niet alles wat we moeten weten? Toch niet. Wanneer de overheid *in concreto* buiten de voor haar beschikbare beleidsruimte blijkt te zijn getreden, blijft de vraag hoeveel beleidsruimte overblijft (*stap zeven*). Het belang van deze vraag ligt bij de herstelmaatregel: wat kan de rechter opleggen? Hier komt het hierboven vermelde substitutieverbod opnieuw naar voren. Dit verbod behelst echter twee aspecten. Hierboven gebruikten we het begrip in de betekenis dat de rechter zijn eigen denkkader niet in de plaats mag stellen van het denkkader van het individu dat de bevoegdheid uitoefent. Het substitutieverbod houdt echter ook in dat de rechter ook na de vaststelling van een onrechtmatigheid de overgebleven beleidsruimte moet respecteren.[88] De rechter mag niet zonder wettelijke basis de uitspraak in de plaats stellen van de beslissing van de beslissingnemer. Na de vaststelling dat de getoetste handeling *in concreto* onrechtmatig is, kan er immers nog steeds beleidsruimte overblijven. Het is mogelijk dat er nog steeds meerdere handelingen mogelijk zijn om de bevoegdheid waarop de discretionaire handeling is gebaseerd uit te oefenen. Dit blijkt ook het geval in de *Urgenda*zaak:

> "4.101. Bij dit alles is van belang dat de hier besproken vordering niet strekt tot een gebod of bevel aan de Staat om bepaalde maatregelen van wetgeving of beleid te treffen. In geval van toewijzing van de vordering behoudt de Staat de volle, bij uitstek aan hem toekomende, vrijheid om te bepalen op welke wijze hij gevolg geeft aan het desbetreffende bevel. Ook hierbij houdt de rechtbank rekening met het gegeven dat de Staat niet heeft gesteld dat hij feitelijk in de onmogelijkheid verkeert om het bevel uit te voeren. En ook hier geldt dat de Staat niet heeft betoogd dat andere, fundamentele, belangen die hij ook moet behartigen, hierdoor zouden worden geschaad.
>
> 4.103. […] Op grond van al het voorgaande is [het reductiebevel] in zijn primaire vorm toewijsbaar, met dien verstande dat voor een bevel dat verder strekt dan een reductie met 25 %, de ondergrens van de bandbreedte van 25-40 %, onvoldoende grond bestaat. Voor het meerdere wordt dit onderdeel van de vordering dus afgewezen."

De rechtbank stelt vast dat twee aspecten van de beleidsruimte nog volledig aanwezig zijn. Ten eerste wat betreft de reductie boven 25 %: het staat de overheid vrij een grotere reductie door te voeren. Ten tweede wat betreft de maatregelen om die reductie te bereiken. Vast ligt wat de overheid moet doen, maar niet hoe zij dit kan bereiken.

[88] Een bekend voorbeeld hiervan is het Brusselse nachtvluchtenarrest van het Hof van Cassatie, waarbij het hof van beroep te Brussel vaststelde dat het spreidingsplan van de nachtvluchten van de luchthaven Brussel-Zaventem onrechtmatig was, maar daarenboven oplegde dat zij in plaats van een concentratie van vluchten over één gebied moesten kiezen voor een spreiding van de vluchten over Brussel. Zie Brussel (8e k.) 21 maart 2006, *TMR* 2006, afl. 3, 353, noot V. STAELENS. In een eerder arrest van dezelfde kamer van het hof van beroep van 2003 (het zgn. Noordrandarrest, Brussel 10 juni 2003, 2003/KR/44) had het hof het spreidingsplan van de overheid reeds onwettig verklaard zonder evenwel vast te stellen dat het criterium op basis waarvan dit spreidingsplan werd aangenomen onrechtmatig was (*i.e.* stap 6 in ons stappenplan). Het Hof van Cassatie oordeelde vervolgens in het eerste nachtvluchtenarrest (in identieke bewoordingen als in het latere arrest van 2008) dat het hof van beroep éérst moet vaststellen dat het criterium op basis waarvan het plan werd aangenomen, onrechtmatig is, alvorens dat criterium uit te sluiten in de beoordeling. Door dit niet te doen, schond het hof van beroep de scheiding der machten. Zie Cass. 4 maart 2004, C.03.0346.N, C.03.0448.N en C.03.0449.N.

4. BELEIDSTOETSING EN OVERHEID: SCHEIDING DER MACHTEN?

Uit voorgaande bespreking blijken de voldoende en noodzakelijke voorwaarden voor terughoudendheid bij beleidstoetsing – respectievelijk toetsing via standaarden en een geëxpliciteerd toetsingskader. De olifant in de kamer is echter de scheiding der machten. Het positiefrechtelijke belang ervan bij beleidstoetsing valt niet te ontkennen. Zo oordeelde het Hof van Cassatie in de zogenaamde nachtvluchtenarresten dat de toetsing van een overheidsmaatregel door het hof van beroep de scheiding der machten schond. Het was ook die scheiding der machten die vaak als grondslag diende voor het debat over en de kritiek op de drie *Urgenda*-uitspraken.[89] Het vormt ook in andere zaken waarin rechterlijke toetsing van overheidsoptreden aan bod komt een heikel punt.[90] De vraag die ons ten slotte rest is welke plaats de scheiding der machten heeft in de beleidstoets. Uit het betoog dat volgt, toon ik *ex absurdum* aan dat de machtenscheiding geheel vreemd is aan de rechterlijke toetsing van beleidsvrijheid. We beantwoorden de drie vragen die ook hierboven centraal stonden: zegt de scheiding der machten ons *dat* de rechter *terughoudend* moet toetsen en *hoe terughoudend* de rechter moet toetsen?

4.1. Geen richtsnoer bij terughoudende toetsing

We beginnen bij de mogelijkheid dat de machtenscheiding de rechter vertelt *hoe* indringend de rechter mag toetsen. Beleidstoetsing komt echter niet alleen voor ten aanzien overheidshandeling, maar overal waar discretionaire handelingen bestaan. Welke meerwaarde biedt de scheiding der machten ons dan? Een mogelijkheid is dat de rechter zich ten aanzien van de overheid nog terughoudender moet opstellen. Het is maar de vraag of dit zo is. Nergens in rechtspraak noch rechtsleer valt te bespeuren dat de toetsing van een discretionaire handeling van de overheid terughoudender zou moeten gebeuren dan bijvoorbeeld een beslissing van de raad van bestuur van een vennootschap. De enige schijnbare uitzondering hierop lijkt de overheidsaansprakelijkheid te zijn, waar soms wordt gezegd dat de aansprakelijkheidsbeoordeling marginaal verloopt.[91] Marginale beoordeling van aansprakelijkheid is echter tweemaal hetzelfde zeggen, zo blijkt uit bovenstaande analyse. Marginale controle is immers niet meer of minder dan een *in concreto* en *a posteriori* invulling van een standaard, zoals de zorgvuldigheidsnorm. In die invulling houdt de rechter al rekening met de beleidsvrijheid van degene die de bevoegdheid uitoefent. *Elke* aansprakelijkheidstoetsing

[89] Zie met name in de Nederlandse kranten A. BILIC, "Debatteer over einde van politiek, niet over rechters", *NRC Handelsblad*, 12 februari 2020, 18; S. BELLEMAN, "Politici ondermijnen de rechtsstaat", *De Telegraaf*, 10 januari 2020, 13; H. VAN SANTEN en E. VAN DER WALLE, "Historische uitspraak, succes niet verzekerd", *NRC Handelsblad*, 21 december 2019, 1; B. FUNNEKOTTER, "Help, de rechter grijpt de macht", *NRC Handelsblad*, 21 december 2019, 1; H. VAN SCHUPPEN, "Bewaken vertrouwen", *De Twentsche Courant*, 21 november 2019, 23; N. KLAASSEN, "Trapt de rechter te vaak op de rem?", *Algemeen Dagblad*, 16 november 2019, 54; M. MINNESMA, ""Historisch" vonnis: Staat moet uitstoot CO_2 beperken", *Algemeen Dagblad*, 10 oktober 2018, 13; P. GIESEN, "Rechter en klimaat", *de Volkskrant*, 10 oktober 2018, 23; J. JANSEN VAN GALEN, "Hoger beroep", *Het Parool*, 2 september 2015, 23; W. WISKERKE en KLIMAAT- EN ENERGIECAMPAIGNER GREENPEACE, "Niets mis met het vonnis in de Urgenda-zaak", *Trouw*, 11 augustus 2015, 15; J. BOUMA, "Klimaatzaak: #ganietinberoep of toch wel?", *Trouw*, 20 juli 2015, 28; X, "IJstijd", *De Telegraaf*, 27 juni 2015, 9; J. VAN HET REVE, "De duurzame rechter", *de Volkskrant*, 27 juni 2015, 55; M. SOMMER, "Een jij-bak van 57 bladzijden", *de Volkskrant*, 27 juni 2015, 19; REDACTIE, "De overheid moet na de klimaatuitspraak de ambities fors opkrikken", *Trouw*, 26 juni 2015, 23.

[90] Scheiding der machten en de terughoudende (marginale) toetsing van discretionair overheidshandelen worden inderdaad vaak in één adem genoemd. Zie bv. J.H. GERARDS, "Het evenredigheidsbeginsel van art. 3: 4 Awb en het Europese recht", *supra* vn. 2, 109; M. BOES, "Het redelijkheidsbeginsel", *supra* vn. 41, 178.

[91] In het Belgische recht althans. Het Hof van Cassatie spreekt zelf over een "een voorlopige en marginale beoordeling van de zorgvuldigheid waarmede het bestuur moet handelen". Zie o.a. Cass. 3 januari 2008, C.06.0322.N (nachtvluchten II); Cass. 24 november 2005, C.04.0317.N (Glaxosmithkline); Cass. 4 maart 2004, C.03.0346.N, C.03.0448.N en C.03.0449.N (nachtvluchten I).

verloopt dus marginaal – of, beter, *geen enkele* aansprakelijkheidsbeoordeling verloopt marginaal, aangezien het begrip in deze context niet nuttig is.[92]

Vervolgens is ook niet duidelijk op welke manier het beginsel van de scheiding der machten de rechter elementen voor een (meer) terughoudende toets aanreikt. Het beginsel der scheiding der machten is geen operationeel criterium: we kunnen er geen concrete richtlijnen in lezen hoe de rechter haar toets kan aanpassen om meer terughoudend te zijn. Dit blijkt wanneer we nagaan hoe we van de scheiding der machten tot een concrete gedragsregel voor rechters zouden kunnen komen. Auteurs proberen doorgaans eerst de essentie van de machtenscheiding te vatten om hieruit vervolgens deductief gedragsnormen af te leiden. Dit is problematisch omdat het een bij uitstek praktisch en evolutief begrip is; wat scheiding der machten is, is hoe het in de praktijk wordt toegepast, niet hoe we het definiëren. De toepassing van de scheiding der machten nu verschilt van 50 jaar geleden, en al zeker van 250 tot 300 jaar geleden, toen Locke, Montesquieu en Rousseau hun werken schreven. Door dergelijk essentialisme maken we ons schuldig aan een moderne *Heininterpretierung* van deze historische werken.[93] De correcte wijze om te achterhalen wat de scheiding der machten inhoudt, verloopt niet deductief maar *inductief*: uit de manier waarop we ermee omgaan, kunnen we trachten een hedendaagse theorie van de scheiding der machten op te stellen.[94]

Eerder dan een gedragsnorm voor rechters is het een begrip dat de organisatie van onze staatsinstellingen op *macroniveau* (op niveau van de staatsinrichting) informeert en vormgeeft: de rechter moet onafhankelijk zijn, er moeten *checks and balances* zijn tussen de machten enz. Hoogstens kan het concept dienen als rode vlag voor de rechter om (meer) terughoudend te zijn. We blijven dus over met de mogelijkheid dat de machtenscheiding dient als grondslag voor de terughoudende toetsing door de rechter.

4.2. Geen grondslag voor terughoudende toetsing

Vertelt de scheiding der machten ons *dat* de rechter terughoudend moet toetsen, dus dat de scheiding der machten de grondslag is van de terughoudende toetsing (ten aanzien van de overheid)? Daarvoor moeten we opnieuw eerst het begrip scheiding der machten trachten te concretiseren. Een vaak voorkomende formulering is dat de rechter geen beleid kan ma-

[92] In de rechtsleer zijn wel meer kritische geluiden te horen ten aanzien van het marginale karakter van de aansprakelijkheidstoets, met name uit auteurs die schrijven in het aansprakelijkheidsrecht. Kritisch zijn o.a. F. AUVRAY, "Toetsing van het bestuurshandelen door de gewone hoven en rechtbanken" in *Naar een eenvormige(r) toetsing? Maten en gewichten bij omvang, intensiteit en resultaat van rechterlijk toetsen van bestuurshandelen in publieken privaatrecht in België en Nederland* in *Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog, s.l.*, Wolf Legal Publishers, 2019, (97) 126; A. VAN OEVELEN, "De toetsing van het overheidshandelen aan de zorgvuldigheidsnorm van de artikelen 1382-1383 B.W.: een volledige of een marginale toetsing?" in H. COUSY, E. DIRIX, S. STIJNS, J. STUYCK en D. VAN GERVEN (eds.), *Liber Amicorum Walter Van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, 361-372; H. VANDENBERGHE, M. VAN QUICKENBORNE en P. HAMELINK, "Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1964-1978", *TPR* 1980, 17, afl. 4, (1139) nr. 15.

[93] Dit fenomeen komt ook voor onder rechtshistorici, met name in het Romeinse recht. Laurent WAELKENS was – in navolging van zijn doctorvader Robert FEENSTRA – wellicht de meest fervente verdediging van deze stelling, zie A. WIJFFELS, "In memoriam Laurent Waelkens (1953-2020)", *TRG* 2020, 88, (327) 334. Zie ook de rede ter gelegenheid van zijn emeritaat, waar hij zijn stelling nogmaals kracht bijzet aan de hand van de analyse van enkele tekstfragmenten, in L. WAELKENS, *Romanum ius moliti sumus. De mooiste droom van de rechtsfaculteiten* in *Acta Faclonis*, Antwerpen/ Cambridge, Intersentia, 2018, op p. 36: "Ik heb in vele artikelen naar de oudste betekenis van Romeinse rechtsteksten gegraven, maar ik heb altijd beseft dat het echte Romeinse recht niet in oudheid lag, maar aan de rechtsfaculteiten ontwikkeld werd."

[94] Dat is bv. hoe we tot het concept van de interdependentie van machten zijn gekomen en hoe zich nu het concept van dynamische rechtspraak in een multiple politica aan het ontwikkelen is. Zie voor dit laatste M. ADAMS, "Dynamische rechtspraak: noopt de Klimaatzaak tot een andere blik op de trias politica?", *Juristenkrant* 2021, 2021, afl. 429, 8-10.

ken – de rechter kan de 'opportuniteit' of de gepastheid van de handeling niet beoordelen.[95] Zo uitgelegd klopt het inderdaad dat de rechter geen beleid kan maken: we zeggen dat de rechter slechts 'de wet toepast'. Echter, *wat* is de wet in het geval waarin de materiële wet net géén specifiek gebod of verbod oplegt (en dus een discretionaire ruimte laat)? We zagen hierboven dat die wet in dit geval een standaard is, waarvan de inhoud pas duidelijk wordt bij de toepassing ervan in een concreet geval. Het is dus slechts *in concreto* en *a posteriori* dat duidelijk wordt wat de wet is in de zin 'de rechter kan slechts de wet toepassen'. Een *in concreto* invulling van standaarden betekent echter nog niet dat de rechter ook beleid maakt, als dat is wat we bedoelen met een verboden opportuniteitsoordeel.

Een andere vaak gehoorde concretisering van het beginsel der scheiding der machten is dat de rechter niet op de stoel van het bestuur mag gaan zitten. De rechter mag haar beslissing niet in de plaats stellen van de beslissing van de overheid.[96] In geen van de hierboven vernoemde betekenissen van het substitutieverbod is de scheiding der machten echter aan de orde. In geval van een verbod tot substitutie van het oordeel (denkkader) is het slechts een herformulering van het verbod om zich in te laten met de gepastheid van de handeling (zie vorige alinea). Daarnaast kan het probleem van substitutie zich voordoen in het kader van herstel en is de vraag: mag een rechter, *nadat* zij de onrechtmatigheid van een handeling heeft vastgesteld,[97] zeggen welke beslissing het bestuur wél moet nemen? Mijn antwoord daarop is ja, en wel in het geval waarin de *de iure* gecreëerde discretionaire ruimte *de facto* verdampt is en dat nog slechts één mogelijke handeling overblijft. We kunnen spreken van

[95] Dit blijkt voornamelijk in België een teer punt, maar zie evenwel uitzonderlijk uitdrukkelijk in Nederland bij de Hoge Raad: "dat de rechter zich niet door het geven van een wetgevingsbevel dient te mengen in de politieke besluitvorming met betrekking tot de opportuniteit van het tot stand brengen van wetgeving met een bepaalde, concreet omschreven inhoud", zie HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, Urgenda. Zie verder in België RvS 29 mei 2018, nr. 241.630, Dom; RvS 2 juli 2013, nr. 224.218, Laurent Marcel; Concl. M. GANSHOF VAN DER MEERSCH bij Cass. 7 maart 1963, *Pas.*, I, 1963, 750; A. MAST, J. DUJARDIN e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, nr. 1293; A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2012, nr. 42 (zie ook nrs. 610 en 617); W. VAN GERVEN, *Hoe blauw is het bloed van de prins? De overheid in het verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen, 1984, 31 en 56; J. DELVA, "Civielrechtelijke aspecten van de overheidsaansprakelijkheid", *RW* 1977-78, afl. 1, (2343) 2372; J. RONSE, "Marginale toetsing", *supra* vn. 4, 211.

[96] Zie voor Nederland: ABRvS 18 december 2019, ECLI:NL:RVS:2019:4210, Windpark Greenport Venlo, overw. 29.2; ABRvS 18 november 2015, ECLI:NL:RVS:2015:3578, 'Groningse gaswinning', overw. 6; HR 9 november 2001, *NJ* 2002, 446, noot C.J.H. BRUNNER, "Waterschap De Oude Rijnstromen", overw. 2.4. Zie voor België: Cass 30 mei 2011, S.10.0058.N (*a contrario*); Cass. 3 januari 2008, C.06.0322.N (nachtvluchten II); Cass. 4 maart 2004, C.03.0346.N, C.03.0448.N en C.03.0449.N (nachtvluchten I); Cass. 19 april 1991, *RW* 1991-92, 86; RvS 22 oktober 2020, nr. 248.699, Mineralz es treatment; RvS 29 mei 2018, nr. 241.630, Dom; RvS 28 februari 2005, nr. 141.317, Weemans; RvS 12 maart 2002, nr. 104.571, Van Walleghem; A. MAST, J. DUJARDIN e.a., *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2017, nr. 1293; A. ALEN en K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch staatsrecht*, Mechelen, Wolters Kluwer Belgium, 2012, nr. 42 (zie ook nrs. 610 en 619). Zie ook in het privaatrecht: Brussel 31 mei 2016, *TRV-RPS* 2019, 406, noot (over een bindende derdenbeslissing); Bergen 23 maart 1989, *TRV* 1989, 343, noot NEEFS en BLOMMAERT (over een beslissing door een vennootschapsorgaan). Zie evenwel een interessante, m.i. correcte, formulering door de Franstalige kamer van de Raad van State: "Considérant que le demandeur invite ainsi le Conseil d'Etat à se substituer au jury d'examen pour porter une appréciation sur ses résultats; que le Conseil d'Etat est incompétent pour ce faire, sauf démonstration, ici non rappirtée, d'uje erreur manifeste d'appréciation; que le moyen n'est pas recevable", in RvS 5 februari 2004, nr. 127.821, Glusenier (onderlijning toegevoegd).

[97] Het is duidelijk dat een rechter steeds éérst de onrechtmatigheid moet vaststellen. Dat was ook (deel van) de kritiek van het Hof van Cassatie in het eerste nachtvluchtenarrest: "Dat de rechter in kort geding op grond van een voorlopige en marginale beoordeling van de zorgvuldigheid waarmede het bestuur moet handelen, bepaalde daden kan opleggen of verbieden, maar dit enkel kan doen wanneer hij in redelijkheid tot de conclusie komt dat het bestuur niet heeft gehandeld binnen de grenzen waarin het moet optreden", in Cass. 4 maart 2004, C.03.0346.N, C.03.0448.N en C.03.0449.N (nachtvluchten I). Merkwaardig genoeg verbrak het Hof van Cassatie in het tweede nachtvluchtenarrest een ander arrest van het hof van beroep te Brussel over dezelfde feiten op identiek dezelfde gronden, ook al was het hof van beroep dit keer zo voorzichtig geweest om eerst de onrechtmatigheid van de beslissing vast te stellen. Het is dan ook enigszins onduidelijk op welk aspect van de beslissing de kritiek van het Hof van Cassatie precies betrekking heeft.

een *vrijheidsmatiging tot nul*.[98] In dit geval is het m.i. niet alleen geoorloofd dat de rechter aangeeft wat de enige overgebleven rechtmatige handeling is, maar moet hij dit ook doen in het licht van een rechtszekere oplossing van het geschil. Indien dit niet gebeurt, dreigt immers het gevaar dat de titularis van de bevoegdheid meent nog een keuze tussen verschillende rechtshandelingen te hebben, waarna de gekozen rechtshandeling opnieuw onrechtmatig blijkt. Deze vrijheidsmatiging tot nul is het gemakkelijkst vast te stellen indien slechts een binaire keuzemogelijkheid bestaat.[99] Het substitutieverbod heeft dus niets te maken met de scheiding der machten als zodanig, maar wel met het bestaan van een discretionaire ruimte en de manier waarop we deze in België en Nederland toetsen, inhoudelijk en terughoudend.

De opvatting dat de scheiding der machten dient als grondslag van een terughoudende (marginale) beleidstoets is wijdverbreid maar snel doorgeprikt. Het volstaat immers om vast te stellen dat de marginale toetsing niet vasthangt aan de toetsing van *overheid*shandelen maar wel aan de toetsing van *elke* discretionaire handeling, ongeacht wie de handeling stelt. Marginale toetsing komt niet alleen voor in het publiekrecht maar ook in het privaatrecht (*supra* 2). Als we willen weten wat de grondslag is van de (marginale) beleidstoetsing door de rechter moeten we die grondslag zoeken in een figuur die gemeenschappelijk is aan alle gebieden waar beleidstoetsing voorkomt. We moeten die grondslag dus koppelen aan de figuur van de discretionaire handeling, niet aan degene die de handeling stelt.

---

[98] De beleidsvrijheid die *de iure* bestond is *de facto* tot nul herleid. De terminologie ontleen ik aan het Duitse bestuursrecht, waar men in een dergelijke situatie spreekt over een *Ermessensreduzierung auf Null*, zie H. WOLFF, O. BACHOF, R. STOBER en W. KLUTH, *Verwaltungsrecht I. Ein Studienbuch* in *Juristische Kurz-Lehrbücher*, München, C.H. Beck, 2017, 67-68 en de verwijzingen naar rechtspraak aldaar; G. PÜTTNER, "Ermessen und Ermessensausübung", *Zeitschrift für öffentliches Recht* 2008, 63, afl. 3, (345) 350; K. LAUB, *Die Ermessensreduzierung in der verwaltungsgerechtlichen Rechtsprechung* in *Münchner Juristische Beiträge*, München, Herbert Utz Verlag, 2000, 25-30; U. DI FABIO, „Die Ermessensreduzierung", *VerwArch* 1995, 86, (214) 215.
Voor een uitvoerige analyse van deze figuur in het Belgische recht, in het kader van het herstel *in natura* door een plaatsvervangende rechterlijke uitspraak, zie S. DE REY, *Herstel in natura: rechtsvergelijkende studie in het contractenrecht met buitencontractuele invalshoek* in *Recht en onderneming*, Brugge, die Keure, 2019, 750 e.v. Zie met name p. 779 e.v. over de matiging tot nul als passend herstel bij rechtsmisbruik. Voor een toepassing op het misbruik van stemrecht in de algemene vergadering van een vennootschap, zie S. DE REY, "Plaatsvervangende uitspraak bij misbruik van stemrecht in de algemene vergadering: mogelijkheden en grenzen", *TRV-RPS* 2016, 2016, afl. 5, 523-555. Voor een recente wettelijke toepassing in het Belgisch vennootschapsrecht, zie art. 2:43 Wetboek van vennootschappen en verenigingen. Hiervoor bestond ook voor de Belgische Raad van State reeds een zgn. 'injuctiebevoegdheid' bij een *de facto* gebonden bevoegdheid, zie. art. 36, § 1, tweede lid RvS-Wet.

[99] Een ontwikkeling in de Belgische rechtsleer, daarbij voortgestuwd door enkele arresten van het Hof van Cassatie, waarbij toepassing gemaakt wordt van deze idee is de contractdwang na een abusievelijke weigering tot contracteren. In het geval van de aanvaarding van een aanbod bestaat immers slechts een binaire beleidsvrijheid: ofwel aanvaardt ofwel weigert men het aanbod. Indien de keuze om te weigeren rechtsmisbruik blijkt uit te maken, dient de rechter de kennelijk onredelijke uitoefening van het recht te herleiden tot zijn normale proporties. De arresten van het Hof van Cassatie maken evenwel geen toepassing van de contractdwang, maar betreffen situaties waarin het Hof oordeelde dat contractweigering rechtsmisbruik kan uitmaken, Cass. 7 oktober 2011, C.10.0227.F, *Pas.* 2011, 2148, concl. A. HENKES, *RCJB* 2013, afl. 4, 537, noot T. LEONARD, *RW* 2012-13, 1181, noot S. JANSEN en S. STIJNS en *TBBR* 2012, 489, noot A. DE BOECK; Cass. 27 april 2020, C.19.0435.N, *RW* 2020-21, 1500, noot T. HICK en F. VAN DEN ABEELE, *TBBR* 2021, afl. 3, 155, noot S. JANSEN en S. STIJNS en *T.Not.* 2021, 368, noot T. MEIRLAEN. Voor toepassing van deze figuur pleiten M. HERBOSCH, "Contractdwang bij onrechtmatig afgebroken onderhandelingen over de koop van onroerend goed? Het schijnt geen brug te ver", *T Not.* 2021, 2021, afl. 4, 308-326; T. HICK en F. VAN DEN ABEELE, "Gevolgen van abusieve contractweigering (noot onder Cass. 27 april 2020)", *RW* 2020-21, 1501-1505; M. MEIRLAEN, "Van abusieve huurweigering naar huur? (noot onder cass. 27 april 2020)", *T.Not.* 2021, 2021, afl. 4, 368-389; S. DE REY, *Herstel in natura: rechtsvergelijkende studie in het contractenrecht met buitencontractuele invalshoek* in *Recht en onderneming*, Brugge, die Keure, 2019, 779 e.v.; A. DE BOECK en F. VERMANDER, "Rechtsmisbruik in het contractenrecht: de rechtsuitoefening aan banden gelegd" in *Rechtsmisbruik*, Mortsel, Intersentia, 2015, 29-71. Eerder weigerachtig ten opzichte van contractdwang staan daarentegen S. JANSEN en S. STIJNS, "Misbruik van contractweigering revisited: het droeve verhaal van een stacaravan (noot onder Cass. 27 april 2020)", *TBBR* 2021, afl. 3, 156-166.

4.3. De grondslag van de terughoudende toetsing is een willekeursverbod

Uit bovenstaande analyse blijkt dat de machtenscheiding geen nuttige plaats heeft in de (marginale) beleidstoetsing door de rechter. De vraag blijft echter wat de grondslag is van de Belgisch-Nederlandse keuze om beleidshandelingen terughoudend te toetsen? Deze vraag vergt een meer diepgaande studie, maar ik doe een eerste beargumenteerde poging tot antwoord. De grondslag is m.i. een dubbel willekeursverbod, ten aanzien van de titularis van de bevoegdheid en ten aanzien van de rechter. Dit willekeursverbod vindt zijn oorsprong in het publiekrecht waar het in de eerste plaats gold ten aanzien van de overheid, met name in Nederland is dit goed gedocumenteerd.[100] Gaandeweg heeft dit willekeursverbod echter ook haar ingang gevonden in andere rechtsgebieden, waardoor we nu kunnen stellen dat het geldt in alle gevallen waarin sprake is van een *afhankelijkheids-* of *gezagsrelatie* tussen twee individuen. De idee achter dit willekeursverbod is de groeiende maatschappelijke overtuiging dat wie zich in een afhankelijke positie bevindt ten aanzien van een ander, daarbij niet onderworpen mag worden aan zijn willekeur, zelfs al heeft deze persoon een gezagspositie. Abraham De Swaan sprak in de sociologie van 'de verschuiving van een bevelshuishouding naar een onderhandelingshuishouden'.[101] Deze evolutie laat zich ook in het recht voelen via bijvoorbeeld de gestage uitbreiding van het toepassingsgebied van het verbod op rechtsmisbruik en de voortschrijdende bescherming van de zwakkere partij in contractuele relaties. Die gezagspositie bij uitstek in het recht vinden we in het concept van de macht (*supra* 2). Doordat de macht om de eigen of andermans rechtspositie te wijzigen ten grondslag ligt aan de discretionaire handeling ontstaat hier per definitie ook een afhankelijkheidspositie. Een essentieel kenmerk van de macht is immers dat de uitoefening ervan niet onderworpen is aan de medewerking van de tegenpartij.

Ook voor de rechter geldt dat hij niet willekeurig te werk mag gaan bij beoordeling van de discretionaire handeling.[102] De vraag is wat dit betekent ten aanzien van de rechter. Van Dale definieert 'willekeurig' als "naar de wens van 't ogenblik, naar eigen zin gekozen of bepaald, eigenmachtig, eigendunkelijk en tegen recht of regel". Wat betreft een willekeurige beslissing van een rechtssubject moeten we kijken naar de tweede helft van de definitie: 'tegen recht of regel'. De eerste helft – een subjectieve beslissing – maakt een handeling immers nog niet onrechtmatig. Integendeel, de discretionaire ruimte laat net de ruimte aan een rechtssubject om eigen, niet-juridische redenen te hebben om een beslissing te nemen. Ten aanzien van de rechter geldt echter wel het eerste deel van de definitie. Het verbod op een willekeurige beslissing houdt voor de rechter in dat hieraan geen subjectieve redenen ten grondslag mogen liggen. Met andere woorden: het willekeursverbod is ten aanzien van de rechter een objectiveringsgebod.[103] Zoals hierboven uiteengezet, houdt dit minstens in dat de rechter dient inzicht te geven in het toetsingskader waarop de beslissing steunt. Dit toetsingskader is het stappenplan dat hier uiteengezet werd.

[100] Voor een bespreking, zie J.-B. LEMAIRE, ""Blik naar het noorden". Wat we kunnen leren van marginale toetsing in het Nederlandse recht" in *Grenzen voorbij. Liber discipulorum Bernard Tilleman*, Antwerpen /Cambridge, Intersentia, 2020, (489) 492 e.v.

[101] Hij introduceerde de uitdrukking in zijn inaugurale rede op 28 mei 1979 bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar in de sociologie aan de Universiteit van Amsterdam, zie A. DE SWAAN, *De mens is de mens een zorg: opstellen 1971-1981*, Amsterdam, Meulenhoff, 1997, 84 e.v., www.dbnl.org/tekst/swaa005mens01_01/swaa005mens01_01.pdf.

[102] Zie o.a. L. VAN DEN BERGE, *Bestuursrecht tussen autonomie en verhouding. Naar een relationeel bestuursrecht*, s.l., Boom Juridische uitgevers, 2016, 296.

[103] Zie bv. letterlijk bij P.-J. VAN DE WEYER, *De rechterlijke toetsing van bestuursrechtelijke handelingen* in *Public Law Collection*, Mortsel, Intersentia, 2020, nrs. 416-417 en 420.

5. BESLUIT

Het doel van deze bijdrage was inzicht te geven in de structuur van de beleidstoetsing en de rol van dit beginsel bij het antwoord op de vraag naar de terughoudendheid die de rechter aan de dag moet leggen bij beleidstoetsing. De analyse biedt ten eerste een beter inzicht in de verhouding tussen de redelijkheidstoets, de evenredigheids- en zorgvuldigheidstoets, en normen zoals mensenrechten. Elk van deze normen zijn *standaarden* die gebruikt kunnen worden om de rechtmatigheid van beleid te beoordelen. De normen spelen echter op een verschillend niveau. Met name vervult het redelijkheidsbeginsel de rol van overkoepelende norm waarin andere normen ingekapseld kunnen worden. Daarenboven hebben deze normen ook een verschillende structuur. Zo focust evenredigheid op de verhouding tussen doel en middel terwijl redelijkheid gaat over de afweging van belangen. Onvermijdelijk bestaat er een overlap tussen deze normen, maar hun essentie is verschillend.

Ten tweede werpt deze analyse een ander licht op de verhouding tussen toetsingsnormen en het beginsel van de scheiding der machten bij de beleidstoetsing. We konden de mythe ontkrachten dat de scheiding der machten een centrale rol speelt bij de vraag of de rechter zich voldoende terughoudend heeft opgesteld. Ten eerste, en wellicht het meest verrassend, voegt het beginsel niets toe aan het gebod voor de rechter om zich terughoudend op te stellen. Dat gebod vloeit niet voort uit de scheiding der machten maar uit de aard van de beleidstoets zelf. Ten tweede zegt scheiding der machten niet *hoe* terughoudend de rechter zich moet opstellen. Scheiding der machten is een begrip, een macrobeginsel dat de organisatie van onze staatsinstellingen informeert, geen evaluatief criterium met een precieze inhoudt. Ten derde vormt het beginsel geen kader dat de objectivering van de rechterlijke toets vormgeeft.

Niettegenstaande het redelijkheidsbeginsel ook een norm is die invulling behoeft (het is namelijk een standaard), dient het wel als obectiveringsmechanisme voor de rechterlijke toets. In tegenstelling tot de standaardkritiek op het redelijkheidsbeginsel als norm die subjectiviteit verhult, toont deze bijdrage aan hoe het redelijkheidsbeginsel zorgt voor objectivering. Die objectivering gebeurt niet inhoudelijk maar procedureel, doordat de rechter de toetsing uitvoert binnen het stappenplan dat de rechtbank te Den Haag in het *Urgenda*vonnis volgt. Hoewel we het eens of oneens kunnen zijn met de inhoudelijke onderbouwing, biedt de structuur van de toets (via het stappenplan) transparantie over de rationele rechtvaardiging van het rechterlijke oordeel. Deze gestructureerde rationele rechtvaardiging biedt ons geëxternaliseerde ankerpunten waarmee we het oordeel kunnen evalueren. Het is die externalisering die tot een mate van objectivering leidt.

Tot slot een vergelijking om duidelijk te maken hoe een beleidstoets zonder de structuur van de redelijkheidstoets leidt tot een oordeel zonder objectivering. Het vonnis van 17 juni 2021 van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel in de Belgische klimaatzaak biedt ons een goede vergelijking. In dit vonnis komt de rechtbank niet verder dan een relaas van de resultaten van het Belgische klimaatbeleid en de niet-behaalde doelstellingen. Dit blijkt ook uit opsomming van omstandigheden die tot het besluit van de rechtbank hebben geleid:

> La combinaison des trous constats précités, à savoir:
> - les résultats chiffrés mitigés;
> - le manque de bonne gouvernance climatique;
> - les avertissements répétés de l'Union européenne;
>
> et ce dans un contexte où les pouvoirs publics belges avaient une parfaite connaissance du risque certain de changement climatique dangereux pour la population du pays notamment, permet d'établir que ni l'État fédéral ni aucune des trois Régions n'ont agi avec prudence et diligence au sens de l'article 1382 du Code civil.[104]

[104] Rb. Brussel 17 juni 2021, AR 15/4585/A, *TMR* 2021, afl. 4, 387, noot P. LEFRANC.

Deze paragraaf is het dichtste wat de rechtbank komt bij een afweging. Vergeleken met de uitgebreide lijst belangen en de criteria die de rechtbank te Den Haag identificeert, kwalificeert en vervolgens afweegt, oogt de oogst hier erg mager. Een afweging, laat staan een echte test, is afwezig.[105] Het Belgische Hof van Cassatie gaf in een recent arrest te kennen dat het bereid is nauwer toe te zien op de motivering van de rechter ten gronde als het gaat om de toetsing van beleid aan de hand van alle omstandigheden.[106] Laat dit een uitnodiging zijn voor de Belgische rechtspraak om een voorbeeld te nemen aan de Nederlandse beleidstoetsing op maat.[107]

[105] Vergelijk met de kritiek van MATHEWS op het arrest-*Dunsmuir v. New Brunswick*, [2008] 1 SCR190: "It is true that Dunsmuir failed to set out a clear guide for what reasonableness review should look like. The decision spent more than 500 words describing reasonableness without producing anything resembling a judicial test", zie J. MATHEWS, "Reasonableness and Proportionality", *supra* vn. 2, 924. Ter vergelijking, het vonnis in de klimaatzaak besteedt rond de 12.000 woorden aan de zorgvuldigheidsplicht.

[106] Cass. 12 maart 2021, ECLI:BE:CASS:2020:ARR.20200312.1N.1. De enigmatische bewoording van het Hof valt echter te betreuren. Het is niet duidelijk of de rechter ten gronde de opgesomde elementen volledig niet in acht heeft genomen ("laat de appelrechter na rekening te houden met") dan wel op een verkeerde wijze in rekening heeft gebracht ("de appelrechter oordeelt dat deze elementen de vertraging uitleggen, maar niet rechtvaardigen"). In het laatste geval geeft het Hof ook geen enkele sturing aan de rechter ten gronde.

[107] Voor een bespreking van de Nederlandse evolutie van willekeurstoetsing naar toetsing op maat, zie J.-B. LEMAIRE, ""Blik naar het noorden". Wat we kunnen leren van marginale toetsing in het Nederlandse recht", *supra* vn. 137. Het meest recente, en krachtige, pleidooi voor de verdere ontwikkeling van de toetsing op maat vinden we in de conclusie van staatsraden, zie Adv. Gen. R. WIDDERSHOVEN en P.J. WATTEL, Conclusie 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468.

TRANSPARANTIE EN HET BELANG VAN CONTEXT VOOR HET STUREN OP DUURZAME UITKOMSTEN

Mr. dr. Chris H.A. VAN OOSTRUM[1]
Universitair docent ondernemingsrecht Universiteit Leiden

1. INLEIDING

Dit onderzoek gaat over het concept transparantie tegen de achtergrond van duurzame ketenregelgeving. Wet- en regelgevers zien in transparantie een panacee voor ingewikkelde sociaal-maatschappelijke vraagstukken.[2] Het verduurzamen van de economie en de samenleving vormt hierop geen uitzondering.[3] In oplopend tempo wordt wet- en regelgeving geïntroduceerd met daarin transparantie als middel om duurzaamheidsdoelen te realiseren. Ook in het ondernemingsrecht.

Ondernemingsrechtelijke 'transparantieregelgeving' kan worden verdeeld in twee (hoofd)categorieën. Ten eerste: wet- en regelgeving gericht op het versterken van de informatiepositie van (potentiële) beleggers en aandeelhouders, zodat zij beter geïnformeerde (duurzame) investeringsbeslissingen kunnen maken.[4] Beleggers moeten in staat zijn door klimaatverandering opgeroepen beleggingsrisico's te waarderen voor de aan hun beleggingen ten grondslag liggende ondernemingen. Ook moeten zij de impact op het klimaat kunnen beoordelen, veroorzaakt door ondernemingsactiviteiten van ondernemingen waarin wordt belegd.[5]

De tweede categorie wet- en regelgeving is gericht op het versterken van de informatiepositie van belanghebbenden, met als doel in ondernemingsketens inbreuken op mensenrechten en milieuschade te voorkomen, te beperken en te herstellen. Dit type regelgeving vereist van ondernemingen gepaste zorgvuldigheid in hun ketens en rapportage over mogelijke risico's voor de voornoemde rechten en het ondernemingsbeleid ter zake.[6]

---

[1] C.H.A. van Oostrum is universitair docent Ondernemingsrecht aan de Universiteit Leiden. Het onderzoek is per 10 juli 2021 afgesloten. Met wet- en regelgeving en literatuur van na die datum is beperkt rekening gehouden.

[2] Volgens sommige auteurs heeft het geloof in transparantie zelfs (quasi)religieuze vormen aangenomen. C. HOOD, "Transparency in Historical Perspective" in C. HOOD en D. HEALD (ed.), *Transparency. The Key to Better Governance?*, Oxford, Oxford University Press 2006, p. 3-23, p. 3; J. FORSSBÆCK en L. OXELHEIM, "The Multifaceted Concept of Transparency" in J. FORSSBÆCK en L. OXELHEIM (ed.), *The Oxford Handbook of Economic and Institutional Transparency*, Oxford, Oxford University Press 2014, par. 1.6.

[3] A.P.J. MOL, "Transparency and value chain sustainability", *Journal of Cleaner Production* 2015, p. 154-161, p. 154.

[4] Preambule, overw. 10 ESG-informatieverschaffingsverordening; Preambule, overw. 18 Taxonomieverordening. Zie eveneens actieplan Duurzame groei financieren, COM/2018/097 final, Brussel, 8 maart 2018, p. 4.

[5] Over dubbele materialiteit, zie EC, *Guidelines on non-financial reporting: Supplement on reporting climate-related information*, C(2019) 4490 final, Brussel, 17 juni 2019, p. 6 e.v. Zie ook EC, *Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 2013/34/EU, Richtlijn 2004/109/EG, Richtlijn 2006/43/EG en Richtlijn (EU) nr. 537/2014 betreffende duurzaamheidsrapportage door ondernemingen*, COM(2021) 189 final, Brussel, 21 april 2021.

[6] Bv. Verord. (EU) nr. 995/2010, 20 oktober 2010 tot vaststelling van de verplichtingen van marktdeelnemers die hout en houtproducten op de markt brengen; California Transparency in Supply Chains Act 2010 (SB 657); Devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (2017); Voorstel van wet houdende regels voor gepaste zorgvuldigheid in productieketens om schending van mensenrechten, arbeidsrechten en het milieu tegen te gaan bij het bedrijven van buitenlandse handel; EC, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937, COM(2022) 71 final, Brussels, 23 februari 2022 (hierna: CSDD). Zie ook A.P.J. MOL, *Journal of Cleaner Production* 2015, p. 154-161, p. 160.

Onderzoek naar de effectiviteit van (keten)transparantieregelgeving hanteert als vertrekpunt van denken een mechanisme waarin belanghebbenden rationeel zijn, ondernemingsinformatie verwerken en hierdoor handelingsperspectief verkrijgen. Onderdeel van dit perspectief is dat belanghebbenden door de verstrekte informatie (beter) in staat zijn de onderneming ter verantwoording te roepen. Idealiter kunnen zij op grond van de ontsloten informatie een oordeel te vellen over bijvoorbeeld het duurzame karakter van het ondernemingsbeleid en de resultaten hiervan. Een negatief oordeel kan bij ondernemingen leiden tot druk van belanghebbenden, reputatieschade en/of verlies van marktaandeel. Ondernemingen beogen dit te voorkomen en worden zodoende aangejaagd tot (betere) *compliance* met duurzaamheidsregelgeving en het bevorderen van maatschappelijk verantwoord ondernemen.[7]

Bovenstaand mechanisme vormt ook het uitgangspunt van de wet- en regelgever bij het ontwerpen van transparantieregelgeving. Niettemin blijkt uit effectonderzoek dat transparantie(regelgeving) niet altijd het gewenste effect sorteert. Het gewilde handelingsperspectief blijft dikwijls achterwege.[8] Dit is ook zo bij transparantie(plichten) voortvloeiend uit ketenregelgeving en gericht op het voorkomen, het beperken of het herstellen van negatieve effecten van ondernemingsactiviteiten op mens en milieu.[9]

In het licht van het voorgaande valt op dat de ondernemingsrechtelijke literatuur transparantie ziet als een "retorisch begrip". Dit is een begrip dat (kennelijk) niet hoeft te worden gedefinieerd omdat het voor zich spreekt. Transparantie wordt vaak impliciet geïnterpreteerd als synoniem voor openheid. De vraag "wat is transparantie?" wordt niet gesteld. Hierbij lijkt ervaring met transparantieregelgeving waarbij financiële informatie en aandeelhouders centraal staan, te worden gebruikt als model voor (gedachten over) transparantie(regelgeving) van duurzaamheidsinformatie voor andere belanghebbenden. De wenselijkheid van deze reflex lijkt onzeker.[10]

Andere belanghebbenden dan aandeelhouders hebben in vergelijking tot deze laatste ten opzichte van de vennootschap zowel juridisch als feitelijk een andere positie. Aandeelhouders vinden in de algemene vergadering (hierna: AV) een geïnstitutionaliseerd en met rechten omkleed verantwoordingsforum. Dit stelt aandeelhouders in staat om met het bestuur verantwoordingsgesprekken te voeren op basis van door de vennootschap gepubliceerde informatie. Belanghebbenden zoals consumenten kunnen niet bogen op een vergelijkbaar verantwoordingsforum met bijbehorende (disciplinerings)rechten.[11]

Het ontbreekt de ondernemingsrechtelijke literatuur aan een (door)ontwikkeld perspectief op de vraag hoe het concept transparantie (wenselijk) inwerkt op ketenregelgeving die rechten van mens en milieu beoogt te waarborgen door de informatiepositie van belang-

[7] M. BOKHORST en J. VAN ERP, "Transparantie van kwaliteitsoordelen. Van instrumenteel naar responsief toezicht", *Tijdschrift voor Toezicht* 2018/1, p. 4-15, p. 5.
[8] M. BOKHORST en J. VAN ERP, *TvJ* 2018/1, p. 5.
[9] A.P.J. MOL, *Journal of Cleaner Production* 2015, p. 154-161, p. 155; R. MARES, "Corporate transparency laws: A hollow victory?", *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2018, vol. 36, nr. 3, p. 189–213, p. 196 e.v.; J. CULLEN en J. MÄHÖNEN, "Taming Unsustainable Finance. The Perils of Modern Risk Management" in B. SJÅFJELL en C.M. BRUNER (ed.), *The Cambridge Handbook of Corporate Law, Corporate Governance and Sustainability*, Cambridge, Cambridge University Press 2019, p. 100-113, p. 106 e.v.
[10] Vgl. J.B.S. HIJINK, *Publicatieverplichtingen voor beursvennootschappen* (diss. UvA) (IVOR nr. 74) 2010; A.L. VYTOPIL, "MVO-schendingen in handelsketens: transparantiewetgeving, helemaal zo slecht nog niet", *Ars Aequi* 2016, p. 142-146; J.B.S. HIJINK, "Vertrouwen en transparantie. Over de complexe verhouding tussen transparantieverplichtingen en vertrouwen in het ondernemingsrecht", *Ondernemingsrecht* 2019/35. Zie ook actieplan Duurzame groei financieren, COM/2018/097 final, Brussel, 8 maart 2018, p. 2, 4, 11. Het actieplan bespreekt transparantie zonder expliciet invulling te geven aan het concept. Transparantie wordt gebruikt als synoniem voor openheid.
[11] Bv. art. 2:110, 2:114a, 2:118, 2:132, 2:134 en 2:135 BW.

hebbenden te versterken. Deze vraag wint aan relevantie naarmate meer ketenregelgeving in het leven wordt geroepen met op belanghebbenden gerichte *mandatory disclosure*[12] terwijl tegelijkertijd de kritiek op dit type regelgeving niet verstomt. Gezien het voorgaande, is het doel van dit onderzoek tweeledig: (1) het uitvoeren van een conceptuele analyse over transparantie en (2) het formuleren van perspectieven ter verbetering van transparantieaspecten bij duurzame ketenregelgeving.

In paragraaf 2 wordt ingegaan op (onderzoek naar) transparantie(effecten) bij ketenregelgeving met een duurzaamheidsoogmerk. In paragraaf 3 wordt het concept transparantie verkend en geduid. In paragraaf 4 volgt indachtig het eerder besprokene een nadere analyse en een formulering van perspectieven voor het verbeteren van transparantieaspecten bij ketenregelgeving. In paragraaf 5 wordt het onderzoek afgesloten met slotbevindingen.

2. ACHTERGROND BIJ DUURZAME KETENTRANSPARANTIEREGELGEVING

2.1. Ontwikkeling van duurzame ketentransparantieregelgeving

Staten en internationale organisaties hebben mechanismen ontwikkeld voor het waarborgen van de ketenverantwoordelijkheid en de zorgplicht van ondernemingen inzake mensenrechten en het voorkomen van milieuschade. Transparantie is een centraal element bij deze mechanismen die zijn vastgelegd in zowel niet-bindende als bindende regelgeving.

Aanvankelijk is voor ondernemingen niet-bindende regelgeving opgesteld. Dit tegen de achtergrond van ingewikkelder wordende internationale ondernemingsketens, waarbij o*utsourcing* van ondernemingsactiviteiten gemeengoed is en ook plaatsvindt in landen met een hoger risico op inbreuken op mensenrechten en op milieuschade. Bekende voorbeelden van (voor ondernemingen) niet-bindende regelgevingen, zijn de *United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights* (hierna: UNGP's) (2011) en de OESO-richtlijnen voor multinationale ondernemingen (hierna: OESO-richtlijnen).[13]

De UNGP's benadrukken het belang van "transparante" informatie en de verantwoordelijkheid die ondernemingen (en staten) ter zake hebben. UNGP's principe 3, sub d stelt: "*States, in meeting their duty to protect, should*: […] (d) *Encourage,* and *where appropriate require, business enterprises to communicate how they address their human rights impacts.*" De toelichting bij UNGP's principe 21 geeft aan dat: "*The responsibility to respect human rights requires that business enterprises have in place policies and processes through which they can both know and show that they respect human rights in practice. Showing involves communication, providing a measure of transparency and accountability to individuals or groups who may be impacted and to other relevant stakeholders, including investors.*"

[12] Resol. EP 10 maart 2021 met aanbevelingen aan de Commissie inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven en verantwoordingsplicht van ondernemingen (2020/2129(INL)); wetsvoorstel houdende regels voor gepaste zorgvuldigheid in productieketens om schending van mensenrechten, arbeidsrechten en het milieu tegen te gaan bij het bedrijven van buitenlandse handel (Kamerstukken II 2020/2021, 35761); Gesetzes über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten; Lov om virksomheters åpenhet og arbeid med grunnleggende menneskerettigheter og anstendigearbeidsforhold; CSDD.

[13] De OESO-richtlijnen zijn evenwel gericht op een breder ESG-palet dan de UNGP's die zien op het waarborgen van mensenrechten. De eerste versie van de OESO-richtlijnen stamt uit 1976. Door de jaren heen is de materiële reikwijdte van deze richtlijnen vergroot.

De OESO-richtlijnen expliciteren eveneens de waarde van transparantie. Randnummer 65 (Toelichting op Milieu) stelt bijvoorbeeld: “Informatie over de activiteiten van ondernemingen en over hun relaties met onderaannemers en toeleveranciers, en de daarmee samenhangende milieueffecten is een belangrijk instrument om het vertrouwen van het publiek te winnen. Een instrument dat des te effectiever is wanneer de informatie op een transparante manier wordt verstrekt en een actief overleg met belanghebbenden bevordert […].”

Jurisdicties zijn in toenemende mate overgegaan hun duurzame ketenregelgeving verplichtend te laten zijn, mede omdat het niet vanzelfsprekend lijkt dat ondernemingen relevante duurzaamheidsinformatie rapporteren. De Europese Commissie (hierna: EC) constateert ter zake: “de meeste grote Europese ondernemingen [slagen] er niet in de groeiende vraag van belanghebbenden (waaronder investeerders, aandeelhouders, werknemers en organisaties uit het maatschappelijke middenveld) naar niet-financiële informatie op passende wijze te beantwoorden.”[14]

De 3TG-verordening[15] en zijn Amerikaanse tegenhanger, de Dodd-Frank Act (sectie 1502) zijn voorbeelden van ketenregelgeving die voor ondernemingen bindende elementen bevatten.[16] Deze regelingen hebben als doel om controle uit te oefenen op de handel in mineralen uit conflict- en hoogrisicogebieden.[17] De 3TG-verordening vereist van Unie-importeurs passende zorgvuldigheid in hun toeleveringsketen voor tin, tantaal, wolfraam en goud en dat zij misstanden aanpakken en rapporteren. Hiernaast moeten ondernemingen verslag uitbrengen over hun beleid ter zake. Deze controle moet ervoor zorgen dat de financiering van gewapende groepen met conflictmineralen wordt ontregeld.[18]

Andere voorbeelden van bindende duurzame ketenregelgeving zijn de California Transparency in Supply Chains Act (hierna: CTSCA) (2010),[19] de British Modern Slavery Act 2015 (hierna: BMSA 2015)[20] en de Australian Modern Slavery Act 2018 (hierna: AMSA 2018).[21] Deze regelingen beogen werknemers te beschermen tegen dwangarbeid en slavernij.[22] Van ondernemingen wordt vereist dat zij in hun productieketens mensenhandel en slavernij aanpakken en hierover publiekelijk rapporteren. Niettemin bestaat debat over de mate waarin deze plicht werkelijk dwingend is.[23]

Ondernemingen kunnen op grond van de BMSA 2015 verklaren dat geen stappen zijn ondernomen om mogelijke slavernij of mensenhandel op te sporen. Sprake is van een pas-toe-leg-uitconstructie.[24] Ook wordt in transparantieregelgeving met regelmaat gebruikgemaakt van *opt-out*clausules. Ondernemingen wordt in voorkomend geval ruimte gebo-

[14] EC, *Begeleidend document bij het Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijnen 78/660/EEG en 83/349/EEG met betrekking tot bekendmaking van niet-financiële informatie en informatie over diversiteit door bepaalde grote vennootschappen en groepen*, SWD(2013) 128 final, Straatsburg, 16 april 2013, p. 2.
[15] Verord. (EU) 2017/821 tot vaststelling van verplichtingen voor importeurs van tin, tantaal en wolfraam, de overeenkomstige ertsen, en goud uit conflict- en hoogrisicogebieden.
[16] Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act 2010.
[17] Dodd-Frank Act (sectie 1502) is specifiek gericht op conflictmineralen uit Democratische Republiek Congo.
[18] C. DE GROOT, “Conflictmineralen en de Europese 3TG-verordening: duurzaamheid met een vleugje extraterritoriale werking”, *Onderneming en Financiering* 2020 (28) 4, p. 3-7.
[19] California Transparency in Supply Chains Act 2010 (SB 657).
[20] www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/introduction/enacted (geraadpleegd op 3 juni 2021).
[21] www.legislation.gov.au/Details/C2018A00153/Html/Text (geraadpleegd op 3 juni 2021).
[22] Vgl. Wet Zorgplicht Kinderarbeid.
[23] R. MARES, *NQHR* 2018, p. 189-213, p. 195-196.
[24] Art. 54, lid 4, sub b BMSA 2015.

den om zelf te bepalen of en, zo ja, in welke mate, ondernemingsinformatie moet worden ontsloten.[25]

De reden voor dit soort ruimte is de onderkenning dat ondernemingen met uiteenlopende activiteiten en met grote verschillen in opbouw en omvang onder de werking van de betreffende regelgeving kunnen vallen. Door de regelgeving te voorzien van flexibiliteit, zou de regelgeving beter moeten aansluiten op de praktijk.[26]

Transparantieregelgeving legt in zekere zin de verantwoordelijkheid bij ondernemingen om te bepalen welke informatie relevant is voor belanghebbenden. In de Richtlijn bekendmaking van niet-financiële informatie (hierna: NFI-richtlijn) wordt bijvoorbeeld gebruikgemaakt van informatiedrempels.[27] Dit houdt in dat duurzaamheidsinformatie pas hoeft te worden gerapporteerd bij het overschrijden van een zekere drempel, zoals die van een bepaalde mate van waarschijnlijkheid van "verwerkelijking van belangrijke risico's op ernstige effecten".[28] Wanneer deze drempel feitelijk wordt geslecht, is in beginsel ter beoordeling van de onderneming.

Deze flexibiliteit geeft ondernemingen afwegingsruimte, maar biedt hen ook de mogelijkheid om zodanig invulling te geven aan hun transparantieplicht, dat voor belanghebbenden minder betekenisvolle informatie wordt ontsloten. Dit laatste wordt versterkt als in de betreffende regelgeving geen wettelijk bindende vereisten zijn voor het uitvoeren van *due diligence*-ketenonderzoek en de sancties voor niet-naleving beperkt zijn.

Tegelijkertijd kiezen betrekkelijk weinig ondernemingen voor *non-compliance*, omdat dit hun ethische positie in twijfel kan trekken en hun reputatie kan aantasten. In geval van de CTSCA of de BMSA 2015 hebben consumenten toegang tot informatie over ondernemingen die *non-compliant* zijn. Consumenten kunnen hun koopgedrag afstemmen op deze informatie. Ook de AMSA 2018 zet in op een door de overheid gestuurd *naming and shaming*-mechanisme om *compliance* af te dwingen. De Australische overheid kan duurzaamheidsverklaringen controleren die zijn gedaan uit hoofde van deze wet. Bij evidente tekortkomingen kan de overheid weigeren om de verklaring te publiceren in het door de overheid beheerde *Modern Slavery Statements Register*. De betreffende onderneming moet zijn verklaring verbeteren of het risico lopen dat de overheid bekendmaakt dat de desbetreffende onderneming zijn verplichting niet nakomt met alle mogelijk gevolgen van dien.[29]

Al met al lijkt een trend ingezet waarbij ketentransparantieregelgeving een voor ondernemingen bindend karakter krijgt. Ook wordt deze wet- en regelgeving complexer.[30] Dit blijkt bijvoorbeeld uit de handhavingsmechanismen. Aanvankelijk werd dit type regelgeving hoofdzakelijk civielrechtelijk gehandhaafd. In recente wetgeving(svoorstellen) is

[25] Sec. 3 (c) California Transparency Act; art. 19 Richtl. 2013/38/EU. Vgl. art. 29 Richtl. 2013/38/EU en art. 2:391, lid 1 BW; R. MARES, *NQHR* 2018, p. 189-213, p. 196.
[26] R. MARES, *NQHR* 2018, p. 189-213, p. 195-196.
[27] Richtl. 2014/95/EU, 22 oktober 2014 tot wijziging van Richtlijn 2013/34/EU met betrekking tot de bekendmaking van niet-financiële informatie en informatie inzake diversiteit door bepaalde grote ondernemingen en groepen.
[28] Preambule, overw. 8 NFI-richtlijn.
[29] Art. 16A AMSA 2018.
[30] C. VAN DAM en H. TIEMERSMA, "Staatsondernemingen en mensenrechten", *Nederlands Juristenblad* 2018/2196, p. 3128; N. JÄGERS, "Access to effective remedy: the role of information" in S. DEVA en D. BIRCHALL (ed.), *Research handbook on human rights and business*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited 2020, p. 403-421, p. 407.

meer ruimte voor hybride *governance* en samenspel tussen bestuurs-, straf- en civielrechtelijke handhavingsinstrumenten.[31]

Een tweede voorbeeld van deze stijgende complexiteit is de komst van regelgeving met daarin een combinatie van een brede *due diligence*-verplichting en een algemene aansprakelijkheid op het gebied van mensenrechten en milieu, geflankeerd door evaluatieprocedures en klachten- en herstelmechanismen zoals bij de Franse *Loi Sur le Devoir de Vigilance des Multinationales* (hierna: LdV).[32]

2.2. Kritiek op duurzame ketentransparantieregelgeving

Kritiek op transparantieregelgeving heeft dikwijls betrekking op de kwaliteit en de kwantiteit van de gerapporteerde informatie en de mate waarin deze informatie vindbaar is voor belanghebbenden (par. 2.2.1). Ook is er kritiek op de positie en de eigenschappen van belanghebbenden en de afwezigheid van een duidelijk verantwoordingsforum of herstelmechanisme waar betreffende belanghebbenden de ontsloten informatie kunnen gebruiken (par. 2.2.2).

2.2.1. Kwaliteit, kwantiteit en vindbaarheid van de gerapporteerde informatie

Uit effectonderzoek dat is verricht naar de meeste van de voornoemde regelgevingen, komt naar voren dat de kwaliteit van de verschafte informatie niet zelden meer symbolisch dan inhoudelijk is. Met enige regelmaat is sprake van *box-ticking* waarbij algemene of standaardfrasen worden gebruikt om te voldoen aan de transparantieplicht zonder dat betekenisvolle informatie wordt verschaft.[33] Ondernemingen rapporteren over zaken die belanghebbenden niet relevant vinden en rapporteren niet over zaken die belanghebbenden wel van belang achten. Bij transparantieregelgeving met pas-toe-leg-uitconstructies moet in het bijzonder worden gewaakt voor een mechanische invulling van transparantieplichten. Pas-toe kan een vervanging worden voor het aangaan van een *stakeholders*dialoog (leg uit).[34]

Het gebruik van standaardzinnen en oppervlakkige verslaglegging resulteert in een grijze massa van ondernemingsrapportages. In een dergelijke situatie komt het onderscheid tussen ondernemingen minder goed tot uitdrukking en kan het leiden tot minder effectieve *naming and shaming*. Dit instrument werkt het beste als duidelijk onderscheid kan worden gemaakt tussen ondernemingen en de mate waarin hun respectieve beleid beantwoordt aan eisen van maatschappelijk verantwoord ondernemen.[35]

Uit onderzoek volgt dat niet altijd kan worden vertrouwd op de geldigheid van ondernemingsinformatie.[36] Onafhankelijke controle op de geldigheid van de gerapporteerde informatie lijkt gewenst. In de meer recente regelgeving is hier aandacht voor. De AMSA 2018 voorziet zoals vermeld in de mogelijkheid van toetsing van de informatie door de

[31] Zie vn. 12.
[32] LOI n° 2017-399 du 27 Mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2017/3/27/ECFX1509096L/jo/texte (geraadpleegd op 3 maart 2020). Zie art. 1 LdV. Vgl. SHERPA, *Vigilance Plans Reference Guidance*, 2021, www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2019/02/Sherpa_VPRG_EN_WEB-VF-compressed.pdf (geraadpleegd op 4 juni 2021), p. 72 e.v.
[33] R. BIRKEY e.a., *JBE* 2018, p. 827-841, p. 835.
[34] Vgl. D.G. SZABÓ, *Mandatory Corporate Social Responsibility Reporting in the EU*, Den Haag, Eleven International Publishing 2016, p. 145-146.
[35] R. MARES, *NQHR* 2018, p. 189-213, p. 197.
[36] EC, *Inception Impact Assessment. Revision of the Non-Financial Reporting Directive*, Ref. Ares (2020)580716, 30 januari 2020.

overheid.[37] Het richtlijnvoorstel van de EC inzake *corporate sustainability reporting* zet in op accountantscontrole. Deze controle moet verder gaan dan alleen het constateren dat is gerapporteerd.[38] De accountant zal moeten controleren of er redenen bestaan om te veronderstellen dat de rapportage materiële onjuistheden bevat.[39]

Verklaringen die in de literatuur worden gegeven voor de kwalitatieve en de kwantitatieve beperkingen van de rapportages zijn uiteenlopend. Gewezen wordt op de dynamiek tussen investeerders en onderneming enerzijds en consumenten, overheden en maatschappelijke organisaties anderzijds. Die laatsten verlangen in toenemende mate informatie van ondernemingen. Onderzoek suggereert dat naarmate de vraag om informatie stijgt, investeerders dit als potentieel kostbaar kwalificeren. Dientengevolge kunnen ondernemingen minder geneigd zijn om informatie te verschaffen. Andere verklaringen richten zich op de complexiteit van de onderwerpen waarover moet worden gerapporteerd en de kosten die dit met zich meebrengt. Ook wordt gewezen op aansprakelijkheidsrisico's die mogelijk voortvloeien uit informatieverschaffing en de drang van ondernemingen om deze risico's te beperken.[40]

Ondernemingen worden geconfronteerd met onzekerheid en de complexiteit van het besluitvormingsproces over welke informatie ze moeten publiceren en hoe en waar ze dergelijke informatie moeten rapporteren. Dit komt mede voort uit de hoeveelheid (duurzame) publieke en private normenkaders die van toepassing kunnen zijn op ondernemingen. Rapportagekaders en standaarden kunnen overlappen en onderling inconsistent zijn. Ondernemingen staan in voorkomend geval voor de uitdaging te beslissen of en in welke mate deze verschillende kaders en standaarden moeten worden gebruikt. Ook worden ondernemingen geconfronteerd met aanvullende verzoeken om (niet-financiële) informatie van *(sustainability) rating agencies*, *(ESG) data providers* en maatschappelijke organisaties.[41] Hierbij moet in ogenschouw worden genomen dat het inschatten van duurzaamheidsrisico's soms knap lastig kan zijn.[42]

2.2.2. Positie en eigenschappen van belanghebbenden

De effectiviteit van transparantieregelgeving wordt niet alleen beïnvloed door de kwaliteit en de kwantiteit van de informatie, maar ook door de positie en de eigenschappen van belanghebbenden.[43] Hierbij kunnen drie situaties worden onderscheiden: belanghebbenden (1) hebben geen handelingsperspectief, (2) hebben handelingsperspectief, maar handelen niet en (3) hebben handelingsperspectief, maar handelen niet conform rationele verwachtingen.

Situatie 1. Belanghebbenden zijn mogelijk niet in staat om te handelen als zij de verkregen informatie niet kunnen verwerken, bijvoorbeeld omdat de informatie te veel jargon bevat. Ook komt het voor dat de betreffende ondernemingsinformatie moeilijk vindbaar is voor belanghebbenden. De EC constateert: "*It is hard for investors and other users to*

[37] Art. 16A AMSA 2018.
[38] Vgl. art. 5 Besluit bekendmaking niet-financiële informatie.
[39] Overw. 10 Proposal for a directive amending Directive 2013/34/EU, Directive 2004/109/EC, Directive 2006/43/EC and Regulation (EU) No 537/2014, as regards corporate sustainability reporting, COM(2021) 189 final, Brussel, 21 april 2021.
[40] R. BIRKEY e.a., "Mandated Social Disclosure: An Analysis of the Response to the California Transparency in Supply Chains Act of 2010", *Journal of Business Ethics* 2016, p. 827-841, p. 830.
[41] EC, *Inception Impact Assessement. Revision of the Non-Financial Reporting Directive*, Ref. Ares (2020)580716, 30 januari 2020.
[42] J. CULLEN en J. MÄHÖNEN 2019, p. 100-113, p. 106-107.
[43] A.P.J. MOL, *Journal of Cleaner Production* 2015, p. 154-161, p. 157.

find non-financial information even when it is reported."[44] Het is eveneens mogelijk dat het belanghebbenden ontbreekt aan een verantwoordingsforum om de betreffende informatie te benutten. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarbij belanghebbenden geen toegang hebben tot de media of onvoldoende zijn verankerd in de vennootschappelijke structuur om partij te zijn bij de interne verantwoordingsprocessen van de onderneming.

Ook kan het verantwoordingsforum dermate communicatief arm zijn dat toepassing van de informatie niet zinvol is. Een voorbeeld. Het koopgedrag van consumenten is een graadmeter voor de opinie van consumenten over de duurzame kwaliteiten van een product, een dienst of een onderneming. De mate waarin het bestuur van een onderneming veranderingen in koopgedrag kan relateren aan door de onderneming verschafte duurzaamheidsinformatie, lijkt beperkt. Immers, vele variabelen kunnen invloed hebben op koopgedrag. Effectieve 'communicatie' via de markt lijkt in deze zin beperkt.

Situatie 2. Een serieuze bedreiging voor de effectiviteit van transparantieregelgeving is *stakeholders*passiviteit. Dit betreft een situatie waarbij belanghebbenden te weinig belang ervaren bij duurzaamheidsaangelegenheden om actie te ondernemen. Onderzoek naar de Dodd-Frank Act (sectie 1502), liet zien dat de rapportage die van ondernemingen werd vereist op grond van deze wet over de relatie van hun ondernemingsactiviteiten met conflictmineralen, (zeer) gebrekkig was. De wijze waarop ondernemingen omgingen met de problematiek van conflictmineralen leidde niet tot publieke verontwaardiging. Kennelijk werd deze problematiek door het algemeen publiek niet ervaren als een groot maatschappelijk probleem. Een effectonderzoek verwoordt het als volgt: "*If people are not clamoring for the elimination of conflict minerals, then companies are less likely to undertake potentially costly efforts to avoid their use.*"[45]

Situatie 3. Een belangrijke veronderstelling bij transparantieregelgeving is dat belanghebbenden rationeel omgaan met de verkregen informatie. Het is de vraag of dit klopt. Dikwijls is sprake van een *attitude-behaviour gap*. Bij betreffenden bestaat ruimte tussen het eigen normenkader en het vertoonde gedrag. Deze ruimte lijkt niet te overbruggen met meer rapportageverplichtingen. De rationaliteitsassumptie die ten grondslag ligt aan het denken over transparantie moet worden genuanceerd. Mensen zijn emotionele wezens, ze zijn feilbaar en maken denkfouten. De invloed van emotie op menselijke beslissingen wordt doorgaans groter naarmate de materie complexer wordt en kortetermijndoelen belangrijker zijn.[46]

3. TRANSPARANTIE: EEN CONCEPTUELE ANALYSE

3.1. Transparantie als instrumenteel en waardegedreven concept bij besluitvorming

Het concept transparantie kan op verschillende manieren worden benaderd. Transparantie kan worden toegepast op overheden, organisaties of ondernemingen en kan toepasselijk zijn bij verschillende besluitvormingselementen. Transparantie kan bijvoorbeeld betrekking hebben op een besluit, de resultaten van een besluit, de beraadslaging voorafgaand aan een besluit of op de procedures die relevant zijn voor de totstandkoming van een be-

[44] EC, *Inception Impact Assessement. Revision of the Non-Financial Reporting Directive*, Ref. Ares (2020)580716, 30 januari 2020.
[45] J. SCHWARTZ, "The Conflict Minerals Experiment", *Harvard Business Law Review* 2016, p. 129-183, p. 162. Zie ook R. MARES, *NQHR* 2018, p. 189-213, p. 203.
[46] J. CULLEN en J. MÄHÖNEN 2019, p. 100-113, p. 106-107.

sluit.[47] Soms zijn organisaties en ondernemingen transparant over meerdere besluitvormingselementen, maar dit hoeft niet. De rechterlijke macht is bijvoorbeeld transparant over procedures, onderbouwing en feiten van een uitspraak, maar geeft geen inzicht in de beraadslaging: dat is het geheim van de raadkamer. De Tweede Kamer daarentegen is wel transparant over beraadslaging, bijvoorbeeld via de verslagen (Handelingen) van de plenaire vergaderingen. Deze verslagen zijn openbaar en voor eenieder in te zien.

Transparantie kan instrumenteel of waardegedreven zijn. Waardegedreven transparantie gaat over transparantie als een "*right to know*". Transparantie op deze wijze begrepen, heeft betrekking op open besluitvorming en democratische verantwoording door overheden. Sommige auteurs beschouwen transparantie in de voornoemde zin als een mensenrecht.[48] Transparantie in een ondernemingscontext is doorgaans instrumenteel van aard. Transparantie als middel ter verwezenlijking van een intrinsieke waarde zoals vertrouwen, legitimiteit of verantwoording.

De motivatie voor een onderneming om transparant te zijn over haar duurzame beleid kan eveneens instrumenteel of intrinsiek zijn. Instrumentele en intrinsieke motivatie sluiten elkaar overigens niet uit. Beide vormen kunnen naast elkaar bestaan. Ondernemingen kunnen intrinsiek zijn gemotiveerd om transparant te zijn over hun duurzaamheidsbeleid en tegelijkertijd de openheid over hun beleid gebruiken als een vorm van green marketing. Daarbij werken duurzaamheidsverklaringen reputatieverhogend en houden ze mogelijk toezichthouders en belangengroepen op afstand.[49]

3.2. Transparantie als Babylonisch begrip

Transparantie is etymologisch verwant aan de middeleeuws Latijnse woorden "trans" dat doorheen betekent en "parēre" dat zoveel inhoudt als zichtbaar zijn of zichtbaar worden.[50] De associatie met zichtbaarheid sluit aan bij hoe het begrip 'transparantie' van oudsher in de geest is gevat. Transparantie laat het onzichtbare zichtbaar worden. Dit is een eendimensioneel perspectief op transparantie en laat evenwel relationele en normatieve dimensies buiten beschouwing. Wat moet zichtbaar worden gemaakt? Wie moet zichtbaar maken? Aan wie moet zicht worden verschaft, met welk doel en op grond waarvan?[51] Het invullen van relationele en normatieve dimensies is – logischerwijs – contextafhankelijk.

In de juridische literatuur zijn definities over het begrip transparantie schaars. Dit in tegenstelling tot de sociaalwetenschappelijke literatuur waar een levendig debat plaatsvindt over de aard en de omvang van het begrip. Deze literatuur kent zoveel definities en beschouwingen over transparantie, dat auteurs spreken over een "[…] *quagmire that is the current definitional landscape of transparency*".[52] Uit deze literatuur blijkt dat het lastig is een algemene definitie van het begrip transparantie te geven zonder een hoge mate van abstractie te gebruiken. De concrete toepassingswaarde van een dergelijk abstract begrip is zonder operationalisatie beperkt. Niettemin kunnen kenmerken van transparantie worden

[47] J. FORSSBÆCK en L. OXELHEIM 2014, p. 5.
[48] P. BIRKINSHAW, "Transparency as a Human Right" in C. HOOD en D. HEALD (ed.), *Transparency. The Key to Better Governance*?, Oxford, Oxford University Press 2006, p. 47-57.
[49] J. FORSSBÆCK en L. OXELHEIM 2014, par. 1.3.
[50] P.A.F. VAN VEEN en N. VAN DER SIJS, *Etymologisch woordenboek: de herkomst van onze woorden*, Utrecht, Van Dale Lexicografie 1997.
[51] A. GUPTA en M. MASON (ed.), *Transparency in Global Environmental Governance: Critical Perspectives*, Cambridge, The MIT Press 2014, p. 5.
[52] D. WYATT, "The Many Dimensions of Transparency: A Literature Review", *Helsinki Legal Studies Research Papers* 2018, nr. 53, p. 4, aldaar noot 21.

gedestilleerd uit de (sociaalwetenschappelijke) literatuur, zodat meer grip wordt verkregen op dit amorfe concept.

Het vrijgeven van alle voorhanden zijnde informatie, staat niet gelijk aan transparantie. De informatie moet voldoen aan een aantal kenmerken wil het verstrekken van informatie leiden tot transparantie. Jordan, Peek en Rosengren stellen dat transparantie gaat om "[…] *timely and accurate information*".[53] Bushman, Piotroski en Smith benaderen transparantie als "*the availability of adequate information to stakeholders*".[54] De United Nations Conference on Trade and Development (hierna: UNCTAD) geeft iets meer handvatten. Transparantie is volgens de UNCTAD: "*a state of affairs in which the participants in the investment process are able to obtain sufficient information from each other in order to make informed decisions and meet obligations and commitments*".[55]

De definitie van de UNCTAD stelt dat sprake moet zijn van genoeg informatie om een geïnformeerde beslissing te maken. Het woord 'genoeg' kan tegelijk worden gelezen als kwalitatief en kwantitatief. De informatie moet inhoudelijk relevant zijn en eveneens in voldoende mate aanwezig zodat een geïnformeerde beslissing kan worden gemaakt. Dit betekent ook dat er een relatie bestaat tussen de geopenbaarde informatie en het doel waartoe die informatie is geopenbaard. Beide grootheden moeten in een zeker evenwicht staan.[56] In de woorden van Meijer: transparantie moet leiden tot informatie "[…] *about an actor that allows other actors to monitor the workings or performance of the first actor*".[57]

Relevante informatie moet in de eerste plaats geldig zijn. Dit betekent dat informatie zo veel mogelijk correct is met inachtneming van de relatie tussen de zender en de ontvanger van informatie. Het belang van geldigheid komt voort uit het gegeven dat informatie niet als transparant kan worden beschouwd, als deze opzettelijk vooringenomen is of een onjuiste stand van zaken schetst. Geldigheid betekent niet dat informatie *ex post* volledig correct moet zijn. Geldigheid houdt in dat informatie nauwkeurig is over de verwachting waarin de informatie overeenkomt met de werkelijkheid en tijdig wordt openbaar gemaakt.[58]

Relevante informatie heeft ook te maken met de kwaliteit van degene die de informatie openbaart. De onderneming moet bijvoorbeeld in staat zijn om relevante informatie te kunnen openbaren indachtig het doel van de regelgeving. Idealiter wegen wetgevers bij het opstellen van transparantieregelingen daarom de kwaliteit van de informatieverschaffer in het licht van de wenselijke gedragsverandering en de impact die dit gedrag heeft op het bereiken van het onderhavige beleidsdoel.

Uit de literatuur volgt dat transparantie gaat over het bewust openbaar maken van relevante informatie. Schnackenberg en Tomlinson definiëren transparantie als "[…] *the per-*

[53] J. JORDAN, J. PEEK en E. ROSENGREN, "The market reaction to the disclosure of supervisory actions: Implications for bank transparency", *Journal of Financial Intermediation* 2000, nr. 3, p. 298-319.
[54] R. BUSHMAN, J. PIOTROSKI en A. SMITH, "What determines corporate transparency?", *Journal of Accounting Research* 2004, nr. 2, p. 207-252. Vgl. A.K. SCHNACKENBERG en E.C. TOMLINSON, "Organizational Transparency: A New Perspective on Managing Trust in Organization-Stakeholder Relationships", *Journal of Management* 2016, nr. 7, p. 1784-1810, p. 1787, 1791.
[55] UNCTAD, *Transparency. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, 2012.
[56] A. FUNG, "Infotopia: Unleashing the Democratic Power of Transparency", *Politics and Society* 2013, nr. 2, p. 183-212, p. 184.
[57] A. MEIJER, "Understanding the Complex Dynamics of Transparency", *The American Society for Public Administration* 2013, p. 430; D. WYATT, *Helsinki Legal Studies Research Papers* 2018, p. 3.
[58] A.K. SCHNACKENBERG en E.C. TOMLINSON, *JoM* 2016, p. 1784-1810, p. 1793-1794; A. FUNG, *PenS* 2013, p. 183-212, p. 184.

ceived quality of intentionally shared information from a sender."[59] Informatie die onbewust wordt openbaar gemaakt, valt doorgaans buiten het bereik van het begrip transparantie. Onbewust openbaar gemaakte informatie is namelijk niet intentioneel gekoppeld aan een doel of een waarde.

Voorgaande definities laten zien dat transparantie een dimensie heeft aan de zijde van de informatieontvanger. Door deze dimensie verschilt transparantie van het simpelweg vrijgeven van informatie. Het vrijgeven van informatie is een eenzijdige handeling. Bij transparantie moet de informatieontvanger de verschafte informatie als betekenisvol beoordelen.[60] Dit betekent dat informatie ook begrijpelijk moet zijn voor belanghebbenden. Begrijpelijkheid van informatie verschilt van het openbaar maken van informatie omdat begrijpelijkheid de naadloze overdracht van de betekenis van informatie betreft. Begrijpelijkheid heeft geen betrekking op de hoeveelheid of inhoudelijke relevantie van de gedeelde informatie.[61]

Belanghebbenden staan bij begrijpelijkheid centraal. Voor belanghebbenden moet complexe informatie zodanig worden vormgegeven dat ze de informatie kunnen begrijpen. Informatie met veel jargon of in een voor belanghebbenden onbekende taal moet worden bewerkt. Dit kan lastig zijn omdat een onderneming met het openbaren van duurzaamheidsinformatie soms dient te communiceren met verschillende belanghebbenden zoals crediteuren, aandeelhouders, consumenten, overheden of het algemene publiek. De wijze van communiceren en de mate waarin en hoe informatie moet worden bewerkt, kan verschillen per belanghebbendengroep. Dit roept vragen op over welke belanghebbendengroep centraal staat. *Stakeholder*identificatie en duidelijke criteria hiervoor zijn, mede hierom, relevant.

De aanvankelijke ontvanger van informatie kan via de markt of anderszins reageren op de geopenbaarde informatie. De aanvankelijke ontvanger wordt zender en de aanvankelijke zender wordt ontvanger. Dit resulteert in transparantie als systeem van wederzijds zenden en ontvangen. De Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling heeft deze gedachte als volgt verwoord: "*Transparency is what results from successful two-way communication about policy between […] interested parties*."[62]

Om *two-way communication* mogelijk te maken moeten belanghebbenden worden gestimuleerd om deel te nemen aan en onderdeel te worden van het transparantieproces. Hierbij spelen vorm en kosten voor het zenden en het ontvangen van informatie een belangrijke rol.[63] Ook moet *stakeholder*passiviteit worden gemitigeerd. Voor een goede werking van het transparantiesysteem moet de plicht om informatie te openbaren, hand in hand gaan met de plicht om informatie te gebruiken.

3.3. Waardecontinuüm: transparantie in relatie tot verantwoording

Transparantie staat in een verhouding tot andere waarden zoals democratie, legitimiteit of vertrouwen. Sprake is van een waardecontinuüm. In een dergelijk geheel van samenhangende waarden is transparantie dikwijls verbonden met verantwoording. De beschikbaarheid van relevante informatie is een voorwaarde voor het goed verlopen van een

[59] A.K. SCHNACKENBERG, E.C. TOMLINSON en C.A. COEN, "The dimensional structure of transparency: A construct validation of transparency as disclosure, clarity, and accuracy in organizations", *Human Relations* 2020, p. 1-33, p. 3.
[60] J. FORSSBÆCK en L. OXELHEIM 2014, par. 1.6.
[61] A.K. SCHNACKENBERG en E.C. TOMLINSON, *JoM* 2016, p. 1784-1810, p. 1793.
[62] OESO, *Public Sector Transparency and the International Investor*, 2003, p. 21.
[63] A. FUNG, *PenS* 2013, p. 183-212, p. 184.

verantwoordingsproces. Transparantie is zo bezien een toegangspoort en voorziet verantwoordingsfora van informatie.[64] De relatie tussen transparantie en verantwoording is mooi beschreven door Hood. Hij stelt dat deze relatie op drie manieren kan worden geduid, te weten: (1) als *Siamese twins*, (2) als *fitting parts* en (3) als *awkward couple*.[65]

Met Siamese tweeling bedoelt Hood dat de concepten transparantie en verantwoording feitelijk synoniemen zijn. De begrippen zijn dermate met elkaar verweven dat ze niet zinvol kunnen worden onderscheiden. De Siamesetweelinginterpretatie is niet altijd sluitend. Een voorbeeld: het bestuur van een onderneming is verantwoordelijk voor het beleid, zonder dat alle aspecten van dat beleid transparant zijn. Gewoonlijk wordt de commerciële strategie of marktgevoelige informatie niet openbaar gemaakt. Zodoende bestaat er verantwoording zonder (volledige) transparantie. Evenzo bestaat transparantie zonder verantwoording. Ondernemingen moeten hun jaarrekeningen deponeren in het handelsregister. De jaarrekening is voor eenieder in te zien, maar dit betekent niet dat over de jaarrekening publiekelijk verantwoording moet worden afgelegd.[66]

Een tweede wijze waarop de relatie tussen transparantie en verantwoording kan worden gezien, is als passende delen, *fitting parts*. In deze zienswijze zijn transparantie en verantwoording twee verschillende concepten, maar zijn beide noodzakelijke onderdelen om te komen tot goed bestuur. In zoverre wijkt deze visie af van de Siamese tweeling. Het toepassen van de *fitting parts*-visie betekent dat transparantieplichten moeten worden gecombineerd met verantwoordings- en/of herstelmechanismen.

Niettemin lijkt de interpretatie van passende delen te simplistisch. Dikwijls zijn transparantie en verantwoording een *awkward couple*. Vanuit dit perspectief kunnen verantwoording en transparantie schuren. Formele transparantievereisten kunnen leiden tot *box ticking* en eenrichtingsverkeercommunicatie. Dit kan een effectieve verantwoordingsdialoog juist in de weg staan. De concepten complementeren elkaar niet optimaal.[67]

De relatie tussen transparantie en verantwoording is niet lineair. Een bepaalde hoeveelheid meer of betere transparantie leidt niet *per se* tot eenzelfde hoeveelheid meer of betere verantwoording. Beide grootheden zijn onderdelen in een verantwoordingssysteem, waarbij de onderlinge verhouding tussen beide begrippen contextafhankelijk is.[68]

Samenvattend, transparantie is een multidimensionaal concept betreffende voor belanghebbenden begrijpelijke, geldige en relevante informatie, die door een rapportageplichtige bewust en tijdig is openbaar gemaakt, is gerelateerd aan andere concepten uit het waardecontinuüm en in een juiste verhouding staat tot het te verwezenlijken doel.

Transparantie is een belangrijk element van kennisdeling. Transparantie leidt tot meer bewustzijn, samenhang en begrijpelijkheid van informatie die tussen partijen wordt uitgewisseld. Hoe transparantie (wenselijk) werkt, is contextafhankelijk.[69] Het is lastig om het concept te generaliseren los van het specifieke systeem waarbinnen het functioneert. In

[64] N. JÄGERS, "Access to effective remedy: the role of information" in S. DEVA en D. BIRCHALL, *Research Handbook on Human Rights and Business*, Cheltenham, Gloucestershire, Edward Elgar Publishing 2020, p. 403-421, p. 404.
[65] C. HOOD, "Accountability and Transparency: Siamese Twins, Matching Parts, Awkward Couple?", *West European Politics* 2010, vol. 33, nr. 5, p. 989-1009, p. 989.
[66] C. HOOD, *West Eur Polit* 2010, p. 989-1009, p. 991.
[67] C. HOOD, *West Eur Polit* 2010, p. 989-1009, p. 992-993.
[68] M. BOVENS, "Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework", *European Law Journal* 2007, p. 447-468, p. 453.
[69] A.P.J. MOL, *Journal of Cleaner Production* 2015, p. 154-161, p. 155.

paragraaf 3.4 wordt ingegaan op duurzame ketentransparantie om de context te duiden waarin transparantie zijn werking heeft zoals bedoeld in dit onderzoek.

3.4. Waarom transparantie(keten)regelgeving?

Beleidsmakers proberen met de inzet van beleidsinstrumenten actoren door gedragsbeinvloeding te bewegen tot conformiteit met duurzaamheidsnormen. Actoren kunnen zich conformeren op basis van: (1) een vrijwillige verplichting, (2) dwang door strikte wet- en regelgeving of (3) sturing door marktgebaseerde instrumenten (hierna: MBI).[70]

MBI gebruiken marktkrachten om actoren aan te zetten tot bepaald gedrag. Drie groepen instrumenten zijn te onderscheiden. Ten eerste: gedragsbeïnvloeding via prijs. Door heffingen en subsidies kan de prijs van bijvoorbeeld fossiele brandstof duurder worden gemaakt dan de prijs voor groene energie om zodoende het gebruik van deze laatste te bevorderen. Ten tweede: gedragsbeïnvloeding via het toekennen van handel in rechten. Denk hierbij aan emissierechten en emissiehandel om de uitstoot van broeikasgassen te reduceren. Ten derde: gedragsbeïnvloeding via het gebruik van informatiestromen. Door transparantie kan aan belanghebbenden bepaalde ondernemingsinformatie worden ontsloten zodat het handelingsperspectief van deze belanghebbenden wordt vergroot. Dit heeft als (wenselijk) resultaat dat de informatieverstrekkende onderneming door de betreffende belanghebbenden beter kan worden gedisciplineerd, hetgeen invloed heeft op het ondernemingsgedrag.

De beschikbaarheid van meerdere beleidsinstrumenten roept de vraag op voor welke situatie transparantie(regelgeving) zich (niet) leent. Het transparantie-instrument is minder effectief als het wenselijk is ondernemingen te gebieden tot het vertonen van bepaald gedrag en te zorgen dat dit gedrag leidt tot uniforme resultaten bij geadresseerden. Dit kan bijvoorbeeld wenselijk zijn bij het beschermen van de volksgezondheid tegen chemische stoffen die bij minimale blootstellingsniveaus al schadelijk kunnen zijn. Denk bijvoorbeeld aan stoffen op de lijst 'Zeer Zorgwekkende Stoffen' zoals benzidines of bepaalde dioxinen.[71] Strikte wet- en regelgeving die gebiedt tot een bepaald resultaat en voorziet in bestuurs- of strafrechtelijke handhaving, is ter zake effectiever dan op informatiestromen gerichte MBI.

Ook bij het behalen van beleidsdoelen die situaties betreffen waarbij informatieasymmetrie niet ten grondslag ligt aan het onderhavige probleem, kan het gebruik van transparantieregelgeving suboptimaal zijn in vergelijking tot andere beleidsinstrumenten. Een voorbeeld. Om de opwarming van de aarde tegen te gaan, is het wenselijk dat ondernemingen minder gebruikmaken van broeikasgassen. Echter, de kosten die ondernemingen moeten maken om tot reductie van broeikasgasgebruik te komen, verschillen onderling. Het kan daarom passend zijn om te werken met variabele reductieniveaus. De grootste reducties komen van ondernemingen die hiervoor de laagste marginale kosten maken en de laagste reducties komen van ondernemingen met ter zake de hoogste marginale kosten. Een dergelijke situatie leent zich beter voor sturing door een marktgebaseerd instrument voor verhandelbare emissierechten dan één die informatiestromen betreft.[72]

[70] B. MOORE, e.a., "Governing with multiple policy instruments" in A. JORDAN en V. GRAVEY (ed.), *Environmental Policy in the EU. Actors, Institutions and Processes*, Londen, Routledge 2021, p. 300.
[71] www.rvs.rivm.nl/Zeer-Zorgwekkende-Stoffen (geraadpleegd op 9 april 2021).
[72] A. FUNG, M. GRAHAM en D. WEIL, *Full disclosure. The Perils and Promise of Transparency*, Cambridge, Cambridge University Press 2007, p. 175-176. Voor meer informatie over het Europese emissiehandelssysteem, zie www.emissieautoriteit.nl/onderwerpen/wat-is-emissiehandel/ documenten/ publicatie /2015/02/24/emissiehandel-uitgelegd (geraadpleegd op 9 april 2021).

Transparantieregelgeving is mogelijk ook minder effectief als rapportageplichtigen niet of in beperkte mate de mogelijkheid hebben om door transparantieregelgeving geadresseerde praktijken te verbeteren, of als hier veel kosten mee zijn gemoeid. Een dergelijke situatie kan leiden tot *box ticking* en andere ongewilde *compliance*reacties zoals beschreven in paragraaf 2.2. In het verlengde hiervan is het goed om te realiseren dat transparantie alleen verandering teweegbrengt als ondernemingen kwetsbaar zijn voor druk van belanghebbenden. Ondernemingen die bijvoorbeeld beperkt zichtbaar zijn voor het grote publiek, zullen minder sterk reageren op bedreigingen voor hun *reputational capital*. In een dergelijke situatie kan transparantie minder effectief zijn om gedragsverandering te bewerkstelligen.

Transparantieregelgeving heeft daarentegen meerwaarde boven strikte en op bestuurs- en strafrechtelijke handhaving gebaseerde regelgeving, in situaties waarbij grensoverstijgende activiteiten plaatsvinden zoals in een multinationaal ketennetwerk. De effectiviteit van regelgeving die door overheden bestuurs- en strafrechtelijk wordt gehandhaafd, is in dit geval beperkt. Immers, nationaal recht stopt bij de grens van een andere jurisdictie. Bij transparantieregelgeving is dit krachtenveld zwakker omdat handhaving gewoonlijk gebeurt via het civiel recht.

In ketenregelgeving wordt van een dominante ketenonderneming (*lead firm*) verwacht, dat de onderneming invloed uitoefent op andere ketenpartners en hen beweegt tot MVO. Bij het inzetten van bindende en resultaatsverplichtende regelgeving om ondernemingsinvloed te mobiliseren en te sturen, bestaat het risico dat de dominante ketenonderneming vanuit de behoefte om aansprakelijkheidsrisico te beperken, ervoor kiest om zakelijke banden te verbreken, in plaats van te proberen ketenpartners te bewegen tot duurzaam gedrag.

Het risico op het vroegtijdig omleiden van productieketens door de dominante ketenonderneming lijkt minder aanwezig bij transparantieregelgeving. Het is kenmerkend voor transparantieregelgeving dat ondernemingen, op grond van deze regelgeving alleen, niet aansprakelijk kunnen worden gesteld voor schade veroorzaakt door (buitenlandse) dochters of andere ketenpartners. Dominante ondernemingen krijgen hierdoor minder prikkels om zichzelf te beschermen tegen het genoemde aansprakelijkheidsrisico. Dit schept de situatie waarin mogelijke beïnvloeding van ketenpartners om maatschappelijk verantwoord gedrag te tonen meer kans van slagen heeft.[73]

Bovenstaand kenmerk zorgt er ook voor dat transparantieregelgeving in staat is diep door te dringen in de productieketen. Dit is belangrijk omdat schendingen van mensenrechten en het veroorzaken van milieuschade niet altijd plaatsvinden met medeweten van de top van een productieketen. Ketenpartners die zich ter zake bezondigen, kunnen met behulp van transparantieregelgeving worden opgespoord. Transparantieregelgeving heeft het vermogen om problemen en misstanden aan het licht te brengen en te agenderen bij belangengroeperingen en beleidsmakers. Dit kan (maatschappelijk) debat teweegbrengen over bijvoorbeeld dieperliggende oorzaken, *good* en *bad practices* en beleidsinconsistenties.[74]

Transparantieregelgeving kan eveneens fungeren als opstapje naar meer dwingende vormen van regulering. Transparantieregelgeving kan worden ingezet om van niet-bindend MVO-beleid te komen tot regelgeving met bindende verantwoordings- en herstelplichten voor ondernemingen. Transparantieregelgeving kan ook zorgen voor complementariteit

[73] R. MARES, *NQHR* 2018, p. 189-213, p. 210. Vgl. art. 22 CSDD dat een grondslag biedt voor de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de *lead firm* voor schade die voortvloeit uit het niet-nakomen van gepaste zorgvuldigheidsverplichtingen.
[74] R. MARES, *NQHR* 2018, p. 189-213, p. 212.

tussen beleidsinstrumenten en tevens voor meer beleidscoherentie in een gefragmenteerde transnationale rechtsorde zoals een mondiale productieketen.[75]

4. NADERE ANALYSE EN PERSPECTIEFONTWIKKELING

In deze paragraaf wordt besproken hoe transparantie als multidimensionaal en contextafhankelijk concept (wenselijk) inwerkt op transparantieaspecten bij duurzame ketenregelgeving. Deze bespreking gebeurt indachtig de kritiek op ketentransparantieregelgeving die is behandeld in paragraaf 2.2. Eerst wordt een perspectief behandeld op betekenisvolle en vindbare informatie (par. 4.1). Vervolgens wordt een perspectief uiteengezet inzake de relatie tussen transparantie en de (wenselijke) posities en eigenschappen van bij duurzame ketentransparantieregelgeving betrokken partijen, te weten: ondernemingen, belanghebbenden en overheid (par. 4.2).

4.1. Perspectief op betekenisvolle en vindbare informatie

Voor een goede werking van het transparantiesysteem moeten belanghebbenden betekenisvolle ondernemingsinformatie verkrijgen.[76] De mate waarin gerapporteerde informatie betekenisvol is, wordt in de eerste plaats beïnvloed door transparantieregelgeving zelf. Regelgeving kan, door aan te geven over welke onderwerpen ondernemingen moeten rapporteren, meer richting bieden aan de rapportage. Rapportages zullen hierdoor onderling beter zijn te vergelijken. Het stipuleren van duurzaamheidsonderwerpen herbergt wel het risico dat ondernemingen zich richten op de aangegeven onderwerpen, terwijl zij impact hebben op onderwerpen die de regelgeving niet centraal stelt.[77] Ondernemingen zijn in voorkomend geval *compliant*, maar verschaffen *de facto* geen betekenisvolle informatie. Ook wordt geprobeerd met additionele handleidingen regelgeving nader in te kleuren zodat meer betekenisvolle informatie wordt ontsloten. Evenwel zijn dergelijke handleidingen dikwijls niet juridisch bindend met als gevolg dat een uniforme en brede toepassing niet is gegarandeerd.[78]

De selectie van relevante informatie is van invloed op de mate waarin informatie als betekenisvol wordt ervaren door belanghebbenden. Ondernemingen kunnen bijvoorbeeld uit angst om *non-compliant* te zijn, overgaan tot het vrijgeven van zoveel mogelijk (duurzaamheids)informatie. Het risico bestaat dat belanghebbenden dermate veel informatie krijgen dat sprake is van *data-smog*.[79] Belanghebbenden zien in zo'n geval door de bomen het bos niet meer. In deze situatie wordt het handelingsperspectief van belanghebbenden ernstig beperkt. In regelgeving wordt getracht om ontsluiting van een overvloed aan informatie te voorkomen door het gebruik van een noodzakelijkheidscriterium.[80] Informatie moet worden ontsloten "in de mate waarin zulks noodzakelijk is voor een goed begrip van […]"[81] een specifiek onderwerp. Informatie waarvan het indachtig het betreffende onder-

[75] A.P.J. MOL, *Journal of Cleaner Production* 2015, p. 154-161, p. 155-156.
[76] M. CUCCINIELLO, S. POROMBESCU en S. GRIMMELIKHUIJSEN, "25 years of transparency research: evidence and future directions", *Public Administration Review* 2017, nr. 1, p. 32-44.
[77] D.G. SZABÓ, *Mandatory Corporate Social Responsibility Reporting in the EU*, Den Haag, Eleven International Publishing 2016, p. 138-139.
[78] Bv. EC, *Guidelines on non-financial reporting: Supplement on reporting climate-related information*, C(2019) 4490 final, Brussel, 17 juni 2019.
[79] A.P.J. MOL, *Journal of Cleaner Production* 2015, p. 154-161, p. 158.
[80] D.G. SZABÓ 2016, p. 133.
[81] Art. 19 Richtl. 2013/38/EU. Vgl. art. 29 Richtl. 2013/38/EU en art. 2:391, lid 1 BW.

werp niet noodzakelijk is dat zij wordt ontsloten, blijft in beginsel buiten het zicht van belanghebbenden.

Transparantieregelgeving moet met andere woorden niet tot doel hebben om zoveel mogelijk informatie te ontsluiten, maar om belanghebbenden handelingsperspectief te verschaffen. Mede om het voorgaande is het belangrijk dat een transparantiesysteem regelmatig wordt geëvalueerd en zo nodig geactualiseerd, ook om aansluiting te houden bij de maatschappelijke ontwikkelingen en de stand van de wetenschap.[82] Wanneer dit niet gebeurt, kan het systeem verzanden in gedateerde en betekenisloze transparantieplichten. Dit kan een negatief effect hebben op het handelingsperspectief van belanghebbenden en het vertrouwen van belanghebbenden in ondernemingsinformatie en de ter zake relevante wet- en regelgeving.

Om ondernemingen te stimuleren tot het ontsluiten van betekenisvolle informatie, kan worden ingezet op interne en op externe *governance*mechanismen. Voorbeelden van interne mechanismen zijn het gebruik van interne toezichthouders en het betrekken van hogere managementlagen bij de rapportageplicht. De raad van bestuur kan worden verplicht de geldigheid van de gerapporteerde informatie te bevestigen. Een dergelijke verplichting dwingt betrokkenheid af van de top van de onderneming en geeft status aan het rapportageproces. De *tone at the top* is van belang voor de wijze waarop intern wordt omgegaan met transparantieplichten.

Ook een externe accountant of een toezichthouder kan positieve invloed uitoefenen op de mate waarin betekenisvolle informatie wordt ontsloten. Een voorbeeld hiervan is te vinden in het voorstel *corporate sustainability reporting* van de Europese Commissie. De externe accountant moet ten minste een verklaring van beperkte mate van zekerheid afgeven over de gerapporteerde duurzaamheidsinformatie van een beursgenoteerde onderneming.[83] Een tweede voorbeeld volgt uit de AMSA 2018. De overheid mag blijkens deze regelgeving verklaringen die ondernemingen doen uit hoofde van de AMSA 2018, toetsen op conformiteit. Als de verklaring niet voldoet aan de eisen, kunnen aan betreffende ondernemingen instructies worden gegeven hoe de verklaring moet worden verbeterd.[84]

Betekenisvolle informatie is nog geen vindbare informatie. De mogelijkheden om informatie te ontsluiten zijn legio. Bijvoorbeeld op een product (voedingswaarde etiket), website, prospectus of in het bestuursverslag. Voor belanghebbenden is de toegankelijkheid van de plaats waar de informatie wordt ontsloten van groot belang. Documenten op een website moeten makkelijk vindbaar zijn en kunnen worden opgeslagen en bewerkt.

Niettemin kan het voor belangenorganisaties en toezichthouders bewerkelijk zijn sectorbreed te controleren als de websites van alle normadressaten moeten worden geanalyseerd op de relevante informatie. In dit kader kan het een interessant idee zijn als in ketentransparantieregelgeving een centraal toegangspunt voor ondernemingsinformatie wordt aangewezen waar de ontsloten informatie is te vinden. Dit kan een bestaande locatie zijn zoals

[82] Bv. art. 19, lid 5 Taxonomieverordening.
[83] Zie noot 39. Evenwel moet rekening worden gehouden met de zogenoemde Expectation-Performance Gap: de kloof tussen de maatschappelijke verwachtingen van hetgeen externe accountants (kunnen) doen en hetgeen accountants daadwerkelijk doen. Deze 'kloof' is bron voor veel problematiek en is uitgebreid besproken in de literatuur. Accountantscontrole heeft zijn beperkingen en mag niet als wondermiddel worden gezien. Zie bv. J.E. BRINK-VAN DER MEER, "De verwachtingskloof: geldig excuus of flauw voorwendsel van de accountant?" in W. VAN VEEN en A. VERDAM (ed.), *JB. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Jan Bernd Huizink ter gelegenheid van zijn emeritaat als hoogleraar Ondernemingsrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam* (ZIFO-reeks nr. 29), Deventer, Wolters Kluwer, 2019, par. 6.2.
[84] Zie noot 37.

het handelsregister, maar ook een nieuw opgerichte locatie in lijn met de gedachten over een *European Single Access Point*.[85]

ICT maakt het mogelijk om informatie te ontsluiten die normaliter uit het zicht blijft van eindgebruikers. Bijvoorbeeld door informatie digitaal te labelen waardoor informatie kan worden herleid naar de bron en kan worden geverifieerd door *stakeholders*. Hierdoor kan de ethische en communicatieve afstand worden overbrugd tussen grondstofleveranciers of leveranciers van halffabricaten en eindgebruikers.[86] Voor belanghebbenden kan het verder relevant zijn als informatie beschikbaar wordt in een machineleesbaar formaat. Belanghebbenden kunnen informatie in zo'n format makkelijker (door)zoeken en vergelijken.

4.2. Perspectief op de posities van ondernemingen, belanghebbenden en de overheid

Als belanghebbenden bepaalde informatie niet op waarde kunnen schatten of daar geen belang bij ervaren, dan gaat dit ten koste van de effectiviteit van de transparantieregelgeving. Voor het maatschappelijk middenveld is ter zake een belangrijke rol weggelegd om *stakeholder*passiviteit te voorkomen.[87] Deze organisaties moeten worden ondersteund om hun capaciteit op te bouwen zodat zij de rol van kritische belanghebbenden daadwerkelijk en zinvol kunnen vervullen. Tegelijkertijd lijkt onderzoek te suggereren dat het risico bestaat dat belangenorganisaties een marktpartij worden, in plaats van een onafhankelijke derde. De handelswaar van een belangenorganisatie is legitimiteit en vertrouwen. Dit vertegenwoordigt (marketing)waarde voor ondernemingen die graag betalen voor het gebruik van logo's of certificaten van belangenorganisaties. Dit kan leiden tot ingewikkelde (afhankelijkheids)relaties waardoor de onafhankelijkheid van de onderhavige belangenorganisatie in het geding kan komen.[88]

In samenhang met het voorgaande is het goed als transparantieregelgeving meer duidelijkheid biedt over hetgeen wordt bedoeld met het belanghebbendenbegrip. Het belanghebbendenbegrip[89] is veelzijdig van aard en kan in zekere zin haaks staan op eisen van rechtszekerheid.[90] De belanghebbenden van een onderneming kunnen divers en talrijk zijn. Het is niet altijd mogelijk om alle belanghebbenden (nauwer) bij de onderneming te betrekken. De vraag met welke belanghebbendengroep de banden moeten worden aangehaald, is dan

[85] EC, *Een kapitaalmarktenunie ten dienste van mensen en ondernemingen — Een nieuw actieplan*, COM(2020) 590 final, Brussel, 24 september 2020, p. 9 (Actie 1); EC, *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing a European single access point providing centralised access to publicly available information of relevance to financial services, capital markets and sustainability*, COM(2021) 723 final, Brussel, 25 november 2021.
[86] M. CHON, "Tracermarks: A Proposed Information Intervention", *Houston Law Review*, vol. 53, nr. 2, 2015-2016, p. 421-458; actieplan Duurzame groei financieren, COM/2018/097 final, Brussel, 8 maart 2018, p. 4.
[87] Vgl. Aanzet voor een wettelijke regeling voor een besloten vennootschap met maatschappelijk doel (BVm), nrs. 29-31.
[88] A.P.J. MOL, *Journal of Cleaner Production* 2015, p. 154-161, p. 156, 160.
[89] Opgemerkt wordt dat sommige auteurs een onderscheid maken tussen het belanghebbendenbegrip en het begrip *stakeholder*. Voor de helderheid: in dit onderzoek wordt geen onderscheid gemaakt tussen beide begrippen. S.B. GARCIA NELEN, *De beursvennootschap, corporate governance en strategie*, Deventer, Wolters Kluwer, par. 5.3. Zie ook M.J.L.A.M. ZILLIKENS-LOOS, Q.M.J.A. CRULEN en T.A. SCHRIEMER, "De nieuwe juridische jas voor de maatschappelijke onderneming komt eraan: de BVm", *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2021, nrs. 3 en 4, p. 109-119, p. 115.
[90] T. BEAU DE LOMENIE en S. COSSART, "Stakeholders and the Duty of Vigilance", *Revue Internationale de la Compliance et de l'éthique des affaires* 2017, nr. 50, p. 1-6, p. 6.

relevant. In het bijzonder omdat belanghebbenden tegengestelde belangen kunnen nastreven.[91]

*Stakeholder*identificatie vraagt om heldere selectiecriteria.[92] Wet- en regelgeving kan ondernemingen hierin tegemoetkomen door criteria aan te reiken of te verwijzen naar een standaard zoals artikel 5.3.2 ISO 26000 waarin handvatten ter zake worden gegeven. Aansluitend is het relevant te bepalen waarbij en op welke wijze betreffende belanghebbenden moeten worden betrokken en of en, zo ja, hoe hierover moet worden gerapporteerd.[93]

Transparantieregelgeving heeft idealiter aandacht voor het *stakeholder*management van rapportageplichtige ondernemingen. Tegelijkertijd mag niet worden verwacht dat ondernemingen spontaan hun ondernemingsbeleid deels herijken op (niet-primaire) belanghebbenden, als dit niet natuurlijkerwijs voortvloeit uit institutionele belangen. In dit licht is het relevant om deze belanghebbenden een (formele) plaats te geven binnen de vennootschap en het (juridisch) emanciperen van verantwoordingsfora die hieraan bijdragen te stimuleren.[94]

Transparantieregelgeving verplicht een doorgaans relatief kleine groep tot het verstrekken van informatie en het maken van hiermee gepaard gaande kosten. Dit in de hoop dat voor een grote groep informatiegebruikers de ontsloten informatie voordelen bewerkstelligt. In dit licht wordt meer gevraagd van informatieverstrekkers dan van informatieontvangers. Deze dynamiek kan ertoe bijdragen dat (potentiële) normadressaten zullen proberen om het tot stand komen van transparantieplichten te beïnvloeden.[95] Ook bestaat het risico dat met name krachtige marktpartijen trachten regulering te beïnvloeden op een wijze die ten goede komt aan hun markt- en ketenpositie. Kleinere minder krachtige ondernemingen in bijvoorbeeld ontwikkelingslanden kunnen hierdoor worden benadeeld. Bezien door deze lens zorgt transparantieregulering niet voor verandering, maar benadrukt de status quo van bestaande machtsstructuren.[96]

Mede indachtig het bovenstaande is het wenselijk dat voor rapportageplichtigen de kosten van transparantie worden beperkt. Deze kosten worden in de eerste plaats gemaakt bij het verzamelen, het bewerken en het publiceren van informatie. Ondernemingen met een transparantieplicht zullen niet altijd in staat zijn om betrouwbare en relevante informatie te verzamelen over activiteiten van ketenpartners. Om te voldoen aan transparantieplichten kan het zijn dat deze ondernemingen een beroep moeten doen op *(ESG) data providers*, hetgeen extra kosten met zich meebrengt.

Ook kunnen kosten worden gemaakt die verband houden met verhoogde aansprakelijkheid als gevolg van het publiceren van (duurzame) ondernemingsinformatie. Deze kosten kunnen voortvloeien uit zowel handhavingsacties van toezichthouders als uit civiele procedures. Om deze kosten te beperken kunnen *safe harbours* mogelijk soelaas bieden,

[91] B.J. DE JONG, "Duurzame corporate governance: Europese en Nederlandse ontwikkelingen", *Ondernemingsrecht* 2021/33, par. 4.2.; M.J.L.A.M. ZILLIKENS-LOOS, Q.M.J.A. CRULEN en T.A. SCHRIEMER, "De nieuwe juridische jas voor de maatschappelijke onderneming komt eraan: de BVm", *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2021, nrs. 3 en 4, p. 109-119, p. 115-116.
[92] S.B. GARCIA NELEN, "De participantenvennootschap: gedachten over een mogelijke nieuwe rechtsvorm", *Maandblad voor Ondernemingsrecht* 2021, nrs. 3 en 4, p. 120-128, p. 125.
[93] Vgl. art. 1 LdV.
[94] Vgl. art. 5 Resol. EP 10 maart 2021 inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven en verantwoordingsplicht van ondernemingen (2020/2129(INL)). Zie ook H. KOSTER, "Mandatory Corporate Due Diligence regarding Human Rights, the Environment and Good Governance?", *European Company Law* 2020, vol. 17, nr. 6, p. 214-215.
[95] A. FUNG, M. GRAHAM en D. WEIL 2007, p. 106.
[96] A.P.J. MOL, *Journal of Cleaner Production* 2015, p. 154-161, p. 157.

bijvoorbeeld voor duurzaamheidsinformatie die te goeder trouw is verstrekt om aan de transparantieplicht te voldoen.[97]

Voor ondernemingen die direct te maken krijgen met de transparantieregelgeving wordt in EU-verband dikwijls het 'denk eerst klein'-principe gehanteerd. Dit betekent dat de *compliance*kosten worden beperkt voor het MKB. Daarbij moet worden bekeken of het MKB transparantieplichten naar behoren kan uitvoeren zonder buitensporige organisatorische belasting. Vanwege een mogelijk gebrek aan kapitaal en expertise, kan het voor het MKB lastig zijn om adequaat invulling te geven aan transparantieplichten. Tegelijkertijd kan het MKB ondernemingsactiviteiten ontplooien die grote impact hebben op duurzaamheidsaangelegenheden.[98]

Ketenondernemingen die niet direct onder de werking vallen van transparantieregelgeving kunnen niettemin indirect de gevolgen ervan ondervinden, bijvoorbeeld via contractuele transparantieplichten die de *lead firm* bij ketenpartners afdwingt. Dergelijke contractueel opgelegde transparantieplichten (en bijbehorende kosten) zijn een belasting voor deze ondernemingen. Hierbij kan het zijn dat voor betreffende ondernemingen de contractueel vereiste transparantie niet leidt tot waardecreatie in de vorm van bijvoorbeeld *green marketing*. De waardecreatie op grond van nieuwe duurzame praktijken kunnen eveneens onevenredig toevallen aan *lead firms*, die hun onderhandelingskracht projecteren in de keten en op hun ketenpartners.[99] Het is daarom belangrijk dat bij transparantieregelgeving rekening wordt gehouden met ondernemingen die via *contractual governance* feitelijk vallen onder de regelgeving en hiertoe kosten maken. Hierbij kan worden gedacht aan een verplichting voor de *lead firm* om ketenpartners (financieel) te ondersteunen bij het vergaren van kennis en expertise om te voldoen aan eisen (indirect) voortvloeiend uit transparantieregelgeving.

De overheid heeft een faciliterende en regulerende rol en moet sturen op dialoog tussen belanghebbenden en onderneming. Transparantie is niet een eindpunt van een proces, maar een beginpunt. De door transparantie ontsloten informatie moet *stakeholders* in staat stellen om met het bestuur een zinvolle verantwoordingsdialoog te voeren. Wanneer regelgeving ondernemingen ruimte biedt om mechanisch te voldoen aan rapportageverplichtingen, gaat dit ten koste van dialoog en betrokkenheid met *stakeholders*. Het doel moet zijn een constructieve samenwerking ten behoeve van de onderneming en de samenleving.

Voor het waarborgen van de kwaliteit en de effectiviteit van *two way*-communicatie alsmede van het transparantiesysteem zelf, lijkt een vorm kalibratie gewenst. Dit kan worden bereikt door *plan-do-check-act*cycli onderdeel te maken van transparantieregelgeving. Rapportage vindt plaats, belanghebbenden verwerken de informatie, communiceren hun bevindingen met de onderneming, die naar aanleiding hiervan op haar beurt rapporteert of en hoe zij haar beleid ter zake aanpast, waarna de cyclus wordt herhaald.

De overheid kan naleving van transparantieplichten stimuleren door het goede voorbeeld te geven en door op basis van normgebaseerde screening ondernemingen die in lijn met transparantieregelgeving handelen, opdrachten te gunnen en in aanmerking te laten komen

[97] E.L. ROISMAN, *Speech by Commissioner Roisman on Addressing Inevitable Costs of a New ESG Disclosure Regime*, Harvard Law School Forum on Corporate Governance, www.corpgov.law.harvard.edu/2021/06/05/speech-by-commissioner-roisman-on-addressing-inevitable-costs-of-a-new-esg-disclosure-regime/ (geraadpleegd op 23 juni 2021).
[98] EC, *Een kapitaalmarktenunie ten dienste van mensen en ondernemingen — Een nieuw actieplan*, COM(2020) 590 final, Brussel, 24 september 2020, p. 9.
[99] S. PONTE, *Business, Power and Sustainability in a World of Global Value Chains*, Londen, Bloomsbury Publishing Plc 2019.

voor subsidie. Ook kan de overheid initiatieven ontwikkelen om de markt te ondersteunen zoals door het opstellen van ranglijsten waarin ondernemingen worden gerangschikt op basis van hun transparantie over hun (duurzame) ondernemingsbeleid. Dat kan een negatieve ranglijst zijn: *naming and shaming* of een positieve ranglijst: *naming and faming*. Denk bij dit laatste aan de kristalprijs die jaarlijks wordt uitgereikt aan de onderneming met het meest transparante MVO-verslag.[100]

5. SLOTBEVINDINGEN

In dit onderzoek is gekeken naar het concept transparantie en het versterken van transparantie bij duurzame ketenregelgeving. Uit paragraaf 3 komt naar voren dat transparantie een veelvormig en contextafhankelijk concept is. Dit betekent dat een perspectief op transparantie nodig is dat specifiek betrekking heeft op de gewenste toepassing ervan binnen een bepaalde context.

In paragraaf 4 zijn indachtig de kritiek op transparantie bij duurzame ketenregelgeving (par. 2.2), perspectieven besproken op betekenisvolle en vindbare informatie en op de ter zake relevante posities en eigenschappen van ondernemingen, belanghebbenden en overheid. Centraal bij deze perspectieven staat het bevorderen van (voorwaarden voor) een (verantwoordings)dialoog tussen onderneming en belanghebbenden.

In relatie tot het voorgaande is de verhouding besproken tussen transparantieplichten en het organisatorische vermogen van ondernemingen waarbij is ingegaan op *stakeholders*-identificatie en -communicatie en de *compliance*druk die ondernemingen kunnen ervaren. Ook zijn opmerkingen gemaakt over de (formele) positie van belanghebbenden en over de juridische emancipatie van alternatieve verantwoordingsfora, de rol van het maatschappelijk middenveld en hoe deze rol kan worden ondersteund.

Tot slot is gewezen op de belangrijke faciliterende en regulerende taak van de overheid bij transparantieregelgeving. Voor onderneming, overheid en maatschappelijk middenveld luidt het devies: (sectoraal) samenwerken. Gezamenlijk kunnen deze partijen ervoor zorgen dat transparantieregelgeving niet alleen bestaat uit duurzame procedures, maar ook leidt tot duurzame uitkomsten.

[100] www.transparantiebenchmark.nl/over-de-kristalprijs (geraadpleegd op 6 juni 2021).