

DUURZAAM GOEDERENRECHT: NAAR EEN HERIJKING VAN ONS GOEDERENRECHTELIJK STELSEL?

Bram AKKERMANS*

Universitair Hoofddocent Europees Privaatrecht
Universiteit van Maastricht

Met toenemende klimaatverandering, de eindigheid van fossiele brandstoffen en toenemende ongelijkheid in de (westerse) wereld, alsook de verplichtingen die de landen zijn aangegaan in het kader van het bereiken van de 17 VN-duurzaamheidsdoelstellingen, is het nodig om het goederenrecht te herijken, d.w.z. van nieuwe waarden te voorzien.

Het herijken van ons goederenrecht vereist het inzicht dat het goederenrecht gevormd is door liberaal en neoliberaal filosofisch en economisch gedachtegoed. Hierbij valt te denken aan aardbevingen veroorzaakt door gaswinning in Groningen en hypotheeken verstrekt aan klanten waarvan bij voorbaat duidelijk is dat zij niet in staat zullen zijn om hun schuld te betalen. Door een andere filosofische grondslag te kiezen, kan het goederenrecht een nieuwe weg inslaan die niet alleen gericht is op groei, maar op het gebruikmaken van onze middelen voor onszelf en voor de generaties die na ons komen.

Er is voor de ontwikkeling van een duurzaam goederenrecht, een set regels nodig op basis waarvan problemen kunnen worden opgelost (een algoritme), waarbij een positieve duurzaamheidsverplichting in het eigendomsrecht wordt gelezen en waarbij publiekrecht en privaatrecht samen gezien worden om het recht verder te ontwikkelen. Op basis van dit algoritme kunnen we besluiten op welke wijze we onze huidige regels interpreteren en besluiten of onze regels nog kunnen blijven bestaan in hun huidige vorm. Ook kan dit algoritme gebruikt worden om nieuwe goederenrechtelijke regels te maken. Ons hele goederenrechtelijk stelsel, het eigendomsrecht én de beperkte rechten, alsook onze procedurele regels, moet daarvoor onder handen genomen worden.

Het idee duurzaamheid te bereiken door alles in de vorm van dienstverleningsovereenkomsten te gieten, is niet de juiste weg. Herijking, dat wil zeggen, het integreren in ons systeem van nieuwe waarden, in dit geval het welzijn, door het conceptualiseren van een overeenkomstige goederenrechtelijke verplichting, brengt het goederenrecht naar de voorgrond. Daarmee leveren we de bouwstenen om samen te werken aan een duurzame economie waarin naast welzijn, economische groei voor iedereen en verdere ontwikkeling van nieuwe initiatieven centraal staan.

* Rede ter gelegenheid van de aanvaarding van de TPR-wisselleerstoel aan de Katholieke Universiteit Leuven, gehouden op 16 maart 2018. De auteur zegt bijzonder veel dank aan Prof. Dr. Bernard Tilleman en Prof. Dr. Vincent Sagaert voor hun grote gastvrijheid. Tevens veel dank aan de (anonieme) peer reviewers voor hun zeer waardevolle opmerkingen op een eerdere versie van deze bijdrage. De finale versie van deze bijdrage werd ingeleverd op 2 december 2018.

INHOUD

<i>I. INLEIDING (1-8)</i>	1439
<i>II. DE ROL VAN HET GOEDERENRECHT (9-15)</i>	1444
<i>III. PRIVAATRECHT EN DUURZAAMHEID (16-77)</i>	1448
A. Commons (18-20)	1448
B. Circulaire economie (21-23)	1450
C. Deeleconomie (24-27)	1451
<i>IV. NAAR EEN DUURZAAM GOEDERENRECHT (28-38)</i>	1453
<i>V. TWEE CASUSSEN IN HET KORT (39-45)</i>	1458
A. Eigendom: grondeigendom van de NAM (39-41)	1458
B. Beperkte rechten: hypothecaire kredietverstrekkers (42-45)	1459
<i>VI. CONCLUSIES (46-49)</i>	1461

I. INLEIDING

1. Eén van de oudste *colleges* aan de Universiteit van Oxford met de – vanuit dit gezichtspunt rare – naam New College werd begin vorige eeuw geconfronteerd met een probleem met de eikenhouten balken in de centrale hal van het *college*. De *fellows* van het *college* stonden voor een probleem, totdat één van de jongere *fellows* het idee opperde om eens te kijken naar de eikenbomen die groeiden op één van de vele stukken grond die het college sinds haar oprichting in eigendom had. De houtvester van het college werd daarop naar de vergadering van fellows ontboden. Bij zijn komst zei hij, althans zo gaat de het verhaal, dat hij zich had afgevraagd wanneer een dergelijke vraag zou komen. Wat bleek, is dat bij oprichting van het college in het jaar 1379 een eikenboomgaard aangelegd was met het doel om het college met nieuw hout te kunnen uitrusten als dat in de toekomst nodig zou zijn. Aldus geschiedde, en al meer dan 100 jaar kunnen de nieuwe balken van New College Oxford ook door bezoekers op gezette tijden worden bewonderd(1).

2. Het is duidelijk dat de oprichters van dit *college* een opzet voor de zeer lange termijn voor ogen hadden. Er is in het ontwerp niet alleen gedacht aan de eerste generatie die het gebouw in gebruik zou nemen, maar ook aan de vele generaties die daarop zouden volgen. In onze moderne terminologie zouden we kunnen stellen dat de opzet en inrichting van New College Oxford van duurzaamheid getuigt.

3. Duurzaamheid, en duurzame ontwikkeling als de methode om daartoe te komen, krijgen in de afgelopen jaren steeds meer aandacht(2). Duurzaamheid draait om de gedachten van behoud en bescherming en om systemen en systeemdenken dat gericht is op verantwoord gebruik met het oog op herbruikbaarheid en toekomstbestendigheid. Het gaat bij duurzaamheid om het gebruik van onze bronnen op een wijze zoals wij deze nodig hebben, zonder dat we toekomstige generaties daardoor in de problemen brengen(3). Veel voorvechters van duurzaamheid verwijzen naar de foto van de aarde, genomen door een astronaut aan boord van de Apollo 8, en een foto van de aarde als wereldbol uit 1972(4). Op deze foto's zien we de aarde op haar plaats als wereldbol in het heelal. De foto's hadden direct impact en leidden tot veel discussie over het welzijn van onze planeet. Volgens velen laten ze

(1) www.atlasobscura.com/places/oak-beams-new-college-oxford.

(2) Zie J. BLEWITT, *Understanding Sustainable Development* (London, New York: Routledge (2) 2015), p. 6 e.v.

(3) *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, Transmitted to the General Assembly as an Annex to document A/42/427* (www.un-documents.net/a42-427.htm) - *Development and International Co-operation: Environment*, www.un-documents.net/wced-ocf.htm.

(4) Zie J. BLEWITT, *Understanding Sustainable Development*, 7. De respectieve foto's heten Earthrise (1968) en Blue Marble (1972).

zien dat de grondstoffen en andere natuurlijke rijkdommen op aarde niet grenzeloos zijn en dat de mensheid haar met zorg moet behandelen om ook toekomstige generaties in staat te stellen van de planeet te genieten(5).

Het gaat daarbij niet alleen om ecologische duurzaamheid, maar ook om de wijze waarop wij met elkaar samenleven, ons bestuur kiezen en onze rijkdom al dan niet met elkaar delen. In 2015 stelden de lidstaten van de Verenigde Naties zich, na een zeer lang onderhandelingsproces, 17 Duurzame Ontwikkelingsdoelstellingen(6). Deze doelstellingen handelen, naast ecologische duurzaamheid, over democratisch bestuur en over economische vooruitgang voor iedereen. Ze gaan, met andere woorden, over het welzijn van iedereen. Hoewel deze VN doelstellingen geen formele rechtskracht hebben, worden alle lidstaten van de VN geacht daaraan uitvoering te geven door hervorming van bestaand, maar ook bij het maken van nieuw, beleid en regelgeving(7).

Dit zijn geen nieuwe initiatieven, maar de aandacht hiervoor is wel nieuw. Zoals alleen al blijkt uit het voorbeeld van New College Oxford, is er al honderden jaren aandacht voor de duurzaamheidsgedachte. Tegelijkertijd is er een situatie ontstaan waarin een aanpak van het duurzaamheidsprobleem noodzakelijk is. Denk daarbij aan natuurlijke fenomenen zoals het stijgen van de waterspiegel en de opwarming van de aarde, grote bosbranden en modderstromen in Amerika en Australië, maar ook de Nederlandse problematiek rond de aardbevingen door gaswinning in Groningen, en de toenemende inkomensongelijkheid in de wereld(8).

4. Hoe is het zo ver kunnen komen? Daar is in de afgelopen jaren veel aandacht aan besteed door natuurwetenschappers en economen. Veelal wordt met de vinger gewezen naar het neoliberale economisch gedachtegoed, geïntroduceerd door invloedrijke politici als Margaret Thatcher en Ronald Reagan(9). In het neoliberale gedachtegoed, dat voortbouwt op het 19e-eeuwse economisch liberalisme en *laisser-faire* denken, is onze economie gericht op groei. Economische groei, veelal uitgedrukt in het bruto binnenlands product van een land, wordt hierin gezien als een zeer belangrijke maatstaf van welvaart en ontwikkeling. Voor individuen, die

(5) Zie J. BLEWITT, *Understanding Sustainable Development*, 7-8.

(6) *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, www.un.org/sustainabledevelopment/.

(7) Het zijn daarmee beginselen van “soft law” en volgens sommigen zelfs beginselen van internationaal gewoonterecht. Zie J. BLEWITT, *Understanding Sustainable Development*, p. 14, 68.

(8) Zie hierover bijvoorbeeld R. CASALE en C. MARGOTTINI, *Natural Disasters and Sustainable Development* (Berlin: Springer 2004); KNMI over aardbevingen door gaswinning, www.knmi.nl/kennis-en-datacentrum/uitleg/aardbevingen-door-gaswinning; T. PIKETTY, *Capital in the 21st Century* (Harvard: Harvard University Press 2013), *passim*.

(9) Zie voor een samenvatting van de literatuur K. RAWORTH, *Doughnut Economics* (Londen: Random House 2017).

in deze benadering gezien worden als rationele deelnemers aan de markt, geldt dat zij beslissingen maken met het oogmerk om zichzelf en daarmee ook de andere deelnemers aan de markt te verrijken. De markt is daarbij het uitgangspunt en niet overheidsingrijpen of andere ondersteunende maatregelen. Winstoogmerk en economische groei zijn hierbij de centrale doelstellingen(10).

5. Het privaatrecht speelt hierin een instrumentele rol als hofleverancier van de bouwblokken van economische ontwikkeling. De vrijheid van eigendom, vrije circulatie van goederen en de contractsvrijheid maken het mogelijk om waarde te geven aan een zaak, die men als een eigen zaak mag beschouwen en die men vrij kan overdragen tegen een vergoeding conform de marktwaarde(11). Regels van goederenrecht zijn in dit perspectief transactionele regels die samen een coherent en met name efficiënt systeem vormen(12). Om het te chargeren: door het in eigendom verkrijgen van zo veel mogelijk zaken verkrijgt men als natuurlijk persoon – of als rechtspersoon – zo veel mogelijk rijkdom waar men exclusief over mag beschikken.

6. Het is dit – kapitalistische – stelsel dat in de 21e eeuw door natuurwetenschappers en economen met de vinger wordt gewezen(13). Te veel hebben extractie en winstoogmerk de overhand gehad in de afgelopen decennia. Natuurfenomenen als opwarming van de aarde door het verbranden van fossiele brandstoffen, maar ook de financiële crisis van 2008 zouden volgens deze critici een direct gevolg zijn van de wijze waarop wij met onze zaken omgaan(14).

Een kort voorbeeld kan dit illustreren.

In de decennia voorafgaand aan de financiële crisis werden banken beursgenoteerde bedrijven. Het gevolg daarvan was dat de doelstelling van een bank niet meer uitsluitend bestond in kwalitatief goede dienstverlening aan haar cliënten met een bescheiden groei- en winstoogmerk, maar dat een bank nu vrijwel uitsluitend een zeer ambitieus groei- en winstoogmerk voor haar aandeelhouders en investeerders meekreeg. Banken slaagden erin om in de jaren 90 van de vorige eeuw steeds meer winst te maken en elke geïnvesteerde euro om te zetten in een twintigvoud aan opbrengst(15).

(10) K. RAWORTH, *Doughnut Economics*, 62-63, 68 e.v.

(11) Met zaak bedoel ik hier een stoffelijk voorwerp dat onderwerp van een goederenrechtelijke rechtsverhouding kan zijn.

(12) Zie H. SMITH, “Property as the Law of Things”, 125 *Harvard Law Review* 2012, 1692 e.v.

(13) Zie bijvoorbeeld J. BLEWITT, *Understanding Sustainable Development*, en K. RAWORTH, *Doughnut Economics*.

(14) M. KELLY, *Owning our Future. The Emerging Ownership Revolution* (Oakland: Berrett-Koehler Publishers Inc 2012).

(15) Zie M. KELLY, *Owning our Future*, 53 e.v.

Echter, op een gegeven moment was de markt van het verstrekken van leningen verzadigd, en vlakke de groei en daarmee omzet- en winststijging af. Nieuwe mogelijkheden werden gevonden in het verstrekken van leningen aan kwalitatief minder goede cliënten. Banken, geleid door grote beursgenoteerde banken in Wall Street, gingen over tot het versnipperen en herverpakken van uitstaande leningen om deze aan beleggers als zogenaamde derivaten te verkopen. Daarmee, zo laat journaliste Marjorie Kelly zien in haar meest recente boek *Owning our Future*, ontstond een markt in producten die zich losmaakte van de echte wereld. Een markt die zich zo ver losmaakte dat een pakket leningen of hypotheek verhandeld op Wall Street aan het begin van deze eeuw niet meer noodzakelijkerwijs verbonden hoefde te zijn met een werkelijk bestaand stuk grond. Risico's gingen over op investeerders en banken werden niet alleen meer verstrekkers van leningen, maar ook handelaren in financiële producten. Het resultaat van het barsten van de hierdoor veroorzaakte bubbel is bekend: veel banken, niet alleen in de VS, gingen failliet of bijna failliet als gevolg van deze praktijken. Het privaatrecht was hierin wederom instrumenteel. De lening, een overeenkomst, en de hypotheek, een goederenrechtelijke rechtsverhouding, dienen immers tot basis van dit soort transacties(16). Het resultaat is wel scheef: de aandeelhouders waren beschermd, althans voor schulden groter dan hun investering, maar de grond- en huiseigenaren raakten hun grond en/of huis kwijt(17).

7. In de afgelopen jaren zijn er een hele hoop nieuwe initiatieven ontstaan die deels een antwoord bieden op de problematiek van doorgeschoten winstoogmerk en excessieve groei-doelstellingen en die allemaal – in meer of mindere mate – uitgaan van een gedachte van duurzaamheid. Voorbeelden hiervan zijn de deeleconomie, met bedrijven als autodeelbedrijf Cambio in Duitsland en België, woning-deelplatform AirBnB en transport-platform Uber, het circulair bouwen en co-operatieve initiatieven van overheden, bedrijven en burgers(18). Het is natuurlijk ook hier dat het privaatrecht de bouwstenen levert waarmee deze innovatieve platforms hun werk kunnen doen. Dat is echter voor het grootste deel het verbintenisrecht en niet het goederenrecht. Sterker nog, het kan best gesteld worden dat het goederen-

(16) Het is de cessie van de schuldvordering en, in sommige systemen, zelfs de cessie van het hypotheekrecht zonder de schuldvordering (een niet accessoir hypotheekrecht zoals de Duitse *Grundschuld*) die het probleem achter de financiële crisis vormde.

(17) M. KELLY, *Owning our Future*, 67-70, 78-82, 85 e.v.

(18) Er is ook veel kritiek op deelbedrijven als AirBnB en Uber met veel negatieve effecten, zoals negatieve effecten op de leefbaarheid in grote binnensteden en het ontnemen van welvaart aan lokale markten. Maar ze maken ook het delen van zaken mogelijk die anders in exclusief gebruik van de eigenaar zouden zijn. Zie over deze kritiek G. QUATTRONE, D. PROSERPIO, D. QUERCIA, L. CAPRA, and M. MUSOLESI, *Who Benefits from the "Sharing" Economy of Airbnb?*, (International World Wide Web Conferences Steering Committee: Genève 2016), dl.acm.org/citation.cfm?id=2874815; P. FRANKLIN, "Platform cooperatism – an alternative to technopoly", *Unherd*, 10 juli 2018, unherd.com/2018/07/platform-cooperativism-alternative-technopoly/.

recht door deelinitiatieven naar de achtergrond gedrongen wordt, nog meer dan dit al in de laatste jaren al het geval was(19).

Delen, immers, impliceert het *leasen* van zaken en niet het houden van de eigendom daarvan. De eigendom geeft de houder een exclusief gebruiksrecht dat niet direct verenigbaar is met het idee van delen van een zaak(20). Veelal is het verdienmodel in de deeleconomie het aanbieden van een dienst op basis van de eigendom die iemand heeft. Duurzaamheid bestaat met name in het idee dat een zaak vaker gebruikt wordt. Bijvoorbeeld een auto met twee gebruikers is meer in beweging dan twee auto's die samen vrijwel de hele dag stilstaan. Duurzaamheid bestaat met name in het idee dat producenten duurzame producten maken omdat niet meer het vervangen daarvan, maar het gebruik het *business model* wordt. Het idee van eigendom wordt daarbij voor de consument overbodig(21).

8. Dit lijkt mij een onwenselijke ontwikkeling die niet direct de duurzaamheid ten goede komt en ik ben niet helemaal overtuigd dat deze wijze van delen ook de effecten heeft die worden nagestreefd. Immers, een producent kan, ook al heeft hij een zaak slecht uitgeleend, ook een hogere vergoeding vragen als hij de huidige zaak vervangt door een mooier, beter, uitgebreider model. De prikkel voor de producent is niet alleen maar om duurzame producten te maken die zo lang mogelijk door een cliënt gebruikt kunnen worden tegen een periodieke vergoeding, maar ook om betere producten te blijven maken en de huidige producten te blijven vervangen om zo een hogere periodieke vergoeding op te kunnen strijken. Voordat wij, met andere woorden, de fundamenteën van ons goederenrecht voor een deel weggooien, is het zinvol de mogelijkheden van een duurzaam goederenrecht te verkennen. Daarvoor moeten we:

- (1) kijken naar de rol van het goederenrecht (deel II),
- (2) naar de rol van duurzaamheid in het goederenrecht (deel III), en
- (3) bezien of dit tot concrete oplossingen kan leiden (deel IV).

Ik breng hiervoor eerst de reeds bestaande literatuur bij elkaar, voordat ik kom tot een voorstel voor een herijking van het goederenrecht – op basis van vaak reeds bestaande uitgangspunten – in een duurzaam goederenrecht.

(19) Zie hierover W. WIEGAND, “Die Entwicklung des Sachenrechts”, 190. *Archiv für die civilistische Praxis, (AcP)* 1990, 112-138; J.-T. FÜLLER, *Eigenständiges Sachenrecht?*, reeks *Jus Privatum. Beiträge zum Privatrecht. 104* (Tübingen: Mohr Siebeck 2006).

(20) Zie D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht* (Antwerpen: Intersentia, 2016); R. DYAL-SHAND, “Sharing the Cathedral”, *46 Connecticut Law Review* 2013, 647 e.v.

(21) Zie bijvoorbeeld J. MERKIES, “The End of Ownership”, *European Voice* 6 maart 2012, www.politico.eu/article/the-end-of-ownership/.

II. DE ROL VAN HET GOEDERENRECHT

9. In ons huidige stelsel staat het goederenrecht in dienst van de persoonlijke ontwikkeling. Na de afschaffing van het feodale stelsel en met de verlichte ideeën over een nieuwe maatschappij, kwam het eigendomsrecht – uiteindelijk – beschikbaar voor alle burgers. Ons stelsel van private eigendom en vrije circulatie van goederen maakt het mogelijk om welvaart te verzamelen. Na de afschaffing van het feodale stelsel was niet langer alle grond, zoals in de tijd voor het afschaffen van het feodale stelsel, in de handen van een kleine elite. Iedereen kon eigenaar van een stuk grond worden. Met de industriële revolutie werden daarna, behalve grond, ook roerende zaken van belang. Door het in grote hoeveelheden produceren van zaken werd het werkelijk voor iedereen mogelijk om eigen welvaart te verzamelen.

10. Wanneer er eigendom over een zaak bestond, stond het de eigenaar vrij om over zijn zaak te beschikken. De juristen die de Franse *Code civil* maakten, grepen daarvoor terug op het werk van Bartolus di Sassoferrato, die zich baseerde op het Romeinsrechtelijke eigendomsbegrip. Bartolus omschreef het eigendomsrecht als het recht over een zaak te beschikken naar believen(22), m.a.w. een zo ver mogelijk strekkende bevoegdheid. Zo schrijft de Franse 19e-eeuwse auteur Charles Demolombe bijvoorbeeld – in bevestigende zin – over de vraag of de eigenaar van een schilderij ook de bevoegdheid heeft dit in brand te steken(23). Dit juridisch liberalisme, dat geplaatst moet worden in de traditie van denkers als bijvoorbeeld Robert Pothier en John Locke, gaat uit van een instrumentele gedachte: het goederenrecht is een middel om een doel, namelijk het verkrijgen van welvaart, te verwezenlijken. Een, met andere woorden, utilitaristisch gedachtegoed. Op basis van Lockes theorie gaan sommigen overigens zelfs nog verder en ontwikkelden een libertijnse theorie van eigendom waarin eigendom een zogenaamd prepolitiek recht is, een recht dat iedereen heeft voordat er wetgeving gemaakt wordt(24). De link tussen politieke filosofie en eigendom is daarmee (hopelijk) duidelijk.

11. Met de opkomst van economische theorieën in de 19e en 20e eeuw kwam er een tweede link tussen het recht en de maatschappij. Niet alleen op basis van politiek-filosofische uitgangspunten, maar ook op basis van een

(22) R. FEENSTRA, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het privaatrecht* (Leiden: Brill Uitgevers, 1990), 40. Zie ook Bram AKKERMANS en William SWADLING in S. van Erp en B. Akkermans (ed.), *Text, Cases and Materials on Property Law, Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe* (Oxford: Hart Publishing 2012), 217-218.

(23) C. DEMOLOMBE, *Traité de la distinction des biens; de la propriété; de l'usufruit de l'usage et de l'habitation; I* (Paris: Auguste Durand/L Hachette et Cie, (4) 1870), nr. 544-545.

(24) G. ALEXANDER en E. PEÑALVER, *An Introduction to Property Theory* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 35 e.v. Zie ook F. VAN DUN, *Recht, Markt en Staat* (Lulu 2011).

economisch gedachtegoed – dat overigens ook zijn grondslag vindt in filosofisch gedachtegoed van bijvoorbeeld Adam Smith – werd het goederenrecht instrumenteel aan het verwezenlijken van een nieuw doel: welvaart door economische groei.

In 1947 kwamen een aantal economen samen in Mont Pélerin in Zwitserland om de grondslagen te leggen van wat het neoliberaal gedachtegoed zou worden. Deze economen, waaronder Friedrich Hayek en Milton Friedman, pleitten – geïnspireerd door de al genoemde marktdenker Adam Smith – voor vrije marktwerking en zo weinig mogelijk overheidsbemoeienis(25). Economische groei, uitgedrukt in het bruto binnenlands product, werd daarbij het uitgangspunt. Het privaatrecht, en het eigendomsrecht in het bijzonder was het middel om hiertoe te komen. Eigendom werd, meer dan ooit, statussymbool voor welvaart, vrijheid en met name de prikkel om te handelen. Rechtseconomen zoals Ronald Coase en Richard Posner bouwden hier op voort en vestigden de aandacht op het goederenrecht als stelsel van transacties(26). De overdraagbaarheid en overdracht van goederenrechtelijke rechten kreeg daarmee de overhand. In 2018 is de meest bekende voorstander van een dergelijke analyse wellicht Henry Smith uit Harvard, met een analyse van de transactionele aspecten ('het besturingssysteem') van het goederenrecht. In de analyse van Smith draait het besturingssysteem om de kosten die betrokken zijn bij een transactie. In essentie geldt daarbij de regel dat indien de baten van een transactie hoger zijn dan de daarmee gemoede kosten, dan heeft het zin een dergelijke transactie toe te laten en zelfs aan te moedigen. Dat geldt voor de regels van overdracht, maar ook voor het aantal en de inhoud van de catalogus van goederenrechtelijke rechten.

12. Tegenover de rechtseconomische analyse van Smith staat een groep 'progressieve' goederenrechtelijke juristen die zich niet op een enkele economische maar opnieuw op rechtsfilosofische grondslagen baseren(27). Het gaat hen daarbij om het doel van het goederenrecht in de maatschappij. Niet alleen in descriptieve zin, zoals vaak bij rechtseconomen het geval is die willen verklaren waarom het huidige recht is zoals het is, maar ook in meer normatieve zin, door invulling te geven aan de doelstellingen van het recht in de maatschappij(28). Zo vestigt Joseph Singer de aandacht op

(25) Overigens hebben zowel v. Hayek als Friedman zich later kritisch uitgelaten over de politieke toepassing van hun economische ideeën. Zie D. STEDMAN JONES, *Masters of the Universe: Hayek, Friedman and the Birth of Neoliberal Politics* (Woodstock: Princeton University Press 2012); K. RAWORTH, *Doughnut Economics*, 66-68.

(26) Zie R.H. COASE, "The Problem of Social Cost", 3 *J. Law & Economics* 1960, 7 = doi.org/10.1086/674872; R. POSNER, *Economic Analysis of Law* (Boston: Little Brown 1973); G. ALEXANDER en E. PEÑALVER, *An Introduction to Property Theory*, 11 e.v.

(27) G. ALEXANDER, E. PEÑALVER, J. SINGER en L. UNDERKUFFLER, "A Statement of Progressive Property", 94. *Cornell LR* 2009, 743.

(28) Zie over deze tegenstelling G. ALEXANDER, E. PEÑALVER, *An Introduction to Property Theory*, 11.

gelijkheid en democratie als constitutionele hoofddoelen en toont hij aan hoe de regels van goederenrecht, bijvoorbeeld bij de verdeling en herverdeling van eigendom van grond een rol kunnen spelen. Als gelijkheid het doel is, zo verdedigt Singer, dan dienen de regels van het goederenrecht in een constitutioneel perspectief geplaatst te worden.

13. Singer verwijst hiervoor naar de bekende zaak-*Kelo*, waarin een groep burgers bezwaar maakte tegen een onteigening van hun woonwijk. De stad New London in de staat Connecticut wilde deze woonwijk onteigenen om farmaciebedrijf Pfizer over te halen om zich te vestigen. Onteigening, met andere woorden, voor een privaat gebruik en niet voor publiek gebruik⁽²⁹⁾. Het Amerikaanse *Supreme Court* oordeelde dat het geoorloofd was in dit speciaal publiek belang te onteigenen als de onteigening ten goede kwam aan de ontwikkeling, lees groei, van de lokale economie⁽³⁰⁾. Singer betoogt dat deze beslissing onjuist was omdat het niet alleen gaat om de transactie, i.e. de overdracht van eigendom van de grond van private burgers via de overheid naar een andere private partner die voor economische groei zal zorgen, maar vooral over de vraag hoe wij het eigendomsrecht van grond zien. Het hebben van eigendom van grond omvat het recht om anderen uit te sluiten en zelf waarde aan de grond te onttrekken, maar – zo benadrukt Singer – ook om het uitoefenen van het eigendomsrecht in de context van de rechten van andere grondeigenaren⁽³¹⁾. De context, ook wel de gemeenschap, waarin wij onze rechten uitoefenen is daarmee voor Singer van groot belang. Deze gemeenschap geeft volgens Singer ook invulling aan de wijze waarop eigendomsrechten moeten worden uitgeoefend en, in het geval *Kelo*, gerespecteerd. De essentie, zo betoogt Singer, is daarmee een normatieve vraag hoe een eigenaar zijn bevoegdheden kan en moet uitoefenen in een democratische context⁽³²⁾.

14. Het is met name Gregory Alexander, eveneens een Amerikaanse auteur, die de nadruk vestigt op de positieve plichten die bij het eigendomsrecht horen⁽³³⁾. Alexander put daarmee in eerste instantie inspiratie uit het

(29) De zaak *Kelo* betreft wel nog altijd onteigening in het publiek belang, zie hierover, uitvoerig, B. HOOPS, *Expropriation. A Comparative Law and Governance Analysis* (Kaapstad: Juta 2017), 302 e.v.

(30) Zie voor een overzicht van de kritiek op deze beslissing B. HOOPS, *Expropriation, A Comparative Law and Governance Analysis*, 303-304.

(31) J. SINGER, “Property as the Law of Democracy”, 63 *Duke Law Journal* 2014, (1287) 1321-1323.

(32) J. SINGER, 63 *Duke Law Journal* 2014, (1287) 1321.

(33) Alexander is niet de eerste, maar op dit moment wel een van de meest invloedrijke goederenrechtelijke juristen in het wereldwijde debat over de rol van het goederenrecht. Zie zijn meest recente werk G. ALEXANDER, *Property en Human Flourishing* (Oxford: Oxford University Press 2018). Zie ook J.H. GILISSEN, *Eigendomsrechten en eigendomslichten* (Tilburg 1946); F. VAN NESTE, “Eigendom morgen”, *TPR* 1983, 479, tpr.be/logging/logpdf.php?file=content/1983/1983-479; C.J.H. JANSSEN, “Het eigendomsrecht en het gemeenschapsdenken”, 25. *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 2008, (1) = www.rug.nl/research/portal/files/2701412/1_cj_jansen1.pdf.

Duitse constitutionele goederenrecht en veelal Zuid-Amerikaanse theorieën over de sociale functie van het eigendomsrecht(34). Alexander grijpt voor zijn eigen theorie terug op Aristoteles en Thomas van Aquino en stelt dat het goederenrecht niet alleen bestaat om exclusiviteit en economische welvaart te geven, maar om welzijn voor iedereen, dus voor individuen én de gemeenschap te verwezenlijken. Hierin onderscheidt Alexander zich van de andere meer economisch geïnspireerde benaderingen omdat hij de doelstelling van het privaatrecht verbreedt door ook de rechten van anderen en het belang van de gemeenschap bij de individuele eigendom te betrekken(35).

Er wordt, met andere woorden, van mening verschild over de doelstellingen van het goederenrecht. De gangbare, meer privaatrechtelijke geïnspireerde gedachte, is om eigendom als individualistisch recht te zien, waarbij waarde-verkrijging, waarde-vermeerdering en individuele welvaart uitgangspunt zijn(36). Een afwijkende en meer progressieve gedachte die met name in Amerikaanse literatuur snel aan kracht wint, is meer publiekrechtelijk geïnspireerd en brengt naast de privaatrechtelijke opvatting een aanvullende context van welzijn en gelijkheid die daar invloed op heeft(37).

15. In het kader van de duurzaamheidsgedachte is dit een zeer interessante discussie. De duurzaamheidsdoelstellingen gaan immers over welzijn van onszelf en allen om ons heen. We staan, zo betoog ik, daarmee voor een fundamentele keuze: blijven wij vasthouden aan een zuiver privaatrechtelijk geïnspireerd begrip, of zijn wij bereid om deze of een deel van deze doelstellingen in ons goederenrecht te internaliseren? Met klimaatverandering, de eindigheid van fossiele brandstoffen en toenemende ongelijkheid in de wereld, alsook de (al dan niet morele) verplichtingen die wij zijn aangegaan in het kader van het bereiken van de VN-doelstellingen, ligt een keuze voor de tweede optie voor de hand.

(34) De Zuid-Amerikaanse theorieën zijn op hun beurt gebaseerd op het werk van de Franse jurist Léon Duguit. Zie L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon* (Paris: Félix Alcan (2) 1912). Zie hierover, en voor verdere verwijzingen, M. MIRROR, "The Social Obligation Norm of Property: Duguit, Hayem, and Others", 22 *Florida Journal of International Law* 2010, 191.

(35) G. ALEXANDER, "Property's Ends: The Publicness of Private Law Values", *Cornell Law School Research paper No 14-13* (2014), ssrn.com/abstract=2414119.

(36) Zie zo ook T. STRUYCKEN, *De numerus clausus in het goederenrecht* (Deventer: Kluwer 2007), 236.

(37) Het vernieuwende in dit debat is dat deze progressieve auteurs bereid zijn het eigendomsrecht in zijn essentie te heroverwegen. Het gaat daarmee niet alleen over de context waarin het recht van eigendom moet worden uitgeoefend, maar ook om een wezenlijke andere conceptie van het recht zelf. Zie bv. G. ALEXANDER en E. PEÑALVER, *An Introduction to Property Theory*, 80 e.v., maar ook bijvoorbeeld D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, 614 e.v.

III. PRIVAATRECHT EN DUURZAAMHEID

16. Het gaat bij duurzaamheid niet alleen over ecologische duurzaamheid, zoals het behoud en beheer van bossen of wateren, maar in zijn geheel over de wijze waarop wij met de aarde omgaan. De 17 VN duurzaamheidsdoelstellingen hebben daardoor niet enkel betrekking op deze ecologische aspecten, zoals gezond drinkwater, schone energie, en het stoppen van de klimaatverandering, maar ook op (1) bestuurlijke aspecten, waarbij gelijkheid en democratie voorop staan, en (2) economische aspecten, waarbij duurzame economische groei, te bepalen op basis van nieuwe economische inzichten zoals de ‘donut’ van Kate Raworth, waarvan iedereen zou moeten kunnen profiteren voorop staat⁽³⁸⁾ (zie voor een verklaring van dit beeld de bespreking *infra* nr. 30).

De VN duurzaamheidsafspraken houden in dat wij allemaal bijdragen aan deze doelen: als overheid, als private sector, maatschappelijke organisaties en zelfs als burgers. Het uitgangspunt daarbij is dat we het niet van overheidswegen moeten laten komen maar dat we het alleen samen kunnen doen. Het goederenrecht zal hiervoor een groot deel van de bouwstenen moeten leveren. Immers, ons begrip van eigendom – van grond, maar ook bijvoorbeeld de eigendom van bedrijven door aandeelhouders – is cruciaal in de wijze waarop wij onze maatschappij hebben ingericht. Dat geldt voor zowel de civielrechtelijke als de *common law* systemen⁽³⁹⁾.

17. In de context van de duurzame ontwikkeling van het privaatrecht zijn in de afgelopen jaren door privatisten op een drietal belangrijke aspecten gewezen: (1) het belang van het gemeengoed (“*commons*”), (2) de circulaire economie en het circulair bouwen, en (3) de deeleconomie waarin dienstverlening belangrijker is dan eigendom.

A. COMMONS

18. In vroegere tijden, voor de Franse revolutie en de grote Europese codificaties, werden veel grond en diensten gemeenschappelijk beheerd. Natuurwetenschapper Fritjof Capra en jurist Ugo Mattei leggen er in hun boek *The Ecology of Law* de nadruk op hoe het eerdergenoemde neoliberal denken geleid heeft tot privatisering van wat voorheen gemeenschappelijk

(38) K. RAWORTH, *Doughnut Economics*, 243-245, 295 e.v. Zie in dit kader ook het recente pleidooi van meer dan 230 wetenschappers aan de Europese Commissie om te komen tot een rem op de economie om niet langer alleen maar van groeidoelstellingen uit te gaan: degrowth.org/2018/09/06/post-growth-open-letter/.

(39) Deze laatste kennen weliswaar geen technisch eigendomsbegrip, maar hanteren een *fee simple*, dat net zo goed als het eigendomsrecht het meest omvattende recht op een zaak is. Zie hierover S. VAN ERP, “Comparative Property Law”, in M. REIMANN en R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford: Oxford University Press 2006), 1043 e.v.

was. Ugo Mattei gebruikt daarbij het voorbeeld van de watervoorziening in Napels. Daar werd in de jaren 80 het waterleiding- en watervoorzieningsbedrijf geprivatiseerd met rampzalige gevolgen in waterkwaliteit en kosten voor gebruikers. Toen het Italiaanse parlement water door middel van wetgeving expliciet tot gemeen goed verklaarde, leidde Mattei een beweging om het Napolitaanse waterbedrijf opnieuw publiek te maken. Niet door onteigening, maar door als activistische aandeelhouder samen met andere mede-eigenaren/aandeelhouders de missie van het bedrijf van een winstoogmerk in publieke dienstverlening te veranderen(40). Een ander voorbeeld betreft de organisatie van supermarkten in Zwitserland, waarbij twee coöperatieve bedrijven (COOP en Migros) concurrenten buiten de markt houden en een met een duurzaam ondernemingsmodel duurzame producten, voedsel, maar ook andere zaken, aanbieden. Door haar coöperatieve vorm, zijn de klanten eigenaar van dit bedrijf en zorgen zo voor de doelstellingen van deze bedrijven, die – vanzelfsprekend – ook winst maken(41).

19. Gemeenschappelijke eigendom, waarbij een eigendomsrecht wordt gedeeld door een grote groep, of zelfs door iedereen, wint in de afgelopen jaren aan populariteit(42). Het gaat daarbij in de 21e eeuw niet om de gemeenschappelijke eigendom van productiemiddelen zoals in een communistisch stelsel, maar om samenwerking door burgers onderling of tussen burgers en overheden om veelal duurzame doelen te bereiken.

20. Een kort voorbeeld van een dergelijk initiatief. Bij mij in de buurt bouwen burgers samen aan een bakhuis, een gemeenschappelijke hout gestookte oven, die samen met een molen op hetzelfde perceel aan iedereen ruimte gaat bieden voor het bakken van eigen brood(43). Een gemeenschappelijke oven was in de middeleeuwen heel gebruikelijk in veel gemeenschappen. Immers, door houten huizen was het gevaar op brand groot en een stenen gebouw met een gemeenschappelijke oven bood veiligheid en schaalvoordeel(44). In 2018 gaat het om iets anders: om gemeenschap en gemeenschapszin en natuurlijk om duurzaam energiegebruik. Op een bakdag worden er mogelijk door 25 mensen brood gebakken in een oven die maar een keer hoeft te worden opgewarmd.

(40) F. CAPRA en U. MATTEI, *The Ecology of Law. Toward a Legal System in Tune with Nature and Community* (Oakland: Berrett-Koehler Publishers 2015), 164-167.

(41) Zie www.knmi.nl/kennis-en-datacentrum/uitleg/aardbevingen-door-gaswinning.

(42) Zie ook F. VAN NESTE, *TPR* 1983, 479 e.v.

(43) Zie molenmeterik.nl/wp/uitbreiding-molen/.

(44) Ook wel bekend als de *four banal*, omdat de dorpsbewoners verplicht waren de oven van de heer(lijkheid) te gebruiken en ervoor te betalen, zie F. DE BOUTARIC, *Traité des droits seigneuriaux et des matières féodales* (Toulouse: Jean-François Forest 1767), 379 = archive.org/embed/traitedesdroitsse00bout.

Dit burgerinitiatief past in een ontwikkeling die vrijwel overal ter wereld plaatsvindt. Journaliste Marjorie Kelly geeft andere voorbeelden van gemeenschappelijke windmolens, coöperatieve woongemeenschappen en grote bedrijven waarvan medewerkers mede-eigenaar zijn(45). De ontwikkeling van het gemeengoed gaat echter vele malen verder. Denk hierbij aan open source software en aan de ‘digital commons’, zoals YouTube en Wikipedia, waarin iedereen zijn eigen creatieve bijdragen kan leveren(46).

B. CIRCULAIRE ECONOMIE

21. Een tweede aspect van duurzame ontwikkelingen betreft de circulaire economie. De Ellen MacArthur Stichting omschrijft de circulaire economie als een gesloten systeem waarin producten en diensten worden uitgewisseld. Dit systeem is erop gericht om afval en vervuiling te voorkomen, producten en materialen in gebruik te houden en natuurlijke systemen te laten herstellen en gedijen(47). In Nederland is recent door Monica Chao-Duivis aandacht besteed aan de privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie(48). Het gaat dan met name om de regels van natrekking en bestanddeelvorming. Flexibilisering van de van oudsher starre regels biedt de mogelijkheid om bijvoorbeeld een gevel te vervangen door een nieuw exemplaar met hogere isolatiewaarden of zonnepanelen te plaatsen op een gebouw met verschillende eigendomsverhoudingen(49). Een gevel of zonnepaneel kan zo in eigendom van een ander zijn, wat ruimte maakt voor gezamenlijke initiatieven zoals collectieve zonnepanelen in een woonwijk, of het leasen van een gevel die aan de hoogste isolatiestandaarden voldoet.

22. In Nederland wordt hier aandacht voor gegenereerd door Architect Thomas Rau. Rau is bekend van zijn initiatieven op het gebied van circulair bouwen, met name het “Alliander”-gebouw dat volledig uitgerust is met een materialen-paspoort: een overzicht van alle materialen die in het gebouw zijn verwerkt en die – zo is het gebouw ontworpen – bij afbraak van het gebouw hergebruikt kunnen worden(50). Een meer recent initiatief van Rau is het Madaster, een poging om tot een soort kadastrale registratie van duurzame materialen te komen(51). In zijn boek *Material Matters* komt Rau samen met Sabine Oberhuber tot het voorstel om over te gaan tot een

(45) M. KELLY, *Owning our Future. The Emerging Ownership Revolution*, 147 e.v.

(46) Zie F. STADLER, *Digital Commons: A dictionary entry*, felix.openflows.com/node/137.

(47) Zie www.ellenmacarthurfoundation.org/circular-economy/overview/concept.

(48) M. CHAO-DUIVIS, “Privaatrechtelijke aspecten van de circulaire economie in het bijzonder circulair bouwen”, in 3 afleveringen: Deel 1 in 9. *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2017/139; Deel 2 in 10. *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2017/154; Deel 3 in *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2018/1.

(49) Zie M. CHAO-DUIVIS, *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2017, 1036; P. VAN DER PLANK, *Natrekking door Onroerende Zaken* (Deventer: Kluwer 2016), 126 e.v.

(50) Zie www.rau.eu/portfolio/liander.

(51) www.madaster.com.

beklemrecht in plaats van eigendom. Het idee daarachter is dat de materialen in gebruiksrecht zijn en niet in eigendom. Op die manier kunnen ze terug naar een eigenaar die ze kan hergebruiken of omvormen tot andere duurzame materialen(52).

23. De gedachten over duurzaamheid en circulariteit komen ook terug in de juridische literatuur. Arie Mes en Hendrik Ploeger leggen in hun preadvies aan de Nederlandse Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie (KNB) de nadruk op de regels voor natrekking en pleiten voor flexibilisering door toelating van de partijautonomie(53). In de 21e eeuw is er volgens deze auteurs behoefte om de rechtspraktijk meer ruimte te geven om in te spelen op nieuwe behoeften. Bijvoorbeeld voor wat betreft de natrekkingsregel voor het plaatsen van zonnepanelen, de circulaire economie en drijvende opstallen(54). Zeker waar het meervoudig ruimtegebruik betreft, kunnen de starre regels van het huidige goederenrecht soms ontwikkelingen in de weg staan. Mes en Ploeger pleiten daarom voor een driedimensionele eigendom(55). Ook Pernille van der Plank richt in haar proefschrift haar pijlen op de natrekkingsregels en pleit voor flexibilisering(56). Als meer partijautonomie wordt toegestaan, zo is de gedachte, wordt het mogelijk om tot nieuwe en creatieve oplossingen te komen. Van der Plank verkent de mogelijkheid van een goederenrechtelijk systeem dat geen ‘eenheidsbeginsel’ kent en waarbij bijvoorbeeld bakstenen in een huis in eigendom van iemand anders dan de eigenaar van de woning kunnen zijn(57).

C. DEELECONOMIE

24. De beklemrecht-constructie van Rau komt in de buurt van het derde aspect dat ik wil belichten: de deeleconomie. In de privaatrechtelijke discussie over de deeleconomie gaat het veelal om verbintenisrechtelijke aspecten. Immers, het gaat om dienstverlening van bedrijven aan burgers. In plaats van een zaak, zoals een auto, 80% van de tijd stil te laten staan, kan er veel

(52) T. RAU en S. OBERHUBER, *Material Matters. Het alternatief voor onze roofofbouwmaatschappij* (Haarlem: Bertram en De Leeuw Uitgevers 2016), 155 e.v. Dit boek is niet zonder kritiek, zie bv. K. DE DECKER, “Ook circulaire economie pleegt roofofbouw op paneet”, *Lowtech Magazine* (2018), www.lowtechmagazine.be/2018/07/kritiek-de-circulaire-economie-roofofbouw.html.

(53) A. MES, H. PLOEGER en B. JANSEN, “Eigendom van Onroerende zaken, met name natrekking (titels 1 en 3). Flexibele eigendomsverhoudingen in het vastgoedrecht”, in L.C.A. Verstappen (ed.), *Boek 5 BW van de toekomst. Over vernieuwingen in het zakenrecht* (Den Haag: KNB 2016), (145) 164.

(54) A. MES, H. PLOEGER en B. JANSEN, in *Boek 5 BW van de toekomst. Over vernieuwingen in het zakenrecht*, (145) 163-164, 166.

(55) A. MES, H. PLOEGER en B. JANSEN, in *Boek 5 BW van de toekomst. Over vernieuwingen in het zakenrecht*, (145) 196, 233-234. Zie hierover ook V. SAGAERT, “Volume-eigendom. Een verkenning van de verticale begrenzing van onroerende eigendom”, *TPR* 2009, 21 v.

(56) P. VAN DER PLANK, *Natrekking door Onroerende Zaken*, 126 e.v.

(57) P. VAN DER PLANK, *Natrekking door Onroerende Zaken*, 154-155, 240.

efficiënter gebruik van gemaakt worden door deze te delen met anderen of om te gebruiken om diensten aan anderen te verlenen. Het goederenrecht wordt hier naar de achtergrond geschoven omdat het om de dienst en niet om het recht op de zaak gaat. Veelal wordt in deze context zelfs het einde van het goederenrecht bepleit(58). Of als het einde van het goederenrecht dan niet wordt bepleit, dan wordt de eigendom gereduceerd tot de eigendom van de producent of aanbieder. De theorie is hier dat als het verdienmodel van de producent niet uitsluitend om de eenmalige verkoop van de zaak gaat, maar om een betaalmiddel waarbij periodiek betaald wordt, bijvoorbeeld een *private-lease* auto in plaats van een auto in eigendom, de producent dan duurzamere producten zal maken. Immers, hoe langer de zaak mee gaat, hoe meer inkomsten de producent kan genereren. Dat geldt ook voor een situatie waarin een huurder vervolgens zijn recht deelt met anderen in een deelproject, al dan niet via AirBnB of Uber(59).

25. Het privaatrecht, en het goederenrecht in het bijzonder, speelt daarmee een essentiële rol in het verwezenlijken van deze duurzaamheidsinitiatieven. Het lijkt er wel op dat de praktijk in dit geval vooruitloopt op de theorie(60). Het goederenrecht en eigendom wordt met veel gemak naar achteren geschoven ten faveure van het verbintenisrecht. Een ontwikkeling die natuurlijk al honderd jaar aan de gang is(61).

26. Dit lijkt mij niet verstandig, het goederenrecht kan een cruciale rol spelen in het verwezenlijken van de duurzaamheidsdoelstellingen als wij dit rechtsdomein eerder zien als een flexibele dan een gesloten gereedschapskist, als een dynamisch systeem eerder dan een statisch systeem.

27. Daarvoor moeten we het goederenrecht van nieuwe waarden voorzien, herijken als het ware, om de gedachte van duurzaamheid te internaliseren. Dat kan, zo wil ik laten zien, zonder het einde van het goederenrecht te bepleiten en zonder over te gaan op een zuiver gemeenschappelijk systeem waarbij niemand meer eigenaar is.

(58) Zie J. MERKIES, *European Voice* 6 maart 2012, www.politico.eu/article/the-end-of-ownership/.

(59) Al kan het delen van het eigendomsrecht natuurlijk in strijd zijn met de algemene voorwaarden van een deelplatform. Dit kan zeker afhankelijk zijn van wat voor een recht op een zaak rust. Het is duidelijk dat AirBnB verhuurders niet in strijd met hun eigen huurvoorwaarden mogen verhuren. Zie artikel 7.3.4 van de AirBnB algemene voorwaarden via www.airbnb.com.

(60) Zie, in diezelfde zin, M. CHAO-DUIVIS, *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2017, 915.

(61) Zie hierover R. LIBCHABER, "La recodification du droit des biens", in *Le Code civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire* (Paris: Dalloz/Lexis Nexis Litec 2004), 297 e.v.; B. AKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law* (Antwerpen: Intersentia 2008), 385 e.v.; Jens-Thomas FÜLLER, *Eigenständiges Sachenrecht?*, 2 e.v.

IV. NAAR EEN DUURZAAM GOEDERENRECHT

28. Het goederenrecht en het recht van eigendom in het bijzonder zijn traditioneel essentieel voor de persoonlijke ontwikkeling in de maatschappij. Het eigendomsrecht geeft vrijheid, is een statussymbool en is een prikkel om te handelen om meer waarde te verkrijgen, gefundeerd door een (neo) liberaal economisch systeem gericht op groei en welvaart⁽⁶²⁾. Het individu in ons systeem is houder van subjectieve rechten met het eigendomsrecht als meest omvattende recht uit de catalogus⁽⁶³⁾. Het recht van eigendom geeft exclusiviteit en met name de bevoegdheid om anderen uit te sluiten⁽⁶⁴⁾.

29. Onze huidige eigendom geeft, met andere woorden, de eigenaar de bevoegdheid om aan de zaak waarop het recht rust te ontnemen⁽⁶⁵⁾. In de meeste eenvoudige zin natuurlijk om te oogsten van eigen land, maar ook om dit eigen land zo te bemesten en te beplanten dat de grond uiteindelijk uitgeput zal zijn. Ook het gedrag van de grote Amerikaanse banken voorafgaand aan de financiële crisis van 2008 zou zo omschreven kunnen worden. Het gaat hier dan niet om materiële uitputting van de zaak, maar om de maximale uitwinning, en daarmee ook uitputting, van schuldvorderingen. Immers, daar kregen banken rechten van hypotheek in hun portefeuille, en deelden deze in stukken om ze voor zoveel mogelijk geld te verhandelen, waarna ze derivaten maakten van deze rechten en uiteindelijk zelfs derivaten verhandelden die niet meer direct aan een bepaald hypotheekrecht en dus aan een bepaalde zaak verbonden waren⁽⁶⁶⁾. Het resultaat is reeds benoemd: deze bubbel implodeerde en miljoenen mensen verloren tijdens de crisis hun huis⁽⁶⁷⁾.

(62) M. CHAO-DUIVIS, *Tijdschrift voor Bouwrecht* 2017, 1041: “het hebben van eigendom is lange tijd wezenlijk geacht voor de maatschappij, zoals wij die kennen. Het geeft vrijheid, status, wordt beschouwd als prikkel om te handelen en wordt geacht om op bepaalde manieren verantwoordelijk te handelen?” Zie over de liberale grondslagen van het goederenrecht: W. WIEGAND, “Die Entwicklung Des Sachenrechts”, 190. *AcP* 1990, 112 e.v.; A. BÜRGE, *Das Französische Privatrecht im 19 Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann 1991), 3-63; A.J. VAN DER WALT, “Bartolus se omkrywing van dominium an die interpretasie daarvan sedert die vyftiende eeu”, *Tydskrif vir hedendaagse Romeins-Hollandse reg* 1986, 30 e.v.

(63) T. STRUYCKEN, *De numerus clausus in het goederenrecht*, 236.

(64) Artikel 5:1 Nederlands BW, Artikel 544 Belgisch BW. Er is in de rechtsleer toenemende kritiek op deze exclusiviteit, die steeds meer gerelativeerd moet worden. Zie D. GRUYAERT, *De exclusiviteit van het eigendomsrecht*, 632 e.v.

(65) M. Kelly noemt dit *extractive ownership* (M. KELLY, *Owning our Future. The Emerging Ownership Revolution*, 11-12). Zie ook Fritjof CAPRA en Ugo MATTEI, *The Ecology of Law. Toward a Legal System in Tune with Nature and Community*, 6-7, die de moeilijkheid van het afsluiten van een erf door de eigenaar benoemen.

(66) Zie M. KELLY, *Owning our Future. The Emerging Ownership Revolution*, 78-79.

(67) Zie www.nbcnews.com/id/42881365/ns/business-personal_finance/t/no-end-sight-foreclosure-quagmire/; L. CORNELIS, *Finance and Law: Twins in Trouble* (Antwerpen: Intersentia 2015).

30. Het is duidelijk voor velen dat na de financiële crisis dit niet zo door kan gaan. Econome Kate Raworth biedt als een van de eersten antwoord door niet economische groei, maar duurzaamheid als uitgangspunt te nemen. Haar model, dat “*doughnut economics*” heet, gaat uit van een bandbreedte (de donut) waarbinnen wij onze economie en transacties uitvoeren op een duurzame wijze. De ondergrens, het gat van de donut, is daarbij een basis van sociale grondrechten, de bovengrens een ecologisch plafond(68). Raworths hoofdpunt is dat groei en winst prima zijn, maar dat excessieve groei en excessieve winst meer problemen brengen dan zij oplossen(69).

31. De link tussen onze economische grondbeginselen en het privaatrecht, het goederenrecht in bijzonder, is duidelijk. Een andere economische grondslag kan dan ook invulling geven aan een andere wijze waarop we onze goederenrechtelijke regels inzetten. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan het eigendomsrecht, dat nu vooral een exclusieve gebruiksbevoegdheid geeft, maar dat ook zou kunnen worden ingezet in de context van een gemeenschap waarin het recht of een deel daarvan gedeeld wordt met anderen(70). Daarnaast is het ook mogelijk om de politiek-filosofische grondslagen in te zetten voor eenzelfde doel. Als het doel van het goederenrecht niet in het utilitarisme, d.w.z. welvaart en winstmaximalisatie, ligt, maar in welzijn voor onszelf, maar ook voor onze gemeenschap, verandert ons perspectief aanzienlijk. Tussen utilitarisme en welzijn is geen echte tegenstelling, want welvaart is onderdeel van welzijn, maar wel een verschil in perspectief: Gregory Alexanders theorie over welzijn gaat niet alleen over het individu maar ook over de gemeenschap(71).

32. Welzijn betekent binnen de bandbreedte blijven om – aan de onderkant – iedereen recht op fundamentele basisvoorzieningen te geven en – aan de bovenkant – niet excessief maar generatief met onze grondstoffen en materialen om te gaan; in de reeds genoemde terminologie van journaliste Marjorie Kelly geen extractief goederenrecht maar een regeneratief goederenrecht: een stelsel van dogmatiek en technische regels dat de bouwstenen levert om gevolg te kunnen geven aan het uitgangspunt van welzijn(72).

33. Hoewel ons goederenrechtelijke stelsel op andere grondslagen is ingericht, zijn dit geen idealen die geheel vreemd zijn aan ons goederenrechtelijke stelsel. Het is waar dat het eigendomsrecht het meest omvattende

(68) K. RAWORTH, *Doughnut Economics*, 51; zie ook haar optreden in Pakhuis de Zwijger via dezwijger.nl/programma/kate-raworths-doughnut-economics.

(69) K. RAWORTH, *Doughnut Economics*, 53-60.

(70) Zie R. DYAL-SHAND, 46 *Connecticut Law Review* 2013, 647 e.v.

(71) G. ALEXANDER en Eduardo PEÑALVER, *An Introduction to Property Theory*, 80 e.v. De gemeenschap speelt een cruciale rol in het denken over duurzaamheid, immers de duurzaamheidsdoelstellingen moeten we samen bereiken.

(72) Kelly noemt dit ‘*regenerative ownership*’, maar deze benadering heeft natuurlijk betrekking op het hele goederenrechtelijke stelsel.

individualistische recht is, dat vooral het ontnemen voor eigen gebruik mogelijk maakt, maar er zijn verschillende andere plaatsen waar het goederenrecht op een andere wijze functioneert.

Het wellicht meest voor de hand liggende voorbeeld hiervan is de onderhoudsplicht van de vruchtgebruiker. Hij die een goed van een ander in vruchtgebruik heeft, wordt geacht dit niet alleen in gebruik te hebben, maar ook om dit te bewaren en te onderhouden zodat de waarde van het goed behouden blijft(73). Een ander voorbeeld van hetzelfde verschijnsel vinden we in het concept van de zaakwaarneming, waar iemand zonder voorafgaande verplichtingen een zaak voor de ander bewaart en onderhoudt totdat die zaak wordt teruggegeven(74). De eigenaar van een heersend erf dient de door hem aangebrachte gebouwen of werken op het dienende erf te onderhouden en geschikt te houden voor de uitoefening van de erfdienstbaarheid(75). Een ander voorbeeld is de rechtsverhouding tussen appartementseigenaren, die tegen elkaar verplicht zijn de inrichting van grond en gebouw in stand te houden, of de aansprakelijkheid voor burenhinder die ontstaat door het veroorzaken van overmatige hinder(76).

De gedachte, met andere woorden, dat wanneer iemand een zaak van een ander in gebruik heeft, hij daarmee duurzaam omgaat met het oogmerk om de zaak in de best mogelijke staat aan de eigenaar terug te laten komen zit al deels in het DNA van het goederenrecht of wordt – op andere plaatsen – in de goederenrechtelijke rechtsverhoudingen gelezen(77).

34. Niet in het privaatrechtelijke goederenrecht, maar in het constitutioneel goederenrecht, is er al langer aandacht voor de doorwerking van fundamentele beginselen. Hierbij gaat het in onze context met name om artikel 1 van het eerste protocol bij het Europese Verdrag voor de Bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM). Daar introduceerde het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in 2002 een positieve verplichting voor de overheid om de eigendom van haar burgers te beschermen(78). Het ging in deze zaak om de veiligheid van iemand die illegaal onderaan een

(73) Zie bijvoorbeeld art. 3:213 Nederlands BW, art. 578 Belgisch BW. Dit voorbeeld is niet perfect, omdat de vruchtgebruiker nog altijd een ieder kan uitsluiten van zijn genot van de zaak, maar de duurzaamheidsgedachte tussen de eigenaar en houder van het beperkt recht is wel aanwezig.

(74) Zaakwaarneming kent zijn oorsprong in de Romeinsrechtelijke *negotiorum gestio*. Art. 1372 e.v. Belgisch Burgerlijk Wetboek en art. 6:196 Nederlands BW.

(75) Art. 5:75 Nederlands BW.

(76) Art. 5:108 Nederlands BW, Artikel 544 Belgisch BW; V. SAGAERT, B. TILLEMAN en A.L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek, Goederen- en bijzondere overeenkomstenrecht* (Antwerpen: Intersentia (3) 2013), 50 e.v.

(77) Zie bijvoorbeeld Rb. Limburg, 29 maart 2017, zaaknummer 5445461 \ CV EXPL 16-8550.

(78) EHRM (Grote kamer) 30 november 2004, *Öneryıldiz / Turkije* zaak nr 48939/99, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67614>.

vuilnisbelt woonde en door een methaan-explosie en de daarmee gepaarde gaande afvallawine de woning – niet meer dan een paar golfplaten – verloor. Ondanks zijn illegale verblijfplaats was zijn ‘recht’ volgens het Hof toch het beschermen waard. De veiligheid van het gebruik en genot van iemands eigendom is daarmee niet alleen de verantwoordelijkheid van de eigenaar, maar ook van de staat. Eigendom is, naast een privaatrechtelijke bevoegdheid, ook een grondrecht dat door de overheid gefaciliteerd en beschermd dient te worden. Datzelfde geldt natuurlijk voor grondeigenaren wiens grond en huis in gevaar zijn door de stijgende zeespiegel als het gevolg van klimaatverandering.

35. Het is de combinatie van deze reeds bestaande aanknopingspunten die de weg opent voor de herijking van ons goederenrecht: de nieuwe waarden waarop wij een duurzaam goederenrecht baseren zijn die van duurzaamheid en duurzame ontwikkeling. Een donut van waarden, waarbinnen het goederenrecht de bouwstenen levert.

36. De belangrijkste waarde is welzijn voor onszelf en de gemeenschap om ons heen. Het idee is dat wij met materialen op een verantwoorde wijze omgaan door ze niet te *verbruiken*, maar door ze te *gebruiken*, met het oogpunt op hergebruik. Dat kan niet alleen een verplichting van overheidswege zijn, maar moet in het goederenrecht worden geïnternaliseerd. Het goederenrechtelijke middel daarvoor bij uitstek is de goederenrechtelijke verplichting, de *obligatio propter rem*. De inhoud daarvan komt dan alleen niet uit de afspraken tussen private partijen, maar vanuit een integrale denkwijze waarin publiek en privaatrecht met elkaar samenwerken om de duurzaamheidsdoelstellingen te verwezenlijken(79).

37. André van der Walt maakte in 2012 een briljant ‘algoritme’ voor de ontwikkeling van het goederenrecht in post-apartheid Zuid-Afrika(80). In Zuid-Afrika staat het goederenrecht voor een enorme uitdaging om meer sociale gelijkheid en welvaart voor iedereen te verwezenlijken. Als eerbetoon aan zijn werk en zijn leven als zeer vooruitstrevend wetenschapper, gebruik ik zijn methode om een algoritme voor de ontwikkeling van een duurzaam goederenrecht voor te stellen. Ik baseer mij hiervoor op de hier-

(79) Een andere, minder geschikte oplossing zou de kwalitatieve verplichting zijn. Deze is in mijn optiek minder geschikt omdat het een om een plicht gaat die buiten het goederenrechtelijk recht zelf bestaat. Zie hierover V. SAGAERT, “Kwalitatieve Verbintenissen in het Nederlandse en Belgische Recht”, in J.M. Smits (Red.), *Inhoud en werking van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht* (Antwerpen: Intersentia 2005), 341 e.v.; V. SAGAERT, “Het goederenrecht als open systeem van verbintenissen? Poging tot een nieuwe kwalificatie van de vermogensrechten”, *TPR* 2005, 983 e.v.

(80) De term ‘algoritme’ is van Van der Walt zelf en moet worden gezien als een methode op basis waarvan tot een herziening van het goederenrecht kan worden gekomen (A.J. VAN DER WALT, *Property and Constitution* (Pretoria: Pretoria University Press 2012), 23-24).

boven uitgewerkte ideeën, die ik aanvul om waar nodig tot een systematisch voorstel te komen(81).

1. Er is één systeem van recht, waarin het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht niet bestaat.
2. Duurzaamheid is het uitgangspunt en organisatiebeginsel dat ten grondslag ligt aan de ontwikkeling van ons recht. De VN-duurzaamheidsdoelstellingen zijn de meest recente uiting hiervan en geven als hoogste rechtsbron richting aan de ontwikkeling van ons recht.
3. De theoretische basis voor ons goederenrecht is welzijn (“*human flourishing*”). Een zgn. *donut*-economie is een uitgangspunt voor economische groei en ontwikkeling.
4. Het goederenrecht, of het nu wetgeving, gewoonrecht of jurisprudentie is, geeft uitvoering aan duurzaamheid en duurzame ontwikkeling.
5. Goederenrechtelijke rechten, in het bijzonder de eigendom, worden niet alleen als een individualistisch recht gezien, maar ook als een recht met de verplichting om de zaak waarop het recht rust te bewaren voor de toekomst, d.w.z. generatieve eigendom in plaats van extractieve eigendom.
6. Beperkte goederenrechtelijke rechten zijn afgeleid van een meer omvattend recht, en bevatten daarmee dezelfde generatieve verplichting als het eigendomsrecht waaruit zij zijn afgeleid.
7. Bestaande goederenrechtelijke rechten worden gerespecteerd en beschermd, in zoverre zij niet in strijd zijn met de duurzaamheidsgedachte uit de bovenstaande punten.
8. De wetgever dient wetgeving te maken die uitvoering geeft aan de VN-doelstellingen.
9. De uitvoerende macht maakt beleid om deze doelstellingen te waarborgen en te promoten.
10. De rechterlijke macht heeft als doelstelling om bestaande wetgeving en bestaande rechtsverhoudingen zo te interpreteren dat zij in lijn met de duurzaamheidsdoelstellingen komen.
11. Wetgeving en rechtsverhoudingen die niet voldoen aan deze concrete doelstellingen en het door de overheid gemaakte beleid kunnen niet voortbestaan.
12. De taak van academici is om uit te vinden hoe wetgeving gemaakt, veranderd en geïnterpreteerd kan worden in de context van de duurzaamheidsdoelstellingen.

38. Met alle internationale afspraken over duurzaamheid bestaan nog steeds de nationaal georiënteerde en ontwikkelde privaatrechtelijke sys-

(81) Het Algoritme van Van der Walt ziet op de transitie naar een democratisch Zuid-Afrika waarin plaats voor iedereen is om grond in eigendom te hebben. Mijn algoritme gebruikt dezelfde opzet, maar heeft een andere inhoud en doelstelling: de transitie naar een duurzaam goederenrecht.

temen(82). Er is daarmee sprake van een zekere incompatibiliteit tussen het internationale en nationale niveau. De noodzaak om gevolg te geven aan deze ontwikkelingen lijkt voor de hand liggend, maar is tot op heden minder evident gebleken. Dat is logisch want onze regels van privaatrecht zijn gemaakt om met de tijd mee te gaan en om toepasbaar te zijn op verschillende en nieuwe situaties. Tegelijkertijd, zo heb ik willen laten zien, is het privaatrecht ook dienstbaar aan geldend economisch en filosofisch gedachtegoed. Door beide grondslagen aan te pakken, wordt het mogelijk het goederenrecht dienstbaar aan deze nieuwe gedachten te maken en om met enige verve de regels van het goederenrecht te herijken.

Dat is wellicht heel abstract, dat kan wellicht ook niet anders aan het begin van het maken van nieuwe (rechts)theorie, maar in twee korte voorbeelden wil ik graag demonstreren wat mijn duurzaamheids-algoritme kan betekenen. Dit is daarmee tevens een aanzet voor een onderzoeks-agenda voor de komende jaren.

V. TWEE CASUSSEN IN HET KORT

A. EIGENDOM: GRONDEIGENDOM VAN DE NAM

39. In het noorden van Nederland wordt door de Nederlandse Aardolie Maatschappij (NAM) sinds 1959 geboord naar aardgas in de provincie Groningen en in de Noordzee. Voordat de concessie voor aardgaswinning aan de NAM gegund werd, bestond er veel discussie of dit een overheidsdienst – gas was voor algemeen nut voor iedereen – of een bedrijfsactiviteit – waarbij private bedrijven veel winst maken aan de winning van gas – zou moeten zijn(83). Er werd gekozen voor het geprivatiseerde model, waarvan de gevolgen bekend zijn: er werd zo veel naar gas geboord dat aardbevingen en daarmee gepaarde sociale onrust het gevolg zijn(84). De eigendom van de gasvelden en van het gas, al dan niet in de handen van de overheid, is tot op heden een extractief eigendomsrecht: de NAM en de Nederlandse staat verdienen zeer veel geld met het wegnemen van aardgas.

40. Dit past niet in het algoritme van het duurzaam goederenrecht. Welzijn betekent niet alleen winstgevendheid voor de NAM en inkomsten voor de Nederlandse staat, maar ook zorg voor de grond en de mineralen daarin en zorg voor zij die de grond bewonen. Dat betekent niet dat het wegnemen van gas niet mogelijk is, maar wel dat de belangen van bewoners en de

(82) Met het Parijse klimaatakkoord, de opvolger van de akkoorden van Johannesburg (2002) en Rio (1993), geldt in het privaatrecht nog altijd het markt-liberalisme - zie J. BLEWITT *Understanding Sustainable Development*, 21-23, 29-30.

(83) www.co2ntramine.nl/hoe-nam-macht-kreeg-nederlandse-aardgas.

(84) Zie Rb. Noord-Nederland 1 maart 2018, C/19/109028 / HA ZA 15/33.

gevolgen van aardbevingen mee moeten wegen in hoe de NAM met haar eigendom omgaat. Het is daarbij maar zeer de vraag of het reserveren van 18 miljard euro in een fonds om schadevergoeding uit te keren voldoende is. Immers, die 18 miljard hadden ook besteed kunnen worden aan het voorkomen van schade.

41. Een goederenrechtelijke verplichting van de eigenaar maakt het veel makkelijker de NAM of de Nederlandse Staat aan te spreken op de wijze waarop zij met haar eigendomsrecht omgaat. Als we een dergelijke verplichting als in het recht van eigendom betrokken beschouwen, kan het leerstuk van het misbruik van recht hier ook te hulp schieten. Het uitoefenen van een bevoegdheid die anderen buiten proportioneel schade berokkent, kan immers zeker een misbruik van recht zijn⁽⁸⁵⁾.

B. BEPERKTE RECHTEN: HYPOTHECAIRE KREDIETVERSTREKKERS

42. Een ander voorbeeld betreft het hypotheekrecht als beperkt goederenrechtelijk recht afgeleid uit een eigendomsrecht met positieve duurzaamheidsverplichting. Ook hier speelt welzijn een direct rol. De eigenaar maakt van zijn eigendomsrecht gebruik om zekerheid te stellen om het eigendomsrecht te verkrijgen: hij gaat een lening aan en vestigt bij eigendomsverrijking een recht van hypotheek. Het gaat hierbij niet alleen maar over een kredietovereenkomst, maar om een integraal product dat wordt aangeboden aan een cliënt waarbij de overeenkomst en het beperkt recht samen een geheel vormen⁽⁸⁶⁾. Verbintenisrechtelijke en goederenrechtelijke vragen spelen daarbij tegelijkertijd. Daarbij weet de eigenaar dat hij aan zijn verplichtingen zal moeten voldoen, omdat anders de geldverstrekker tot executie van zijn grond zal kunnen overgaan. Dat systeem bestaat en werkt al eeuwen. Wat in de afgelopen tientallen jaren anders is geworden is dat banken, gestuurd door een enorme druk om winstmaximalisatie van aandeelhouders en investeerders, leningen zijn gaan verstrekken aan mensen waarvan zij wisten of op zijn minst hadden moeten weten dat deze niet in staat zouden zijn om aan hun betalingsverplichtingen te voldoen⁽⁸⁷⁾. De druk om dit te doen was groot van overheidswege. Immers, iedereen zou in staat moeten zijn om zelf een huis in eigendom te verkrijgen.

43. Geavanceerde securitisatie-technieken hebben geleid tot een enorme investeringsbubbel, die in 2008 is geïmplodeerd omdat velen niet meer aan hun betalingsverplichtingen voldeden. De technisch juridische constructie

(85) ASSER/BARTELS/VAN VELTEN 5, *Eigendom en beperkte rechten* (Kluwer 2017), nr. 44, 46.

(86) Zie in deze zelfde zin de benadering van het HvJ, bijvoorbeeld in HvJ 17 juli 2014, *Morcillo & García / Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-169/14; E. RAMAEKERS, *Parties' Rights in Mortgage Proceedings after ECJ Rulings on Mortgage Enforcement Procedures*, dx.doi.org/10.2139/ssrn.2594766.

(87) Zie M. KELLY, *Owning our Future. The Emerging Ownership Revolution*, 87-98.

van Amerikaanse hypotheek, waarbij schuldenaars vaak onder hun gehele schuld konden uitkomen door het huis op te geven, heeft daaraan alleen maar bijgedragen(88). Banken, geduwd door hun aandeelhouders en investeerders, zijn massaal tot executie overgegaan. Immers, de winstgevendheid van de bank stond voorop en in een transactie van derivaten, gaat het niet meer over de persoon die oorspronkelijk een lening afsloot (de reële economie), maar om de handel op de financiële markt (de financiële economie).

44. Een eigendomsrecht dat een welzijnsverplichting bevat, geeft een dergelijke verplichting ook mee als van dat recht een beperkt recht wordt gemaakt. Een beperkt recht is immers afgeleid uit een meer omvattend recht(89). Bij executie van een beperkt recht van hypotheek betekent dat er dan een goederenrechtelijke verplichting bestaat om ook na te denken over het welzijn van de hypotheekgever. Joseph Singer beargumenteert zelfs, op basis van theoretische inzichten over het welzijnsdoel van het goederenrecht, dat een bank niet tot executie zou over mogen overgaan als zij willens en wetens een lening heeft verstrekt aan iemand waarvan zij wist dat terugbetaling onmogelijk zou zijn(90). Dat is geen heel rare gedachte in de context van duurzaamheid: in de financiële crisis blijken met name de coöperatieve banken succesvol geweest te zijn om hun hoofd boven water te houden(91). Deze banken hebben veelal niet kunnen deelnemen aan zeer risicovolle securitisaties, omdat aandeelhouders ook klanten van de bank zijn. De relatie tussen hypotheekgever en hypotheeknemer is daarmee leidend gebleven. Sommige banken hebben hun cliënten geholpen door bij-

(88) Dit betreft de zogenaamde *non-recourse debt*, waarbij een schuldeiser zich alleen op de onroerende zaak kan verhalen en niet op andere vermogensbestanddelen van de schuldenaar. Zie voor een overzicht, met name voor de financiële crisis: G.M. STEIN, "The Scope of the Borrower's Liability in a Nonrecourse Real Estate Loan", *55 Washington and Lee Law Review* 1998, 1207.

(89) Zie bijvoorbeeld Art. 3:8 Nederlands BW; B. AKKERMANS, "Concurrence of Ownership and Limited Property Rights", *ERPL* 2010, 271 e.v.

(90) Een zogenaamde *sub-prime* lening, zie J. SINGER, *63 Duke Law Journal* 2014, (1287) 1301-1302. Naar Nederlands en Belgisch recht is veel geschreven over de vraag of een dergelijke kredietovereenkomst in deze stelsels wel geldig zou kunnen zijn. Er is dan immers sprake van een onevenwichtige overeenkomst. Deze ontwikkelingen worden gestuurd door de Europese verplichtingen waaraan banken moeten voldoen. Zie Basel Committee on Banking Supervision, *Basil III: Finalising post-crisis reforms* (Bank for International Settlements, 2017), www.bis.org/bcbs/publ/d424.htm; *Addendum to the ECB Guidance to banks on non-performing loans: supervisory expectations for prudential provisioning of non-performing exposures* (Europese Centrale Bank, 2017), www.bankingsupervision.europa.eu/ecb/pub/pdf/guidance_on_npl.en.pdf/. Zie verder M. RONGEN, Cessie (Den Haag: Kluwer 2012), 918-932.

(91) Zie hierover, met name in de context van het Amerikaanse recht, M. KELLY, *Ownning our Future. The Emerging Ownership Revolution*, 40 e.v. Zie voor een Nederlands voorbeeld H. GROENEVELD, "Rabobank before, during and after the credit crisis", Working Paper 2015, [www.tias.edu/docs/default-source/Kennisartikelen/20150910-hg-tias-rabobank-before-during-and-after-the-credit-crisis-\(1\).pdf](http://www.tias.edu/docs/default-source/Kennisartikelen/20150910-hg-tias-rabobank-before-during-and-after-the-credit-crisis-(1).pdf).

voorbeeld tijdelijk de aflossing van de lening stop te zetten en alleen rente te ontvangen, om zo zoveel mogelijk executie te voorkomen⁽⁹²⁾.

45. Welzijn, met andere woorden, impliceert dat de relatie tussen houder van het primaire recht en houder van het beperkte recht overeind blijft. In dat kader zouden wij overigens ook het accessoriteitsbeginsel nieuw leven kunnen inblazen. De positieve verplichting van de eigenaar kan ook een positieve verplichting van de houder van een beperkt recht, zoals dat van hypotheek, meebrengen. De hypotheekhouder moet daarmee een ander oogmerk dan alleen maar winstgevendheid voorop te stellen.

VI. CONCLUSIES

46. Duurzaamheid en welzijn gaan hand in hand. De VN-duurzaamheidsdoelstellingen hebben tot doel ons welzijn, zowel individueel als gemeenschappelijk, te bevorderen. Dat zal niet in een keer lukken en ook niet morgen allemaal al bereikt zijn. Het is echter duidelijk dat het om meer dan alleen maar internationale verplichtingen voor staten gaat. Als we onze duurzaamheidsdoelstellingen willen bereiken of er op zijn minst ernstig werk van willen maken deze te bereiken, dan zal ook het privaatrecht en met name het goederenrecht zijn bijdrage moeten leveren.

47. Rechtszekerheid en langdurige rechtsverhoudingen zijn daarbij traditioneel de goederenrechtelijke uitgangspunten. Duurzaamheid staat dat helemaal niet in de weg. De kern van de zaak is meer, zo heb ik willen betogen, dat wij ons veel meer bewust moeten worden van de context van ons goederenrecht. Waarom hebben we de regels die wij hebben en waarom geven wij op een bepaalde manier invulling daaraan. Liberale en neoliberale grondslagen hebben in de afgelopen decennia de overhand gekregen, zo zeer dat wij allemaal wellicht zijn doorgeschooten in de wijze waarop wij met elkaar en met onze planeet omgaan. Vanzelfsprekend betekent dat niet alleen maar slechte zaken, maar vanuit een duurzaamheidsperspectief hebben we nog weinig goed kunnen doen.

Steeds meer concrete initiatieven met een uitdrukkelijke duurzaamheidsdoelstelling springen als paddenstoelen uit de grond. Buurtinitiatieven, al dan niet gesteund door energiemaatschappijen om schone energie, zoals zon, wind en warmte, te genereren, coöperatieve woongemeenschappen waarbij niet de grond maar alleen de gebouwen in eigendom van de bewoners zijn, en deelprojecten, al dan niet gefaciliteerd door deelplatforms.

⁽⁹²⁾ Het is precies deze gedachte van *responsible lending* die in de maatregelen na de financiële crisis gestalte heeft gekregen, zoals in de EU Richtlijn Woonkrediet (Rl. 2014/17/EU, data.europa.eu/eli/dir/2014/17/oj). Zie M. KELLY, *Owning our Future. The Emerging Ownership Revolution*, 38, 40-45.

48. Echter, de overkoepelende en theoretische grondslag om tot een duurzaam goederenrecht te komen, ontbreekt. Persoonlijke idealen, veelal ecologisch van aard, spelen daarbij vaak een rol, maar proberen allemaal te navigeren in het bestaande stelsel dat vooral gericht is op een individualistisch, en daarmee ook exclusief, eigendomsbegrip. De regels van het bestuursstelsel, d.w.z. de regels van verkrijging en verlies van eigendom, zijn er dan ook vooral op gericht om duidelijkheid te scheppen voor de eigenaar. Zo gelden het beginsel van de eenheid van een zaak, dat in het denken over de circulaire economie zo onder druk staat, de uitsluitingsbevoegdheid van de eigenaar, dat in het denken over delen zo onder druk staat, en de relatief makkelijke regels voor banken om over te gaan tot executie van hypotheek, om een zo efficiënt mogelijk systeem overeind te houden. Het is het hele stelsel van goederenrecht, de eigendom én beperkte rechten daarbij inbegrepen, alsook ook de procedures die daarmee samenhangen, dat geheel onder handen genomen moet worden.

49. Het idee om het goederenrecht overbodig te maken, door alles in de vorm van dienstverleningsovereenkomsten vorm te geven is niet de juiste weg. Herijking, dat wil zeggen, het integreren in ons systeem van nieuwe waarden, in dit geval het welzijn, door het conceptualiseren van een overeenkomstige goederenrechtelijke verplichting, brengt het goederenrecht naar de voorgrond. Zo hebben wij allemaal de plicht om na te denken over hoe we met onze spullen, zoals bijvoorbeeld onze huizen, omgaan. Daarmee leveren we de bouwstenen om samen te werken aan een duurzame economie waarin naast welzijn, economische groei voor iedereen en verdere ontwikkeling van nieuwe initiatieven centraal staan. Een theoretische fundering, zoals ik deze heb proberen te betogen, is daarvan slechts het begin.

SOMMAIRE

UN DROIT DES BIENS DURABLE: VERS UN RÉAJUSTEMENT DE NOTRE SYSTÈME DE DROIT DES BIENS

Compte tenu des changements climatiques croissants, de la fin inéluctable des combustibles fossiles et de l'inégalité grandissante dans le monde (occidental) ainsi que des obligations contractées par les pays dans le cadre de la réalisation des 17 Objectifs de développement durable fixés par les N.U., il s'avère nécessaire de procéder à un réajustement du droit des biens, c'est-à-dire d'y incorporer de nouvelles valeurs. De ce fait, s'impose, à présent plus que jamais, l'urgence de renforcer l'attention à prêter à la durabilité. Le droit des biens fournit les matériaux nécessaires pour modeler notre société et s'avère dès lors par excellence approprié pour donner forme à une vie en société durable.

Le réajustement de notre droit des biens requiert une prise de conscience du fait que notre droit des biens s'est construit sur un mode de pensée philosophique et économique libéral et néo-libéral. A cet égard, l'on peut songer aux tremblements de terre causés par l'extraction de gaz à Groningen et aux prêts hypothécaires consentis à des clients dont il est évident dès le départ qu'ils ne seront pas en mesure d'apurer leur dette.

Le choix d'un autre fondement philosophique permet au droit des biens de s'engager dans une voie nouvelle, non uniquement axée sur la croissance, mais sur l'utilisation de nos ressources pour nous-mêmes et pour les générations futures. Un nouveau fondement théorique est nécessaire sur base duquel peuvent fonctionner l'économie circulaire et l'économie participative, et sur base duquel peuvent prendre forme de nouveaux projets innovatifs et surtout durables. A cet égard, l'on peut songer à la mise en place collective de parcs à éoliennes, mais aussi à la construction et au partage durables de biens, par le biais ou non de plates-formes existantes.

Dès à présent, de nombreuses initiatives existent déjà au départ d'une utilisation durable des biens. Ces initiatives utilisent les règles actuelles du droit des biens. L'entreprise de partage d'autos Cambio, mais aussi l'achat et le placement en commun de panneaux solaires en sont des exemples. Les initiatives de cette sorte et les problèmes qu'elles rencontrent, comme par exemple les règles du droit des biens en matière d'accession, recueillent également une attention sans cesse croissante dans la littérature. Au même moment, il manque cependant une théorie globale permettant d'apporter, de façon systématique et cohérente, des solutions durables. Le développement d'un droit des biens durable requiert un ensemble de règles sur base desquelles les problèmes peuvent trouver une solution (un algorithme), une obligation de durabilité peut être inscrite dans le droit de propriété, le droit public et le droit privé étant envisagés ensemble pour une plus vaste évolution du droit. Sur base de cet algorithme, nous pouvons conclure de quelle façon nous pouvons interpréter nos règles actuelles et vérifier si ces règles actuelles peuvent subsister dans leur forme actuelle. Cet algorithme peut également être utilisé pour élaborer de nouvelles règles de droit des biens. Dans ce but, il faudra réajuster l'ensemble de notre système de droit des biens, le droit de propriété et les droits démembrés, de même que nos règles de procédure.

L'idée d'atteindre la durabilité en coulant le tout dans le moule de contrats de prestation de services, ne constitue pas la bonne voie. Le réajustement, c'est-à-dire l'intégration dans notre système de valeurs nouvelles, dans le présent cas, le bien-être, par la conceptualisation d'une obligation correspondante en droit des biens place ce droit des biens à l'avant-plan. De la sorte, nous avons tous l'obligation de réfléchir à la façon d'organiser nos biens, par exemple, nos maisons. Ce faisant, nous fournissons les matériaux pour coopérer à une économie durable où une place centrale est donnée, à côté du bien-être, à la croissance économique pour chacun et au développement de nouvelles initiatives.

ZUSAMMENFASSUNG

NACHHALTIGES SACHENRECHT: AUF ZU EINER ÜBERPRÜFUNG UNSERES SACHENRECHTLICHEN SYSTEMS?

Mit dem zunehmenden Klimawandel, der Begrenztheit der fossilen Brennstoffe, und der zunehmenden Ungleichheit in der (westlichen) Welt, wie auch den durch die Länder angenommenen Verpflichtungen im Rahmen der zu erreichen 17 VN-Nachhaltigkeitsziele ist es notwendig, das Sachenrecht anzupassen, d.h. mit neuen Werten zu versehen. Die Dringlichkeit, um jetzt die Nachhaltigkeit im Auge zu behalten, ist hierdurch grösser als je. Das Sachenrecht liefert die Bausteine, mit denen wir unserer Gesellschaft Form geben, und ist dadurch wie kein anderes geeignet, um uns allen die Möglichkeit zu geben, Gestalt zu geben an eine dauerhafte Gesellschaft.

Die Anpassung unseres Sachenrechtes verlangt die Einsicht, dass das Sachenrecht gestaltet wird durch liberales und neo-liberales, philosophisches und wirtschaftliches Gedankengut. Hierbei sollte man an die Erdbeben denken, verursacht durch Gasförderung in Groningen und an Hypothekendarlehen gewährt an Kunden, wovon im Voraus deutlich ist, dass sie nicht in der Lage sein werden, um ihre Schulden zu bezahlen.

Durch eine andere philosophische Grundhaltung zu wählen, kann das Sachenrecht einen neuen Weg betreten, der nicht nur dem Wachstum dient, sondern auch dem Gebrauch von Ressourcen zu Gunsten von uns selbst und den Generationen, die nach uns kommen. Eine neue theoretische Fundierung ist notwendig, auf deren Basis die Kreislaufwirtschaft und Teilökonomie funktionieren können und neuen innovativen und vor allen Dingen nachhaltigen Projekten Gestalt gegeben werden kann. Hierbei kann man an den gemeinsamen Bau von Windparks denken, aber auch an das nachhaltige Bauen und Teilen von Dingen, mit oder auch ohne Gebrauch von bestehenden Teilplattformen.

Im Moment gibt es bereits viele Initiativen, die ausgehen von dem nachhaltigen Gebrauch von Sachen. Diese Initiativen stützen sich auf die geltenden Regeln des Sachenrechts. Der *Carsharing*-Betrieb Cambio, aber auch der gemeinsame Ankauf und die Installation von Sonnenkollektoren sind hiervon Vorbilder. Diese Art von Initiativen, und die Probleme, die hiermit verbunden sind, wie zum Beispiel die sachenrechtlichen Regeln von Eigentumsbildung, wecken auch immer mehr Aufmerksamkeit in der Literatur. Zur gleichen Zeit mangelt es an einer umfassenden Theorie, um systematisch und kohärent Gestalt zu geben an nachhaltigen Lösungen. Für die Entwicklung eines nachhaltigen Sachenrechts ist ein Regelwerk notwendig, wodurch Probleme gelöst werden können (ein Algorithmus), mit einer positiven Nachhaltigkeitsverpflichtung im Eigentumsrecht, und mit gemeinsamer Sicht auf öffentliches und Privatrecht, um dieses Recht weiter zu entwickeln. Auf Grund dieses Algorithmus können wir entscheiden, auf welche Weise wir unsere geltenden Regeln interpretieren und beschließen, ob unsere Regeln noch in ihrer heutigen Form weiter gelten bleiben können. Dieser Algorithmus kann auch verwendet werden, um neue sachenrechtliche Regeln zu schaffen. Unser gesamtes sachenrechtliches System, das Eigentumsrecht und die beschränkten Rechte, wie auch unsere prozessrechtlichen Regeln müssen dafür geändert werden.

Die Idee, Nachhaltigkeit dadurch zu bekommen, dass man alles in der Form von Dienstleistungsverträge gießt, ist nicht der richtige Weg. Gründliche Überprüfung, das heißt das Integrieren von neuen Werten in unser System, in diesem Fall die Wohlfahrt, durch das Konzeptualisieren einer entsprechenden sachenrechtlichen Pflicht, bringt das Sachenrecht in den Vordergrund. So haben wir alle die Pflicht darüber nach zu denken, wie wir mit unseren Sachen, zum Beispiel unseren Häusern, umgehen. Hiermit liefern wir die Bausteine, um zusammen an einer nachhaltigen Wirtschaft zu arbeiten, wo neben Wohlfahrt ökonomisches Wachstum für jeden und weitere Entwicklung von neuen Initiativen zentral stehen.

SUMMARY

A SUSTAINABLE PROPERTY LAW: TOWARDS RECASTING OF OUR LAW OF PROPERTY?

With the increase in climate change, the finite nature of fossil fuels, and the growing inequality in the (Western) world, as well as the commitments entered into by the nations of this world in the context of the 17 United Nations Sustainable Development Goals, is it time to revalue our law of property – i.e. inject it with new values? Because of this question, the urgent need to heed the issue of sustainability is greater than ever. The laws relating to things provide the building blocks on the basis of which we mould our society – which is why they are eminently suitable for enabling us to mould a sustainable society.

Revaluing our property law requires the insight that this law was created on the basis of a liberal and neo-liberal philosophical and economic mindset. In this context, we need to consider the earthquakes caused by the extraction of gas in Groningen, and the mortgage loans granted to customers of whom it is clear from the outset that they will not be able to pay their debt.

By opting for another philosophical basis, property law can embark on a new pathway which is focused not only on growth, but also on the use of our resources for the benefit of ourselves and of the generations that follow us. A new theoretical framework is needed on the basis of which the circular economy and the shared economy could operate, and on the basis of which new, innovative and especially sustainable projects can be shaped. Here, we can consider not only the collective installation of windmill parks, but also the sustainable creation and sharing of goods - whether by using existing sharing platforms or by some other means.

There are currently already many initiatives which are based on the sustainable use of things. These initiatives avail themselves of the existing rules of property law. The car sharing firm *Cambio*, but also the communal purchase and installation of solar panels, are examples of this. These types of initiatives, as well as the problems they encounter – such as the property rules on accession - are receiving increasing attention in legal literature. At the same time, there is a lack of an all-embracing theory capable of systematically shaping a continuous system of coherent and sustainable solutions. The development of a sustainable system of property law requires a set of rules on the basis of which problems are capable of being solved – i.e. an algorithm – by which a solid sustainability requirement could be introduced in the law relating to property and under which the rules of private and of public law could be combined in order to develop the law further. On the basis of this algorithm we will be able to decide how we are to interpret our current rules, and whether our rules can continue to apply in their present form. Such an algorithm could also be used in order to create new property rules. Accordingly, our entire system of legislation relating to things and property rights, including the relevant restricted property rights, and our rules of procedure must be re-evaluated for this purpose.

The notion of achieving sustainability by pouring all the relevant rules into the mould of service provision contracts is not the right way to go about this. Revaluing them, i.e. integrating new values into our system – in this case general well-being

– by creating a relevant obligation under property law, brings the law relating to goods to the forefront. Thus we all have a duty to think about how we handle our possessions – such as, for example, our houses. Thus we can provide the building blocks that will enable us to work together in creating a sustainable economy in which, in addition to general well-being, economic growth for everybody and the continued development of new initiatives occupy a central place.

RESUMEN

UN DERECHO DE BIENES SOSTENIBLE: ¿EL CAMINO HACIA UNA RECALIBRACIÓN DE NUESTRO SISTEMA DE DERECHO DE BIENES?

Con el creciente cambio climatológico, los combustibles fósiles finitos y la creciente desigualdad en el mundo (occidental), al igual que las obligaciones contraídas por los países para alcanzar los 17 objetivos de desarrollo sostenible de la ONU, es preciso recalibrar el derecho de bienes, es decir proveerle de nuevos valores. Eso ha hecho que la urgencia de prestar atención ahora a la sostenibilidad sea mayor que nunca. El derecho de bienes suministra los elementos con los cuales damos forma a nuestra sociedad y, por eso, es adecuado por excelencia para permitirnos a todos dar forma a una sociedad sostenible.

La recalibración de nuestro derecho de bienes requiere comprender que el derecho de bienes se ha formado con un ideario filosófico y económico liberal y neoliberal. En este contexto, se puede pensar en terremotos provocados por la extracción de gas en Groninga y préstamos hipotecarios concedidos a clientes de los cuales se sabe desde el principio que serán incapaces de liquidar su deuda.

Optando por un fundamento filosófico diferente, el derecho de bienes puede seguir otra vía, que no sólo está orientada hacia el crecimiento, sino hacia la utilización de nuestros recursos para nosotros mismos y para las generaciones futuras. Hace falta un nuevo fundamento teórico que permita funcionar a la nueva economía circular y a la economía colaborativa, y que permita dar forma a nuevos proyectos innovadores y sobre todo sostenibles. A este respecto, se puede pensar no sólo en la construcción colectiva de parques de turbinas eólicas, sino también en la construcción sostenible y el uso compartido de cosas, ya sea a través de plataformas colaborativas existentes, ya sea a través de otras fórmulas.

Actualmente, ya existen muchas iniciativas que parten de una utilización sostenible de bienes. Estas iniciativas hacen uso de las reglas actuales de derecho de bienes. Ejemplos de ello son la empresa Cambio (uso compartido de coches), pero también la compra y la instalación comunes de paneles solares. Este tipo de iniciativas, y los problemas que encuentran, tales como, por ejemplo, las reglas de derecho de bienes de averiguación, reciben cada vez más atención también en la literatura. A la vez, falta la teoría global para continuar a dar forma a soluciones sostenibles de manera sistemática y coherente. Para desarrollar un derecho de bienes sostenible, hace falta una serie de reglas que sirvan de base para poder solucionar problemas (un algoritmo), que permitan vislumbrar una obligación de sostenibilidad positiva en el derecho de propiedad y que consideren conjuntamente el derecho público y el derecho privado para continuar a desarrollar dicho derecho. En base a ese algoritmo, podemos concluir de qué manera interpretamos nuestras reglas actuales y concluir si nuestras reglas todavía pueden mantenerse en su forma actual. Ese algoritmo también se puede utilizar para crear nuevas reglas de derecho de bienes. Por eso, hay que adaptar todo nuestro sistema de derecho de bienes, el derecho de propiedad y los derechos limitados, al igual que nuestras reglas de procedimiento.

La idea de realizar la sostenibilidad dando a todo forma de contratos de prestación de servicios no es la vía adecuada. La recalibración, es decir la integración en nuestro sistema de nuevos valores, en este caso el bienestar, a través de la concep-

tualización de una obligación análoga del derecho de bienes, coloca el derecho de bienes en primer plano. Así, todos tenemos la obligación de reflexionar sobre la cuestión de saber cómo tratamos nuestras cosas, tales como nuestras casas, por ejemplo. De esta manera, suministramos los elementos para contribuir juntos a una economía sostenible en la cual, además del bienestar, ocupan una posición central la expansión económica para todos y el desarrollo de nuevas iniciativas adicionales.