

# Huur als alternatief voor opstal en een concrete casus voor zonnepanelen

mr. B.J. van de Bunt MRE en mr. P.L. Visser<sup>1</sup>

**Inflexibiliteit, openbaarheid en transactiekosten kunnen in de praktijk redenen zijn om een alternatief te zoeken voor het vestigen van een recht van opstal. Huur kan in dat geval een alternatief zijn, ook al kan het niet belast worden met een zekerheidsrecht en doorbreekt het de natrekking van eigendom niet. In dit praktijkgerichte artikel wordt op een aantal kernelementen een vergelijking gemaakt tussen het recht van opstal en huur. Tevens wordt besproken hoe bij huur op alternatieve wijze zekerheid kan worden verstrekt aan financiers en wordt een huurcasus geconcretiseerd voor de exploitatie van zonnepanelen.**

## 1. Inleiding en relevantie

Degene die een tijdelijk recht van gebruik wenst te verkrijgen op andermans onroerende zaak, kan onder het Nederlandse recht gebruik maken van verschillende rechtsfiguren. Huur en opstal zijn daar twee van.<sup>2</sup> Deze rechtsfiguren worden in praktijk zelfs regelmatig in combinatie met elkaar gebruikt, waarbij opstal voorkomt als huurafhankelijke opstal of aan huur gekoppelde opstal.<sup>3</sup> Verschillende schrijvers<sup>4</sup> hebben al eens geconcludeerd dat een huurafhankelijke opstal juridisch gezien weinig toegevoegde waarde heeft. Dat geldt ook voor een aan huur gekoppelde opstal, ware het niet dat die wel een rol kan spelen in het kader van financierbaarheid. In tegenstelling tot een afhankelijke opstal, kan een gekoppelde – zelfstandige<sup>5</sup> – opstal namelijk worden bezwaard met een recht van hypotheek.

In deze praktijkgerichte bijdrage staat, in plaats van de combinatie, juist een vergelijking tussen opstal en huur centraal. Deze vergelijking wordt gemaakt aan de hand van de vraag hoe huur een alternatief kan zijn voor opstal. Wij besteden daarbij in het bijzonder aandacht aan financierbaarheid en concretiseren een casus voor zonnepanelen. Het betreft geen uitputtende vergelijking, maar een

vergelijking op een aantal – per paragraaf gerubriceerde – onderwerpen.

De relevantie van de vraag komt voort uit (niet-juridische) overwegingen als flexibiliteit, openbaarheid en transactiekosten die in de praktijk tot de vraag leiden of het vestigen van een opstal achterwege kan blijven.<sup>6</sup> Wij adviseren daar in de praktijk regelmatig over. Dat daarbij bijzondere aandacht geldt voor financierbaarheid is ingegeven door het feit dat, anders dan de hiervoor genoemde overwegingen (over het algemeen), financierbaarheid een harde voorwaarde kan zijn. Dit speelt bijvoorbeeld bij gesubsidieerde duurzaamheidsprojecten (zoals zonnepanelen) die op projectbasis worden gefinancierd. De verhouding tussen te investeren vermogen, risico en rendement dwingt tot een structuur waarbij een project extern *non-recourse* gefinancierd kan worden met een hoge *leverage*.<sup>7</sup> Daartoe is een financier alleen bereid als daar passende zekerheden tegenover staan.

## 2. Huur en opstal: de essentialia

Huur is in de wet omschreven als het verschaffen van gebruik van een zaak tegenover het voldoen van een tegenprestatie.<sup>8</sup> Terwijl opstal het recht geeft gebouwen, werken of beplantingen in eigendom te hebben of te verkrijgen in, op of boven een onroerende zaak.<sup>9</sup> Een tegenprestatie is bij opstal niet vereist, maar kan wel worden opgelegd (art.

1. Joris van de Bunt en Paul Visser zijn respectievelijk als kandidaat-notaris en advocaat werkzaam bij Loyens & Loeff N.V.  
2. Ten behoeve van de leesbaarheid worden de figuren recht van opstal en huur in deze bijdrage stevast aangeduid als 'opstal' en huur'.  
3. P.L. Visser & F.J. Vonck, *De toegevoegde waarde van het huurafhankelijke opstalrecht*, TvHB 2013/2, p. 82.  
4. O.a. P.L. Visser en F.J. Vonck (2013) en T.E. Booms, 'De oorsprong der soorten en het afhankelijke opstalrecht', WPNR 2015/7075, p. 757 e.v.  
5. In de zin van art. 5:101 lid 2 BW.

6. Overigens bestaan er ook niet-juridische overwegingen voor opstal, zoals de vraag wat in een situatie de marktstandaard is (geworden), de betrokkenheid van een (onafhankelijk) notaris.  
7. B.J. van de Bunt, *Financierbaarheid van zonneparken in Nederland*, Loyens & Loeff 2019, p. 31-32.  
8. Art. 7:201 lid 1 BW.  
9. Art. 5:101 lid 1 BW.

5:101 BW). Voor de totstandkoming van huur gelden de algemene vermogensrechtelijke bepalingen van boek 3 en boek 6 BW. Een opstal ontstaat door vestiging bij notariële akte gevolgd door de inschrijving van een afschrift daarvan in de openbare registers (art. 3:98 BW jo. art. 3:83 e.v.).

Deze wettelijke bepalingen laten zien dat de reikwijdte van huur een stuk ruimer is dan die van opstal. Zo kan huur in feite ook als een opstal worden omschreven door aan de huurder de bevoegdheid toe te kennen om gebouwen, werken of beplantingen aan te brengen in, op of boven het gehuurde. We kunnen dan echter niet in alle gevallen spreken van 'in eigendom hebben of verkrijgen' zoals dat bij opstal wel het geval is. Indien natrekking optreedt zal een huurder van diens aangebrachte zaken in juridische zin geen eigenaar blijven.<sup>10</sup> Met name over de vraag of sprake is van duurzame vereniging met de grond bestaat vanwege het thans nog geldende *Portacabin*-arrest<sup>11</sup> op voorhand niet altijd zekerheid.<sup>12</sup> Die zekerheid kan een opstal wel geven: door een opstal te vestigen behoudt de opstaller de eigendom van de betreffende zaken. Vindt geen natrekking plaats, dan is de opstaller altijd eigenaar gebleven. Aldus gaat bij opstal het adagium op: 'baat het niet dan schaadt het niet'. Overigens zij nog opgemerkt dat de vraag of sprake is van roerende of onroerende zaken een andere is die hier los van staat. Als er geen opstal wordt gevestigd, kan nog steeds sprake zijn van een onroerende zaak en als er wel een opstal wordt gevestigd, kan nog steeds sprake zijn van een roerende zaak.<sup>13</sup> De maatstaven voor de vraag of een zaak roerend of onroerend is zijn niettemin hetzelfde als voor natrekking (art. 3:3 lid 1 BW).

Maar is het optreden van natrekking nu wel altijd een probleem? Uiteindelijk is eigendom ook 'maar' een recht.<sup>14</sup> Als de huurder ondanks eventuele natrekking de rechten heeft die de huurder met betrekking tot die zaak voor zijn bedrijfsvoering nodig heeft, en als die rechten voldoende zeker zijn, zou dat voldoende kunnen zijn. Zo zal het er vooral om gaan dat de huurder bij uitsluiting van ieder ander gerechtigd blijft tot de vruchten en inkomsten, de beschikkingsmacht en eventuele vergoedingsrechten. Als dat gewaarborgd is, behoeft de huur-

der eigenlijk voor wat betreft het natrekkings-punt geen verschil te voelen met de situatie dat hij opstaller zou zijn. De vraag is natuurlijk of dat inderdaad wel helemaal zo is en wat eventueel de andere verschillen tussen opstal en huur zijn. Wij gaan daar nader op in aan de hand van de onderwerpen faillissement eigenaar/verhuurder (paragraaf 3), faillissement opstaller/huurder (paragraaf 3), tekortschieten huurder (paragraaf 4), overdracht onroerende zaak (paragraaf 5), positie financiers (paragraaf 6) en een concrete casus voor zonnepanelen (paragraaf 7).

### 3. Faillissement eigenaar / verhuurder

#### 3.1. Beperkte mogelijkheden curator

Het faillissement van de eigenaar doet geen grond ontstaan om de opstal te beëindigen. Opstal is een zakelijk recht met goederenrechtelijke werking dat tegenover eenieder kan worden uitgeoefend, ook de faillissementscurator. Goederenrechtelijke rechten kunnen worden uitgeoefend alsof er geen faillissement is uitgesproken. Het niet respecteren daarvan levert een onrechtmatige daad op (art. 6:162 BW) resulterend in een boedelschuld (waardoor deze bij voorrang op gewone schuldeisers moet worden voldaan). Dat betekent overigens niet automatisch dat de curator bij voorrang tot medewerking kan worden gedwongen van alle verplichtingen die kleven aan de goederenrechtelijke positie van de failliete eigenaar. Over verplichtingen tot een doen, zoals het voldoen van een geldsom of het uitvoeren van onderhoudsplichten, bestaat in de literatuur discussie. Er zijn schrijvers die menen dat alle goederenrechtelijke verplichtingen per definitie met voorrang kunnen worden afgedwongen, ook de doen-verplichtingen. Er zijn ook schrijvers die de doen-verplichtingen kenschetsen als verplichtingen die weliswaar de zaak volgen, maar in essentie vervolgens tussen de partijen als obligatoir moeten worden afgewikkeld. Tot slot zijn er nog schrijvers die een onderscheid maken tussen doen-verplichtingen waarvoor het wel geldt en waarvoor niet.<sup>15</sup> Met de arresten *Berzona*<sup>16</sup> en *Credit Suisse/Jongepier q.q.*<sup>17</sup> is het zeker geworden dat het faillissement van de verhuurder geen gevolgen heeft voor het voortbestaan van de huur. De huurder kan zijn huur ongestoord vervolgen. De curator heeft alleen de keu-

10. Op grond van art. 3:4 BW (bestanddeel vorming) of art. 5:20 lid 1 onder e BW (duurzaam verenigd met de grond).

11. HR 31 oktober 1997, NJ 1998/97.

12. Zie voor een actueel overzicht over de toepassing in de jurisprudentie van het *Portacabin*-arrest en de vraag in hoeverre de partijwil van invloed kan zijn: V. Tweehuysen, 'Tiny houses. Does size matter?', *WPNR* 2017/7157, p. 513 e.v.

13. Dit blijft ongeacht de gebruikte rechtsfiguur dus van belang, o.a. voor bijvoorbeeld de vraag of overdrachtsbelasting en onroerendezaakbelasting is verschuldigd en voor de vraag welk zekerheidsrecht moet worden gevestigd.

14. Op grond van art. 5:1 BW is eigendom het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben.

15. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/217, F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht*. Diss. Groningen, Den Haag: BJu 2013, p. 150-151 met literatuurverwijzingen naar E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenisrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1992, p. 143 en S.E. Bartels & V. Tweehuysen, 'Betalingsverplichtingen uit het zakenrecht in faillissement', in: N.E.D. Faber, J.J. van Hees, en N.S.G.J. Vermunt, *Overeenkomsten en insolventie*, Deventer: Kluwer 2012, p. 63-85.

16. HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681 (*Berzona*).

17. HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424 (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*).

ze om verbintenissen uit de huur niet na te komen als die verbintenissen uit of ten laste van de boedel moeten worden voldaan. Voorbeelden daarvan zijn betaling van een geldsom, afgifte van een zaak of de vestiging van een recht. Het niet nakomen van een dergelijke verplichting wordt passieve wanprestatie genoemd. Een parallel met de hiervoor aangehaalde discussie over goederenrechtelijke doen-verplichtingen is zichtbaar. Voorwaarde om over te gaan tot passieve wanprestatie is overigens altijd nog wel dat de curator de voldoening van de betreffende verplichting niet in het belang van de boedel acht. Dat is namelijk nog maar de vraag, omdat een huur in beginsel wel voor aan de boedel toekomstende huurpenningen zal zorgen.<sup>18</sup> Het faillissement geeft de curator voor het overige geen bevoegdheden die voorafgaand aan het faillissement onder de huur ook niet bestonden. De curator mag dus anders dan de passieve wanprestatie onder de huurovereenkomst niet (actief) wanpresteren. Waar het gaat om een dulden of niet-doen komt aan de curator geen keuzemogelijkheid toe.<sup>19</sup> Dat betekent dat de curator de huur dient te respecteren voor de duur waarvoor deze is aangegaan en niet kan overgaan tot ontruiming of opeising van het gehuurde. Dat betekent ook dat de huurder zijn aangebrachte zaken aanwezig kan houden en gebruiken overeenkomstig de bepalingen van de huur.

Een voorbeeld van een toegestane passieve wanprestatie zou zijn om niet het onderhoud uit te voeren aan het gehuurde dat verhuurder op grond van de huur zou moeten uitvoeren. Bij huur bestaat echter een dwingendrechtelijke bepaling op grond waarvan de huurder zelf de nodige reparaties kan uitvoeren indien de verhuurder in verzuim is, en de redelijk gemaakte kosten kan verrekenen met de huurverplichtingen (art. 7:206 lid 3 BW). Deze bepaling kent opstal niet terwijl het bij opstal, onder verwijzing naar de discussie over doen-verplichtingen, even zozeer de vraag is of de onderhoudsverplichtingen met voorrang kunnen worden afgedwongen, of dat de vordering op voet van art. 26 Fw ter verificatie moet worden ingediend.<sup>20</sup> Huur geeft hieromtrent dus meer duidelijkheid dan opstal.

Wij kunnen ons overigens verder in algemene zin niet zo snel een andere toegestane passieve wanprestatie voorstellen die de positie van de huurder wezenlijk zou schaden. Uiteraard zijn er mogelijk aanpalende verbintenissen zoals een voorkeursrecht die in het gedrang komen, maar dat is in essentie een ander discussie die overigens bij opstal niet anders is.

### 3.2. Wegneemrecht en vergoedingsplicht bij einde

Zoals hierboven uiteengezet dienen opstal en huur op nagenoeg gelijke wijze te worden gerespecteerd in het faillissement van eigenaar/verhuurder. Het is denkbaar dat het einde van de opstal of de huur precies valt op het moment dat de eigenaar/verhuurder failliet is. De vraag is dan of dat effect heeft op het wegneemrecht of de vergoedingsplicht bij einde.

Opstal kent een wettelijk wegneemrecht bij einde op grond waarvan de opstaller het recht heeft gebouwen, werken en beplantingen die door hemzelf of een rechtsvoorganger onverplicht zijn aangebracht dan wel van de eigenaar tegen vergoeding der waarde zijn overgenomen weg te nemen, mits hij de onroerende zaak waarop het recht rustte in de oude toestand terugbrengt (art. 5:105 lid 2 BW). Indien de opstaller zich houdt aan de bepalingen van opstal zal de opstaller dit recht kunnen uitoefenen in het faillissement van de eigenaar. Wij zouden er erg veel moeite mee hebben om aan te moeten nemen dat sprake is van een doen-verplichting in de vorm van afgifte. Als het dan al zo zou zijn, is vervolgens de vraag of het een goederenrechtelijke doen-verplichting is die bij voorrang kan worden afgedwongen. Als gezegd zijn er schrijvers die menen dat dat wel zo is.

In het huurrecht wordt niet gesproken van een wegneemrecht bij einde huur, maar over een wegneemplicht. De huurder is verplicht het gehuurde in dezelfde staat op te leveren waarin het volgens de beschrijving (proces-verbaal van oplevering) is aanvaard (art. 7:224 BW). De huurder is niet bevoegd de inrichting of gedaante van het gehuurde te veranderen dan na schriftelijke toestemming van de verhuurder tenzij het om ondergeschikte zaken gaat (art. 7:215 BW). Omdat het bij huur gaat om een contractuele relatie en niet een goederenrechtelijke, speelt de discussie omtrent de werking van de goederenrechtelijk doen-verplichting hier niet. Bij huur moet beoordeeld worden of sprake zou kunnen zijn van een toegestane passieve wanprestatie in de vorm van niet meewerken aan een actieve handeling (als bijvoorbeeld afgifte). Wij achten dit hier echter ook niet aan de orde. Het lijkt meer een recht dan een verplichting aan de zijde van de boedel waardoor geen sprake is dat er iets ten laste ervan geschiedt. Daarnaast is aan de wegneemplicht de voorwaarde verbonden dat de onroerende zaak in de staat moet worden teruggebracht waarin het is aanvaard. Evenwel beseffen wij ons dat de scheidslijn dun is op dit vlak. De literatuur zwijgt vooralsnog over dit onderwerp.

Een eventuele vergoedingsplicht bij einde is natuurlijk wel een heel duidelijke doen-verplichting en een verplichting waarvan niet nakoming een toegestane passieve wanprestatie zal zijn. Indien de eigenaar/verhuurder failliet is op het moment dat een dergelijke vergoedingsplicht ontstaat, geldt bij huur dat deze vordering ter verificatie zal moeten worden ingediend. Bij huur is deze vergoedingsplicht een obligatoire afspraak; er bestaat

18. Over de vraag of toekomstige huurvorderingen faillissementsbestendig kunnen worden verpand bestaat debat in de literatuur.

19. Zie voor een overzicht en analyse van de ontwikkeling van de jurisprudentie tot *Credit Suisse/Jongepier q.q.*: M.P. Verdonk, 'Over de herijking van het fixatiebeginsel voor faillissementsschulden, Een analyse van HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424 (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*)', *NtvH* 2018-4, p. 198 e.v.

20. Vonck 2013, p. 151.

geen wettelijke regeling voor. Bij opstal zal in beginsel sprake zijn van een goederenrechtelijk beding dat tegenover eenieder werkt. Echter of een curator deze bij voorrang dient te voldoen is, zoals aangegeven, niet zeker. Mocht in de toekomst wel (meer) zekerheid worden verkregen dat goederenrechtelijke doen-verplichtingen bij voorrang moeten worden voldaan, dan kan dat een duidelijk voordeel zijn van opstal boven huur. Vooralsnog vinden wij dat te onzeker om dat als voordeel te kunnen meewegen.

### 3.3. Wegneemrecht tussentijds

Hoewel in de wet niet expliciet benoemd, wordt de opstaller bevoegd geacht zijn zaken tussentijds weg te nemen, zulks op basis van het eigendomsrecht.<sup>21</sup> Dit goederenrechtelijke recht kan ook in faillissement van de eigenaar worden uitgeoefend. Hier lijkt ons een doen-verplichting in de vorm van afgifte nog een stuk verder weg dan bij einde van het recht en zien wij geen mogelijkheden voor de curator dat op rechtmatige wijze te beletten.

De huurder is tussentijds bevoegd door hem aangebrachte veranderingen en toevoegingen ongedaan te maken, mits daarbij het gehuurde in de toestand wordt gebracht die bij het einde van de huur redelijkerwijs in overeenstemming met de oorspronkelijke kan worden geacht (art. 7:216 BW). Dit is het zogenaamde huurrechtelijke tussentijdse wegneemrecht. Anders dan bij opstal is deze wel als zodanig in de wet benoemd. Zolang de huurovereenkomst loopt, bestaat dit recht dat door de huurder kan worden uitgeoefend. Ook hier lijkt ons geen sprake te kunnen zijn van een toegestane passieve wanprestatie die dat zou kunnen beletten. Wij zien niet in welke actieve handeling de curator ten laste van de boedel zou moeten verrichten zolang het voortduren van de huur moet worden gerespecteerd.

## 4. Tekortschieten opstaller / huurder

### 4.1. Opzegging wegens niet nakoming

Een belangrijk verschil tussen opstal en huur is gelegen in de termijn waarop de eigenaar/verhuurder tot opzegging kan overgaan in geval van niet betaling van de retributie/huur. Bij opstal geldt een bepaling waar niet ten nadele van de opstaller van kan worden afgeweken op grond waarvan sprake moet zijn van twee achtereenvolgende jaren de retributie niet voldoen (art. 5:87 lid 2 BW). Bij huur kan de verhuurder op grond van art. 7:230 BW de ontbinding alleen via de rechter afdwingen en is het praktijk dat de rechter een ontbinding toewijst indien sprake is van een huurachterstand van drie maanden of meer.<sup>22</sup>

21. Asser/Mijnssen, Van Velten & Bartels 5\* 2008/252.

22. Doorgaans zal de verhuurder bij een huurachterstand van drie maanden of meer via een kort geding ontrui-

### 4.2. Faillissement huurder

In het geval van faillissement van de opstaller of huurder bestaat er wel een belangrijk verschil tussen opstal en huur. Het faillissement van de opstaller heeft geen invloed op het voortbestaan van de opstal. Het faillissement op zichzelf is geen opzeggingsgrond hoewel de wettelijke opzeggingsgronden zich in faillissement natuurlijk wel voor zouden kunnen doen: over twee achtereenvolgende jaren de retributie niet voldoen of in ernstige mate tekortschieten in diens overige verplichtingen.

Bij huur geeft de wet (art. 39 Fw) de mogelijkheid om met inachtneming van een termijn van drie maanden de huur op te zeggen. Deze bevoegdheid is zowel aan de verhuurder als aan de curator van de failliete huurder gegeven. Deze opzeggingsgrond geldt niet zolang sprake is van vooruitbetaalde huur. In dat geval kan er niet eerder worden opgezegd dan tegen de dag waarop de termijn waarvoor vooruitbetaling heeft plaatsgehad eindigt.<sup>23</sup> Een vooruitbetaling van de huur voor de gehele duur maakt de huurovereenkomst niet opzegbaar door de verhuurder in het geval van faillissement van de huurder.

## 5. Positie na overdracht van de onroerende zaak

Aangezien opstal een zakelijk recht is, kan het ook worden uitgeoefend na de overdracht of uitwinning van de onroerende zaak. Op basis van art. 7:226 BW geldt hetzelfde voor huur. Dit artikel bepaalt dat bij overdracht van de onroerende zaak de rechten en verplichtingen van de verhuurder uit de huurovereenkomst, die daarna opeisbaar worden, overgaan op de verkrijger. Op grond van art. 7:226 lid 3 BW gaat het om die bedingen van de huurovereenkomst, die onmiddellijk verband houden met het doen hebben van het gebruik van de zaak tegen een door de huurder te betalen tegenprestatie. Een vergelijkbaar principe geldt voor opstal: het moet gaan om bepalingen die voldoende verband houden met het zakelijk recht en niet in strijd zijn met het wezen ervan.<sup>24</sup>

## 6. Positie financiers

Een opstal kan worden belast met een recht van hypotheek ten behoeve van een financier, op grond waarvan de hypotheekhouder de bevoegdheid verkrijgt de opstal in het openbaar te verkopen indien de schuldenaar in verzuim is met de nakoming van een betalingsverplichting. Een recht van hypo-

---

ming van het gehuurde vorderen. Het vorderen van ontbinding is gelet op het declaratoire karakter niet mogelijk bij wijze van voorlopige voorziening.

23. Art. 39 lid 2 Fw.

24. F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht*, diss. Groningen, Den Haag: Bju 2013, p. 113.



theek is niet mogelijk bij huur. Huur is niet vatbaar voor overdracht; men is aangewezen op contracts-overneming in de zin van art. 6:159 lid 1 BW, waar de actieve medewerking van de verhuurder voor nodig is.

Om bij huur een soortgelijke zekerheid te creëren, kan de financier met de verhuurder een overeenkomst sluiten, waarbij wordt overeengekomen dat de financier of een door de financier aan te wijzen derde de huur (of een nieuwe huur) kan voortzetten in het geval dat de huur wordt beëindigd vanwege faillissement of tekortschieten van de huurder. Door middel van een kettingbeding kan de verhuurder worden verplicht om deze overeenkomst over te dragen aan een nieuwe eigenaar bij overdracht van de onroerende zaak. Een dergelijke overeenkomst wordt in praktijk een *directe overeenkomst* genoemd. De directe overeenkomst kan als separaat document worden opgesteld of in de huurovereenkomst zelf worden opgenomen en zou in zo'n geval typisch bepalingen bevatten over de volgende onderwerpen:

- (i) een verplichting voor de verhuurder om de financier te informeren wanneer de huurder in gebreke is met de nakoming van een verplichting;
- (ii) de verplichting voor de verhuurder en de huurder om de inhoud van de huur niet te wijzigen zonder de voorafgaande goedkeuring van de financier;
- (iii) een verplichting voor de verhuurder om, alvorens een beëindigingsrecht te gebruiken, de mogelijkheid aan de financier te verlenen om de verplichtingen van de huurder na te komen om de beëindiging te voorkomen;
- (iv) een verplichting voor verhuurder om ingeval van verzuim van de huurder, op instructie van de financier, gebruik te maken van het beëindigingsrecht krachtens de huurovereenkomst en een nieuwe huurovereenkomst onder dezelfde voorwaarden af te sluiten met de financier of een door de financier aangewezen partij;
- (v) een verplichting om, in opdracht van de financier, mee te werken aan de overdracht van de huurovereenkomst aan de financier of een door de financier aangewezen partij.

De directe overeenkomst heeft als nadeel ten opzichte van het recht van hypotheek dat deze louter obligatoire verbintenissen bevat. Een curator zou de overeenkomst naast zich neer kunnen leggen. Ingeval van uitwinning door de hypotheekhouder van de onroerende zaak, is deze ook niet gehouden de directe overeenkomst aan de verkrijger op te leggen. Een ander punt is dat op basis van het recht van parate executie een recht van hypotheek zonder medewerking van een ander kan worden uitgewonnen. Bij een directe overeenkomst is de actieve medewerking van de verhuurder vereist (waartoe hij wel verplicht is). Daar staat tegenover dat deze procedure sneller en minder kostbaar kan worden doorlopen.

## 7. Casus zonnepanelen

De maatschappelijk vraag naar (meer) zonnepanelen op daken is zeer actueel. Er zijn zonne-exploitanten actief die op de wat grotere dakoppervlaktes zonnestroomsystemen kunnen realiseren en exploiteren. Voor een rendabele business case zijn zij voorsnog aangewezen op SDE+ subsidie en externe financiering.<sup>25</sup> Bij zonnepanelen zit de waarde typisch niet in de hardware, maar in de exploitatie, en meer specifiek in de kasstroom die gegenereerd wordt na operationeel worden. Als het systeem er eenmaal ligt, is het eigenlijk een statisch en voorspelbaar gebeuren en gaat het er vooral om dat de exploitatie ongestoord kan worden uitgeoefend voor een bepaalde duur om zo de investeringen met rendement terug te verdienen.<sup>26</sup> Indien het project wordt ondergebracht in een projectvennootschap zonder kruisverbanden, lijkt een faillissement van de projectvennootschap na operationeel worden zeer theoretisch.<sup>27</sup> Als zekerheid ten behoeve van de financier kunnen de inkomsten en de aandelen in de projectvennootschap verpand worden met overgang stemrecht waardoor de financier uiteindelijk de controle naar zich toe kan trekken. Naar onze mening spelen in die situatie de in dit artikel genoemde juridische verschillen tussen opstal met hypotheek en huur met een directe overeenkomst eigenlijk geen rol. En zou huur als alternatief voor opstal gebruikt kunnen worden.

Overigens dienen wij in het verband van zonnepanelen te wijzen op de Modelakte Opstalrecht Zonnestroomsysteem (dakproject) die in september 2018 door de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) publiek is gemaakt en kosteloos ter beschikking wordt gesteld.<sup>28</sup> Het betreft een breed gedragen modelakte voor opstal die bijdraagt aan het verminderen van de transactiekosten. De akte kan namelijk zowel door de financier van het gebouw als door de financier van de zonnepanelen als gevalideerd model snel goedgekeurd worden.<sup>29</sup> Naar onze mening zou deze modelakte in de overwegingen betrokken moeten worden. Of wellicht wordt deze in voorkomende gevallen zelfs door de betrokken financiers voorgeschreven. Het is, zoals hierboven aangegeven, wel mogelijk om de bepalingen van de modelakte met enkele nuances ook in de vorm van huur te gieten.

25. Met externe financiering kan het rendement op eigen vermogen worden verbeterd.

26. Doorgaans 16 jaar, gekoppeld aan de subsidie.

27. Zou de projectvennootschap desalniettemin failleren dan is er kennelijk geen rendabele exploitatie mogelijk en heeft het weinig zin om de onrendabele exploitatie voort te zetten.

28. Één van de auteurs van het onderhavige artikel, Joris van de Bunt, heeft aan de ontwikkeling ervan een actieve bijdrage geleverd. De modelakte zelf is te vinden via: <https://www.nvb.nl/>.

29. D.W. Aertsen, 'De Modelakte Opstalrecht Zonnestroomsysteem (dakproject)', *WPNR* 7222, p. 24 en 25.

## 8. Conclusie

In vele opzichten kan huur een goed alternatief zijn voor opstal. Zo is de positie van de opstaller en de huurder voor een groot deel vergelijkbaar in de situaties van faillissement van de eigenaar/verhuurder en van overdracht en uitwinning van de onroerende zaak. Ingeval van faillissement van de huurder is er wel een verschil. Eventueel kan dat worden weggenomen door de huur vooruit te betalen. Daarnaast is er een verschil in positie van de financier die zekerheid wenst te verkrijgen. Bij huur zou als alternatief gebruik gemaakt kunnen worden van een directe overeenkomst tussen de financier en de verhuurder. Die oplossing komt in hoge mate tegemoet aan de mogelijkheden die een recht van hypotheek ook biedt, maar is in dat opzicht niet geheel sluitend. Tot slot hebben wij laten zien dat bij de exploitatie van zonnepanelen het alternatief huur goed zou passen als er gebruik gemaakt wordt van een projectvennootschap met als achterliggende gedachte dat de waarde meer zit in de kasstroom die gegenereerd wordt met de exploitatie dan in de activa.