

28. Vijf jaar NVB-modelakten

MR. B.J. VAN DE BUNT MRE

In 2018 publiceerde de NVB de eerste modelakte voor zonneprojecten op daken. Vijf jaar later zijn er meerdere varianten toegevoegd en worden de akten nog steeds gebruikt. Dit artikel bespreekt de modelakten in het licht van enkele ontwikkelingen op het gebied van overdrachtsbelasting en rangwijziging met bestaande rechten.¹

1. Inleiding

In 2018 publiceerde de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) de modelakte opstalrecht zonnestroomsysteem (dakproject).² Het vrij ter beschikking stellen van de modelakte had ten doel de financierbaarheid van zonneprojecten op bedrijfsdaken te bevorderen. Meer dan vijf jaar later zijn er inmiddels tevens een aantal varianten gepubliceerd, waaronder een ondererfpacht-variant en een modelakte voor veldopstellingen.³ In dit artikel bespreek ik een selectief aantal onderwerpen van de modelakten in het licht van de ontwikkelingen die hebben plaatsgevonden. Meer specifiek bespreek ik in paragraaf 2 de overdrachtsbelasting als de achilleshiel van de modelakten en ga ik vervolgens in paragraaf 3 in op botsing met eerder gevestigde rechten om vervolgens in paragraaf 4 te besluiten met enkele slotopmerkingen.

2. Overdrachtsbelasting de achilleshiel van de modelakten

2.1 Belastbaar feit

Het vestigen van een opstalrecht (of ondererfpachtrecht) leidt tot een belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting. De opstaller verkrijgt immers een recht waaraan een onroerende zaak is onderworpen.⁴ Terwijl er op verschillende plekken is gepleit om de verkrijging van zakelijke rechten

voor duurzame energieprojecten vrij te stellen van overdrachtsbelasting, is het overdrachtsbelastingtarief sinds de publicatie van de eerste modelakte gestegen van 6% naar 10,4%.⁵ Naast dit hoge tarief blijkt het geen sinecure om tot het bepalen van de juiste maatstaf van heffing te komen, aldus Berkhout in een opiniestuk uit 2019, gepubliceerd in *NTFR*.⁶ De fiscale voorbeeldclausules die de modelakten bevatten kunnen zonder inhoudelijk advies niet zonder meer worden toegepast. Volgens de toelichting bij de modelakten zijn de voorbeelden overigens ook geenszins bedoeld om een richting of een opinie te geven over de fiscale behandeling. Niet alleen de overdrachtsbelasting zelf, maar ook de benodigde adviseurskosten kunnen tot de transactiekosten gerekend worden. Deze transactiekosten dienen uiteindelijk uit de exploitatie van het zonneproject terugverdiend te worden, al dan niet met behulp van de SDE+++subsidie.⁷ Dit voelt enigszins wrang in het licht van de doelstelling van de modelakten. Door middel van standaardisatie zouden transactiekosten kunnen worden verminderd doordat sneller, met minder manuren, tot overeenstemming kan worden gekomen. Voor wat betreft de fiscale behandeling lijkt dat niet goed mogelijk te zijn. In zijn opiniestuk in *NTFR* over dit onderwerp sluit Berkhout af met de slotsom dat alles overziend voor wat betreft de fiscaliteit een ‘simpele’ huurovereenkomst met een huur-aanvullend opstalrecht (ter voorkoming van natrekking) nadrukkelijk overwogen moet worden. Deze conclusie herhaalt Berkhout samen met Van der Paardt in hun artikel in *Bouwrecht* in 2020.⁸ Zij leggen uit dat de verhuur

1 Voor de goede orde wordt opgemerkt dat de auteur van dit artikel bij het opstellen van de genoemde modelakten betrokken was en dat dit artikel op persoonlijke titel is geschreven.

2 De modelakte en na te noemen varianten en de bijbehorende toelichtingen zijn te vinden op de website van de NVB: <https://www.nvb.nl/publicaties/protocollen-regelingen-richtlijnen/modelakten-zonnestroomsysteem/>

3 Over de ondererfpachtvariant, zie D.W. Aertsen & B.J. van de Bunt, 'Zonnepanelen op (bedrijfs-)dak van een ander: nieuwe modelaktes', *VGFC* 2019, afl. 6, p. 4-7.

4 Art. 2 Wet op belastingen van rechtsverkeer.

5 Art. 14 Wet op belastingen van rechtsverkeer. Voor een vrijstelling pleitten o.a. J.W. Beijck & R.N.G. van der Paardt, 'Duurzaam wonen: fiscale aspecten', in: L.C.A. Verstappen & F.J. Vonck (red.), *Duurzaam Wonen (Preadviezen KNB)*, Den Haag: Sdu 2019, p. 239.

6 T.M. Berkhout, 'Zonnepanelen op bedrijfsmatige gebouwen: bepaald geen koud kunstje', *NTFR* 2019, afl. 19.

7 Stimulering Duurzame Energieproductie en Klimaattransitie.

8 T.M. Berkhout & R.N.G. Van der Paardt, 'Zonnepanelen en zonneparken plaatsen bij bedrijven: enkele fiscale aspecten', *BR* 2020/46, par. 7.

van onroerend goed niet tot een belastbaar feit leidt en dat de vergoeding onder een huurovereenkomst (ineens of een reeks huurbetalingen) buiten de heffing van overdrachtsbelasting blijft. Als er naast de huurovereenkomst een opstalrecht wordt gevestigd, is ter zake de vestiging daarvan wel overdrachtsbelasting verschuldigd, maar kan de heffing mogelijk beperkt of zelfs nihil zijn als het een opstalrecht betreft dat louter ter voorkoming van de natrekking van de eigendom wordt gevestigd.⁹

2.2 De modelakten

De modelakten betreffen echter zelfstandige opstalrechten als bedoeld in art. 5:101 lid 2 BW.¹⁰ Zij zijn zo opgesteld dat de volledige rechtsverhouding tussen de eigenaar en de opstaller wat betreft het gebruik van de onderliggende onroerende zaak en het zonnestroomsysteem in het opstalrecht is vervat. In combinatie met een huurovereenkomst zijn de modelakten daarom zonder ingrijpende aanpassingen niet te gebruiken. De benodigde aanpassing in een concreet geval zou behelzen dat de modelakte (zoveel als mogelijk) wordt beperkt tot louter de doorbreking van de eigendomsnatrekking van het zonnestroomsysteem en de bepalingen van de modelakte die daar geen betrekking op hebben (zoveel als mogelijk) in de huurovereenkomst ondergebracht worden.¹¹ Civielrechtelijk heeft de huurovereenkomst ten opzichte van het opstalrecht als nadeel dat huur zonder contractoverneming in de zin van art. 6:159 BW niet overdraagbaar is en in beginsel bij het faillissement van de huurder kan worden beëindigd.¹² Een dergelijke contractoverneming kan onder opschortende voorwaarde worden verricht en daarmee ook worden ingeroepen tegen de faillissementscurator.¹³ Daarnaast is het niet mogelijk om op een huurovereenkomst een zekerheidsrecht te vestigen en zal er op alternatieve wijze zekerheid gezocht moeten worden. Daar bestaan wel mogelijkheden voor en in de literatuur hebben daar de afgelopen jaren diverse auteurs over geschreven.¹⁴ Wie weet is de tijd inmiddels rijp geworden voor een nieuwe standaard?

9 T.M. Berkhout & R.N.G. Van der Paardt, 'Zonnepanelen en zonneparken plaatsen bij bedrijven: enkele fiscale aspecten', *BR* 2020/46, par. 3.3.

10 Formeel met uitzondering van de ondererfpacht-variant, die een ondererfpacht betreft ten aanzien waarvan al dan niet instemming wordt verleend.

11 B.J. van de Bunt & P.L. Visser, 'Huur als alternatief voor opstal en een concrete casus voor zonnepanelen', *TvZ* 2019, afl. 1/2, p. 10-15.

12 Een in de praktijk veel voorkomend misverstand is dat dit ook zou gelden voor het faillissement van de verhuurder, maar dat is niet zo, zie art. 39 Faillissementswet.

13 F.M.J. Verstijlen, E.F. Verheul & M.T.P. van Dijken, *Duurzame financieringsstructuur: Obligatoire zekerheid?*, Rijksuniversiteit Groningen 2021, p. 33.

14 Zie o.a. F.M.J. Verstijlen, E.F. Verheul & M.T.P. van Dijken, *Duurzame financieringsstructuur: Obligatoire zekerheid?*, Rijksuniversiteit Groningen 2021; M.M.G.B. van Drunen & I.C.J. Hoving, 'Opstallos financieren van dakprojecten voor zonnepanelen. Risico's voor financier bij problemen aan zijde gebouweigenaar', *WPNR* 2022/7387, p. 689 e.v. en M.D. van Bezooijen & W.F.L. Runge, 'Verduurzaming van vastgoed. De dakhuurovereenkomst als alternatief voor het opstalrecht bij zonnepanelen', *WPNR* 2023/7421, p. 573 e.v.

3. Botsing met eerder gevestigde rechten

3.1 Genotsrechten onderling

Het kan voorkomen dat de modelakte moet worden toegepast op een onroerende zaak waarop reeds een zakelijk recht gevestigd is, en dat de betreffende zakelijke gerechtigde bereid is om de modelakte voor te laten gaan op zijn recht voor zover de rechten met elkaar zouden conflicteren. Partijen wensen dan, in afwijking van de prioriteitsregel van het BW, een rangwijziging met elkaar aan te gaan. De wet voorziet echter niet letterlijk in zo een rangwijziging; art. 2:262 lid 1 en lid 2 BW bieden alleen de expliciete mogelijkheid van een rangwijziging tussen twee hypotheekrechten of een beperkt recht (zoals een opstalrecht) met een hypotheekrecht. Inmiddels zijn er echter diverse gezaghebbende auteurs die aannemen dat rangwijziging tussen zakelijke genotsrechten mogelijk is.¹⁵ Daarbij wordt verwezen naar het arrest van de Hoge Raad uit 2021 waarin een rangwijziging tussen pandrechten werd toegelaten op basis van een analoge toepassing van art. 3:262 lid 1 BW.¹⁶ Voor de modelakte is deze aanname prettig, omdat een rangwijziging in de akte een efficiënte methode is om het beoogde doel te bereiken. In de akte zal moeten worden bepaald dat het opstalrecht een hogere rang heeft en dat de eerder gerechtigde in die hogere rang heeft toegestemd. Het ligt voor de hand aanknoping te zoeken bij de rangwisselingsclausule die de modelakte reeds bevat en de eerder gerechtigde partij te laten worden bij de akte om daarin te bevestigen te hebben toegestemd.

3.2 Hypotheek met ondererfpacht

Voor wat betreft de ondererfpacht-variant speelt de vraag of een eerder gevestigd hypotheekrecht op het erfpachtrecht van rang kan wisselen met het ondererfpachtrecht. Naar de letter van de wet zijn deze rechten niet op hetzelfde goed gevestigd terwijl art. 3:262 BW spreekt van rechten op het hetzelfde goed. Op grond van art. 5:93 BW rust het ondererfpachtrecht namelijk op de onroerende zaak, terwijl het hypotheekrecht op het erfpachtrecht rust. Ook hier wordt in de literatuur over het algemeen aangenomen dat een rangwijziging mogelijk is. De wijze waarop het ondererfpachtrecht wettelijk is vormgegeven, met de expliciete bepaling dat deze ook op de onroerende zaak ziet, is vooral ingegeven om deze figuur goed in het wettelijke systeem te doen passen. Erfpachtrechten en opstalrechten moeten nu eenmaal betrekking hebben op een onroerende zaak, maar het neemt niet weg dat ondererfpachtrechten of onderopstalrechten voortkomen uit de hoofdrechten en beperkt zijn tot de grenzen daarvan. De kunstmatige keuze van de wettelijke bewoording behoort niet doorslaggevend te zijn in dezen. Materieel inhoudelijk gezien bestaat er behoefte aan de rangwijziging omdat het wenselijk zal zijn dat de het ondererfpachtrecht door de hypotheekhouder op de

15 V. Tweehuysen, art. 3:262 BW, aant. 6, in: J. Hijma (red.), *Groene Serie Vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer.

16 HR 21 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:524.

erfpacht gerespecteerd wordt, bijvoorbeeld in geval van uitwinning.¹⁷

4. Slot

In de meer dan vijf jaar dat de modelakten bestaan heeft het recht vanzelfsprekend niet stilgestaan. De modelakten moeten telkens in het licht van de nieuwe ontwikkelingen worden gezien. Van begin af aan is de overdrachtsbelasting een achilleshiel geweest. De tijd lijkt inmiddels (meer) rijp om nadrukkelijker naar alternatieve vormen te kijken: opstallos of een huurovereenkomst met een huuraanvullend opstalrecht. Ook daarin kunnen de modelakten een rol blijven spelen. Een andere ontwikkeling die heeft plaatsgevonden komt voort uit het arrest van de Hoge

Raad ten aanzien van analoge toepassing van art. 3:262 lid 1 BW. Dat arrest heeft verschillende auteurs gesterkt in de gedachte dat rangwijziging tussen beperkte rechten een breder toepassingsbereik heeft dan de letterlijke wettekst. Tot slot dient een rangwijziging tussen een hypotheekrecht op een erfpacht en een ondererfpacht mogelijk te worden geacht.

Over de auteur



Mr. B.J. (Joris) van de Bunt MRE

De auteur is notaris en partner te Amsterdam bij Quist Geuze Meijeren (joris.vandebunt@qgmlaw.com).

¹⁷ S.E. Bartels, V. Sagaert, V. Tweehuysen & F.J. Vonck, 'VI Erfpacht en opstal (titels 7 en 8). If it ain't broke, don't fix it', in: L.C.A. Verstappen (red.), *Boek 5 BW van de toekomst. Over vernieuwingen in het zakenrecht (KNB preadviezen)*, Den Haag: Sdu 2016, p. 319. In iets andere zin, maar met eenzelfde uitkomst: D.W. Wumkes & R.A. Warning, 'Aandachtspunten bij het vestigen van zakelijke rechten ten behoeve van zonne-installaties', *TvZ* 2020, afl. 2/3, p. 38.