

University of Groningen

## Instaprechten met betrekking tot zakelijke rechten

van der Geest, A.D.Y.; Hoops, Björn

*Published in:*  
 WPNR Weekblad voor Privaatrecht Notariaat en Registratie

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
 Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
 2021

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

van der Geest, A. D. Y., & Hoops, B. (2021). Instaprechten met betrekking tot zakelijke rechten. *WPNR Weekblad voor Privaatrecht Notariaat en Registratie*, 152(7345), 845-852.

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

# Instaprechten met betrekking tot zakelijke rechten

## 1. Inleiding<sup>1</sup>

Het opwekken en gebruik van zonne-energie is essentieel voor de energietransitie en de bestrijding van de globale opwarming. Steeds vaker worden zonnepanelen geplaatst op de daken of velden van een derde, in de vorm van een zonnepark of een kleinschaliger project. Ten behoeve van de exploitant en huurder van het dak of veld vestigt de eigenaar en verhuurder een opstalrecht met betrekking tot de (niet-geïntegreerde<sup>2</sup>) zonnepanelen. De exploitant financiert de zonnepanelen door middel van een lening. Ter verzekering van de aflossing daarvan vestigt de exploitant ten behoeve van de financier (onder andere<sup>3</sup>) een hypotheekrecht (met rangwisseling<sup>4</sup>) op het opstalrecht.

Een executoriale verkoop van de zonnepanelen in het geval van verzuim van de exploitant om zijn lening af te lossen, is echter vanuit een (bedrijfs)economisch perspectief doorgaans niet optimaal. Het afmonteren en verplaatsen van zonnepanelen naar de executiekoper kost geld en tijd en de SDE-subsidie, die het rendabel zijn van het project verzekert, vervalt in de regel indien zowel de plaats als de exploitant van de zonnepanelen veranderen. De eigenaar-verhuurder zal doorgaans belang hebben bij een bestendige relatie en, daarop vertrouwend, een minder hoge gebruiksvergoeding vragen. Deze bestendige relatie kan door een executie verstoord raken. Bovendien is de opbrengst onzeker en biedt het hypotheekrecht om deze reden onvoldoende zekerheid indien het project zich nog in de realisatiefase bevindt.<sup>5</sup>

Ter versteviging van het project, de verhouding met de eigenaar en de positie van de financier(-hypotheekhouder) worden in de praktijk daarom instaprechten ten behoeve van de financier bedongen. Deze instaprechten houden onder andere in dat de exploitant verplicht is om in het geval van zijn verzuim het opstalrecht aan een nieuwe exploitant over te dragen, dat aan de financier een onherroepelijke volmacht wordt verleend om het opstalrecht over te dragen aan een nieuwe exploitant en dat, in het geval van het faillissement van de exploitant, de eigenaar van het dak verplicht is om ten behoeve van een nieuwe exploitant een nieuw opstalrecht te vestigen.<sup>6</sup> Door een nieuwe exploitant kan het rendabel zijn van het project verzekerd en verhoogd worden en de stroom van inkomsten naar de eigenaar en de financier worden veiliggesteld. In dit artikel staat de vraag centraal of de overdrachtsverplichting en de volmacht in strijd zijn



Mr. A.D.Y. van der Geest\*



Prof. mr. dr. B. Hoops, LL.M.\*\*

\* Kandidaat-notaris bij De Haan Advocaten & Notarissen te Leeuwarden.

(a.vandergeest@dehaanlaw.nl)

\*\* Adjunct-hoogleraar Privaatrecht en duurzaamheid. Vakgroep Privaatrecht en notarieel recht, Rijksuniversiteit Groningen, tevens verbonden als adviseur aan Olenz Notarissen te Veenendaal. (b.hoops@rug.nl)

1. Dit artikel is geïnspireerd door en deels gebaseerd op de masterscriptie over de Modelakte Opstalrecht Zonnestroomsysteem (dakproject) die Van der Geest onder begeleiding van Hoops schreef in het academische jaar 2020-2021. De auteurs bedanken mr. dr. Irene Visser voor haar commentaar op een eerdere versie van dit artikel.
2. Anders dan niet-geïntegreerde zonnepanelen fungeren geïntegreerde zonnepanelen op het dak als dakpannen. Daarom worden geïntegreerde zonnepanelen bestanddelen van het gebouw. Aangezien de heersende leer nog steeds lijkt te zijn dat bestanddelen niet kunnen worden verzelfstandigd door middel van een opstalrecht, moet de exploitatie worden veiliggesteld door de huur van het dak en een contractueel instaprecht voor de financier van de exploitant. Zie voor de huidige stand van het debat over bestanddeelvorming en verticale natrekking: B. Hoops, 'Een rechtseconomisch perspectief op natrekking in de energietransitie en de transitie naar de circulaire economie', *NTBR* 2020/41, 298-311, onderdeel 2.
3. Hiernaast worden pandrechten gevestigd op de aandelen in de exploiterende vennootschap en de vorderingen van deze vennootschap: M.M.G.B. van Drunen & J.C. van Moergastel, 'Actualiteiten in de renewables-praktijk', *WPNR* 7307/2020, 923-929, 923.
4. Een rangwisseling moet plaatsvinden tussen het hypotheekrecht van de financier van de eigenaar en de rechten van de exploitant-opstalhouder en diens financier. Zie hierover A.H.G. Wilod Versprille & M. Wever, 'Verduurzaming in de notariële praktijk: het standaardmodel opstalakte zonnepaneleninstallatie', in: L.C.A. Verstappen en F.J. Vonck (red.), *Duurzaam wonen, KNB Preadvies 2019*, Den Haag: Sdu, 2019, p. 141-174, p. 152. Vgl. art. 3:262 BW en art. 21 Modelakte Opstalrecht Zonnestroomsysteem (dakproject).
5. Van Drunen & Van Moergastel, a.w., p. 923.
6. Van Drunen & Van Moergastel, a.w., p. 925. Zie in het artikel van Van Drunen & Van Moergastel ook de beschrijving en beoordeling van een instaprecht ten aanzien van de huurovereenkomst tussen de eigenaar en exploitant, dat zonder meer geldig is.

met het toe-eigeningsverbod (art. 3:235 BW) en het verbod voor de hypotheekhouder om zich te verhalen op de zonnepanelen op een andere wijze dan door een executoriale verkoop (art. 3:268 lid 5 BW). Hierbij zetten wij het instaprecht met betrekking tot zakelijke rechten nader uiteen in onderdeel 2. In onderdeel 3 bespreken wij deze vraag aan de hand van de Nederlandse wet, jurisprudentie, wetsgeschiedenis en literatuur. Aangezien het Nederlandse recht bij gebrek aan jurisprudentie over deze vraag nog niet volledig uitsluitend biedt, wijden wij onderdeel 4 aan een vergelijking met het Duitse § 1149 BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*). § 1149 BGB bevat ook een soort toe-eigeningsverbod en het verbod van een andere wijze van voldoening van de vordering van de zekerheidsgerechtigde. Een vergelijking met het Duitse recht is op haar plaats omdat § 1149 BGB aan de ene kant en art. 3:235 BW en art. 3:268 lid 5 BW aan de andere kant soortgelijke functies vervullen en allebei kunnen worden herleid tot de Romeinse *lex commissaria*.<sup>7</sup> Ook al zijn instaprechten in het kader van § 1149 BGB nog niet behandeld, met name de literatuur over § 1149 BGB, het toe-eigeningsverbod en het verbod van een andere wijze van voldoening en de verschillen met de Nederlandse bepalingen verschaffen meer duidelijkheid over de aangewezen strekking en invulling van de Nederlandse zusterregels. In onderdeel 5 vatten wij onze inzichten samen.

## 2. Het instaprecht met betrekking tot zakelijke rechten

Bij de financiering van zonneparken en kleinschalige zonne-energieprojecten op daken van derden speelt de realisering van het project en de continuïteit van de exploitatie van zonnepanelen een grote rol. Vóór de voltooiing van het project leveren de zonnepanelen weinig op voor de financier-hypotheekhouder (hierna ook: financier). De eigenaar van de grond wil na de realisering de huur blijven innen en de financier van de zonnepanelen geeft de voorkeur aan een stabiele stroom van rente-inkomsten en een geleidelijke afbetaling. Bovendien zijn overheids-subsidies, zoals al aangegeven, afhankelijk van de verwezenlijking van het project en in bepaalde mate locatiegebonden.

In de praktijk is het met name de financier die in het geval van verzuim van de exploitant de realisering van het project en de continuïteit van de exploitatie daarvan gaat waarborgen. Om deze doelen te bereiken dient een door de financier aangewezen nieuwe exploitant over het opstalrecht van de oorspronkelijke exploitant of een nieuw opstalrecht te beschikken. Om dit te bewerkstelligen wordt ten behoeve van de financier een instaprecht met betrekking tot het opstalrecht van de exploitant bedongen. Dit beding

wordt in een instapovereenkomst tussen de grondeigenaar, de exploitant en de financier opgenomen. Het instaprecht zit, voor zover relevant en zoals *Van Drunen* en *Van Moergastel* eerder uitgebreid hebben beschreven,<sup>8</sup> als volgt in elkaar. Indien de exploitant in verzuim raakt met de betaling van de termijnen onder de leningsovereenkomst, is hij verplicht om het opstalrecht over te dragen aan de nieuwe exploitant. Tevens wordt in de opstalakte aan de financier een onherroepelijke volmacht (hierna ook: de volmacht) verleend om het opstalrecht namens de exploitant over te dragen aan de nieuwe exploitant. Om een benadeling van de schuldeisers van de exploitant zo veel mogelijk te voorkomen dient voor het geval van de (onderhandse) verkoop van het opstalrecht te worden afgesproken dat de waarde van de zonnepanelen in het vermogen van de exploitant terecht zal komen.<sup>9</sup> Dit kan doordat de financier de koopprijs weliswaar int, maar de schuld van de exploitant kwijtscheldt en een eventuele overwaarde overmaakt naar de rekening van de exploitant. Zoals *Van Drunen* en *Van Moergastel* zelf aangeven, is deze constructie overigens niet faillissementsbestendig en afhankelijk van de medewerking van de faillissementscurator. Het instaprecht kan voor het geval van het faillissement van de exploitant worden verstevigd met het recht van de financier om een nieuw opstalrecht te vestigen ten behoeve van de nieuwe exploitant en de bevoegdheid en verplichting van de grondeigenaar om het oude opstalrecht op te zeggen of de verplichting van de exploitant om afstand te doen van zijn opstalrecht. Aangezien voor afstand wederom de medewerking van

7. R. Verhagen, 'Het vervalbeding bij pand en hypotheek. De interpretatio multiplex van het toe-eigeningsverbod (C. 8.34(35).3)', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 2009, 65-146, 84-88.

8. Van Drunen & Van Moergastel, a.w., p. 925.

9. Men dient hierbij rekening te houden met de faillissementspauliana. Ondanks een reële koopprijs kan sprake zijn van benadeling van schuldeisers. Zie in het bijzonder HR 22 mei 1992 (*Bosselaar q.q./Interniber; Montana I*), NJ 1992, 526, ro. 3.2.

de curator is vereist en onzeker is of in de opstalakte een opzeggingsbevoegdheid in het geval van het faillissement mag worden toegekend,<sup>10</sup> is het instaprecht in faillissement niet waterdicht. Voor het overige wordt dit deel van de constructie buiten beschouwing gelaten.

### 3. Het instaprecht in het Nederlandse recht

De vervreemdingsverplichting van de exploitant en de volmacht om het opstalrecht namens de exploitant van de zonnepanelen te verkopen en over te dragen, zou kunnen afstuiten op het verbod van toe-eigening (art. 3:235 BW) en het verbod om zich op een andere manier dan door executoriale verkoop te verhalen op het verbonden recht (art. 3:268 lid 5 BW). Aangezien de instapovereenkomst, de lening en de hypotheekakte door zowel de exploitant als de financier zijn gesloten, moeten zij namelijk in samenhang worden beschouwd.<sup>11</sup> De volmacht vertoont grote overeenkomsten met de onherroepelijke volmacht die aan de hypotheekhouder wordt verleend om de verbonden onroerende zaak naar aanleiding van het verzuim van de schuldenaar onderhands te verkopen.<sup>12</sup> Deze volmacht was tijdens de financiële crisis met name bedoeld om de opbrengst ten opzichte van een executoriale verkoop te verhogen en zodoende alle belanghebbenden een voordeel te verschaffen.<sup>13</sup> In dit onderdeel wordt onder andere ook geleund op het debat over deze volmacht. Dit onderdeel gaat eerst in op het verbod van toe-eigening (3.1) en vervolgens op het verbod om zich op een andere manier te verhalen (3.2).

#### 3.1 Het toe-eigeningsverbod

Art. 3:235 BW bepaalt dat elk beding nietig is waarbij aan de zekerheidsgerechtigde de bevoegdheid wordt verleend om zich het verbonden recht toe te eigenen.<sup>14</sup> Het toe-eigeningsverbod, dat van Romeinse oorsprong is, bestaat in Nederland sinds de 17e eeuw.<sup>15</sup> Het toe-eigeningsverbod geldt ook als de toe-eigening geen verband houdt met het verzuim van de rechthebbende en ook na het afsluiten van de lening en het vestigen van het zekerheidsrecht, zelfs na het intreden van verzuim van de rechthebbende.<sup>16</sup>

De ratio achter het toe-eigeningsverbod is de bescherming van de rechthebbende op het goed tegen woeker of misbruik van omstandigheden en het voorkomen van een overbedeling van de zekerheidsgerechtigde. Geldverstrekkers zouden misbruik kunnen maken van de financiële afhankelijkheid aan de kant van de rechthebbende door met hem standaard een toe-eigeningsclausule overeen te komen. In het geval van verzuim van de rechthebbende zouden zij zich dan de eventuele overwaarde van het verbonden goed kunnen verschaffen.<sup>17</sup> Dit zou zelfs een prikkel kunnen zijn om het verzuim te bevorderen of uit

te lokken.<sup>18</sup> Een ander doel is het voorkomen van benadeling van de crediteuren van de rechthebbende. Als de waarde van het goed volledig toekwam aan de geldverstrekker-zekerheidsgerechtigde, dan zouden de overige schuldeisers van de rechthebbende niets ontvangen.<sup>19</sup>

De vervreemdingsverplichting en de volmacht om het opstalrecht te verkopen en over te dragen komen over het algemeen niet in strijd met de letter van art. 3:235 BW.<sup>20</sup> Wat de volmacht betreft, handelt de zekerheidsgerechtigde weliswaar feitelijk als eigenaar omdat hij zelf een koper zoekt, de vraagprijs en de voorwaarden bepaalt en het opstalrecht levert namens de rechthebbende. De zekerheidsgerechtigde handelt juridisch echter als vertegenwoordiger met instemming van de rechthebbende en verkrijgt het goed op geen enkel moment. De vervreemdingsverplichting moet in het licht van art. 3:235 BW wél zo beperkt worden uitgelegd dat een vervreemding van het opstalrecht aan de zekerheidsgerechtigde niet is toegestaan.

10. Een opzeggingsbevoegdheid zou op grond van art. 5:87 lid 3 jo. 5:104 lid 2 BW alleen kunnen worden verleend indien zij haar grondslag *niet* vindt in het "tekortschieten van de (opstaller) in de nakoming van zijn verplichtingen". Aangezien het faillissement vaak gepaard gaat met wanprestatie, is het twijfelachtig of aan het faillissement als opzeggingsgrond een zelfstandige betekenis toekomt. Vgl. F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht*, diss. Groningen, Den Haag: Boom, 2013, p. 266; en Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/239.
11. Vgl. HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2555, r.o. 3.4.2; en Rechtbank Amsterdam 12 december 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:9406, over de vraag wanneer een rechtshandeling de vernietigbaarheid of een ander juridisch lot van een andere rechtshandeling deelt.
12. H.C.F. Schoordijk, 'Executie-perikelen en onherroepelijke volmacht', *WPNR* 2009/6790, 211-212.
13. L.C.A. Verstappen & S.E. Bartels, 'Verkoop krachtens volmacht/lastgeving of executoriale verkoop?', *WPNR* 2011/6882, 320-324, 320.
14. Asser/*Van Mierlo & Krzeminski* 3-VI 2020/63.
15. Verstappen & Bartels, a.w., p. 321.
16. Parl. Gesch. Boek 3 BW, p. 743. Vgl. Verhagen, a.w., p. 88 en 112-113, over het Romeinse recht dat meer mogelijkheden bood voor een toe-eigeningsclausule na de vestiging van een hypotheek.
17. Asser/*Van Mierlo & Krzeminski* 3-VI 2020/63; B.A. Schuijling & H.L.E. Verhagen, 'Executie van zekerheidsrechten door toe-eigening', in: F.E.J. Beekhoven van den Boezem, G. Bergervoet & F.M.J. Verstijlen (red.), *Groninger zekerheid. Liber Amicorum Wim Reehuis*, Deventer: Wolters Kluwer, 2014, p. 335-350, p. 336 e.v.; en Van Drunen & Van Moergastel, a.w., p. 926.
18. W.H.M. Reehuis & A.H.T. Heisterkamp, *Pillo, Deel 3, Goederenrecht*, 14e druk, Deventer: Kluwer, 2019, nr. 758.
19. Asser/*Van Mierlo & Krzeminski* 3-VI 2020/63.
20. Over de volmacht om een onroerende zaak onderhands te verkopen: Verstappen & Bartels, a.w., p. 321.

De ratio van het toe-eigeningsverbod noopt in beginsel ook niet tot een andere conclusie. De verkoop en overdracht door of namens de rechtshabende leidt er niet toe dat de zekerheidsge-rechtigde wordt overbedeeld omdat de koopprijs toekomt aan de rechthabende voor zover de waarde van het opstalrecht de leensom over-stijgt.<sup>21</sup> Tegen de overbedeling van een koper die het opstalrecht voor minder dan de markt- en/of executiewaarde verkrijgt, maar geen banden heeft met de zekerheidsge-rechtigde, beschermt het verbod van toe-eigening in art. 3:235 BW niet (maar, zoals onderdeel 3.2 laat zien, het verbod van een andere vorm van verhaal in art. 3:268 lid 5 BW gedeeltelijk wél). De belangen van derden bij de waarde van het opstalrecht worden, behou-dens nadelige handelingen van de rechthabende na de verkoop, ook gewaarborgd. De heersende leer lijkt dan ook te zijn dat de volmacht niet in strijd is met tenminste het toe-eigeningsverbod.<sup>22</sup> In sommige gevallen wordt de ratio van het toe-eigeningsverbod echter wél geschonden. Als de volmacht wordt uitgeoefend om het opstalrecht voor een prijs onder de marktwaarde te verko-pen aan een entiteit waarvan de zekerheidsge-rechtigde een aandeelhouder is of waarin de zekerheidsge-rechtigde een ander belang houdt, is sprake van een benadeling van de rechthabende en diens schuldeisers en een overbedeling van de zekerheidsge-rechtigde.<sup>23</sup> Een voorbeeld zou een dochtermaatschappij van een bank zijn. Er zou sprake zijn van een (indirecte) toe-eige-ning die achter vennootschapsrechtelijke con-structies verborgen raakt. Hetzelfde moet gelden als de rechthabende onder druk van de zekerheidsge-rechtigde een dergelijke transactie aan-gaat. Aangezien niet ervan uit mag worden ge-gaan dat de partijen bedoelen om de wet te schenden, moeten de vervreemdingsverplichting en de volmacht in het licht van art. 3:235 BW beperkt worden uitgelegd en moet een transac-tie zijn uitgesloten voor zover de verkoop onder marktwaarde aan een dergelijke entiteit anders zou zijn toegestaan.<sup>24</sup> De marktwaarde moet in een geschil rechterlijk worden vastgesteld, met behulp van deskundigen en aan de hand van objectieve marktgegevens. Een tussen de exploi-tant en de financier overeengekomen markt-waarde is hiervoor niet van belang. Treedt de financier buiten de door de wet be-perkte volmacht en verkoopt hij het opstalrecht onder de marktwaarde, dan komt de koopover-eenkomst niet geldig tot stand. Aangezien de beperkingen van de volmacht uit de wet voort-vloeien, lijkt het uitgesloten dat de koper redelij-kerwijs mocht aannemen dat de financier vol-doende gevolmachtigd was en dat art. 3:61 lid 2 BW alsnog leidt tot geldigheid van de overeen-komst. Hiermee mislukt ook een eventuele over-dracht vanwege een ontbrekende geldige titel.

Om de geldigheid van de overeenkomst te waar-borgen moeten de financier en de koper door middel van een taxatie de marktwaarde van het opstalrecht bepalen. Voor de notaris, die de titel van de overdracht dient te controleren, is hier de taak weggelegd om te controleren of dit ook daadwerkelijk is geschied.

### 3.2 Het verbod van een andere wijze van verhaal

Op het toe-eigeningsverbod sluit art. 3:268 lid 5 BW aan, zowel voor en na het intreden van het verzuim van de rechthabende. Art. 3:268 lid 5 BW bepaalt dat de “hypotheekhouder [...] niet op andere wijze zijn verhaal op het verbonden goed [kan] uitoefenen” dan volgens de regels over de executoriale verkoop. Een beding dat een andere wijze van verhaal toestaat, is nietig. De ratio achter deze bepaling is dat de belangen van de rechthabende en derden, ook bij een zo hoog mogelijke opbrengst,<sup>25</sup> blijven gewaarborgd in een ordelijke executoriale procedure als tegen-wicht aan het recht van parate executie van de zekerheidsge-rechtigde. De belangen van derden zijn met name in het geding omdat de executori-ale verkoop onder andere de zuivering en doorha-ling van alle op het goed rustende hypotheeken, beslagen en niet tegen het hypotheekrecht in-roepbare beperkte rechten met zich brengt.<sup>26</sup> De geboden bescherming van deze belangen ziet er als volgt uit. De executoriale verkoop zorgt voor een verbod van een voortijdige tegeldema-king doordat de hypotheekhouder pas bevoegd is tot executie zodra de schuldenaar in verzuim is. De plicht tot een zo hoog mogelijke executie-opbrengst stoelt op de regels omtrent de wijze van executie, een openbare verkoop onder toe-zicht van een notaris of een onderhandse ver-koop met rechterlijke controle en instemming.<sup>27</sup>

21. Vgl. Verhagen, a.w., p. 88 en 112-113.

22. Asser/*Van Mierlo & Krzeminski* 3-VI 2020/63; Schuijling & Verhagen, a.w., p. 341 e.v.; en Verstappen & Bartels, a.w.

23. Ook waarschuwend voor benadeling van de rechthabende en diens schuldeisers: I. Visser, *De executoriale verkoop van onroerende zaken door de hypotheekhouder* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2013, p. 309.

24. A.A. van Velten, *Privaatrechtelijke aspecten van onroerend goed*, 6e druk, Deventer: Kluwer, 2018, p. 747.

25. Van Drunen & Van Moergastel, a.w., p. 927.

26. I. Visser, ‘Een zo hoog mogelijke netto-opbrengst bij de executoriale verkoop van onroerende zaken’, *MvV* 2014/4, 97-102, 99.

27. Art. 3:268 lid 1 en 2 BW. Schuijling & Verhagen, a.w., p. 336 e.v.; Van Drunen & Van Moergastel, a.w., p. 927; en Visser 2013, a.w., p. 125 en 129-131.

Derde-belanghebbenden worden beschermd door een informatieplicht en een mogelijkheid om gedurende de procedure voor hun belangen op te komen.<sup>28</sup>

De vervreemdingsverplichting en de volmacht om het opstalrecht te verkopen lijken niet in strijd met de letter van art. 3:268 lid 5 BW. *Visser* maakt in haar proefschrift een onderscheid tussen een alternatieve wijze van verhaal, die volgens art. 3:268 lid 5 BW ongeoorloofd is, en een alternatieve wijze van voldoening van de vordering van de zekerheidsgerechtigde, die niet onder deze bepaling valt.<sup>29</sup> Terwijl verhaal duidt op een afgedwongen uitwinning van een verbonden goed naar aanleiding van het verzuim,<sup>30</sup> is een voldoening gebaseerd op een vrijwillige handeling van de rechthebbende. Voor zover de vervreemdingsverplichting of de volmacht om een opstalrecht te verkopen haar oorsprong vindt in de vrije wil van de hypotheekgever, lijkt geen sprake van verhaal.<sup>31</sup> De verkoop van het opstalrecht, al dan niet op grond van een volmacht, kan in deze gevallen worden gezien als ware sprake van een reguliere onderhandse verkoop zodat de executiebepalingen niet van toepassing zouden zijn.<sup>32</sup>

Als de betreffende voorwaarden in de instapovereenkomst echter tot stand zijn gekomen door de financiële afhankelijkheid van de rechthebbende, is daarentegen sprake van verborgen verhaal en is de volmacht in strijd met de letter van art. 3:268 lid 5 BW.<sup>33</sup> De reikwijdte van art. 3:268 lid 5 BW zou dan afhangen van de definitie van financiële afhankelijkheid. Men zou kunnen beargmenteren dat dit punt is bereikt als de financier het instaprecht als voorwaarde stelt voor de lening en de exploitant geen alternatieve financiering voor het project kan verkrijgen. Deze redenering zou er echter toe leiden dat naarmate instaprechten gebruikelijker en alternatieven schaarser worden, de nietigheid van de instaprechten waarschijnlijker wordt. Dit zou te veel onzekerheid scheppen en een net geëtableerd instrument om zeep helpen. Een betere definitie lijkt dan ook dat het economische bestaan van de exploitant daadwerkelijk afhangt van de beslissing over de lening.

De strekking of ratio van art. 3:268 lid 5 BW kan de vervreemdingsverplichting of volmacht echter nog steeds ten val brengen. Bij de analyse of dit het geval is, is met name beslissend of de executoriale procedure zodanig wordt omzeild dat de beschermde belangen door de volmacht in het gedrang komen.<sup>34</sup> Beslagleggers en beperkt gerechtigden lijken door de verkoop en de overdracht van het opstalrecht niet benadeeld omdat hun rechten anders dan bij een executoriale verkoop niet komen te vervallen. De zekerheidsgerechtigde zal alvorens over te gaan tot verkoop beperkt gerechtigden moeten vragen om roye-

ment en de deurwaarder om schriftelijke toestemming voor de doorhaling.<sup>35</sup> Waar bij een executoriale verkoop de belangen van deze partijen worden beschermd door de waarborgen die de wet biedt, kunnen zij in de situatie van de onherroepelijke volmacht zelf opkomen voor hun belangen. Wat hun belangen betreft, is er dus geen strijd met de strekking van artikel 3:268 lid 5 BW. Door de uitoefening van de volmacht en de verplichte verkoop kan wél het belang van de rechthebbende en diens andere schuldeisers in het gedrang komen. Een voortijdige te gelde making en/of een verkoop onder de executiewaarde zijn niet uitgesloten.<sup>36</sup> Om deze twee situaties te voorkomen dienen de opstalvoorwaarden te vermelden dat een vervreemding pas mag geschieden als de rechthebbende in verzuim is en indien de koopprijs voor het opstalrecht gelijk is aan of de executiewaarde te boven gaat.<sup>37</sup> Voor gevallen waarin de verkoop geschiedt aan een entiteit waarin de hypotheekhouder een belang houdt, geldt op grond van art. 3:235 BW, zoals onder 3.1 vermeld, de marktwaarde als maatstaf. De executiewaarde vertegenwoordigt het bedrag dat het opstalrecht op het moment van de executoriale verkoop zou hebben opgeleverd, met een verhoging of vermindering vanwege eventueel nog bestaande beperkte rechten en beslagen die na een executoriale verkoop zouden zijn vervallen. In een geschil moet de executiewaarde rechterlijk worden vastgesteld, met behulp van deskundigen en aan de hand van objectieve gegevens. Een tussen de exploitant en de financier overeengekomen executiewaarde is hiervoor betekenisloos.

28. *Visser* 2014, a.w., p. 99 e.v.

29. *Visser* 2013, a.w., p. 310 e.v.

30. *Visser* 2013, a.w., p. 310 e.v., met verwijzing naar HR 17 januari 1929, *NJ* 1929, 622.

31. *Verstappen & Bartels*, a.w., p. 322; en *Van Drunen & Van Moergastel*, a.w., p. 927.

32. *Visser* 2013, a.w., p. 311; en *Schuijling & Verhagen*, a.w., p. 341 e.v.

33. *Verstappen & Bartels*, a.w., p. 322.

34. Vgl. *Schuijling & Verhagen*, a.w., p. 341 e.v.; en *Schoordijk*, a.w.

35. *Schuijling & Verhagen*, a.w., p. 343. De weigering om hieraan mee te werken, zal overigens niet snel misbruik van bevoegdheid opleveren: Hof Leeuwarden 11 januari 2011, *ECLI:NL:GHLEE:2011:BP1189*.

36. Vgl. *Visser* 2013, a.w., p. 309.

37. Zo ook: *Van Drunen & Van Moergastel*, a.w., p. 927.

Problematisch bij het hanteren van het begrip ‘verzuim’ is dat de financier het intreden van het verzuim door middel van de leningsovereenkomst en/of de hypotheekakte kan manipuleren en daarom, behoudens de regels over misbruik van bevoegdheid, het moment van de te gelde making kan vervroegen. In de praktijk is de hypotheeklening bijvoorbeeld direct opeisbaar in een groot aantal gevallen zodat na een ingebrekestelling het verzuim snel kan intreden. Het begrip ‘verzuim’ zou in het kader van art. 3:268 lid 5 BW derhalve moeten worden uitgelegd zonder acht te slaan op hetgeen is bepaald over de opeisbaarheid van de lening (een soort objectieve uitleg van verzuim). Aangezien voor een ‘voortijdige te gelde making’ kenmerkend is dat de schuldenaar nog in staat is aan zijn verplichtingen te voldoen, moet de betaling van aflossingstermijnen een belangrijke indicator zijn voor het niet-intreden van verzuim. Een betalingsachterstand zou daarentegen een zwaarwegend signaal van verzuim zijn.

De uiteengezette voorwaarden beperken, zoals de onder 3.1 vermelde eisen, de volmacht van de financier. Houdt de financier zich niet aan de beperkingen van zijn volmacht, dan komt de koopovereenkomst niet geldig tot stand en mislukt de overdracht van het opstalrecht. Via een taxatie dienen de financier en de koper vast te stellen of partijen zich aan de beperkingen houden. Het is aan de notaris om na te gaan of dit daadwerkelijk is geschied. De waarborgen van notariële tussenkomst herstellen de institutionele en procedurele bescherming, met name van de positie van de schuldeisers van de exploitant. Deze schuldeisers verliezen namelijk institutionele en procedurele bescherming door het omzeilen van de executoriale verkoop en de verplichte rechterlijke tussenkomst bij de onderhandse verkoop (art. 3:268 lid 2 BW). Deze schuldeisers zouden zonder de notariële tussenkomst in de praktijk te weinig worden beschermd. Zij zouden weliswaar actie kunnen voeren op grond van onrechtmatige daad of de pauliana, maar nauwelijks informatie hebben waarop zij hun acties zouden kunnen baseren.

#### 4. Een vergelijking met het Duitse § 1149 BGB

Vanwege het gebrek aan jurisprudentie blijven de in onderdeel 3 gewonnen inzichten enigszins voorlopig. Een vergelijking met het Duitse recht kan de resterende twijfels wegnemen. In het Duitse recht zijn het toe-eigeningsverbod en het verbod voor de zekerheidsgerechtigde om zijn vordering op een andere wijze te laten voldoen dan door de executoriale verkoop, neergelegd in § 1149 BGB. Deze bepaling luidt als volgt:

*“Der Eigentümer kann, solange nicht die Forderung ihm gegenüber fällig geworden ist, dem Gläubiger nicht das Recht einräumen, zum Zwecke der Befriedigung die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück zu verlangen oder die Veräußerung des Grundstücks auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung zu bewirken.”*

Deze bepaling over de accessoire *Hypothek* geldt via de schakelbepaling van § 1192 lid 1 BGB ook voor de vaker gebruikte niet-accessoire *Grundschuld*.<sup>38</sup> Ook het met het opstalrecht verwante *Erbbaurecht* kan worden belast met een zekerheidsrecht.<sup>39</sup> Een toe-eigeningsverbod en een verbod van andere wijzen van voldoening gelden op grond van §§ 1229 en 1245 BGB ook voor pandrechten op roerende zaken. Dit onderdeel zet eerst de Duitse regeling uiteen (4.1) en laat daarna zijn vergelijkende licht schijnen over de inzichten uit het vorige onderdeel (4.2).

##### 4.1 Het toe-eigeningsverbod en het verbod van een andere wijze van voldoening in het Duitse recht

Zolang de vordering jegens de eigenaar nog niet opeisbaar is geworden, beschermt § 1149 BGB de rechthebbende op de verbonden zaak of het verbonden recht op twee manieren. Ten eerste kunnen de zekerheidsgerechtigde en de rechthebbende niet overeenkomen dat de zekerheidsgerechtigde het recht zal hebben om ter voldoening van de vordering de overdracht van de zaak of het recht te eisen. Ten tweede is een afspraak ongeoorloofd die het zekerheidsgerechtigde toestaat om ten behoeve van de voldoening van de vordering de zaak of het recht via een andere weg dan de executoriale verkoop te vervreemden. Deze regel houdt verband met § 1147 BGB, dat de deur opent voor de zekerheidsgerechtigde naar de executoriale verkoop en de wet over de gedwongen tenuitvoerlegging (*Zwangsvollstreckungsgesetz*). De sanctie op een overtreden van § 1149 BGB is de nietigheid van de betreffende clause op grond van § 134 BGB.<sup>40</sup> Nadat de vordering opeisbaar is geworden, is § 1149

38. J. Lieder, in: R. Gaier (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8: Sachenrecht, §§ 854-1296, WEG, ErbbauRG, 8e druk, München: C.H. Beck, 2020, § 1149 BGB, nr. 13.*

39. § 11 lid 1 *Gesetz über das Erbbaurecht.*

40. M. Volmer, in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, BGB, München: C.H. Beck, 2021, § 1149, nr. 4; MüKoBGB/Lieder, § 1149 BGB, nr. 5.

BGB niet meer van toepassing. Let er echter op dat de pauliana of de goede zeden (*gute Sitten*) en het woekerverbod (*Wucherverbot*) ex § 138 BGB nog wél roet in het eten kunnen gooien. Deze bepalingen kunnen ook in het geval van financiële afhankelijkheid of benadeling van schuldeisers leiden tot vernietigbaarheid c.q. nietigheid.<sup>41</sup>

De verplichting voor de zekerheidsgever om de zaak of het recht over te dragen aan de zekerheidsgerechtigde, is in beginsel nietig indien zij wordt overeengekomen voordat de zekerheidsgerechtigde zijn hele vordering kan opeisen. Dit geldt ook als de zekerheidsgerechtigde belooft een eventuele overwaarde af te dragen aan de zekerheidsgever.<sup>42</sup> De verplichting zou wél geldig zijn als zij niet dient ter voldoening van de vordering of niet aansluit bij de niet-voldoening van de vordering door de schuldenaar. Men denke bij het eerste bijvoorbeeld aan de terugoverdracht naar aanleiding van een ontbinding, die leidt tot het tenietgaan van de vordering.<sup>43</sup> Wat het tweede betreft, zullen de lening en de vestiging van het zekerheidsrecht een sterke indicatie zijn dat de verplichting aansluit bij de niet-voldoening van de vordering door de schuldenaar.<sup>44</sup>

Ook een afspraak over een andere wijze van verhaal, zoals een onderhandse verkoop, is nietig. Dit geldt onafhankelijk van de verdeling van de koopprijs tussen de eigenaar en de zekerheidsgerechtigde, dus zelfs als de hele koopprijs die boven de executiewaarde ligt, aan de eigenaar toekomt.<sup>45</sup> Deze sanctie is volgens de heersende leer ook van toepassing als de eigenaar een volmacht verleent aan de zekerheidsgerechtigde om de zaak of het recht te verkopen.<sup>46</sup> De Duitse rechter moet zich hierover nog buigen. De motivering van deze keuze is dat de zekerheidsgerechtigde anders zonder medewerking van de eigenaar zijn vordering kan laten voldoen. De in § 1149 BGB neergelegde verboden dienen twee doelen. Ten eerste is met name het verbod van toe-eigening erop gericht dat de zekerheidsgever zijn vermogen niet lichtzinnig weggeeft en de zekerheidsgerechtigde niet wordt overbedeeld.<sup>47</sup> Men denke met name aan een situatie waarin de waarde van het onderpand (aanzienlijk) groter is dan de waarde van de vordering.<sup>48</sup>

In deze zin vertoont § 1149 BGB verwantschap met het woekerverbod van § 138 lid 2 BGB. Anders dan § 138 lid 2 BGB eist § 1149 BGB echter geen misbruik van omstandigheden en grijpt deze bepaling dus ook in als geen sprake is van benadeling van de eigenaar. Dit benadrukt het belang van het tweede doel. § 1149 BGB beoogt namelijk ook te voorkomen dat de verbonden zaak of het bezwaarde recht wordt onttrokken aan de wettelijke regels over de executorialie verkoop. Alleen door een dergelijke, in Duitsland gerechtelijke, procedure kunnen de belangen

van de eigenaar en derden, zoals beperkt gerechtigden en de schuldeisers van de eigenaar, voldoende worden gewaarborgd en afgewogen.<sup>49</sup> De in § 1149 BGB neergelegde verboden eindigen zodra de verzekerde vordering jegens de eigenaar opeisbaar is geworden. De ratio achter deze beperking is dat het vanaf dat moment onwaarschijnlijk is dat de eigenaar door een te rooskleurig beeld van de toekomst zijn vermogen lichtzinnig weggeeft.<sup>50</sup> Ook eindigt dan de werking van de financiële afhankelijkheid van de eigenaar ten aanzien van de financier. Het Duitse § 1149 BGB brengt dus niet met zich dat de zaak altijd executorial moet worden verkocht en de partijen genoeg moeten nemen met de executiewaarde die doorgaans lager zal zijn dan de marktwaarde. Het Duitse recht bepaalt alleen dat de partijen een meer succesvolle stille verkoop pas kunnen overeenkomen als de hele vordering al opeisbaar is geworden.

#### 4.2 Vergelijkende inzichten

Met name de verschillen tussen het Nederlandse recht en § 1149 BGB accentueren al dan niet gefundeerde keuzes in ons recht. Zo kunnen wij beter vaststellen of de vervreemdingsverplichtingen en de volmacht om het opstalrecht te verkopen in strijd zijn met art. 3:235 BW of art. 3:268 lid 5 BW.

De ratio's van het toe-eigeningsverbod en het verbod van een andere wijze van verhaal zijn in het Duitse en het Nederlandse recht vergelijkbaar omdat zij allebei zijn gericht op de bescherming van het vermogen van de eigenaar, diens schuldeisers, een ordelijke verkoop van het verbonden goed en een ordelijke verdeling van de opbrengst daarvan. Daarom kan de heersende leer in Duitsland dat een volmacht om het verbonden goed onderhands te verkopen afstuit op § 1149 BGB, een signaal zijn dat wij terug moeten komen op onze mening uit onderdeel 3 dat

41. MüKoBGB/Lieder, § 1149 BGB, nr. 11; en MüKoBGB/Lieder, § 1149 BGB, nr. 18.

42. MüKoBGB/Lieder, § 1149 BGB, nr. 5.

43. Bundesgerichtshof 23 juni 1995, *BGHZ* 130, 101, 104 e.v.

44. MüKoBGB/Lieder, § 1149 BGB, nrs. 8 e.v.

45. H. Wolfsteiner, in: W. Wiegand (red.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudingers BGB - Buch 3: Sachenrecht, §§ 1113-1203 (Hypothek, Grundschild, Rentenschuld)*, München: De Gruyter/Otto Schmidt, 2019, § 1149 BGB, nr. 15; MüKoBGB/Lieder, § 1149 BGB, nr. 10; en BeckOGK/Volmer, § 1149 BGB, nr. 8.

46. BeckOGK/Volmer, § 1149 BGB, nr. 10.

47. MüKoBGB/Lieder, § 1149 BGB, nr. 1; en BeckOGK/Volmer, § 1149 BGB, nr. 3.

48. MüKoBGB/Lieder, § 1149 BGB, nr. 12.

49. MüKoBGB/Lieder, § 1149 BGB, nr. 3.

50. MüKoBGB/Lieder, § 1149 BGB, nr. 6.



art. 3:235 BW of art. 3:268 lid 5 BW niet in de weg staan aan de vervreemdingsverplichting en de onherroepelijke volmacht om het opstalrecht onderhands te verkopen.

Dit zou echter een verkeerde interpretatie van dit signaal zijn. Terwijl het verbod van toe-eigening onder art. 3:235 BW minstens een verbod van een verplichting tot overdracht, zoals in § 1149 BGB neergelegd, zal omvatten, is de verhouding van art. 3:268 lid 5 BW tot § 1149 BGB minder eenvoudig vast te stellen. In het Nederlandse recht wordt een onderscheid gemaakt tussen verhaal en andere vormen van voldoening van de betreffende vordering. Wij hebben reeds opgemerkt dat de tekst van art. 3:268 lid 5 BW alleen ziet op verhaal en niet op andere vormen van voldoening. Dit heeft ons tot de conclusie geleid dat de vervreemdingsverplichting noch de volmacht in strijd is met de letter van art. 3:268 lid 5 BW.

§ 1149 BGB ziet daarentegen op andere vormen van *Befriedigung*. ‘Befriedigung’ is een algemener begrip voor het voldoen van de vorderingen van schuldeisers en is niet beperkt tot de gedwongen verkoop van goederen van de schuldenaar ter voldoening van diens schulden. De bewoordingen van § 1149 BGB zijn dus breder dan de bewoordingen van art. 3:268 lid 5 BW, hetgeen lijkt te verklaren waarom voor de Duitse literatuur de volmacht voor de onderhandse verkoop uit den boze is, terwijl de vervreemdingsverplichting en de volmacht niet op gespannen voet lijken te staan met het Nederlandse recht.

Een ander verschil tussen § 1149 BGB en het Nederlandse recht lijkt hiermee verband te houden. De beschermende werking van § 1149 BGB eindigt op het moment van de opeisbaarheid van de vordering, terwijl art. 3:235 en 3:268 lid 5 BW een dergelijke beperking van hun toepassingsbereik missen. In Nederland is weleens geopperd dat de volmacht om een verbonden goed onderhands te verkopen, eerder door de beugel kan als zij na het verzuim van de schuldenaar wordt overeengekomen.<sup>51</sup> Deze beperking van art. 3:235 en 3:268 lid 5 BW zou echter miskennen dat het materiële toepassingsbereik van in het bijzonder art. 3:268 lid 5 BW al aanzienlijk is beperkt door het gebruik van ‘verhaal’ in plaats van voldoening. De beperking in de tijd van § 1149 BGB kan daarentegen worden verklaard door zijn grote materiële toepassingsbereik vóór de opeisbaarheid van de vordering en de eventuele behoefte om nadat zij opeisbaar is geworden, tot voor beide kanten voordeligere oplossingen dan de executoriale verkoop te komen. Deze laatste behoefte wordt in Nederland echter al door het beperkte materiële toepassingsbereik gewaarborgd. Kortom, de vergelijking met het Duitse recht bevestigt ons standpunt dat de vervreemdingsverplichting en de volmacht in beginsel niet afstuiten op art. 3:235 of 3:268 lid 5 BW.

## 5. Slot

Het toe-eigeningsverbod ex art. 3:235 BW en het verbod van andere wijzen van verhaal ex art. 3:268 lid 5 BW dienen ter bescherming van het vermogen van de schuldenaar, beschermen diens schuldeisers en verzekeren een ordelijk verhaal op het verbonden goed. De verplichting voor een exploitant van zonnepanelen om zijn opstalrecht in het geval van zijn verzuim te verkopen aan een nieuwe exploitant, en de onherroepelijke volmacht voor de financier-hypothekhouder om dit te doen, worden in beginsel *niet* geraakt door deze bepalingen. Wél moeten enkele (cumulatieve) beperkingen in acht worden genomen bij het overeenkomen van het instaprecht en de uitoefening van de volmacht:

1. het opstalrecht mag pas worden verkocht als de exploitant vanwege zijn financiële onvermogen in verzuim is met de betaling van de aflossingstermijnen;
2. het opstalrecht mag niet worden verkocht en/of overgedragen aan de financier-hypothekhouder of een vennootschap waarin de financier een belang houdt, tenzij de verkoopprijs gelijk is aan of hoger ligt dan de rechterlijk te toetsen marktwaarde van het opstalrecht en de overwaarde toekomt aan de exploitant-schuldenaar;
3. de verkoopprijs moet in andere gevallen ten minste gelijk zijn aan de rechterlijk te toetsen executiewaarde van het opstalrecht;
4. bij het overeenkomen van het instaprecht mag geen misbruik worden gemaakt van de financiële afhankelijkheid van de exploitant, d.w.z. de situatie waarin het economische bestaan van de exploitant daadwerkelijk afhangt van de beslissing over de lening.

Naast de rechter heeft ook de notaris de taak om na te gaan of de financier zich houdt aan de beperkingen van zijn volmacht. Bij een overdracht van het opstalrecht dient de notaris na te gaan of partijen de waarde van het opstalrecht hebben laten taxeren en of de koopprijs boven de getaxeerde executie- c.q. marktwaarde ligt. Is dat niet het geval, dan moet de notaris weigeren zijn medewerking te verlenen.

51. Asser/Van Mierlo 3-VI 2016/420. Vgl. Van Drunen & Van Moergastel, a.w., p. 928.