

University of Groningen

Obligatoire zekerheid op zaken

van Dijken, M.T.P.; Verheul, E.F.; Verstijlen, F.M.J.

Published in:
NJB

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:
2023

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

Citation for published version (APA):

van Dijken, M. T. P., Verheul, E. F., & Verstijlen, F. M. J. (2023). Obligatoire zekerheid op zaken: Een stimulans voor de energietransitie en een circulaire economie? *NJB*, 2023(30), 2534-2541. Artikel NJB 2023/2189.

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.

Obligatoire zekerheid op zaken

Een stimulans voor de energietransitie en een circulaire economie?

Maarten van Dijken, Emil Verheul & Frank Verstijlen¹

Dwingende regels van goederenrechtelijke aard kunnen een belemmering vormen voor verduurzaming. Daaraan komen kostbare apparaten te pas die door natrekking deel kunnen gaan uitmaken van het gebouw waarop of waarin zij zijn geplaatst. Dat kan een obstakel vormen als de eigendom en de verantwoordelijkheid bij een exploitant blijven en de gebouweigenaar slechts groene energie of warmte of andersoortig genot van de zaak als dienst afneemt. In de praktijk is daarom een alternatieve, op het verbintenisrecht gestoelde, (financierings)structuur ontwikkeld die in dit artikel, met alle haken en ogen, wordt beschreven en geanalyseerd.

1. Inleiding

Het Nederlandse goederenrecht kenmerkt zich door dwingende regels. Als een zaak deel gaat uitmaken van een andere zaak, dan doen – onder meer – artikel 3:4, 5:3 en 5:20 BW hun werk. De eigenaar van de eerstbedoelde zaak verliest zijn eigendom en in het voetspoor daarvan gaan alle beperkte rechten daarop teniet.²

Het is een belemmering voor de verduurzaming van onze maatschappij. Daaraan komen min of meer kostbare apparaten te pas, van zonnepanelen en warmtepompen tot 'slimme gevels', liften en warmte-krachtkoppelingssystemen. Afhankelijk van de situatie bestaat het risico dat dergelijke apparatuur natrekt naar het gebouw of het perceel waarin of waarop het wordt geïnstalleerd. De desbetreffende apparaten kunnen dan niet functioneren als object van goederenrechtelijke zekerheid, hetgeen het lastig kan maken de verduurzaming gefinancierd te krijgen. Businessmodellen waarbij de eigendom en de verantwoordelijkheid bij een exploitant blijven en de gebouweigenaar slechts groene energie of warmte of andersoortig genot van de zaak als dienst afneemt, zijn even lastig te operationaliseren.

In sommige van deze situaties kan eventueel een opstalrecht worden gevestigd. Dat doorbreekt de natrekking, waardoor de betrokken zaken hun zelfstandigheid behouden. Dat heeft evenwel nogal wat voeten in de aarde – onder andere de betrokkenheid van de notaris – en de betrokken apparatuur is niet steeds zo kostbaar dat dat loont; en het eigendomsrecht van de opstaller is voorts minder handzaam dan 'gewone' eigendom, opgesloten als het is in het opstalrecht.³

In de praktijk is een alternatieve (financierings)structuur ontwikkeld, die op het verbintenisrecht is gestoeld. Om als zodanig te kunnen functioneren, dient die structuur een vergelijkbare bescherming als een goederenrechtelijk (zekerheids)recht te bieden in de verschillende situaties die zich in de loop der tijd kunnen voordoen, te weten een faillissement, surseance of Whoa-akkoord van een of meer van de betrokken partijen en de overdracht van het betrokken gebouw, al dan niet bij wijze van executie door een hypotheekhouder. In deze bijdrage leggen we de nieuwe constructie langs deze lat.

2. Korte schets van de financieringsstructuur

De betrokken partijen zijn een partij ('Exploitant'), die een wederpartij ('Gebouweigenaar') een installatie ter beschikking stelt, waarbij die installatie – anders doet het probleem zich niet voor – deel gaat uitmaken van het gebouw. De Exploitant wordt gefinancierd door een financier ('Financier'). In deze constructie verhuurt de Gebouweigenaar een deel van het gebouw waar de installatie moet worden gerealiseerd aan de Exploitant, die de installatie vervolgens realiseert en exploiteert, op basis van een serviceovereenkomst met de Gebouweigenaar. Op basis van de huurovereenkomst heeft de Exploitant een gebruiksrecht met betrekking tot het gehuurde gebouwdeel en zelfstandig toegang tot het gehuurde deel van het gebouw. Dat kan het dak van het gebouw zijn, als het gaat om de exploitatie van zonnepanelen, maar ook een gedeelte van het gebouw zelf, zoals een liftschacht als de installatie liften betreft. Op grond van de huurovereenkomst heeft de Exploitant een wegneemrecht met betrek-

king tot de installatie bij het einde van de huur.⁴ De Exploitant is volgens de onderscheidene overeenkomsten de economisch eigenaar van de installatie, ook waar deze haar zelfstandig bestaan verliest.

De Financier verstrekt een lening en verkrijgt zekerheid in de vorm van een pandrecht op de vorderingen die voortspruiten uit de serviceovereenkomst. Voorts worden de Financier 'instaprechten' toegekend, op grond waarvan hij in bepaalde gevallen zichzelf of een derde in de contractuele positie van de Exploitant bij de service- en huurovereenkomst kan stellen. Deze instaprechten zijn vormgegeven als een voorwaardelijke contractoverneming, waarmee de Gebouweigenaar dus meteen instemt. Het desbetreffende beding wordt aangemerkt als een kernbeding in de huurovereenkomst. Op grond van een kettigbeding is de Gebouweigenaar verplicht de instaprechten door te geven aan een verkrijger.

De Exploitant en de Financier hebben geen goederenrechtelijke rechten op de installatie wanneer deze is geïnstalleerd, maar behouden er een zekere grip op. De Exploitant houdt via de huurovereenkomst toegang tot de installatie en kan deze exploiteren en aldus inkomsten genereren; aan het einde van de huurovereenkomst kan hij de eigendom van de installatie herkrijgen door uitoefening van het wegneemrecht. De Financier heeft gedurende de exploitatie traditionele zekerheid in de vorm van een pandrecht op de vorderingen die daarbij worden generereerd. Door de instaprechten kan hij bewerkstelligen dat de exploitatie wordt gecontinueerd als de Exploitant zelf niet meer aan zijn verplichtingen kan voldoen. De daardoor te genereren vorderingen blijven beschikbaar als object van zekerheid. Als de Exploitant – de oude of de nieuwe – het wegneemrecht uitoefent, kan hij weer 'gewoon' een pandrecht op de installatie verkrijgen. Bij dit alles valt te bedenken dat de uitoefening van het wegneemrecht veelal tot gevolg zal hebben dat een disfunctioneel – of althans verminderd functioneel – gebouw restteert. Dit zal de Gebouweigenaar willen voorkomen, zodat er tot op zekere hoogte een gemeenschappelijk belang is de bestaande exploitatie te continueren.

Zowel de instaprechten als het wegneemrecht vormen daarmee een centraal onderdeel van de financieringsstructuur. Het uitgangspunt is dat de exploitatie zoveel mogelijk wordt gecontinueerd, hetgeen de instaprechten beogen te waarborgen. Indien de exploitatie op een gegeven moment niettemin tot een einde komt, wordt teruggevallen op het wegneemrecht, waarmee de eigendom van de installatie kan worden herkregen. De houdbaarheid van de constructie hangt dus hoofdzakelijk af van de vraag in hoeverre deze rechten een vergelijkbare bescherming bieden als meer traditionele goederenrechtelijke

Zowel de instaprechten als het wegneemrecht vormen een centraal onderdeel van de financieringsstructuur

telijke zekerheidsrechten. Wij bespreken beide rechten hierna achtereenvolgens.

3. Instaprechten

3.1. Inleiding

Door middel van de instaprechten wordt bewerkstelligd dat de huur- en serviceovereenkomst met de Gebouweigenaar toch kunnen blijven voortduren, indien de Exploitant de exploitatie niet kan continueren. In feite worden de huur- en serviceovereenkomst daarmee verhandelbaar gemaakt, ondanks het feit dat op deze overeenkomsten als zodanig geen zekerheidsrecht kan worden gevestigd.

De instaprechten zijn vormgegeven als een contractoverneming ten aanzien van zowel de huurovereenkomst als de serviceovereenkomst. Deze constructie heeft de voorkeur boven een beëindiging van de lopende huur- en serviceovereenkomst, waarbij gelijktijdig een overeenkomst onder dezelfde voorwaarden wordt aangegaan tussen de Financier en de gebouweigenaar,⁵ omdat daarmee de continuïteit niet op dezelfde wijze is gewaarborgd. In de eerste plaats is de Financier dan afhankelijk van medewerking van de Gebouweigenaar op dat moment. Ten tweede is het bestaan van het wegneemrecht dan meer onzeker, omdat de installatie niet door de nieuwe huurder is aangebracht.⁶

3.2. Rechtsopvolgers en hun gebondenheid aan de contractoverneming

De effectiviteit van de constructie vergt dat de instaprechten ook jegens rechtsopvolgers van de Gebouweigenaar kunnen worden geëffectueerd. Daarbij valt in de eerste plaats te denken aan het geval dat de Gebouweigenaar het gebouw overdraagt. Op grond van artikel 7:226 lid 1 BW heeft die overdracht namelijk tot gevolg dat de rechten en verplichtingen uit de huurovereenkomst overgaan op de verkrijger. Blijkens artikel 7:226 lid 3 BW wordt de verkrijger echter slechts gebonden door 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. In de literatuur

Auteurs

1. Mr. M.T.P. van Dijken, mr. E.F. Verheul en prof. mr. F.M.J. Verstijlen zijn verbonden als respectievelijk docent, universitair hoofddocent en hoogleraar aan de Rijksuniversiteit Groningen. Deze bijdrage vormt een geactualiseerde uitwerking van een rapport dat wij eerder schreven (M.T.P. van Dijken, E.F. Verheul & F.M.J. Verstijlen, *Duurzame*

financieringsstructuur. Obligatoire zekerheid?, Groningen: [s.n.] 2021), te raadplegen via hdl.handle.net/11370/969cb892-a3b6-41d1-a5db-ce10d57ab898.

Noten

2. Art. 3:81 lid 2, aanhef en onder a BW.
3. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017, nrs. 248 en 248a.

4. Art. 7:216 lid 1 BW.

5. Zie voor dit alternatief B.J. van de Bunt & P.L. Visser, 'Huur als alternatief voor opstal en een concrete casus voor zonnepanelen', *TvZ* 2019, nr. 1/2, p. 14.

6. Zie o.m. Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2021, nr. 141 en J.A. Tuinman, *T&C BW*, Deventer: Wolters Kluwer (online, bijgewerkt tot 2 juli 2022), art. 7:216 BW, aant.

2. Vgl. evenwel ook J.K. Six-Hummel, *GS*

Huurrecht, Deventer: Wolters Kluwer (online bijgewerkt tot 18 september 2012), art. 7:216 BW, aant. 27.1, die als oplossing oppert om af te spreken dat de installatie niet tot het gehuurde behoort en de nieuwe huurder de installatie aan het eind mag wegnemen.



is wel bepleit dat men zelfstandig een beding in de huurovereenkomst zou kunnen verheffen tot een 'kern'-beding in de zin van artikel 7:226 lid 3 BW, zodat ook rechtsopvolgers van de Gebouweigenaar aan het desbetreffende beding zouden zijn gebonden.⁷ Het is onzes inziens echter niet mogelijk om zelf de instaprechten in de huurovereenkomst tot een 'kern'-beding te verheffen dat ex artikel 7:226 lid 3 BW van rechtswege mee overgaat.⁸ Zoals uit het arrest *Vendex/C.A.S.*⁹ kan worden afgeleid, is bij de toepassing van artikel 7:226 lid 3 BW niet van belang wat de bedoelingen van de oorspronkelijke contractspartijen zijn: doorslaggevend is of het wetsartikel die binding van rechtswege meebrengt.¹⁰ Wij achten het tegen die achtergrond niet aannemelijk dat de instaprechten ex artikel 7:226 lid 3 BW overgaan, omdat zij onvoldoende verband houden met het doen hebben van het gebruik van de zaak tegen een door de huurder te betalen tegenprestatie.¹¹

Om te bewerkstelligen dat ook rechtsopvolgers van de Gebouweigenaar zijn gebonden aan de gehele contractuele verhouding, is het dus noodzakelijk daarvoor anderszins zorg te dragen. Dat kan, zoals ook in de hiervoor beschreven constructie pleegt te gebeuren, door een kettingbeding op te leggen aan de Gebouweigenaar, op grond waarvan hij verplicht is de instaprechten door te geven aan de verkrijger (en deze verkrijger op zijn beurt aan diens rechtsopvolgers). Deze verplichting is echter puur obligatoir van aard is, zodat de mogelijkheid bestaat dat niet aan de verplichting wordt voldaan.¹² Daar staat evenwel tegenover dat wanneer de ketting wordt doorbroken, de nieuwe Gebouweigenaar uiteindelijk met een disfunctioneel gebouw opgescheept zit. Bovendien kan aan de niet-nakoming van de verplichting om de instaprechten en het kettingbeding door te geven een boetebeding worden gekoppeld. Medewerking van

Om te bewerkstelligen dat ook rechtsopvolgers van de Gebouweigenaar zijn gebonden aan de gehele contractuele verhouding, is het noodzakelijk daarvoor anderszins zorg te dragen

een nieuwe eigenaar is dus in beginsel aannemelijk, maar geen zekerheid.

3.3. Het instaprecht en faillissement

Omdat de instaprechten hun waarde in het bijzonder moeten bewijzen op het moment dat er een kink in de kabel dreigt te komen – bijvoorbeeld doordat de Exploitant tekortschiet in de nakoming en/of in financiële moeilijkheden komt te verkeren – is het van belang om de contractsovername zodanig vorm te geven dat het faillissement van een van de betrokkenen geen gevolgen heeft voor de instaprechten. Om die reden kan niet worden gewerkt met een contractsovername die ten tijde van het faillissement van de Exploitant wordt gerealiseerd, ook niet als daar reeds voor faillissement toestemming voor is gegeven. Als de daadwerkelijke contractsovername na het uitspreken van het faillissement plaatsvindt, staat het fixatiebeginsel eraan in de weg dat de contractsovername rechtsgevolg heeft.¹³

Noodzakelijk is dus dat de contractsovername voorafgaand aan het faillissement wordt geëffectueerd. Dit kan geschieden door de contractsovername terstond

Het ligt in de rede dat een dergelijke voorwaardelijke contractsovername faillissementsbestendig is

bij het aangaan van de overeenkomst te laten plaatsvinden, zij het onder opschortende voorwaarde ex artikel 3:38 jo. 6:159 jo. 6:156 BW. Het ligt in de rede dat een dergelijke voorwaardelijke contractsovername faillissementsbestendig is, omdat de daarvoor benodigde rechtshandelingen reeds voorafgaand aan het faillissement zijn verricht en slechts de werking ervan is uitgesteld totdat vervulling van de voorwaarde plaatsvindt.¹⁴

Een aandachtspunt hierbij is dat een contractueel beding dat – uitsluitend als gevolg van het faillissement – actief doet wegvallen uit de boedel in strijd kan komen met artikel 20 Fw of een beroep op het desbetreffende beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn.¹⁵ Aangezien de contractsovername tot gevolg heeft dat de inkomstenstroom uit hoofde van de exploitatie van de installatie niet meer in de boedel van de Exploitant valt, is niet uitgesloten dat een contractsovername onder opschortende voorwaarde van het faillissement van de Exploitant in strijd kan komen met artikel 20 Fw, dan wel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn of wellicht in strijd komen met artikel 3:40 BW. De boedel wordt in dat geval weliswaar ook bevrijd van de daartegenover staande exploitatieverplichtingen, maar of dat voldoende is om de toets te doorstaan, is de vraag.¹⁶ In het kader van overdracht onder opschortende voorwaarde van faillissement wordt in de literatuur wel betoogd dat deze in strijd komen met artikel 3:40 BW.¹⁷ Een vormgeving van het beding waarbij niet wordt aangeknoopt bij het faillissement van de Exploitant, maar bij het in gebreke blijven van de Exploitant in de relatie tot de Financier en/of de Gebouweigenaar lijkt dan eerder kans te maken om de toets te doorstaan, temeer omdat het tekortschieten in de regel plaatsvindt vóór faillietverklaring.¹⁸

In geval van faillissement van de Gebouweigenaar is het instaprecht van minder belang. De curator kan dan opzeggen op grond van artikel 39 Fw en de serviceovereenkomst niet gestand doen en weigeren daaronder betalingen te verrichten. Het lijkt niet meteen waarschijnlijk want de Exploitant zal dan kunnen ontbinden en de curator blijft – afhankelijk van het type installatie dat voorwerp is van de overeenkomst – mogelijk achter met een incompleet, en dus moeilijk te verkopen pand. Maar als het gebeurt, komt het bij deze constructie aan op het wegneemrecht, zoals hierna door ons besproken wordt. De Financier heeft er in die situatie niet direct belang bij om in de contractuele verhouding met de failliet te stappen, anders dan wanneer gelijktijdig de Exploitant jegens de Financier tekort zou schieten.

7. Zie bijvoorbeeld N. Eeken & A.M. de Visser, 'Koop breekt geen huur', *TvHB* 2007/4, p. 112; en M.D. van Bezooijen & W.F.L. Runge, 'Verduurzaming van vastgoed. De dakhuurovereenkomst als alternatief voor het opstalrecht bij zonnepanelen', *WPNR* 2023, afl. 7421, par. 4.1, specifiek voor het instaprecht van de Financier.

8. Vgl. ook M.M.G.B. van Drunen & I.C.J. Hoving, 'Opstallos financieren van dakprojecten voor zonnepanelen', *WPNR* 2022, afl. 7387, p. 693 (hierna: Van Drunen & Hoving 2022a).

9. HR 15 juni 2007, *NJ* 2007/445, m.nt. P.A. Stein (*Vendex/C.A.S.*), r.o. 3.4.

10. Vgl. L.M. Rooseboom, 'Art. 7:226 vs. 6:159 BW', *TvHB* 2017/4, p. 227.

11. Zie o.m. *Parl. Gesch. Boek 7 titel 4 BW*, p. 371; T.W. de Waard, 'Praktijkvoorbeelden van problematiek rond art. 7:226 BW', *TvHB* 2016/5, p. 287; I.C.K. Mol, 'Contractsovername en Huurrecht', *TvHB* 2020/4, p. 231-232 en Van Drunen & Hoving 2022a, p. 693. Anders Van Bezooijen & Runge 2023, par. 4.1.

12. Zie ook de noot van A. de Fouw onder Rb. Rotterdam 19 september 2018, *TvHB* 2018/24, p. 423.

13. Vgl. T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht (Serie Recht & Praktijk, nr. InsR3)* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, p. 309-310; M.M.G.B. van Drunen & J.C. van Moergastel, 'Actualiteiten in de renewablespraktijk', *WPNR* 2020,

afl. 7307, p. 925; M.M.G.B. van Drunen & M.E. Hinskens-van Neck, 'Financiering van duurzame energieprojecten: opstalrecht vs. huur', *WPNR* 2021, afl. 7311, p. 130 en Jager 2022, p. 621.

14. Zie Van Zanten 2012, p. 309-310 en N.E.D. Faber & N.S.G.J. Vermunt, *De Kredietcrisis (Onderneming & Recht nr. 54)*, Deventer: Kluwer 2010, par. 6.4.5.

15. HR 12 april 2013, *NJ* 2013/224 (*Mega-pool*).

16. Zie ook Van Drunen & Hoving 2022b, p. 224-225 en Jager 2022, par. 4.3.

17. Zie o.m. Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2012, nr. 127, alwaar wordt betoogd dat dit in strijd komt met art. 3:84 lid 3 BW; in Pitlo/Reehuis & Heisterkamp 2019, nr. 127

wordt een dergelijke overdracht in strijd geacht met art. 3:40 BW; B. Hoops, 'De overdracht onder opschortende voorwaarde van het faillissement van de vervreemder: 'zwart schap of onschuldige lam?', *WPNR* 2014, afl. 7021, p. 879 e.v.; B. Hoops, 'De faillissementspauliana tegen de overdracht onder opschortende voorwaarde van het faillissement van de vervreemder: een waakhond met een muilband?', *WPNR* 2015, afl. 7052, p. 221 e.v.

18. Vgl. o.m. J.J. van Hees, *Leasing (Onderneming & Recht nr. 8)* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1998, p. 119-120 en Van Zanten 2012, par. 6.4.1 i.s.m. par. 6.4.3.

3.4. Tussenconclusie

De instaprechten kunnen de continuïteit van de exploitatie in vergaande mate waarborgen. Weliswaar is de overgang van de instaprechten en de serviceovereenkomst niet gegarandeerd indien de Gebouweigenaar overgaat tot vervreemding van het gebouw, maar het kettingbeding in combinatie met een boete lijken dit risico voldoende te kunnen ondervangen. Ook is het aannemelijk dat de contractoverneming onder opschortende voorwaarde faillissementsbestendig is, in het bijzonder als de voorwaarde niet gekoppeld is aan het faillissement van de Exploitant, maar aan diens tekortschieten.¹⁹

4. Wegneemrechten

4.1. Inleiding

Hoewel de constructie als uitgangspunt is gericht op continuïteit, is niet uitgesloten dat de exploitatie op een gegeven moment niettemin tot een einde komt. De gedachte is dat de Exploitant (of diens rechtsopvolger) ook in dat geval in voldoende mate wordt beschermd, omdat hij kan terugvallen op zijn wegneemrecht. Weliswaar verliest de Exploitant door de bevestiging van de installatie in veel gevallen de eigendom van de installatie, maar door uitoefening van het wegneemrecht kan hij weer eigenaar worden van de installatie. Dit maakt het mogelijk af te zien van de vestiging van een opstalrecht, mits het wegneemrecht uiteindelijk een vergelijkbare mate van zekerheid biedt. Het wegneemrecht vloeit voort

Het wegneemrecht is een bijzonder recht, omdat het geen goederenrechtelijk recht is maar wel een goederenrechtelijke dimensie heeft

uit artikel 7:216 BW, op grond waarvan de huurder tot de ontruiming bevoegd is 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.

Het wegneemrecht is een bijzonder recht, omdat het geen goederenrechtelijk recht is – goederenrechtelijke rechten kunnen immers niet bestaan ten aanzien van bestanddelen – maar wel een goederenrechtelijke dimensie heeft. Door de uitoefening van het wegneemrecht wordt de tot wegneming gerechtigde immers eigenaar van de zaak, in afwijking van de hoofdregel dat de eigenaar van de hoofdzaak ook eigenaar wordt van de daarvan afgescheiden bestanddelen.²⁰ Vanwege dit hybride karakter, is het in het bijzonder de vraag hoe het wegneemrecht zich gedraagt bij rechtsopvolging of in geval van faillissement van de Gebouweigenaar.

4.2. Het wegneemrecht in geval van contractsoverneming

Het wegneemrecht valt aan te merken als een wilsrecht, op grond waarvan de huurder eenzijdig een verandering in de bestaande rechtstoestand kan brengen.²¹ Als gezegd, kan hij bewerkstelligen dat hij eigenaar wordt van de installatie. In de literatuur is omstrede of alle wilsrechten die zijn verbonden aan een bepaalde contractuele verhouding mee overgaan op de overnemende partij, in het bijzonder als de overnemende partij zelf niet voldoet aan de wettelijke vereisten voor uitoefening van het wilsrecht.²² Dat probleem speelt ook hier, omdat het wegneemrecht slechts toekomt aan de huurder voor zover het gaat om *door hem* aangebrachte veranderingen. Geredeneerd zou kunnen worden dat de overnemende partij de veranderingen niet heeft aangebracht en dus geen wegneemrecht heeft. Naar onze mening komt het wegneemrecht evenwel ook toe aan een rechtsopvolger van de Exploitant.²³

Redengevend is daarvoor dat het kenmerk van de figuur van contractsoverneming is dat de overnemende partij in beginsel volledig in de positie van de uittredende partij treedt, met als gevolg dat alle wilsrechten die aan de uittredende partij toekwamen, ook aan de overnemende partij toekomen. Dat brengt mee dat het wegneemrecht ook toekomt aan de rechtsopvolger van de Exploitant, ondanks het feit dat de rechtsopvolger de veranderingen zelf niet heeft aangebracht. De wettelijke vereisten voor uitoefening van het wilsrecht zijn enkel voorwaarden waaraan moet worden voldaan om het desbetreffende wilsrecht tot ontstaan te brengen. Indien dat is gebeurd, is vervolgens sprake van een bestaand wilsrecht dat ook kan overgaan op derden. Met andere woorden: de wettelijke voorwaarden voor een wilsrecht zijn ontstaansvoorwaarden, maar geen continuïteitsvoorwaarden.²⁴

4.3. Het wegneemrecht in geval van overdracht van het gebouw

Als de Gebouweigenaar het gebouw overdraagt aan een derde, brengt artikel 7:226 lid 1 BW mee dat deze derde van rechtswege treedt in de rechten en verplichtingen in de huurovereenkomst. Daaronder valt ook het wegneemrecht, omdat dit recht – anders dan hiervoor het geval was bij de instaprechten – wel degelijk onmiddellijk verband houdt met het doen hebben van het gebruik van de zaak tegen een door de huurder te betalen tegenprestatie. De Exploitant kan zijn wegneemrecht dus ook uitoefenen jegens een rechtsopvolger van de Gebouweigenaar.

Hetzelfde geldt indien het gebouw wordt overgedragen doordat de hypotheekhouder van de Gebouweigenaar overgaat tot executie. Daarbij is het niet van belang of al dan niet sprake is van een huurbeding in de zin van artikel 3:264 lid 1 BW, op grond waarvan de bevoegdheid van de Gebouweigenaar tot verhuur is beperkt. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt namelijk dat ook in geval dat de hypotheekgever jegens de hypotheekhouder niet tot verhuur bevoegd was, de huurder zijn wegneemrecht wel tegen de hypotheekhouder kan inroepen.²⁵ Daaraan ligt de gedachte ten grondslag dat het huurbeding er slechts toe strekt de hypotheekhouder de mogelijkheid te bieden om het verhypothekeerde te executeren in de staat waarin het zich ten tijde van de vestiging van het hypotheekrecht bevindt, namelijk in onverhuurde staat. Met die strekking is geenszins onverenigbaar dat de huurder

zijn wegneemrecht uitoefent. De hypotheekhouder wordt beschermd tegen een mogelijk waardedrukkende huur-overeenkomst maar hoeft er niet beter van te worden. Vanuit de positie van de huurder beschouwd: het wegneemrecht voorkomt ook een ongerechtvaardigde verrijking van de hypotheekhouder.

4.4. Het wegneemrecht in faillissement

In geval van faillissement van de Gebouweigenaar is het de vraag of de Exploitant zijn wegneemrecht nog kan uitoefenen, omdat de uitoefening ervan leidt tot een aantasting van het tot de boedel behorende pand en daarmee tot een onttrekking van actief aan de boedel. In de literatuur bestaat van oudsher weinig aandacht voor faillissementsbestendigheid van het wegneemrecht. Ook het rechtskarakter van het wegneemrecht is enigszins diffuus. Sommigen duiden het wegneemrecht als een recht met zakelijke werking of een persoonlijk vorderingsrecht met derdenwerking, maar zonder nader uit te werken wat dit precies inhoudt.²⁶ Ook de wetgever rept van het wegneemrecht als een recht met 'zakenrechtelijke werking, zonder de natrekkingsregel te doorbreken.'²⁷

Het is als uitgangspunt van belang te beseffen dat het wegneemrecht in verschillende rechtsverhoudingen kan voorkomen, zowel in goederenrechtelijke verhoudingen (zoals bij vruchtgebruik, erfpacht en opstal), als in verbintenisrechtelijke relaties (zoals bij huur en pacht). Het ligt naar onze mening in de rede om aan te nemen dat een wegneemrecht in een goederenrechtelijke verhouding zonder meer een goederenrechtelijk karakter heeft, omdat het onderdeel uitmaakt van het desbetreffende goederenrechtelijk recht. Dat geldt niet alleen voor wegneemrechten die door de wet aan een bepaald goederenrechtelijk recht worden verbonden, maar ook voor door partijen gecreëerde wegneemrechten, mits deze rechten zozeer verband houden met de inhoud van het desbetreffende recht dat het gerechtvaardigd is om ze als onderdeel van het goederenrechtelijk recht te beschouwen.²⁸ Dat geldt naar onze mening bijvoorbeeld voor een wegneemrecht van de opstaller ter zake van door hem verplicht aangebrachte gebouwen, werken of beplantingen.²⁹

Het wegneemrecht in de hier besproken constructie maakt daarentegen deel uit van een verbintenisrechtelijke relatie, zij het dat daaraan op grond van artikel 7:226

Het is als uitgangspunt van belang te beseffen dat het wegneemrecht in verschillende rechtsverhoudingen kan voorkomen

BW een zekere derdenwerking toekomt. Niettemin heeft het wegneemrecht ondanks deze verbintenisrechtelijke grondslag ook in deze verhouding een zekere goederenrechtelijke dimensie, gelet op het feit dat de uitoefening van het wegneemrecht leidt tot eigendomsverkrijging. In afwijking van de hoofdregel dat de eigenaar van de hoofdzak eigenaar wordt van het afgescheiden deel, is de eigendom van hetgeen wordt weggenomen als het ware reeds geanticipeerd toegewezen aan de tot wegneming gerechtigde. Zoals Lokin opmerkt heeft het wegneemrecht daarmee een hybride karakter, omdat weliswaar sprake is van een relatief recht, maar toch met zekere zakenrechtelijke kenmerken.³⁰ Dit goederenrechtelijk effect geeft naar onze mening de doorslag om aan te nemen dat uitoefening van het wegneemrecht ook in geval van faillissement van de Gebouweigenaar kan plaatsvinden. In de toekenning van het wegneemrecht ligt besloten dat de wetgever de eigendomsverkrijging door de huurder in deze gevallen gerechtvaardigd acht en het valt naar onze mening niet in te zien waarom het faillissement hierin een verandering zou brengen.³¹

5. De Whoa

Sinds 1 januari 2021 dient elke constructie – of die nu verbintenisrechtelijk of goederenrechtelijk is ingericht – aan de Whoa te worden getoetst. Waar de surseance en de schuldsaneringsregeling min of meer het stramien van het hiervoor behandelde faillissement volgen, brengt de Whoa een fundamentele vernieuwing, die separate aandacht verdient.

De Whoa biedt de mogelijkheid een dwangakkoord tot stand te brengen buiten het kader van een formele

19. Zie ook Van Drunen & Hoving 2022a, p. 696; M.M.G.B. van Drunen & I.C.J. Hoving, 'De positie van de financier in geval van insolventie van de exploitant bij het opstallos financieren van dakprojecten voor zonnepanelen', *Tvl* 2022/32, par. 2.4.2 (hierna: Van Drunen & Hoving 2022b); Jager 2022, *passim*. Kritisch over de constructie als idee: W.H. van Boom, *Goederen- en zekerhedenrecht*, Den Haag: Bju 2022, p. 834, noot 41.

20. Zie voor deze hoofdregel Asser/Bartels & Van Velten 5 2017, nr. 80a.

21. Zie voor de definitie van wilsrechten bijvoorbeeld G.W. Rupke, *Wilsrechten* (diss. Utrecht), Amsterdam: Kruyt 1914, p. 38;

J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht. Deel I. Algemene beginselen*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1948, p. 102-103 en Asser/Bartels & Van Mierlo 3-IV 2013, nr. 2.

22. Zie voor een overzicht van de controverse E.F. Verheul, 'Overgang van wilsrechten bij contractsovername (I)', *WPNR* 2017, afl. 7156, p. 489-496 en E.F. Verheul, 'Overgang van wilsrechten bij contractsovername (II, slot)', *WPNR* 2017, afl. 7157, p. 507-512.

23. Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 14 februari 2017, *WR* 2017/76 (OK/*Van den Belt*) en Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II 2021, nr. 141.

24. Zie Verheul 2017, p. 494.

25. Zie HR 2 juni 1989, *NJ* 1990/253, m.nt. W.M. Kleijn (*Christenhusz/Brunsveld*).

26. J.E. Wichers, *Natrekking, vermenging en zaaksvorming* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003, p. 273 en J.B. Spath, *Zaaksvervanging* (Onderneming & Recht nr. 55) (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010, nr. 114.

27. Zie V.C. II., *Parl. Gesch. Boek 3 BW*, p. 82.

28. Zie voor deze maatstaf HR 11 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC1886, *NJ* 1982/76, m.nt. W.M. Kleijn (*Haven Zwartewaal*) en T.M., *Parl. Gesch. Boek 5 BW*, p. 3.

29. Vgl. P.J. van der Plank & D. de Jong, 'Instrumenteel gebruik van het recht van erfpacht in het kader van circulair bouwen', *WPNR* 2019, afl. 7224, p. 69.

30. Zie J.C.T.F. Lokin, *Afscheiding van bestanddelen* (Onderneming & Recht 134) (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 364.

31. Zie in dezelfde zin T.T. van Zanten, 'Beschikken over de boedel op basis van een contract', in: E.F. Verheul & T.T. van Zanten, *Overeenkomst en Zekerheid* (Serie *Recht & Praktijk*, nr. *InsR20*), Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 344.

insolventieprocedure. De regeling is op een andere leest geschoeid dan het faillissements-, surseance- of schuldsaneringsakkoord en kan ook geseceerde schuldeisers en aandeelhouders binden. Voor het onderhavige onderwerp is met name van belang dat de schuldenaar in het kader van een akkoord een wederpartij bij een overeenkomst kan voorstellen de overeenkomst te wijzigen en als het voorstel niet wordt geaccepteerd de overeenkomst kan beëindigen (artikel 373 Fw). Daarvoor is dan wel nodig dat een akkoord tot stand komt en wordt gehomologeerd en de rechter toestemming voor opzegging geeft. De schadevordering die de wederpartij verkrijgt in het geval van een beëindiging kan worden meegenomen in het akkoord, hetgeen in de regel zal betekenen dat zij een fractie van haar schade vergoed krijgt.

Toegepast op de onderwerpelijke financieringsconstructie kan deze beëindigingsmogelijkheid een streep zetten door twee voor de Financier essentiële elementen. De service- of huurovereenkomst kan voortijdig ten einde komen, waardoor ook de inkomstenstroom ophoudt. Dat kan zowel als de Exploitant een akkoord aanbiedt als wanneer de Gebouweigenaar dat doet. Daarnaast kan de financieringsovereenkomst ten einde komen, maar alleen als de Exploitant een Whoa-traject ingaat. De Gebouweigenaar is immers geen partij bij die financieringsovereenkomst.

De combinatie van de beide eventualiteiten kan de zekerheidspositie vergaand ondergraven

De combinatie van de beide eventualiteiten kan de zekerheidspositie vergaand ondergraven. De inkomstenstroom die de serviceovereenkomst genereert, is dan niet meer beschikbaar als voorwerp van zekerheid, maar met het einde van de financieringsovereenkomst komt ook het pandrecht (bij voorbaat) op de verwijderde installatie in gevaar, de 'fall-back'-zekerheid. Dat laatste is met name het geval als ook een afkoelingsperiode wordt afgekondigd gedurende een Whoa-traject van de Gebouweigenaar.³² De Exploitant zal dan de installatie niet kunnen verwijderen. Immers, dat zou neerkomen op een opeising van een goed, welke bevoegdheid gedurende de afkoelingsperiode niet kan worden uitgeoefend, behoudens een machtiging door de rechtbank. Als de afkoelingsperiode maar lang genoeg duurt, is het mogelijk dat de installatie pas kan worden verwijderd als de financieringsovereenkomst al een einde heeft genomen en de (schade)vordering al door het akkoord is getroffen.

Kan dit risico worden geneutraliseerd? Vooropgesteld zij dat de kans dat dit scenario zich verwezenlijkt niet groot lijkt. De Exploitant wordt bij een beëindiging afgesneden van zijn inkomstenbron terwijl hij het nodige zal moeten investeren om de installatie te verwijderen en die elders nuttig in te zetten; de Gebouweigenaar zal willen vermijden dat de installatie wordt verwijderd en hij met een gemankeerd gebouw achterblijft. Maar wat als beëindiging toch dreigt?

Het probleem is niet zo groot als slechts de Gebouweigenaar in een Whoa-traject zit.³³ Dat raakt niet de financieringsovereenkomst en een contractsovername is dan niet aan de orde want die ziet op de service- en huurovereenkomst. Die contractsovername strekt ertoe om de inkomstenstroom als voorwerp voor zekerheid op gang te houden, maar die zal bij een beëindiging door de Gebouweigenaar hoe dan ook ophouden. Het is dan zaak dat de Exploitant het wegneemrecht uitoefent, waarna het bij voorbaat gevestigde pandrecht van de Financier ontstaat.

Daar zal gelegenheid toe zijn, omdat de beëindiging volgens artikel 373 lid 1 Fw plaatsvindt bij de homologatie van het akkoord en geschiedt op een door de schuldenaar (of herstructureringsdeskundige) gestelde termijn, die redelijk moet zijn. De afkoelingsperiode is dan al geëindigd, want die speelt slechts een rol bij het gaande houden van de onderneming gedurende de totstandkoming van het akkoord.³⁴ Nadien moet de schuldenaar op eigen kracht verder en zal de Gebouweigenaar op andere wijze moeten voorzien in de diensten die hij voorheen van de Exploitant betrok.

Als (ook) de Exploitant een akkoord voorbereidt, komt het wel aan op een tijdige overname, waarin het beding over de contractsovername dient te voorzien. Die formulering moet dan wel zorgvuldig worden gekozen, omdat een wijziging van een verbintenis – waaronder wij een contractsovername scharen³⁵ – die is gekoppeld aan het aanbieden van een akkoord of een daarmee verbonden omstandigheid (een 'ipso facto'-beding) geen effect heeft.³⁶ Als een afkoelingsperiode is afgekondigd, kan een voordien bestaand verzuim van de schuldenaar in de volvoering van een schuld evenmin grond zijn voor een wijziging.³⁷ Dat betekent dat een bepaling die is gekoppeld aan het in gebreke zijn of in verzuim zijn of – denkkelijk – aan het niet-voldoen aan financiële ratio's³⁸ – geen effect zal hebben.

Een voorwaardelijke contractsovername die (mede) is gekoppeld aan een weigering van de Exploitant om desgevraagd te verklaren dat hij in de toekomst op dezelfde voorwaarden de overeenkomst zal nakomen, lijkt ons daarentegen geoorloofd, ook gedurende een afkoelingsperiode. Bij de totstandkoming van de Implementatiewet herstructurering en insolventie is benadrukt dat het bij ipso facto-clausules gaat om omstandigheden die *rechtstreeks* verband houden met het akkoord en dat bijvoorbeeld een verlaagde *credit rating* wel een grond voor wijziging van de voorwaarden kan zijn.³⁹ Het betreft niet reeds vóór de afkoelingsperiode ontstane verplichtingen, maar toekomstige verplichtingen. Die vallen sowieso buiten het bereik van artikel 373 lid 4 Fw.

Wij achten het redelijk en evenwichtig dat de overeenkomst kan overgaan als de Exploitant te kennen geeft niet meer op dezelfde voorwaarden te blijven presteren. De Gebouweigenaar heeft er groot belang bij over de prestaties te kunnen blijven beschikken. Als de Exploitant aangeeft die prestaties niet meer op dezelfde voorwaarde te zullen leveren, kondigt hij al aan te zullen gaan tekortschieten of een voorstel voor wijziging te zullen gaan doen, dat de Gebouweigenaar niet hoeft te accepteren. De serviceovereenkomst is voor de Exploitant die al heeft doen weten niet te zullen nakomen sowieso geen bron

voor inkomsten meer. Het strookt met een goede rechtsbedeling dat de Gebouweexploitant de voor hem essentiële prestaties van een andere exploitant kan betrekken en dat de Financier verder die exploitatie door de nieuwe exploitant financiert.

Maar het moet gezegd dat de Whoa een onzekere factor is, nu het hier fundamentele, recente wetgeving betreft, die zich nog moet zetten. Thans, tweeënehalf jaar na de inwerkingtreding, kunnen we vaststellen dat de Whoa vrijzinnig wordt toegepast, althans waar de overeenkomst in het geding is. In twee gevallen hebben de de rechtbank Amsterdam en de rechtbank Rotterdam de overeenkomst met een financier benaderd via artikel 370 Fw in plaats van artikel 373 Fw, dat juist voor bestaande overeenkomsten is geschreven. Artikel 370 Fw geeft niet meer dan het algemene kader voor een Whoa-akkoord: de mogelijkheid van een wijziging van de rechten van schuldeisers en aandeelhouders. Toch grondden beide rechtbanken op deze bepaling een verplichting om financiering te blijven verstrekken zonder dat aan de voorwaarden van de financieringsovereenkomsten werd voldaan.⁴⁰

In *IHC/Rabobank* bijvoorbeeld, moest Rabobank nieuwe gelden onder het bestaande arrangement ter beschikking stellen hoewel IHC in strijd met dat arrangement een winstgevende dochter had verkocht. Ondanks dat het concern daardoor een ingrijpende wijziging onderging – die maakte dat Rabobank niet verder wilde financieren – werd zij daartoe gehouden: niet omdat de overeenkomst op de voet van artikel 373 Fw werd gewijzigd, maar op basis van het algemene artikel 370 Fw.⁴¹

Als het mogelijk is een wederpartij te verplichten op gewijzigde voorwaarden te blijven presteren, zonder haar de mogelijkheid te bieden ex artikel 373 Fw ‘uit te stappen’, valt niet uit te sluiten dat hetzelfde kan bij ander-soortige contracten. Wat dat betreft, is het niet geruststellend dat ter onderbouwing van de beslissing een beroep wordt gedaan op de beoogde flexibiliteit en het doel van de Whoa en dat in een andere opvatting het herstructureringsplan ‘zinledig’ zou worden. Het zijn argumenten die wederpartijen niet gerust zullen stellen, omdat ze de positie van de wederpartij ondergeschikt maken aan het slagen van het voorgestelde plan.

Wij staan sceptisch tegen deze ontwikkeling en achten het wenselijk dat de Hoge Raad zich in het kader van bijvoorbeeld een cassatieberoep in het belang der wet hierover kan uitlaten. Maar zij is ook niet meteen reden voor defaitisme. De overeenkomsten die ons hier bezig houden verschillen nogal van de financieringsovereenkomsten die in de reeds berechte gevallen aan de orde waren. De rechtbank Rotterdam achtte de weg via artikel 370 Fw bovendien alleen maar begaanbaar voor zover de voorwaarden waaronder financiering werd verstrekt niet

wezenlijk wijzigen en zij meende dat om het daar berechte geval in wezen alles bij het oude bleef. Het lijkt weinig voor de hand te liggen dat een rechtbank een wederpartij zou verplichten een hogere prijs te betalen voor dezelfde nutsvoorzieningen of genoeg te nemen met minderwaardige prestaties voor dezelfde prijs.

Daar komt bij dat het in de door ons onderzochte constructie gaat om een clause die een contractsovername bewerkstelligt die al geëffectueerd is voordat het tot een akkoord of de homologatie komt. Artikel 370 Fw is niet een voor de hand liggende basis om wijzigingen in de overeenkomst of de daaruit voortvloeiende verplichtingen te gronden in een overeenkomst waarbij de Exploitant geen partij meer is.

Niettemin introduceren deze ontwikkelingen wel een additionele onzekerheid in het arrangement, maar niet een die ondraaglijk is voor de gevallen die ons hier bezig houden.

6. Onder de streep

Dit alles overziend, lijkt de onderwerpelijke financieringsconstructie te doen want zij moet doen. Het is geen ‘proven technology’ – specifieke rechtspraak ontbreekt en met name de verder uitkristalliserende Whoa vergt voortdurende aandacht – maar de combinatie van de instap- en wegneemrechten leidt in alle betrokken scenario’s tot een resultaat waarin zoveel mogelijk wordt tegemoetkomen aan de belangen van de Exploitant, de Gebouweigenaar en de Financier. Zolang de Exploitant in staat is (op dezelfde voorwaarden) te presteren, zal hij de vruchten van de exploitatie kunnen plukken. De Gebouweigenaar kan over de diensten van de Exploitant beschikken op de overeengekomen voorwaarden. De Financier vindt in de door de serviceovereenkomst gegenereerde inkomsten zekerheid.

Komt de Exploitant in financiële moeilijkheden te verkeren, zodanig dat hij niet meer op dezelfde voorwaarden zijn diensten kan verlenen, dan kan een andere partij instappen en de tegenover de verdere dienstverlening staande inkomsten genieten, die voor de Financier dan weer diens zekerheid vormen. De Gebouweigenaar blijft voorzien van de noodzakelijke diensten.

Gaat de Gebouweigenaar failliet, dan zal het in de bulk van de gevallen zo zijn dat de curator of de opvolgend eigenaar verder met de Exploitant in zee gaat, zodat de Exploitant en de Financier uiteindelijk in min of meer dezelfde positie zullen verkeren. In de keren dat de curator of opvolgend eigenaar niet verder wil of kan met de Exploitant, kan de Exploitant gebruik maken van zijn wegneemrecht, waarmee de Financier alsnog zekerheid krijgt op de installaties. Voor de serviceovereenkomst is het dan einde verhaal, maar de installaties zullen dan elders weer nuttig kunnen worden ingezet. •

32. Art. 376 Fw.

33. Vgl. Van Drunen & Hoving 2022a, p. 696.

34. Zie ook art. 6 lid 1 Richtlijn (EU) 2019/1023 betreffende herstructurering en insolventie, waar de ‘schorsing van individuele tenuitvoeringsmaatregelen’ betrekking heeft op ‘de onderhandelingen over

een herstructureringsplan’.

35. Kennelijk anders: Van Drunen & Hoving 2022b, p. 219-220.

36. Art. 373 lid 3 Fw.

37. Art. 373 lid 4 Fw.

38. H.N. Schelhaas & K.K.E.C.T. Swinnen, ‘Pacta sunt servanda en de WHOA – Over de beëindiging en wijziging van contracten’,

in: C.M. Harmsen & M.L.H. Reumers (red.), *De WHOA van wet naar recht* (Serie Recht & Praktijk, nr. InsR18), Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 130-133. Zie evenwel bij noot 42.

39. M.v.T., *Kamerstukken II* 2021/22, 36040, nr. 3, p. 21-22.

40. Rb. Amsterdam 5 augustus 2021, *JOR*

2022/102, m.nt. R. van den Stigtenhorst en Rb. Rotterdam 9 maart 2023, *NJ* 2023/184, m.nt. F.M.J. Verstijnen (*IHC/Rabobank*).

41. Zie ook F.M.J. Verstijnen in zijn noot onder *IHC/Rabobank*, onder 8.