

Door: mr. drs. G.L.A. Klooster, mr. E.M. van Elst¹

Sale-and-lease-back is een populair financieringsinstrument voor de transactiepraktijk. De schrijvers onderzoeken deze figuur en staan stil bij de mogelijkheden en voordelen van varianten, bijvoorbeeld met gebruik van de rechten van opstal en erfpacht.

Sale-and-erfpacht-back en andere varianten

1. De populariteit van sale-and-lease-back

De huidige economie bevat alle ingrediënten om tot een sale-and-lease-back transactie te komen.² Enerzijds is veel kapitaal beschikbaar waardoor beleggers bereid zijn een hoge prijs te betalen. Anderzijds willen veel ondernemers de liquiditeitspositie verbeteren. Dan wordt al snel gedacht aan de verkoop van waardevolle bedrijfsmiddelen, zoals onroerende zaken.

In de basis omvat een sale-and-lease-back transactie een verkoop en levering door een exploitant van een kantoor- of bedrijfsruimte, eventueel met andere bedrijfsmiddelen, aan een belegger. De exploitant huurt vervolgens de ruimte terug van de belegger. Zo ontstaat vaak een ‘operational lease’, waarbij het economisch risico verbonden aan de kantoor- of bedrijfsruimte gedurende de huurperiode in principe voor de belegger is, en de locatie pas bij het eindigen van de huurovereenkomst door de exploitant aan de belegger wordt opgeleverd.

In dit artikel verkennen wij de alternatieven voor de gebruikelijke koop, levering en huur. Ons doel is daarbij om naast een opsomming van de mogelijke rechtsfiguren, stil te staan bij de zeer specifieke aandachtspunten voor deze bijzondere transactievorm. Speciale aandacht is daarbij voor de figuren van opstalrecht en erfpacht. De fiscale aspecten van de transactie laten we (grotendeels) buiten beschouwing. Daarbij merken wij wel op dat bij de vestiging van zakelijke rechten er veel aandacht dient te zijn voor de heffing van overdrachts- en omzetbelasting.³

2. Een andere invulling van sale-and-lease-back

Opvallend bij sale-and-lease-back transacties is dat de laatste jaren de verhoudingen tussen exploitant en belegger verschuiven. Zo komt vaak voor dat de belegger bereid is om de zaak met alle zichtbare en onzichtbare gebreken te aanvaarden (de zogenaamde ‘as is, where is’ aanvaarding), onder de gelijke verplichting van de exploitant om gedurende de huurperiode alle lasten en uitgaven verbonden aan de zaak op zich te nemen (het zogenaamde ‘triple net’ huurcontract). Hoewel op deze wijze de kosten voor rekening komen van de exploitant, ligt het economisch risico van de zaak in de basis wel degelijk bij de belegger. Bij een dergelijk financieel gedreven transactie beperken partijen de verdere afspraken (in grote lijnen) tot het bepalen van de huurprijs en de einddatum van de huurperiode.

¹ Gerlinde Klooster en Erwin van Elst zijn als kandidaat-notaris verbonden aan VBC Notarissen N.V. te Amsterdam.

² Vorig jaar omvatte het Europees dealvolume van sale-and-lease-backs EUR 8,4 biljoen, waarbij dit instrument met name in de logistieke vastgoedmarkt ongekend populair was. Zie: https://en.savills.nl/research_articles/251487/311015-0.

³ J.C. van Straaten, P. Berkhuizen, ‘11. Beperkte rechten op onroerende zaken – overdrachtsbelasting – omzetbelasting (deel 1)’, *FBN* 2020/11, p. 8 t/m 14; K.F.H van Lierop, M.M.A. Verscheijden, ‘12. Btw en sale-and-lease-back; extra relevant tijdens de coronacrisis’, *Vastgoed Fiscaal en Civiel* 2020/4, p. 8 t/m 10.

Veel exploitanten, zoals familiebedrijven, zouden echter graag aan het einde van de huurperiode de locatie terug in eigendom verkrijgen, bijvoorbeeld door middel van een koopoptie. Als dit vooraf wordt vastgelegd, kan daarmee een ‘financial lease’ ontstaan, een constructie waarbij de exploitant steeds het economisch risico met betrekking tot de zaak behoudt. Gedurende de huurperiode leent de exploitant als het ware het resterende gedeelte van de terugkoop prijs van de belegger. In ruil daarvoor betaalt de exploitant niet alleen de gebruikelijke huur (een gebruiksvergoeding), maar ook een gedeelte aflossing. Bij het einde van de huurovereenkomst verkrijgt de exploitant de eigendom van de zaak, of kan deze worden verkregen door uitoefening van een koopoptie, tegen een vooraf bepaald, vaak symbolisch bedrag. Omdat bij ‘financial lease’ het economisch risico niet overgaat op de belegger, is er naar aanleiding van de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek (“BW”) veel geschreven over de verhouding tussen sale-and-lease-back en het destijds nieuwe fiduciaverbod van artikel 3:84 lid 3 BW. De Hoge Raad heeft zich hierover uitgesproken in het arrest Keereweer q.q./Sogelease, en bepaald dat deze constructie in principe niet in strijd is met het fiduciaverbod, zo lang door partijen maar een ‘werkelijke overdracht’ is beoogd.⁴

Afgezien van de verdeling van kosten en het bedingen van een koopoptie zijn er meer aanpassingen denkbaar op de gebruikelijke sale-and-lease-back, die alle verband houden met de intentie van partijen. Wat partijen namelijk voor ogen hebben bij het aangaan van een sale-and-lease-back, is een bestendige huurrelatie. Voor een belegger is leegstaande kantoor- of bedrijfsruimte een nachtmerrie; de exploitant wenst op zijn beurt de bedrijfsvoering voort te zetten, en met de verkoopopbrengst wellicht een groei of andere investering mogelijk te maken. Het is daarmee vanuit beide partijen uitdrukkelijk niet de bedoeling om de huurrelatie gemakkelijk te kunnen beëindigen. Daarnaast geeft de huidige, verkopersvriendelijke markt de exploitant meer ruimte om meer wensen neer te leggen dan alleen een goede verkoopprijs. Naast het bedingen van een koopoptie die gebruikt kan worden aan het einde van de huurperiode, kan het gewenst zijn om de rechtsverhouding vast te leggen als zakelijk recht, met onder meer als voordeel dat het zakelijk recht te bezwaren is met een hypotheekrecht. Anderzijds is een absolute randvoorwaarde van de belegger dat de verkoopopbrengst door de exploitant wordt aangewend voor een bestendige bedrijfsvoering. Wanneer de verkoopopbrengst bijvoorbeeld direct aan aandeelhouders wordt uitgekeerd, terwijl de nieuwe huurverplichting op het resultaat van de onderneming drukt, is voorzienbaar dat de solvabiliteit van de exploitant keldert. Bij de invulling van (varianten van) sale-and-lease-back zijn makkelijk zekerheden in te passen om de solvabiliteit van de exploitant op peil te houden.

3. Opstalrecht

3.1 Traditioneel instrument

Van oudsher is in veel bedrijfstakken de structurering van een ‘financial lease’ middels een opstalrecht gebruikelijk. Klassiek voorbeeld is de drukpers waarvoor aan de bank een tijdelijk opstalrecht wordt uitgegeven. De uitgever betaalt dan periodieke retributies, en door het einde van het opstalrecht komt uiteindelijk de eigendom van de pers aan hem toe. Van tuinkassen tot warmte- en koudeinstallaties en vele andere werken wordt, voor zowel bestaande als nog aan te leggen zaken, vaak van een opstalrecht gebruik gemaakt.

Een populaire figuur was de verkoop van het bedrijfsmiddel onder ontbindende voorwaarde

⁴ HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735.

van betaling van alle termijnen.⁵ Het bedrijfsmiddel werd wederom geleverd door vestiging van een opstalrecht. In het verleden leek hier even een gigantisch fiscaal voordeel te behalen, maar de fiscus was snel met herstellwetgeving.⁶ Wanneer de koopovereenkomst werd ontbonden, werd het opstalrecht teruggeleverd, als gevolg waarvan het recht teniet ging door vermenging. Overigens is bij dergelijke historische structuren voor warmte- en koudeinstallaties op dit moment nog een commerciële mogelijkheid om het opstalrecht voort te laten bestaan. Waarna deze wordt overgedragen aan een energiemaatschappij, dan wel binnen het concern, of zelfs in het kader van estate planning wordt voortgezet. Door de financier werd veelal een projectvennootschap opgericht met uitsluitend het doel om het opstalrecht te houden. Ook de overname van deze projectvennootschap heeft commerciële mogelijkheden.

3.2 Nieuwe inzet

Afhankelijk van het uitgangspunt van partijen is in het kader van sale-and-lease-back mogelijk dat een opstalrecht wordt uitgegeven aan een belegger. Maar de exploitant kan net zo goed de eigendom van een kantoor-of bedrijfsruimte onder voorbehoud van een opstalrecht aan de belegger overdragen.

In het eerste geval is de goederenrechtelijke overeenkomst van uitgifte van het opstalrecht wederom het gevolg van een verkoop van het werk. Noodzakelijk blijft dan dat het werk wordt gehuurd. De exploitant kan een prijs ineens ontvangen, maar ook kunnen een periodieke retributie enerzijds en een huur anderzijds als financieel instrument worden gebruikt. Interessant in het kader van het solvabiliteitsvraagstuk is een gefaseerde betaling van de koopprijs door de belegger-opstalhouder aan de exploitant, onder de noemer van de retributie onder het opstalrecht. Wellicht in combinatie met de mogelijkheid dat de belegger-opstalhouder op een bepaald toekomstig moment ook het eigendomsrecht van de exploitant geleverd krijgt.

Maar evengoed kan de locatie worden geleverd onder voorbehoud van een opstalrecht voor de exploitant. Een dergelijk opstalrecht zal niet als financieel instrument worden ingezet, aangezien huur veelal de voorkeur heeft, maar zal uitsluitend dienen tot het behoud van eigendom van een bedrijfsmiddel. Daarbij zal vaak sprake zijn van een tijdelijk opstalrecht verbonden aan de huurperiode. Voordeel voor de houder van een zelfstandig opstalrecht is de hypothecaire financierbaarheid. Bijzondere aandacht verdient de inrichting van het opstalrecht als huuraanvullend recht, waarbij het einde van de huur met zich meebrengt dat de eigenaar bevoegd is het opstalrecht te beëindigen.⁷ Een onmiskenbare behoefte in de praktijk is om wettelijke vereiste termijnen rond de opzegging en beëindiging van het opstalrecht af te schaffen. Helaas lijkt een wijziging niet snel aan de orde.⁸

Met het bovenstaande houdt verband dat enerzijds in veel sectoren, zoals de lichte industrie en logistiek, zaken als bovenloopkranen of stellingen zeer waardevolle bedrijfsmiddelen zijn. Anderzijds kan bij een 'built to suit' bedrijfsmiddel voor de belegger van belang zijn dat

⁵ Zie voor de kwestie van uitleg van een ontbindende voorwaarde verbonden aan een recht van opstal: HR 22 oktober 2010, 08/05108, LJN: BM8933 met noot van F.J. Vonck.

⁶ Zie voor een overzicht J.C. van Straaten, 'Wanneer is voor toepassing van artikel 19 WBR sprake van een ontbindende voorwaarde?', *FBN 2016/55*.

⁷ Zie M.M.G.B. van Drunen en M.E. Hinskens-van Neck, 'Het huuraanvullende opstalrecht in duurzame energieprojecten – een verkennend onderzoek', *WPNR 7315*, p. 194 e.v.

⁸ Zie S.E. Bartels, V. Sagaert, V. Tweehuysen en F.J. Vonck, 'VI Erfpacht en opstal (titels 7 en 8) If it ain't broke, don't fix it', Boek 5 BW van de toekomst; *KNB Preadvies 2016*.

geheel wordt ontruimd om een volgende huurder van de locatie een eigen inrichting te laten verzorgen. De eigendom die met het opstalrecht wordt verkregen kan derhalve na afschrijvingen gezien worden als een kostenpost door de verplichting om zaken te verwijderen.

Tot slot kan het opstalrecht een instrument zijn om de realisatie van nieuwbouw mogelijk te maken. In het kader van groei wordt door exploitanten op veel bedrijfsterreinen de mogelijkheid onderzocht om op de bestaande kavels een extra hal te realiseren of een hal te vervangen. Een dergelijke uitbreiding heeft veelal een zelfstandig bouwkundig karakter, maar houdt voor wat betreft de huidige onderneming van de exploitant verband met de gehele locatie. De financieringsbehoefte verbonden aan een dergelijk bouwplan staat natuurlijk niet in verhouding tot een verkoop van de totale locatie.

4. Huurkoop

4.1 Huurkoop in vergelijking tot ‘financial lease’

Sale-and-financial-lease-back lijkt materieel sterk op de in de wet vastgelegde vorm van huurkoop. In beide gevallen ligt het economisch risico bij de exploitant, en betaalt de exploitant periodiek een gebruiksvergoeding en een gedeelte aflossing, omdat de bedoeling van partijen is dat de exploitant aan het einde van de looptijd, als alle termijnen zijn betaald, de volle eigendom terugkrijgt.

Vanwege de sterke gelijkenis en strekking, werden onder de inmiddels vervallen Tijdelijke wet huurkoop onroerende zaken (“TWHOZ”) de bepalingen omtrent huurkoop ook (dwingendrechtelijk) van toepassing verklaard op financial leaseovereenkomsten. Voor financial leaseovereenkomsten die zijn gesloten sinds de invoering van de huidige regeling in 2017, is niet meer vanzelfsprekend dat de wettelijke huurkoopbepalingen van overeenkomstige toepassing zijn. Het gaat nu steeds om de vraag of deze overeenkomsten kwalificeren als ‘overeenkomst van goederenkrediet’ zoals omschreven in artikel 7:84 BW.⁹

Dit brengt de nodige onzekerheid en vragen met zich mee, bijvoorbeeld of een koopoptie tegen een nieuwe verhuurder kan worden ingeroepen. Bij de parlementaire behandeling heeft de minister gesteld dat de koopoptie inderdaad mee overgaat, maar in jurisprudentie blijkt dit niet altijd het geval.¹⁰ Het verschil in kwalificatie als huurovereenkomst of als huurkoop is verder ook van belang in geval van faillissement van de huurder respectievelijk huurkoper; uit artikel 38a en 39 Faillissementwet blijkt dat het voor de eigenaar eenvoudiger is om huurkoop te doen eindigen dan huur.

Voor commerciële partijen die duidelijkheid wensen te scheppen over de toepasselijke regels, is het onder de huidige regeling mogelijk de toepassing van de bepalingen omtrent goederenkrediet contractueel uit te sluiten (echter met uitzondering van artikel 7:92 BW inzake het vergoedingsrecht bij het voortijdig einde van de overeenkomst, waarover meer

⁹ I.S.J. Houben, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel X. Onbenoemde overeenkomsten*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nummer 51.

¹⁰ Zie *Kamerstukken II 1997/98*, 26089, nr. 3, p. 36; HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1955; HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9632.

onder 4.3).¹¹ Bij het opstellen van financial leaseovereenkomst dient men dus scherp te zijn op de gelijkenis met huurkoop, en de keuze voor het toepasselijke regime vast te leggen.

4.2 Aandachtspunten huurkoop

Kiest men voor huurkoop, dan verkrijgt de exploitant de eigendom van de zaak onder de opschortende voorwaarde van betaling van de termijnen, en wel door inschrijving van de akte waarin de huurkoop is vastgelegd.¹² Nadat alle termijnen zijn voldaan, wordt van dit feit een inschrijving gedaan, en is de eigendom van de exploitant weer onvoorwaardelijk.

Een huurkoopovereenkomst is binnen de kaders van titel 7.2.1 van het BW vrij in te vullen, maar geeft toch ook de goederenrechtelijke bescherming die voortvloeit uit inschrijving in de openbare registers (art. 7:102, 103 en 3:17 BW). Vergeleken met ‘operational lease’ en ‘financial lease’ wordt als het ware de koopoptie en de latere terugverkrijging veiliggesteld. Toch is huurkoop nog geen populaire rechtsfiguur, zeker niet tussen uitsluitend commerciële partijen. Wellicht doordat de inhoud van de huurkoopovereenkomst bijzondere aandacht nodig heeft. De wettelijke regeling geeft de commerciële huurkoper namelijk weinig bevoegdheden en bescherming, en er is – anders dan onder de TWHOZ – geen rechterlijke bevoegdheid meer om de inhoud van de huurkoopovereenkomst in een later stadium aan te passen.

De commerciële huurkoper zal daarom voor zichzelf werkbare, aanvullende bepalingen moeten bedingen. Deze zijn onder meer aan te raden waar het gaat om de mogelijkheid om de koopprijs tussentijds bij te stellen, de ontbindingsgronden voor de huurverkoper, de regeling omtrent vervreemding van de zaak door de huurverkoper, de verdeling van kosten en een eventuele mogelijkheid tot vervroegde aflossing. Verder zal het doorgaans wenselijk zijn om in afwijking van het bepaalde in artikel 7:106 lid 3 BW te bepalen dat de huurkoper bevoegd is de inrichting of gedaante van de zaak te veranderen, en het genot van de zaak (gedeeltelijk) aan anderen af te staan.

4.3 Vergoeding bij voortijdig einde huurkoop en financial lease

Indien de huurkoop of overeenkomst van ‘financial lease’ (die kwalificeert als ‘overeenkomst van goederenkrediet’ zoals omschreven in artikel 7:84 BW) voortijdig wordt ontbonden, dan zou dat een voordeel voor de eigenaar opleveren. De wetgever heeft willen voorkomen dat de exploitant in dergelijke gevallen met lege handen zou komen te staan. Immers heeft de exploitant steeds het risico gedragen, en is het geleende bedrag deels afgelost. Daartoe is artikel 7:92 BW dwingendrechtelijk op goederenkredietovereenkomsten (waaronder huurkoop) van toepassing. Niet alleen de gedane betalingen, maar ook een eventuele waardevermindering van de zaak dient door de belegger aan de exploitant te worden verrekend.

In de literatuur wordt bepleit dat deze bepaling lastig te verenigen is met de strekking van het hiervoor genoemde arrest Keereweer q.q./Soglease, omdat de vraag is of door dit uitgebreide vergoedingsrecht van de exploitant wel sprake kan zijn van een ‘werkelijke overdracht’.¹³ Een

¹¹ I.S.J. Houben, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel X. Onbenoemde overeenkomsten*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nummer 51.

¹² Zie artikel 3:92 BW; J.C. van Straaten, ‘Eigendom onder opschortende voorwaarde: een slapend recht, maar wel een recht’, *Juridische Berichten voor het Notariaat*, 2016/39; HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1046 (Rabobank/Reuser).

¹³ HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1735.

op grond van artikel 3:84 lid 3 BW ongeldige titel is immers de overeenkomst die de bevoegdheden van de kopende partij in geval van wanprestatie van zijn wederpartij beperkt tot het recht het goed te gelde te maken, teneinde zich uit de opbrengst daarvan te bevredigen onder gehoudenheid een eventueel overschot aan zijn wederpartij ten goede te doen komen. Toepassing van artikel 7:92 BW zou erin kunnen resulteren dat bij het voortijdig einde de kantoor- of bedrijfsruimte verkocht dient te worden om de exploitant de betaalde aflossingstermijnen en zijn aandeel in de overwaarde uit te keren.¹⁴

5. Erfpacht

5.1 Achtergrond gebruik erfpacht

De meest voor de hand liggende variant op de sale-and-lease-back van commercieel vastgoed is de sale-and-erfpacht-back. Hierbij draagt een exploitant de kantoor- of bedrijfsruimte over aan een belegger, onder voorbehoud van een recht van erfpacht. De belegger wordt daardoor (bloot-)eigenaar, en de exploitant erfpachter. In de regel wordt de erfpacht daarbij zo veel mogelijk ingekleed als huurrecht, en daarom is deze variant bekend geworden als 'erfpachtlease'. Andere invullingen van de erfpacht zijn echter ook denkbaar; binnen de kaders van de wet kan de erfpacht zo worden ingedeeld dat er maatwerk ontstaat. Natuurlijk zijn de hiervoor onder 3. omschreven aandachtspunten voor het opstalrecht (nagenoeg) van overeenkomstige toepassing op de erfpacht.

Sinds 2016 is erfpachtlease niet meer fiscaal voordeliger dan een reguliere sale-and-lease-back. Daarmee is haar bestaansrecht echter niet verdwenen. Sindsdien is de commerciële vastgoedmarkt immers sterk veranderd. Zo is door toenemende schaarste de leegstand afgenomen. Een trend die zelfs de afgelopen jaren is doorgezet, zelfs bij kantoorruimte.¹⁵ Door het toegenomen rendement wordt zelfs voorspeld dat het ten opzichte van 2016 interessanter is om kantoorruimte als belegging te verkrijgen.¹⁶ Dit maakt dat er meer ruimte is voor de (commerciële) belangen van de exploitant/toekomstig erfpachter.

Vanuit de exploitant bezien, heeft het vestigen van een erfpachtrecht ten opzichte van de reguliere sale-and-lease-back als voordeel dat daarin de partijbedoeling van langdurig gebruik beter wordt gevat. Het erfpachtrecht is kenbaar uit de openbare registers (al zal het niet altijd gewenst zijn om de commerciële details openbaar te maken), en omdat niet ten nadele van de erfpachter mag worden afgeweken van het bepaalde in artikel 5:87 lid 2 BW, is het erfpachtrecht voor de eigenaar in de regel lastiger op te zeggen dan een huurrecht. Daarnaast bestaat voor de erfpachter de mogelijkheid om aanvullende financiering aan te trekken en in dat kader het erfpachtrecht te bezwaren. Verder lenen de erfpachtvoorwaarden zich bij uitstek om de 'triple net'-verplichtingen op te nemen, inpassing in het model huurovereenkomst van de Raad voor Onroerende Zaken ("ROZ") blijkt vaak een behoorlijke uitdaging.

5.2 Overdragen, ondererfpacht, verhuur

De erfpachter heeft het recht om de erfpacht over te dragen of toe te delen. Blijkens artikel 5:91 BW kan deze bevoegdheid bij het uitgeven van de erfpacht worden beperkt. Verder is de erfpachter bevoegd om de zaak waarop de erfpacht rust in ondererfpacht uit te geven, te

¹⁴ Zie verder W. Nieuwesteeg, 'Het fiduciaverbod en de beschermingsgedachte: miskend, ontkend of vergeten?', *Ars Aequi* 2020, p. 169-178.

¹⁵ <https://www.cushmanwakefield.com/nl-nl/netherlands/news/2020/10/leegstand-op-de-kantorenmarkt-daalt-ondanks-afgenomen-vraag>.

¹⁶ <https://www.nvm.nl/media/vdbbuddx/kantoren-in-cijfers-2020.pdf>.

verhuren of te verpachten, voor zover in de akte van uitgifte niet anders is bepaald (artikel 5:93 en 94 BW). In geval van ‘erfpachtlease’ zullen de hiervoor genoemde rechten en bevoegdheden doorgaans zo veel mogelijk worden beperkt.

Natuurlijk herinnert de erfpachtlease aan de excessen rond een lease constructie in verband met een afnamebeding, bijvoorbeeld van een bierbrouwer. Niettemin kan deze structuur een uitkomst zijn voor ketens in industrieën waarbij toeleveranciers een langdurige financiële verbintenis zoeken met hun afnemers.

In gevallen waarin de exploitant het risico, alle kosten en het onderhoud draagt, en de eigenaar slechts op de achtergrond aanwezig is, is het goed denkbaar dat de bevoegdheden van de erfpachter ruimer uitvallen. Voor erfpachter is het namelijk wenselijk om de erfpacht aan gelieerde vennootschappen te kunnen overdragen, en om rechten van ondererfpacht of huurrechten te kunnen verstrekken aan andere gebruikers van de kantoor- of bedrijfsruimte, zoals bijvoorbeeld exploitanten van zonnepanelen op het dak van het gebouw.

5.3 Einde van het recht

Indien na verloop van de tijd waarvoor de erfpacht is gevestigd, de zaak niet door de erfpachter is ontruimd, en de erfpachter niet heeft laten blijken dat hij de erfpacht als geëindigd beschouwt, blijft de erfpacht in beginsel doorlopen (artikel 5:98 BW). Dit geeft de erfpachter een veilige positie, maar partijen zullen moeten nadenken over het gewenste vervolg.

Dat kan bijvoorbeeld betekenen dat de erfpachter na verloop van de eerste termijn het recht heeft om een koopoptie uit te oefenen. Is dat niet mogelijk of gewenst, dan zullen partijen nadere afspraken moeten maken over het vervolg van de rechtsverhouding. Het kan wenselijk zijn om de termijn van de erfpacht te verlengen (let wel: de fiscus beschouwt dit als vestiging van een nieuw recht, waarover overdrachtsbelasting zal zijn verschuldigd). In voorkomende gevallen komen partijen daarom overeen dat de rechtsverhouding na verloop van de termijn wordt voortgezet als huurovereenkomst, waarvan de inhoud bij het uitgeven van de erfpacht al in grote lijnen vast wordt gesteld. Een andere mogelijkheid is om de erfpacht voor onbepaalde tijd te vestigen, waarbij de canon tussentijds kan worden herzien (en het overeenkomen van een koopoptie nog steeds mogelijk is).

5.4 Vergoedingen

Bij erfpacht voor onbepaalde tijd is het goed denkbaar dat in de erfpachtvoorwaarden wordt vastgelegd dat de canon periodiek gewijzigd kan worden, bijvoorbeeld op basis van de inflatie.¹⁷ Dergelijke voorwaarden kunnen geldig en werkbaar zijn, zo lang de canonherziening maar (voor de erfpachter) voorzienbaar en bepaalbaar is, en daarnaast voor partijen leidt tot een resultaat dat redelijk is.¹⁸ Natuurlijk kan ook worden aangesloten bij de indexatie zoals in de algemene bepalingen bij de huurmodellen van de ROZ zijn opgenomen.

Maar ook is er een incentive denkbaar bij sale-and-erfpacht-back. Het is namelijk mogelijk om in eerste instantie een lagere koopprijs te hanteren dan bij de reguliere sale-and-lease-back (vanwege de voor erfpachter hogere waarde van een erfpachtrecht) en dit aan het einde van het recht te compenseren. Hiermee wordt de betaling van de koopprijs enigszins gespreid,

¹⁷ Zoals bij de agrarische erfpachtfinanciering: F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht* (diss. Rijksuniversiteit Groningen), 2013, p. 40 e.v.

¹⁸ J. Broese van Groenou, *De rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter* (Recht en Praktijk nr. VG10) (diss. Open Universiteit), 2019, p. 469.

waardoor de erfpachter een extra stimulans heeft om zijn verplichtingen na te komen en de volledige duur waarvoor de erfpacht is gevestigd, vol te maken.

In dat geval betaalt de belegger/erfverpachter in eerste instantie een lagere prijs voor de verkrijging van de (bloot-)eigendom, en komen partijen in de akte van uitgifte overeen dat bij het einde van de duur waarvoor de erfpacht is gevestigd, bij opzegging door de exploitant/erfpachter of bij opzegging door de belegger in alle andere gevallen dan die van artikel 5:87 lid 2 BW (langdurig tekortschieten in het betalen van de huur of andere erfpachtverplichtingen) een vergoeding ontvangt die deels bestaat uit een beloning voor goed erfpachterschap, en – mits overeengekomen – een vergoeding voor verrichte renovaties en aangebrachte werken.

6. Mogelijkheden

Het voorgaande laat zien dat er diverse mogelijkheden zijn om zakelijke rechten en bijzondere voorwaarden in te zetten bij sale-and-lease-back constructies, en dat daarmee veel creatieve oplossingen beschikbaar zijn om een hoofdzakelijk financiële transactie mogelijk te maken. Zo kan onder meer op diverse wijzen nauw worden aangesloten bij de wens van partijen om een bestendige ‘huurrelatie’ vast te leggen, kan vooraf worden bepaald dat de exploitant een koopoptie heeft of dat de eigendom van de kantoor- of bedrijfsruimte na de ‘huurperiode’ wederom toekomt aan de exploitant. Daarnaast is het in diverse constructies mogelijk om specifiek maatwerk toe te passen, bijvoorbeeld in het kader van de solvabiliteit van de exploitant, het doorbreken van natrekking voor bepaalde bedrijfsmiddelen, of het mogelijk maken van nieuwbouw of renovatie.

Internationale, institutionele beleggers met grote portfolio's kunnen uiteraard terughoudend zijn met het toepassen van zakelijke rechten en bijzondere voorwaarden, uit overweging om het ‘product’ simpel te houden. In de structurering met erfpacht- en opstalrechten liggen er om die reden juist kansen voor beleggers die langdurig voor maatwerk kunnen staan. Niet alleen kan dat op korte termijn leiden tot een haalbaar financieel plan, maar ook voor de verre toekomst kunnen rechten worden vastgelegd met betrekking tot de eigendom van de betreffende kantoor- of bedrijfsruimte. Het mes snijdt dan aan twee kanten: voor de belegger een (financieel) succesvolle belegging, voor de onderneming van de exploitant volop nieuwe kansen en mogelijkheden.