

Huur van 230a-ruimte versus erfpacht; een rechtsvergelijking

mr. B.N. Cammelbeeck¹

1. Inleiding

Van september 2017 tot en met september 2019 heb ik met veel plezier de Master of Real Estate (MRE) opleiding aan de Amsterdam School of Real Estate (ASRE) gevolgd. In het kader van mijn afstudeerscriptie heb ik onderzoek gedaan naar de belangrijkste civielrechtelijke en fiscale verschillen en overeenkomsten tussen huur van 230a-ruimte en erfpacht. Dit artikel is een bewerking van mijn scriptie.²

In Nederland is het gebruikelijk dat commercieel vastgoed door private vastgoedbeleggers wordt verhuurd. Het gebruik van het instrument erfpacht lijkt minder populair. Uit interviews met een tiental binnenlandse en buitenlandse private vastgoedbeleggers is naar voren gekomen dat Nederlandse beleggers het idee hebben dat een erfpacht (veel) minder flexibel is dan een huur. Buitenlandse beleggers zijn over het algemeen niet goed bekend met de rechtsfiguur erfpacht en volgen bij voorkeur hetgeen in de Nederlandse markt gebruikelijk is.³ Op basis van voornoemde interviews heb ik voor mijn scriptie een selectie gemaakt van de – voor de private vastgoedbelegger – meest relevante onderwerpen. Met betrekking tot het vastgoedobject beperkt dit artikel zich tot bedrijfsruimte in de zin van art. 7:230a BW (hierna: 230a-ruimte).

2. Belangrijkste civielrechtelijke verschillen en overeenkomsten tussen huur van 230-ruimte en erfpacht

2.1. Algemeen: Karakter / Toepasselijk recht / Essentialia

2.1.1. Huur van 230a-ruimte

Huur is een overeenkomst. Naast de algemene bepalingen van overeenkomsten – en verbintenisrecht uit Boek 3 en 6 BW zijn op de huurovereenkomst de bijzondere bepalingen van titel 4 van boek 7 BW van toepassing.⁴ Deze titel is in beginsel van toepassing op iedere overeenkomst waarbij de ene partij (de verhuurder) zich verbindt aan de andere partij (de huurder) een zaak of gedeelte daarvan in gebruik te verstrekken en de huurder zich verbindt tot een tegenprestatie (art. 7:201 BW). Voor de kwalificatie als huur is een verplichting tot 'in gebruik verstrekken' en een 'tegenprestatie' vereist. Niet is vereist dat het gebruik exclusief is.⁵ De tegenprestatie voor het gebruik zal meestal bestaan uit de periodieke betaling van een geldsom, maar dit is niet vereist.⁶

Indien is vastgesteld dat er sprake is van huur, dan is vervolgens de vraag relevant onder welke categorie de huur valt. De toepasselijke categorie wordt in beginsel bepaald door het overeengekomen gebruik bij aanvang van de huur. Iedere categorie heeft haar eigen (semi-)dwingendrechtelijke bepalingen. Bij verhuur van een onroerende zaak kunnen de volgende categorieën van huurovereenkomsten worden onderscheiden: (1) woonruimte in de zin van art. 7:233 BW, (2) bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW, (3) 230a-ruimte en (4) onbebouwde onroerende zaak.

1. Boris Cammelbeeck is als advocaat werkzaam bij Stibbe N.V. te Amsterdam.
2. Deze scriptie met de gelijknamige titel 'Huur van 230a-ruimte versus erfpacht; een rechtsvergelijking' zal eind 2019 op de website van de ASRE worden gepubliceerd (asre.nl).
3. Op anonieme basis is in de afgelopen maanden met verschillende binnenlandse en buitenlandse private vastgoedbeleggers gesproken over de vraag waarom zij hun vastgoed verhuren in plaats van in (onder)erfpacht uittegeven.

4. Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II *Huur* 2017/11.
5. Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II *Huur* 2017/21 en 23; HR 26 juni 1953, ECLI:NL:HR:1953:48. NJ 1953/634 (*Heijdens/Golifex*); HR 15 maart 1974, ECLI:NL:HR:1974:AB4861, NJ 1974/393 (*Gastarbeiderspension*).
6. Amiel e.a. (red.), *Handboek Huurrecht Bedrijfsruimte*, Deventer: Den Hollander 2018, p. 2.

Een huurovereenkomst is een persoonlijk recht (geen beperkt zakelijk recht zoals het erfpachtrecht) en kan niet worden bezwaard met een recht van hypotheek.

Een huurovereenkomst heeft ook strikt genomen geen goederenrechtelijke werking. Bij overeenkomsten geldt in beginsel de algemene regel dat deze slechts van kracht zijn tussen de contractspartijen. Bij huur bestaat er een afwijking van deze algemene regel, welke regeling (onder meer) voor 230a-ruimte van dwingend recht is. Hierdoor is er op dit onderdeel in materiële zin weinig verschil met een zakelijk recht. Deze regeling van 'koop breekt geen huur' houdt in dat in geval van overdracht door de verhuurder van het gehuurde, de rechten en verplichtingen van de verhuurder die daarna opeisbaar worden van rechtswege overgaan op de verkrijger. Dit geldt ook bij vestiging of overdracht van een zelfstandig recht van vruchtgebruik, erfpacht of opstal op het gehuurde (art. 7:226 lid 1 BW). De strekking van deze wettelijke regeling is om de huurder te beschermen in verband met de omstandigheid dat zijn contractuele wederpartij hem na een zodanige overgang niet langer het genot van het gehuurde kan verschaffen.⁷ Ingevolge art. 7:226 lid 3 BW gaan alleen die rechten en verplichtingen over, die onmiddellijk verband houden met het doen hebben van het gebruik van de zaak tegen een door de huurder te betalen tegenprestatie. De vraag of een beding 'onmiddellijk verband' houdt, is een rechtsvraag⁸ en onderwerp van veel rechtspraak en discussie in de literatuur. Het is aannemelijk dat alle bedingen die verband houden met de wettelijke regeling voor huurovereenkomsten, van rechtswege overgaan op de rechtsopvolgend verhuurder (zoals bedingen over de betaling van de huurprijs, bedingen die het gebruik specificeren en bedingen over de beëindiging van het gebruik).⁹ Koopties en voorkeursrechten van koop ten gunste van de huurder voldoen in beginsel niet aan voornoemd criterium en gaan in beginsel niet automatisch over op de rechtsopvolgend verhuurder, tenzij in de huurprijs een vergoeding voor de uiteindelijke verkrijging van de zaak is verdisconteerd.¹⁰ Tegen deze achtergrond is het bij een huurovereenkomst tussen professionele partijen niet ongebruikelijk om in de huurovereenkomst het beding op te nemen dat bij overdracht van het gehuurde verhuurder alle rechten en verplichtingen uit hoofde van de huurovereenkomst aan de rechtsopvolgend verhuurder zal overdragen door middel van contractsovername in de zin van art. 6:159 BW

en dat huurder op voorhand zijn onherroepelijke medewerking in de zin van art. 6:159 BW aan deze contractsovername verleent.

2.1.2. Erfpacht

Erfpacht is een beperkt zakelijk recht. Het erfpachtrecht is afgeleid uit het eigendomsrecht en geeft de erfpachter de bevoegdheid een aan een ander toebehorende onroerende zaak te houden en te gebruiken (art. 5:85 lid 1 BW). Het is gebruikelijk dat bij de vestiging van het recht van erfpacht aan de erfpachter de verplichting wordt opgelegd om aan de eigenaar eenmalig of periodiek een geldsom (genaamd: de canon) te betalen. Dit is evenwel geen noodzakelijk kenmerk van het recht van erfpacht (art. 5:85 lid 2 BW).

Anders dan bij huur, kent de wettelijke regeling van het erfpachtrecht geen verschillende regimes afhankelijk van het vastgoedobject. Op bijvoorbeeld een erfpacht dat wordt gebruikt als 230a-ruimte zijn dezelfde regels van toepassing als op een erfpacht dat wordt gebruikt als woonruimte.¹¹

De wettelijke regeling van het recht van erfpacht is neergelegd in de artikelen 5:85 tot en met 5:100 BW. De meeste bepalingen van deze regeling zijn geen dwingend recht, maar aanvullend recht, of geven zelf aan in hoeverre in de akte van vestiging kan worden afgeweken van de wettelijke regeling. De bepalingen waarin niets wordt gezegd over de mogelijkheid om af te wijken, zijn dwingend in goederenrechtelijk opzicht. Het staat partijen vrij om hun rechtsverhouding verbintenisrechtelijk anders te regelen. Echter, afwijkingen gelden dan alleen tussen partijen; deze afwijkingen maken geen deel uit van het erfpachtrecht en derden zijn er niet aan gehouden.¹² Indien van een dwingendrechtelijke bepaling ook niet door middel van een contractueel beding kan worden afgeweken, komt dit in de wettelijke regeling tot uitdrukking met de woorden 'een afwijkend beding is nietig' (zie art. 5:87 lid 3 BW, art. 5:98 lid 2 BW en art. 5:100 lid 2 BW). Van de meeste wettelijke bepalingen kan evenwel in de akte van vestiging worden afgeweken.¹³ Zo is het – net als bij huur van 230a-ruimte – bij erfpacht ook mogelijk om een zogenaamde 'triple net' erfpacht te vestigen.

Anders dan bij huur, kan het recht van erfpacht wél worden bezwaard met een recht van hypotheek ex art. 3:228 BW. Indien de erfpachter bijvoorbeeld verbouwingswerkzaamheden met vreemd vermogen wenst te financieren, kan dit van belang zijn.

7. HR 5 maart 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AN9687, NJ 2004/316 (*Vagobel/Geldnet*); HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9632, NJ 2010/368 (*Van Rijnbroek-Verstappen/Verstappen Beheer*).

8. A-G J.L.R.A. Huydecoper 9 augustus 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AE2146, par. 10-11, bij HR 9 augustus 2002, ECLI:NL:HR:AE2146, NJ 2002/544 (*Visser/De Boer*).

9. Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II *Huur* 2017/157.

10. Asser/Rossel & Heisterkamp 7-II *Huur* 2017/158 L.M. Rooseboom, 'Artikel 7:226 vs. 6:159 BW', *TvHB* 2014/4, p. 227 (UDH:TvHB/1151).

11. Met dien verstande dat het vergoedingsrecht als bedoeld in art. 5:99 lid 1 BW voor woningbouw van dwingend recht is in goederenrechtelijk opzicht en dat voor andere bestemmingen het mogelijk is om in de akte van vestiging af te wijken (zie § 2.7 van dit artikel).

12. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/216.

13. Het betreft de volgende artikelen: 5:87 lid 1, 5:87 lid 3, 5:89, 5:90, 5:91, 5:92, 5:93, 5:94, 5:96 en 5:99 BW.

Het karakter van een zakelijk recht houdt in dat de erfpachter zijn recht tegenover iedereen kan handhaven. Hij kan dit doen met een actie tegen zowel de (opvolgende) eigenaar als tegen derden.¹⁴

In de akte van vestiging kan ook ten aanzien van niet in de wet genoemde onderwerpen een regeling worden getroffen. Of een dergelijke aanvulling deel uitmaakt van het erfpachtrecht (en dus goederenrechtelijke werking heeft),¹⁵ hangt af van het antwoord op de vraag of er voldoende verband bestaat met het zakelijk recht, zodanig dat een gelijke behandeling gerechtvaardigd is.¹⁶ Bedingen die de inhoud van het erfpachtrecht beperken zullen in beginsel aan dit criterium voldoen. Dit geldt voor de meeste verplichtingen tot een dulden of niet doen. In de literatuur bestaat discussie in hoeverre verplichtingen tot een doen deel kunnen uitmaken van een erfpachtrecht.¹⁷ Duidelijk is dat verplichtingen tot een doen deel uitmaken van het erfpachtrecht waar de wettelijke regeling dat uitdrukkelijk toelaat (bijvoorbeeld de verplichting tot betaling van de canon ex art. 5:85 lid 2 BW en de verplichting tot het uitvoeren van onderhoud ex art. 5:96 BW). Ter discussie staat of ook andere verplichtingen tot een doen deel kunnen uitmaken van het erfpachtrecht.¹⁸ Tegen deze achtergrond is het gebruikelijk om in erfpachtvoorwaarden op te nemen dat alle bepalingen die geen goederenrechtelijke werking zullen blijken te hebben, gelden als kettingbedingen.¹⁹ Aangenomen wordt dat een koopoptie of een voorkeursrecht van koop ten gunste van de erfpachter in beginsel goederenrechtelijke werking heeft.²⁰

2.2. Totstandkoming

2.2.1. Huur van 230a-ruimte

De totstandkoming van een huurovereenkomst is vormvrij. Een huurovereenkomst kan in elke vorm (schriftelijk of mondeling) tot stand komen. Geen notariële akte is vereist. Het feit dat er geen getekende schriftelijke huurovereenkomst is, behoeft niet te betekenen dat er geen huurovereenkomst bestaat tussen partijen. De totstandkoming geschiedt door aanbod en aanvaarding (ex art. 6:217 lid 1 BW) over ten minste de essentialia van de huur

(zijnde 'in gebruik verstrekken' van een zaak tegen een 'tegenprestatie').²¹

Bij professionele partijen is het gebruikelijk dat partijen contracteren op basis van één van de ROZ modellen.²²

2.2.2. Erfpacht

Het recht van erfpacht ontstaat door vestiging (art. 3:98 BW jo. art. 3:84 BW jo. art. 3:89 BW) of door verjaring (art. 3:99 BW of art. 3:105 BW jo. art. 3:306 BW).

Voor het vestigen van een recht van erfpacht gelden de volgende vereisten: (a) degene die het erfpachtrecht vestigt, dient beschikkingsbevoegd te zijn, (b) er dient een geldige titel tot vestiging te zijn, en (c) een inschrijving van de notariële vestigingsakte in de openbare registers. De titel voor het vestigen van het recht van erfpacht wordt veelal gevormd door de obligatoire overeenkomst tot het vestigen van het erfpachtrecht (ook wel de erfpachtovereenkomst genaamd). Uit de erfpachtovereenkomst ontstaat over het algemeen de contractuele verplichting voor beide partijen tot het vestigen van het recht van erfpacht.²³

2.3. Wijziging

2.3.1. Huur van 230a-ruimte

Wijziging van de huurovereenkomst dient op dezelfde wijze te geschieden als de totstandkoming van de huurovereenkomst (zie hierover § 2.2 van dit artikel).

2.3.2. Erfpacht

Indien de eigenaar en de erfpachter het erfpachtrecht wensen te wijzigen, dan gelden dezelfde vereisten als voor vestiging van het recht van erfpacht (zie hierover § 2.2.2). Wijziging van de inhoud van het erfpachtrecht leidt in beginsel niet tot een

14. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/215.

15. Een beding dat geen goederenrechtelijk werking heeft, gaat bij vervreemding van het recht van erfpacht of van de eigendom niet van rechtswege over op de verkrijger.

16. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/217.

17. Bij huur speelt deze specifieke discussie niet.

18. F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 135-139.

19. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/217.

20. J. Broese van Groenou, 'De rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter', *Recht en Praktijk nr. VG10*, (diss. Open Universiteit), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 571-572.

21. A.R. de Jonge, *Huurrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 25-26; G.M. Kerpestein, *Huurrecht Bedrijfsruimte*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 250 e.v.; Hof 's-Gravenhage 19 februari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ1874. Zie over de essentialia van de huur § 2.2 van dit artikel.

22. Vanaf 1977 brengt de vereniging Raad voor Onroerende Zaken (ROZ) modelhuurovereenkomsten uit. De ROZ is een platform voor professionele partijen in het vastgoed; partijen die eigenaarsbelangen vertegenwoordigen, vastgoed ontwikkelen en/of realiseren, bemiddelen bij de verhuur van vastgoed of professionele diensten leveren aan deze partijen. De modellen zijn in zijn algemeenheid verhuurdersvriendelijk en bestaan uit een model huurovereenkomst met bijbehorende algemene bepalingen. Het laatste model voor 230a-ruimte dateert uit 2015 en is te vinden op: roz.nl (zoek op kantoorruimte).

23. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/218.

nieuw erfpachtrecht, maar tot voortzetting in gewijzigde vorm. Dit geldt niet voor een uitbreiding van het object van het erfpachtrecht. In dat geval ontstaat er een nieuw erfpachtrecht ter zake de uitbreiding.²⁴

2.4. Looptijd en verlenging

2.4.1. Huur van 230a-ruimte

Partijen zijn geheel vrij om de duur (dat wil zeggen de initiële looptijd en/of verlengingsperiodes) van een huurovereenkomst voor 230a-ruimte overeen te komen. De wet kent geen (semi-)dwingendrechtelijke bepalingen in dit kader. Wel bepaalt art. 7:228 BW van aanvullend recht dat een huur voor bepaalde tijd aangegaan van rechtswege eindigt wanneer die tijd is verstreken, zonder dat daartoe een opzegging is vereist.²⁵ Een huur voor onbepaalde tijd aangegaan of voor onbepaalde tijd verlengd, eindigt door opzegging tegen een voor de huurbetaling overeengekomen dag op een termijn van tenminste een maand. De opzegging is in beginsel vormvrij. Bij 230a-ruimte is het evenwel gebruikelijk dat partijen een bepaalde tijd overeenkomen (bijvoorbeeld 5 of 10 jaar) met één of meer automatische verlengingsperiodes van bijvoorbeeld 5 jaar, indien één van beide partijen de huurovereenkomst niet tijdig heeft opgezegd met inachtneming van een opzegtermijn van één jaar voor het einde van de geldende huurperiode.

2.4.2. Erfpacht

Ook bij erfpacht zijn partijen geheel vrij om in de akte van vestiging de duur van de erfpacht te regelen (art. 5:86 BW).²⁶ Er ontbreekt een wettelijke minimum- of maximumtermijn. Een erfpacht kan worden gevestigd voor bepaalde tijd. Indien geen duur is bepaald, wordt in de praktijk het erfpachtrecht ook wel aangeduid als 'voortdurend' of 'eeuwigdurend' (eventueel met de mogelijkheid om telkens na verloop van een tijdvak de voorwaarden aan te passen). Het is alsdan niet ongebruikelijk dat de akte van vestiging voorziet in de mogelijkheid van opzegging van het erfpachtrecht door de eigenaar en/of de erfpachter.

De erfpachtvoorwaarden kunnen voorzien in de mogelijkheid van verlenging. Indien hiervan op de formeel juiste wijze gebruik gemaakt wordt, dan is de heersende leer dat de oude erfpacht doorloopt. Indien de erfpachtvoorwaarden niet voorzien in

een verlengingsmogelijkheid en partijen komen een verlenging overeen, dan is omstreden of er sprake is van voortzetting van het bestaande recht. Om werking te hebben zal de verlenging moeten worden ingeschreven in de openbare registers. Verlenging is te beschouwen als een vorm van wijziging.²⁷

2.5. Beëindiging door opzegging tegen het einde van een periode (niet wegens een tekortkoming van de huurder / erfpachter)

2.5.1. Huur van 230a-ruimte

Een huurovereenkomst voor 230a-ruimte kan op verschillende manieren eindigen, bijvoorbeeld: (a) van rechtswege door het verstrijken van de overeengekomen bepaalde tijd, (b) met wederzijds goedvinden, (c) door middel van vernietiging, bijvoorbeeld wegens dwaling (art. 6:228 BW), bedrog, bedreiging en misbruik van omstandigheden (art. 3:44 BW) en inroeping van een huurbeding (art. 3:264 BW), (d) door middel van ontbinding (zie hierover § 2.5 van dit artikel) en (e) met een beroep op de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW).²⁸ Deze paragraaf beperkt zich tot de meest gangbare wijze van beëindiging van een huurovereenkomst voor 230a-ruimte, te weten beëindiging door opzegging door de huurder of de verhuurder tegen het einde van een huurperiode. Het is gebruikelijk dat partijen in de huurovereenkomst in deze beëindigingsmogelijkheid voorzien, bijvoorbeeld door overeen te komen dat zowel huurder als verhuurder de huurovereenkomst kunnen opzeggen tegen het einde van iedere huurperiode met inachtneming van een opzegtermijn van bijvoorbeeld één jaar. Een dergelijk beding is ook wettelijk toegestaan. De huurder van 230a-ruimte geniet immers geen huurbescherming (in tegenstelling tot de huurder van woonruimte of bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW). Een opzegging met inachtneming van de geldende (meestal contractuele of anders wettelijke) opzegtermijn die voldoet aan de vormvoorschriften doet de huurovereenkomst daadwerkelijk eindigen op de dag waartegen is opgezegd.²⁹ Wel kan een huurder van 230a-ruimte in beginsel aanspraak maken op ontruimingsbescherming (zie hierover § 2.7 van dit artikel).

2.5.2. Erfpacht

Het recht van erfpacht is een beperkt recht. Ingevolge art. 3:81 lid 2 BW gaat het recht van erfpacht onder meer teniet door: (a) het tenietgaan van het

24. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/218a.

25. Wel zal de verhuurder in beginsel de ontruiming moeten aanzeggen, omdat anders de ontruimingstermijn niet begint te lopen (zie over het recht op ontruimingsbescherming ook § 2.7 van dit artikel).

26. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/219; F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2013, p. 205.

27. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/220a.

28. Amiel e.a. (red.), *Handboek Huurrecht Bedrijfsruimte*, Deventer: Den Hollander 2018, p. 327 e.v.

29. Zie voor de wettelijke opzegtermijn art. 7:228 lid 2 BW. Deze opzegtermijn is van aanvullend recht.

recht waaruit het erfpachtrecht is afgeleid, (b) verloop van de tijd waarvoor, of de vervulling van de ontbindende voorwaarde waaronder, het erfpachtrecht is gevestigd, (c) afstand, (d) opzegging, indien de bevoegdheid daartoe bij de wet of bij de vestiging van het erfpachtrecht aan de eigenaar, aan de erfpachter of aan beiden is toegekend en (e) vermeniging.

Deze paragraaf beperkt zich tot tenietgaan van het erfpachtrecht door opzegging (niet wegens een tekortkoming van de erfpachter). Het is mogelijk om in de akte van vestiging te voorzien in de mogelijkheid van tussentijdse opzegging van het erfpachtrecht door de eigenaar en/of de erfpachter:

- Ingevolge art. 5:87 lid 3 BW is het mogelijk om in de akte van vestiging aan de eigenaar de bevoegdheid tot opzegging toe te kennen op andere gronden dan het tekortschieten van de erfpachter in de nakoming van zijn verplichtingen (art. 5:87 lid 3 BW).
- Art. 5:87 lid 1 BW bepaalt dat een erfpacht door de erfpachter kan worden opgezegd, tenzij in de akte van vestiging anders is bepaald. In de akte van vestiging kunnen voorwaarden verbonden worden aan de opzeggingsbevoegdheid van de erfpachter (bijvoorbeeld de voorwaarde dat opzegging alleen mogelijk is tegen een bepaalde datum / data). Ook kan de opzeggingsbevoegdheid van de erfpachter in de akte van vestiging worden uitgesloten, hetgeen in de praktijk meestal gebeurt.³⁰

Iedere opzegging door de eigenaar of de erfpachter dient te geschieden bij exploit ten minste één jaar voor het tijdstip waartegen wordt opgezegd.³¹

2.6. Beëindiging wegens een tekortkoming van huurder / erfpachter

2.6.1. Huur van 230a-ruimte

Een huurovereenkomst voor 230a-ruimte kan geheel of gedeeltelijk worden ontbonden, indien een huurder tekortschiet in de nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde van de huurovereenkomst (art. 6:265 BW). Deze bevoegdheid geldt niet indien de huurder stelt en indien nodig bewijst dat de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, de ontbinding met haar gevolgen niet kan rechtvaardigen. Slechts een tekortkoming van voldoende gewicht geeft recht op (gehele of gedeeltelijke) ontbinding van de huurovereenkomst. Naast de in art. 6:265 lid 1 BW genoemde gezichtspunten (bijzondere aard of geringe betekenis van

de tekortkoming; gevolgen van de ontbinding) kunnen alle overige omstandigheden van het geval van belang zijn.³² Ingevolge art. 6:267 BW vindt de ontbinding plaats door de rechter op vordering van de wederpartij van de tekortschietende partij, of door een schriftelijke verklaring van de huurder (dat wil zeggen buitengerechtigd). Indien de ontbindingsgrond is dat de huurder van 230a-ruimte is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen, dan kan de verhuurder de huurovereenkomst enkel door de rechter laten ontbinden (dat wil zeggen niet buitengerechtigd). Dit volgt uit art. 7:231 lid 1 BW en dit artikel is van (semi)dwingend recht. Dit artikel beoogt de huurder te beschermen tegen te lichtzinnige ontbinding door de verhuurder wegens tekortschieten van de huurder.³³ De ontbinding kan onder meer worden gebaseerd op het laten ontstaan van een huurachterstand. Een huurachterstand van drie maanden huur kan al voldoende zijn voor een toewijzing van de ontbindingsvordering.³⁴

2.6.2. Erfpacht

Het erfpachtrecht is een beperkt zakelijk recht en geen overeenkomst. De wettelijke regeling over ontbinding van overeenkomsten is dan ook niet van toepassing op het erfpachtrecht.³⁵

Het goederenrechtelijke equivalent van de hierboven omschreven ontbinding wegens tekortschieten van de huurder, is bij erfpacht de opzegging ex art. 5:87 lid 2 BW. De erfpachter geniet dwingendrechtelijke bescherming tegen een te lichtzinnige opzegging door de eigenaar wegens tekortschieten van de erfpachter.³⁶ Art. 5:87 lid 2 BW bepaalt dat een erfpacht door de eigenaar kan worden opgezegd, indien:

1. de erfpachter in verzuim is de canon over twee achtereenvolgende jaren te betalen; of
2. de erfpachter in ernstige mate tekortschiet in nakoming van zijn andere verplichtingen.

Uit de literatuur kan worden afgeleid dat de opzeggingsmogelijkheid onder (2) alleen betrekking heeft op verplichtingen die de erfpachter in zijn hoedanigheid van erfpachter heeft (en dus niet op slechts verbintenisrechtelijke verplichtingen tussen eigenaar en erfpachter).³⁷ In de akte van vesti-

30. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/238; J. Broese van Groenou, 'De rechtsverhouding tussen erfpachter en erfverpachter', *Recht en Praktijk nr. VG10*, (diss. Open Universiteit), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 521-522.

31. Indien de eigenaar opzegt wegens een tekortkoming van de erfpachter, dan is de opzegtermijn ten minste één maand (art. 5:88 lid 1 juncto 5:87 lid 2 BW). Zie hierover § 2.5 van dit artikel.

32. HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810, r.o. 3.5, 3.6 en 3.8.1.

33. PG Huurrecht, p. 424.

34. Heering & Reimert, *GS Huurrecht*, art. 7:231 BW, aant. 6.1.2, digitaal: actueel t/m 20 februari 2015.

35. In de praktijk is het niet ongebruikelijk dat partijen eerst een zogenaamde erfpachtovereenkomst sluiten, waarin partijen (onder meer) overeenkomen onder welke voorwaarden het erfpachtrecht zal worden gevestigd. Deze onderliggende overeenkomst kan in beginsel wel ontbonden worden.

36. F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 242.

37. Asser/Bartels & Van Veten 5 2017/239; F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 242-243.

ging kunnen partijen het begrip 'ernstige mate van tekortschieten' in redelijkheid inkleuren.³⁸ Echter, de rechter bepaalt uiteindelijk wanneer hiervan sprake is. Dit oordeel hangt af van alle omstandigheden van het geval, waaronder de verwachting voor de toekomst, de bestemming van het erfpachtrecht, de aard en betekenis van de geschonden erfpachtvoorwaarde, de duur van de tekortkoming, de mate waarin de tekortkoming verwijtbaar is en de mate waarin de eigenaar zich ervoor heeft ingezet de erfpachter te bewegen om de geschonden verplichtingen alsnog gestand te doen.³⁹

Indien de eigenaar opzegt wegens één van de twee gronden als bedoeld in art. 5:87 lid 2 BW, dan draagt de opzegtermijn ten minste één maand (art. 5:88 lid 1 BW).

Van de regeling van art. 5:87 lid 2 BW kan niet ten nadele van de erfpachter worden afgeweken. Ingevolge art. 5:87 lid 3 BW zijn dergelijke bedingen nietig.

2.7. Beëindiging in geval van faillissement

2.7.1. Huur van 230a-ruimte

Ingevolge art. 39 Fw heeft, indien de huurder failliet gaat, zowel de curator als de verhuurder de bevoegdheid de huurovereenkomst tussentijds te beëindigen door middel van opzegging. Bij de opzegging moet de daarvoor overeengekomen of gebruikelijke termijn in acht genomen worden, met dien verstande dat een termijn van drie maanden in elk geval voldoende zal zijn. De huurprijs is een boedelschuld vanaf de dag van faillietverklaring. Art. 39 Fw is van dwingend recht.

Het faillissement van de verhuurder doet de huurovereenkomst niet eindigen.⁴⁰ Het staat partijen vrij om overeen te komen dat indien verhuurder failliet gaat, huurder het recht heeft de huurovereenkomst tussentijds te beëindigen.

2.7.2. Erfpacht

Het faillissement van de eigenaar of erfpachter doet het erfpachtrecht niet eindigen.⁴¹ Het staat partijen vrij om overeen te komen dat indien eigenaar of erfpachter failliet gaat, de andere partij het recht heeft de erfpacht op te zeggen. Een dergelijk beding ten gunste van de eigenaar is niet onomstreden. Volgens Vonck kan een beroep daarop (a) in

strijd zijn met art. 5:87 lid 2 BW en daarom ongeldig zijn, indien de eigenaar geen redelijk belang heeft bij de opzegging anders dan het jegens hem tekortschieten van de erfpachter in de nakoming van zijn verplichtingen, of (b) onder omstandigheden misbruik van recht opleveren of in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid.⁴²

2.8. Aanspraken van de huurder / erfpachter bij het einde van de huur c.q. het erfpachtrecht

2.8.1. Huur van 230a-ruimte

Een huurder van 230a-ruimte kan aanspraak maken op ontruimingsbescherming, tenzij de huurder zelf de huurovereenkomst heeft opgezegd, uitdrukkelijk in de beëindiging daarvan heeft ingestemd of veroordeeld is tot ontruiming wegens niet nakoming van zijn verplichtingen (art. 7:230a lid 2 BW). Ook rechtsverwerking kan een beroep op ontruimingsbescherming in de weg staan.⁴³

Anders dan bij erfpacht, heeft de huurder bij het einde van de huur geen dwingendrechtelijke vergoedingsrechten. Art. 7:216 lid 3 BW bepaalt dat de huurder ter zake van geoorloofde veranderingen en toevoegingen die na het einde van de huurovereenkomst niet ongedaan worden gemaakt, vergoeding kan vorderen voor zover art. 6:212 BW (ongerechtvaardigde verrijking) dat toestaat. Art. 7:216 lid 3 BW is van aanvullend recht. In de praktijk is het gebruikelijk dat van dit artikel contractueel wordt afgeweken.

Bij het einde van de huur kan een huurder op grond van art. 3:290 BW – onder omstandigheden – een retentierecht hebben, totdat zijn vordering wordt voldaan.⁴⁴ Dit retentierecht is evenwel van aanvullend recht en kan worden uitgesloten.

2.8.2. Erfpacht

Op basis van de wettelijke regeling kan de erfpachter na het einde van de erfpacht een beroep doen op: (1) art. 5:98 BW en/of (2) art. 5:87 lid 2 BW of art. 5:99 BW.

Een erfpacht voor bepaalde tijd eindigt wanneer die tijd is verstreken en de erfpachter de zaak voor het einde van die tijd heeft ontruimd. Indien de erfpachter de zaak alsdan niet heeft ontruimd, dan blijft de erfpacht doorlopen, tenzij de eigenaar ui-

38. Opgemerkt zij dat hierover in de literatuur discussie bestaat. Zie: F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 250-251.

39. F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 250-251, 259.

40. Amiel e.a. (red.), *Handboek Huurrecht Bedrijfsruimte*, Deventer: Den Hollander 2018, p. 364 e.v.

41. Zie over het tenietgaan van het erfpachtrecht § 2.5 van dit artikel.

42. F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 266; Vonck, *GS Zakelijke rechten*, art. 5:87 BW, aant. 3, digital: actueel t/m 1 augustus 2018.

43. Rb. Noord-Holland (vzr.) 11 december 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:11758, *TvHB* 2015/7, m.nt. M.W.J. Wösten, p. 105-113 (UDH:TvHB/11977).

44. HR 4 april 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2331, *NJ* 1997/608; P.K. Oosterling-Van der Maarel en S.W. Derksen, 'Retentierecht in het huurrecht', *TvHB* 2015/1, p. 22 (UDH:TvHB/11847).

terlijk zes maanden na dat tijdstip doet blijken dat hij de erfpacht als geëindigd beschouwt (art. 5:98 lid 1 BW). In de literatuur bestaat discussie over de betekenis en het rechtsgevolg van de woorden 'doet blijken' in art. 5:98 BW. Heesakkers meent dat het erfpachtrecht is geëindigd op het moment waarop de overeengekomen termijn is verstreken als de eigenaar binnen zes maanden na dat tijdstip doet blijken dat hij het erfpachtrecht als geëindigd beschouwt. Bartels, Van Velten en Vonck zijn van mening dat het erfpachtrecht eindigt op het moment dat de eigenaar het erfpachtrecht opzegt zonder dat het vormvoorschrift van art. 5:88 BW in acht hoeft te worden genomen.⁴⁵ Na het verstrijken van de voornoemde 6 maanden termijn wordt de erfpacht geacht te zijn verlengd.⁴⁶ De verlengde erfpacht kan zowel door de eigenaar als door de erfpachter worden opgezegd op de wijze en met inachtneming van de termijn van een jaar als bepaald in art. 5:88 BW. Ieder beding dat ten nadele van de erfpachter van art. 5:98 BW afwijkt, is nietig (art. 5:98 lid 2 BW). Een rechtsgeldige opzegging van het erfpachtrecht heeft tot gevolg dat het erfpachtrecht teniet gaat. Een erfpachter die zonder recht of titel gebruik maakt van de onroerende zaak, maakt een inbreuk op het eigendomsrecht van de eigenaar. De eigenaar kan hiertegen optreden door (onder meer) een kort geding tot ontruiming te starten. Indien de eigenaar spoedeisend belang heeft, maar niet aannemelijk kan maken dat hij de onroerende zaak op zeer korte termijn nodig heeft, kan de voorzieningenrechter in een belangenafweging een ruimere ontruimingstermijn bepalen dan is gevorderd.⁴⁷ Op grond van art. 5:99 lid 1 BW heeft de voormalig erfpachter na het einde van de erfpacht recht op vergoeding van de waarde van nog aanwezige gebouwen, werken en beplantingen die door hemzelf of een rechtsvoorganger zijn aangebracht of van de eigenaar tegen vergoeding van de waarde zijn overgenomen. In de akte van vestiging kan bij het in erfpacht geven van bijvoorbeeld een kantoorgebouw (of andere 230a-ruimte) het onderhavige vergoedingsrecht in de akte van vestiging worden uitgesloten en derhalve hetzelfde resultaat worden bereikt als bij verhuur.

Indien het erfpachtrecht is geëindigd door opzegging door de eigenaar op één van de twee gronden als bedoeld in art. 5:87 lid 2 BW (zie hierover § 2.5 van dit artikel), dan dient de eigenaar de waarde die het erfpachtrecht dan heeft aan de erfpachter te vergoeden, na aftrek van hetgeen hij uit hoofde van de erfpacht van de erfpachter te vorderen heeft, de kosten daaronder begrepen. Deze waarde kan worden bepaald aan de hand van de opbrengst die een derde zou willen betalen voor een erfpachtrecht

onder dezelfde voorwaarden en voor de resterende duur.⁴⁸ Art. 5:87 lid 2 BW is van dwingend recht.⁴⁹ De erfpachter heeft een retentierecht op de in de erfpacht uitgegeven zaak totdat hem de verschuldigde vergoeding als bedoeld in art. 5:99 BW of art. 5:87 lid 2 BW is betaald (art. 5:100 lid 1 BW). Ieder afwijkend beding is nietig (art. 5:100 lid 2 BW).

2.9. (Onder)verhuur

2.9.1. Huur van 230a-ruimte

Ingevolge art. 7:221 BW is de huurder in beginsel bevoegd het gehuurde geheel of gedeeltelijk aan een ander in gebruik te geven, tenzij hij moest aannemen dat de verhuurder tegen het in gebruik geven aan die ander redelijke bezwaren zal hebben. Dit artikel is van regelend recht. Bij de verhuur van 230a-ruimte is het gebruikelijk dat partijen een bijzondere regeling overeenkomen op grond waarvan het huurder niet is toegestaan het gehuurde geheel of gedeeltelijk aan derden in onderhuur of gebruik af te staan, behoudens voorafgaande schriftelijke toestemming van verhuurder.⁵⁰

Indien de hoofdhurovereenkomst van een 230a-ruimte eindigt, dan zal de huurder jegens zijn onderhuurder niet meer in staat zijn het huurgenot te verschaffen, tenzij de huurder zich jegens de eigenaar met succes op ontruimingsbescherming kan beroepen.⁵¹ Onder omstandigheden kan de huurder dan aansprakelijk jegens de onderhuurder zijn. De eigenaar is jegens de onderhuurder in beginsel niet aansprakelijk. De onderhuurder zal in beginsel gehouden zijn het gehuurde te verlaten, omdat tussen de eigenaar en de onderhuurder geen huurrelatie bestaat of ontstaat.

Art. 7:269 lid 1 BW geeft een belangrijke uitzondering op de hoofdregel dat de onderhuurder het gehuurde moet verlaten indien de hoofdhurovereenkomst eindigt. Dit artikel is van semi-dwingend recht en bepaalt dat de onderhuurovereenkomst die betrekking heeft op een *zelfstandige woonruimte*⁵² waar de onderhuurder zijn hoofdverblijf heeft, in

48. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/239; Vonck, *GS Zakelijke rechten*, art. 5:87 BW, aant. 4, digitaal: actueel t/m 1 augustus 2018; Rb. Midden-Nederland 21 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3159. Volgens Vonck mag in dit kader ook worden uitgegaan van de executiewaarde, zie: F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 274.

49. Uit de literatuur kan worden afgeleid dat art. 5:99 BW niet geldt indien art. 5:87 lid 2 BW dient te worden toegepast (Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/241).

50. Zie voor 230a-ruimte: art. 6.1 van het ROZ-model 2015 en art. 8.1 van het ROZ-model 2003.

51. Zie over ontruimingsbescherming § 2.7 van dit artikel van dit artikel.

52. Ingevolge art. 7:233 BW wordt onder een zelfstandige woonruimte verstaan de woning welke een eigen toegang heeft en welke de bewoner kan bewonen zonder daarbij afhankelijk te zijn van wezenlijke voorzieningen buiten de woning.

45. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/220; F.J. Vonck, *De flexibiliteit van het recht van erfpacht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 205.

46. HR 25 november 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AT8242, NJ 2006/338 (*Den Haag/Braber*).

47. Zie bijvoorbeeld: Rb. Rotterdam (vzr.) 23 november 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:9617, RVR 2019/30.

geval van beëindiging van de hoofdhuurovereenkomst van rechtswege door de verhuurder wordt voortgezet. Het maakt hierbij niet uit of er sprake is van een bevoegd of een onbevoegd aangegane onderhuurovereenkomst. De Hoge Raad heeft overwogen dat dit ingrijpende voortzettingsrecht van de onderhuurder beperkt moet worden uitgelegd en alleen geldt, indien op de hoofdhuurovereenkomst de regels voor verhuur van woonruimte van toepassing zijn.⁵³ Oftewel, indien op de hoofdhuurovereenkomst het huurregime voor 230a-ruimte van toepassing is, dan geldt dit voortzettingsrecht niet. In dit kader wordt verwezen naar § 2.10 van dit artikel en meer in het bijzonder naar het risico dat op de hoofdhuurovereenkomst voor 230a-ruimte toch op enig moment het huurregime voor woonruimte van toepassing wordt.

Art. 7:269 lid 2 BW biedt de verhuurder de mogelijkheid om de hem opgedrongen onderhuur te doen eindigen. De verhuurder zal dit in rechte moeten vorderen op basis van één of meer van de gronden als genoemd in art. 7:269 lid 2 BW en binnen zes maanden na het einde van de hoofdhuurovereenkomst.

2.9.2. Erfpacht

Ingevolge art. 5:94 lid 1 BW is de erfpachter bevoegd de zaak geheel of gedeeltelijk te verhuren, tenzij in de akte van vestiging anders is bepaald. De akte van vestiging kan dan ook onder meer bepalen dat verhuur is uitgesloten of dat voor verhuur de toestemming van de eigenaar vereist is. Na het einde van de erfpacht is de eigenaar verplicht een *bevoegd* aangegane verhuur gestand te doen. Onder gestanddoening wordt verstaan dat de eigenaar de bestaande huurovereenkomst als verhuurder met de huurder voortzet.⁵⁴ De eigenaar kan niettemin gestanddoening weigeren voor zover kort gezegd de erfpachter de verhuur op voor een verhuurder in het algemeen ongebruikelijk bezwarende voorwaarden is aangegaan (art. 5:94 lid 2 BW).

De eigenaar is niet gehouden een *onbevoegd* aangegane huurovereenkomst gestand te doen, tenzij het gaat om huur van woonruimte. Bij onbevoegde verhuur van woonruimte waarin de huurder zijn hoofdverblijf heeft en waarop art. 7:271 e.v. BW van toepassing zijn, is de eigenaar gehouden de huur voort te zetten, met dien verstande dat de eigenaar de mogelijkheid heeft om binnen zes maanden na voortzetting van de huur beëindiging van de huur te vorderen op basis van één of meer van de gronden als genoemd in art. 7:269 lid 2 BW (art. 5:94 lid 4 BW). Deze voortzettingsverplichting neemt niet weg dat de erfpachter door onbevoegd te verhuren tekortgeschoten is in de nakoming van zijn erf-

pachtverplichtingen⁵⁵ en daarvoor schadelijkt is.⁵⁶ Het is de vraag of deze voortzettingsverplichting net zo beperkt moet worden uitgelegd als bij huur⁵⁷ en derhalve alleen geldt indien een woonruimte in erfpacht is uitgegeven en deze woonruimte vervolgens door de erfpachter *onbevoegd* (geheel of gedeeltelijk) is verhuurd als woonruimte waarin de huurder zijn hoofdverblijf heeft en waarop art. 7:271 e.v. van toepassing zijn. Deze vraag is in de rechtspraak nog niet aan de orde geweest, maar ik meen dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord. Uit de wetsgeschiedenis kan immers worden afgeleid dat het doel van de regeling van art. 5:94 lid 4 BW is, huurders dezelfde bescherming te geven als onderhuurders in het huurrecht.⁵⁸

2.10. Overdracht door huurder / erfpachter

2.10.1. Huur van 230a-ruimte

Huur is een overeenkomst. Ingevolge art. 6:159 BW kan een partij bij een huurovereenkomst haar rechtsverhouding tot de wederpartij met medewerking van deze laatste overdragen aan een derde bij een tussen haar en de derde opgemaakte akte. Zonder akte is de contractsovername nietig. Dit geldt ook voor het ontbreken van de medewerking. De medewerking kan in elke vorm worden verleend. Er mag niet veronderstelt worden vanuit worden gegaan dat de medewerking is verleend.⁵⁹

Art. 6:159 BW is van aanvullend recht, zodat daarvan in de huurovereenkomst kan worden afgeweken. Dit laatste komt in de praktijk veel voor, (mede) omdat de ROZ-modellen voor 230a-ruimte bepalen dat het huurder niet is toegestaan de huurovereenkomst aan een derde over te dragen behoudens voorafgaande schriftelijke toestemming van verhuurder.⁶⁰

2.10.2. Erfpacht

Overdracht van het recht van erfpacht vindt plaats door middel van een notariële akte die wordt ingeschreven in de openbare registers (art. 3:98 BW

53. HR 29 oktober 1982, ECLI:NL:PHR:1982:AG4467, NJ 1983/213 (*Tolsma/Rens*); HR 28 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1244, NJ 1994/421 (*AHAM/Malherbe*).

54. HR 29 november 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AE4553, NJ 2003/78 (*Gemeente Groningen/Reilman*).

55. Onder omstandigheden kan dit een 'ernstige tekortkoming' in de zin van art. 5:87 lid 2 BW opleveren (*Asser/Bartels & Van Velten* 5 2017/229).

56. Vonck, *GS Zakelijke rechten*, art. 5:94 BW, aant. 4, digitaal: actueel t/m 30 januari 2018.

57. Zie bovenstaande paragraaf over huur, HR 29 oktober 1982, ECLI:NL:PHR:1982:AG4467, NJ 1983/213 (*Tolsma/Rens*) en HR 28 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1244, NJ 1994/421 (*AHAM/Malherbe*).

58. Vonck, *GS Zakelijke rechten*, art. 5:94 BW, aant. A, digitaal: actueel t/m 30 januari 2018.

59. Mellema-Kranenburg, *T&C BW*, art. 6:159 BW, onderdeel 2, digitaal: actueel t/m 1 juni 2019; HR 5 maart 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AN9687, NJ 2004, 316 (*Vagobel / Geldnet*).

60. Zie voor 230a-ruimte: art. 6.1 van het ROZ-model 2015 en art. 8.1 van het ROZ-model 2003.

jo. art. 3:84 BW jo. art. 3:89 BW). Art. 5:91 lid 1 BW bepaalt dat in de akte van vestiging kan worden bepaald, dat de erfpacht niet zonder toestemming van de eigenaar kan worden overgedragen. Het stellen van voorwaarden is toegestaan. Het is uiteindelijk aan de rechter om te beoordelen of de gestelde voorwaarden redelijk zijn. Indien de eigenaar onredelijke voorwaarden stelt, de vereiste toestemming zonder redelijke gronden weigert of zich niet verklaart, dan kan de rechter vervangende toestemming (machtiging) geven al dan niet onder alternatieve voorwaarden (art. 5:91 lid 4 BW).⁶¹ Indien de erfpacht in strijd met een in de akte van vestiging opgenomen beding zonder toestemming van de eigenaar wordt overgedragen, dan is de overdracht niet geldig. Het erfpachtrecht is zonder de vereiste toestemming onoverdraagbaar in de zin van art. 3:83 BW.⁶²

2.11. Risico van kleur verschieten

2.11.1. Huur van 230a-ruimte

Bij huur is het antwoord op de vraag welk huurregime op de (hoofd)huurovereenkomst van toepassing is van groot belang. Een huurder van bijvoorbeeld woonruimte kan aanspraak maken op huur(prijs) bescherming, terwijl de huurder van 230a-ruimte nauwelijks wordt beschermd. Een vastgoedbelegger in bijvoorbeeld zorgvastgoed zal dan ook in de regel niet wensen dat op zijn huurovereenkomst voor 230a-ruimte op enig moment toch het huurregime van woonruimte van toepassing wordt. Dit risico dat de huurovereenkomst van 'kleur verschiet' kan zich in specifieke gevallen voordoen.

Bij de beoordeling van de vraag welk huurregime op de (hoofd)huurovereenkomst van toepassing is, is bepalend de contractuele bestemming, waarbij beslissend is wat partijen bij het aangaan van de overeenkomst voor ogen heeft gestaan met betrekking tot het gebruik van het gehuurde. Een wijziging van het feitelijk gebruik in de loop van de tijd, maakt niet dat de kwalificatie van de huurovereenkomst wijzigt, tenzij de verhuurder (uitdrukkelijk of stilzwijgend) met de wijziging van de met de huurovereenkomst beoogde gebruiksbestemming heeft ingestemd.⁶³

In 1985 heeft de Hoge Raad het zogenaamde Zonshofje I-arrest gewezen.⁶⁴ Uit het Zonshofje-arrest en ook nadien gewezen rechtspraak kan worden afgeleid dat indien:

1. het gehuurde conform de hoofdhurovereenkomst bestemd is om in zijn geheel of grotendeels als woonruimte te worden onderverhuurd, terwijl het gehuurde op zichzelf niet als woonruimte in de zin van art. 7:233 BW kwalificeert;⁶⁵ en

2. de hoofdhuurder het gehuurde in zijn geheel of grotendeels heeft onderverhuurd en op deze onderhuurrelatie het huurregime voor woonruimte van toepassing is,⁶⁶

het risico bestaat dat de hoofdhurovereenkomst van kleur verschiet en derhalve dat op de hoofdhurovereenkomst het woonruimteregime van toepassing wordt.⁶⁷ Dit kan onder meer de volgende verstrekkende gevolgen hebben: (i) de hoogte van de huurprijs is mogelijk gereguleerd, (ii) er is beperkte ruimte om nadere vergoedingen in rekening te brengen, (iii) de hoofdhurovereenkomst kan slechts op beperkte gronden worden beëindigd, (iv) de huurder van woonruimte is slechts beperkt verplicht om onderhoud te plegen, (v) ten nadele van de huurder afwijken van de wettelijke gebrekenregeling is niet toegestaan, (vi) het gehuurde kan in beginsel niet casco worden verhuurd en (vii) bij het einde van de onderhuurovereenkomst met betrekking tot zelfstandige woonruimte treedt de hoofdverhuurder in beginsel in de plaats van de hoofdhuurder.⁶⁸

Het onderhavige risico zou zich onder omstandigheden onder meer kunnen verwezenlijken (a) bij de verhuur van een kamerverhuurbedrijf (zoals bij het Zonshofje-arrest) of (b) bij de verhuur van een zorgcomplex of serviceflat waarbij de vastgoedbelegger (hoofdverhuurder) de exploitant (hoofdhuurder) toestemming heeft gegeven om het gehuurde in zijn geheel of grotendeels onder te verhuren aan bewoners (onderhuurders) en op deze onderhuurovereenkomsten het woonruimteregime van toepassing is (bijvoorbeeld omdat het zorgelement niet overheersend is).

65. Indien het op basis van de hoofdhurovereenkomst niet is toegestaan om het gehuurde als woonruimte onder te verhuren en hoofdverhuurder daartoe ook nimmer toestemming heeft gegeven, dan is het niet aannemelijk dat de hoofdhurovereenkomst van kleur kan verschieten.

66. Indien op de onderhuurrelatie niet het huurregime van woonruimte van toepassing is, bijvoorbeeld omdat er sprake is van een gemengde overeenkomst waarbij het zorgelement overheerst of bij buikleen, dan kan het huurregime van woonruimte niet doorwerken in de hoofdhurovereenkomst.

67. HR 28 januari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1244, NJ 1994/421 (AHAM/Malherbe); Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5154; Rb. Gelderland (ktr.) 25 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1302; Rb. Rotterdam (ktr.) 17 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:4269, WR 2015/129.

68. Zie ook de noot van Wijnans bij Rb. Midden-Nederland (ktr.) 10 augustus 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4511, TvHB 2016/24, m.nt. Wijnans, p. 388 e.v. (UDH:TVHB/13789) en meer uitgebreid Veldman & Mol (2014), p. 273 e.v. en Thijssen & Van Wijk-Driessen (2015), p. 238 e.v.

61. HR 5 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK0870, NJ 2010/242 (Willems/Hoogheemraadschap Hollands Noorderkwartier).

62. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/224.

63. HR 24 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU9880, RvdW 2012/360.

64. HR 20 september 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9008, NJ 1986/260 (Zonshofje I).

2.11.2. Erfpacht

Anders dan bij huur, kent de wettelijke regeling van het erfpachtrecht geen verschillende regimes afhankelijk van het vastgoedobject. Voornoemd risico speelt dan ook geen rol bij erfpacht.

3. Belangrijkste fiscale verschillen en overeenkomsten tussen huur van 230a-ruimte en erfpacht

3.1. Inleiding

In dit hoofdstuk komen de belangrijkste fiscale verschillen en overeenkomsten tussen van 230a-ruimte en erfpacht aan de orde op het gebied van overdrachtsbelasting en btw.

3.2. Overdrachtsbelasting

3.2.1. Huur van 230a-ruimte

Bij verhuur van 230a-ruimte is in beginsel geen overdrachtsbelasting verschuldigd.⁶⁹

69. Ingevolge art. 2 lid 1 WBR is overdrachtsbelasting verschuldigd over de verkrijging van in Nederland gelegen onroerende zaken of over rechten waaraan deze zijn onderworpen. Onder 'verkrijging' wordt mede begrepen de verkrijging van de economische eigendom. Onder economische eigendom wordt verstaan een samenstel van rechten en verplichtingen met betrekking onroerende zaken of rechten waaraan deze zijn onderworpen dat een belang bij die zaken of rechten vertegenwoordigt. Het belang omvat ten minste enig risico van waardeverandering. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat het aangaan van een huurovereenkomst in beginsel geen 'verkrijging' is in de zin van art. 2 leden 1 en 2 WBR (*Kamerstukken II 1994/95, 24 172, 3*). Dit zou mogelijk anders kunnen zijn in het geval dat bijvoorbeeld het risico van een waardeverandering van het onroerend goed wordt overgedragen aan de huurder op basis van de gesloten huurovereenkomst. Op basis van literatuur en rechtspraak zal hier niet snel sprake van zijn. Uit fiscale literatuur kan worden afgeleid dat het sluiten van een huurovereenkomst met een lange looptijd waarbij een onroerende zaak aan een huurder wordt verhuurd tegen een vaste huur (die lager is dan een marktconforme huur) (slechts) tot gevolg kan hebben dat de huurder een 'indirect' economisch belang in de onroerende zaak verkrijgt (zie Vakstudie Belastingen van rechtsverkeer, art. 2 WBR, aant. 6.7). Verkrijging van een 'indirect' economisch belang lijkt evenwel niet voldoende. In 2011 heeft het Gerechtshof Amsterdam immers geoordeeld dat alleen de verwerving van een 'direct' economisch belang in een onroerende zaak aan overdrachtsbelasting onderhevig kan zijn (Hof Amsterdam 19 september 2001, ECLI:NL:GHAMS:2001:AD216, V-N 2002/11.26). De Hoge Raad heeft hierover nog niet geoordeeld.

3.2.2. Erfpacht

Overdrachtsbelasting is verschuldigd over de verkrijging van een recht van erfpacht (art. 2 lid 1 WBR). Het begrip 'verkrijging' is ruim omschreven. Hieronder wordt (onder meer) verstaan:

- de vestiging of overdracht van een erfpachtrecht;
- opzegging van het erfpachtrecht. Als een erfpachtrecht wordt opgezegd, geldt dat voor de eigenaar als een verkrijging. Het is ook mogelijk dat dit de erfpachter is, indien deze een ondererfpacht heeft gevestigd.
- wijziging van het erfpachtrecht. Dit is bijvoorbeeld het geval indien de tijdsduur van het erfpachtrecht of canon wordt gewijzigd. Wijziging van het erfpachtrecht geldt als afstand van dat recht tegen verkrijging van een nieuw erfpachtrecht. Voor de heffing van overdrachtsbelasting betekent dit, dat er twee nieuwe verkrijgingen zijn. De eigenaar verkrijgt het oude recht en de erfpachter krijgt een nieuw beperkt recht. Een tegemoetkoming in de maatstaf van heffing vermijdt dubbele heffing (zie hieronder).

Ingevolge art. 9 jo. 11 WBR is het bedrag waarover overdrachtsbelasting verschuldigd is (maatstaf van heffing) de som van:

- de waarde van het erfpachtrecht. Het erfpachtrecht heeft alleen een waarde indien een prijs wordt betaald voor het verkrijgen van het erfpachtrecht, of indien de canon te laag wordt vastgesteld. Bij een op normale wijze vastgestelde canon is de waarde van het erfpachtrecht op zichzelf in het algemeen op nihil te stellen;
- de waarde van de canon. Deze waarde wordt bepaald volgens art. 2 Uitvoeringsbesluit WBR en de bijlage die bij dit besluit hoort.

De maatstaf van de heffing is nooit hoger dan de waarde in het economische verkeer van de onroerende zaak waarop het erfpachtrecht betrekking heeft.

Een wijziging van het erfpachtrecht kan tot gevolg hebben dat het genot van de erfpachter toe- of afneemt. Er wordt overdrachtsbelasting geheven over het verschil in waarde tussen de erfpachtrechten. Het verschil in waarde wordt op nihil gesteld indien alleen een wijziging optreedt in het bedrag van de canon. In dat geval wordt er geen overdrachtsbelasting geheven.

Ingevolge art. 14 lid 1 WBR is het gewone tarief 6%.⁷⁰

3.3. Btw

3.3.1. Algemeen

Sinds 1 januari 1969 wordt in Nederland omzetbelasting geheven op grond van de Wet OB. Ingevolge de Wet OB is in beginsel 21% omzetbelasting (ook

70. Voor de verkrijging van woningen of van rechten waaraan deze zijn onderworpen geldt een verlaagd tarief van 2%.

wel aangeduid als btw) verschuldigd ter zake van leveringen en diensten verricht door ondernemers in Nederland (art. 20 van de Wet OB). Het begrip ondernemer wordt gedefinieerd als een ieder die zelfstandig een bedrijf uitoefent (art. 7 van de Wet OB).

3.3.2. Huur van 230a-ruimte

Verhuur kwalificeert niet als een 'levering' in de zin van art. 3 van de Wet OB, maar als een 'dienst' (art. 4 van de Wet OB).

De verhuur van onroerende zaken (waaronder 230a-ruimte) is in beginsel vrijgesteld van de heffing van btw. Vrijgestelde verhuur heeft tot gevolg dat de verhuurder geen recht (meer) heeft om (onder meer) btw op onderhoudskosten als voorbelasting in aftrek te brengen (oftewel terug te vragen van de Belastingdienst). Wanneer met betrekking tot het gehuurde nog een zogenaamde 'btw-herzieningstermijn'⁷¹ loopt, dan kan de schade die de verhuurder lijdt door een btw-vrijgestelde huur (nog) groter zijn. Indien de verhuurder een nieuw gebouw in de btw-sfeer koopt en de eerste verhuur van het gebouw vrijgesteld is van btw, dan kan de btw die bij aankoop verschuldigd was niet in aftrek worden gebracht, dan wel, indien de verhuurder deze btw reeds in aftrek heeft gebracht, dan dient deze btw ineens en volledig aan de Belastingdienst te worden terugbetaald.⁷²

De verhuurder zal niet-aftrekbare btw (of in de toekomst terug te betalen 'herzieningsbtw') in beginsel in zijn huurprijs willen doorberekenen. Dat werkt kostprijsverhogend. Vrijgestelde verhuur kan dan ook leiden tot cumulatie van btw. Dit nadelige effect kan worden voorkomen als verhuurder en huurder kiezen voor een btw-belaste verhuur. In dat geval kan de verhuurder de btw op (onder meer) de investeringskosten en onderhoudskosten als voorbelasting in aftrek brengen. Btw-belaste verhuur heeft wel tot gevolg dat de verhuurder aan de huurder 21% btw in rekening moet brengen. Voor de huurder die btw-belaste activiteiten verricht zal het echter in beginsel geen verschil maken dat hij btw over de huurtermijnen moet betalen. Hij kan de aan hem in rekening gebrachte btw immers als voorbelasting in aftrek brengen. Btw-belast

verhuren is dan ook in beginsel in het belang van de verhuurder én de huurder.⁷³ Bij de verhuur van 230a-ruimte is dit ook gebruikelijk.

Ingevolge art. 11 lid 1 sub b onder 5 van de Wet OB kunnen verhuurder en huurder alleen opteren voor een btw-belaste verhuur wanneer de huurder het gehuurde niet gebruikt als woning en aan de volgende cumulatieve voorwaarden wordt voldaan:

- de huurder gebruikt het gehuurde in elk boekjaar voor doeleinden waarvoor hij volledig of nagenoeg volledig (90% of meer) recht op aftrek van voorbelasting heeft (bij sommige branches geldt een aftrekrecht van 70% of meer); én
- de huurder neemt het gehuurde in gebruik vóór het einde van het boekjaar waarin hij het gehuurde belast is gaan huren.

Partijen kunnen de btw-belaste verhuur formaliseren door een gezamenlijk optieverzoek bij de Belastingdienst in te dienen of hetgeen tegenwoordig het meest gebruikelijk is, door dit schriftelijk overeen te komen in de huurovereenkomst. De huurovereenkomst dient dan de volgende elementen te bevatten: de namen van de verhuurder en huurder, het adres van het gehuurde, de kadastrale gegevens van het gehuurde, het boekjaar van huurder en de verklaring van huurder dat hij aan de materiële vereisten voor een btw-belaste verhuur voldoet.⁷⁴

3.3.3. Erfpacht

Zoals gezegd, is een ondernemer in beginsel btw verschuldigd wanneer hij in Nederland tegen betaling goederen levert of diensten verricht. Bij erfpacht kan er zowel sprake zijn van een 'levering' als een 'dienst'.

Levering

Ingevolge art. 3 lid 2 Wet OB wordt als 'levering' van goederen mede aangemerkt de vestiging, overdracht, wijziging, afstand en opzegging van een recht van erfpacht, tenzij de vergoeding, vermeerderd met btw, minder bedraagt dan de waarde in het economisch van het recht van erfpacht. Oftewel, een transactie met een erfpachtrecht is een 'levering' als de vergoeding inclusief btw minstens gelijk is aan de waarde in het economische verkeer van het erfpachtrecht. De waarde in het economische verkeer bedraagt ten minste de kostprijs, met inbegrip van de btw, van de onroerende zaak waarop het erfpachtrecht betrekking heeft zoals die zou

71. Ingeval bij een btw-belaste verkrijging van onroerend goed of bij de bouw van nieuw onroerend goed de btw (geheel of gedeeltelijk) in vooraftek wordt genomen, wordt de aftrek na het jaar van ingebruikname en in de negen opvolgende jaren herzien, ingeval op een later moment geen recht op aftrek meer bestaat (bijv. de koper / verhuurder die de btw in vooraftek heeft gebracht, gaat het onroerend goed bezigen voor vrijgestelde verhuur). Dit kan eveneens gelden voor onderhoud of vernieuwbouw van onroerend goed, zij het dat het dan de vraag is of een herzieningstermijn van 10 jaar gaat lopen dan wel sprake is van een herziening ineens, bij ingebruikname.

72. P.C. Leegwater & L.R. van Silfhout, 'Btw-belaste (ver)huur van kantoor- en bedrijfsruimte', *TvHB* 2019/3, p. 200 (UDH:TvHB/15593).

73. T.M. Berkhout & A.J. Oostenrijk, *Property NL Taxspécial 2017. Het fiscale naslagwerk voor alle Nederlandse vastgoedbeslissers*, Hardinxveld-Giessendam: Grafisch Bedrijf Tuijtel 2017, p. 52. Opgemerkt zij dat ingeval eerst een btw-belaste verhuur heeft plaatsgevonden en deze later btw vrijgesteld wordt, de btw jaarlijks moet worden herzien in de resterende herzieningsperiode waarbij elk jaar 1/10^e moet worden 'terugbetaald' aan de Belastingdienst.

74. De meest recente ROZ modellen voor 230a-ruimte uit 2003 en 2015 gaan ervan uit dat partijen opteren voor een btw-belaste verhuur en bevatten deze elementen.

ontstaan bij de voortbrenging door een onafhankelijke derde op het tijdstip van de handeling (art. 3 lid 2 Wet OB). In beginsel lijkt dan ook niet snel sprake te zijn van een 'levering' van goederen, indien een erfpachtrecht voor een relatief korte periode (bijvoorbeeld een termijn van 5 of 10 jaar zoals bij huur van 230a-ruimte gebruikelijk is) wordt uitgegeven. Er zal dan in beginsel sprake zijn van een 'dienst'.

Dienst

Een transactie met een erfpachtrecht is een 'dienst', als de vergoeding inclusief btw minder is dan de waarde van het erfpachtrecht in het economische verkeer (art. 3 lid 2 Wet OB juncto art. 4 lid 1 Wet OB). Ingevolge art. 11 lid 1 sub b onder 5 Wet OB is in een dergelijk geval de prestatie (dat wil zeggen

de betaling van de canon door de (onder)erfpachter) vrijgesteld van btw, tenzij partijen opteren zoals bij en onder dezelfde voorwaarden als een belaste 'verhuur'. Ook in dat geval kan (onder voorwaarden) een beroep op de samenloopvrijstelling van art. 15 lid 1 onder a WBR worden gedaan waardoor een dergelijke 'dienst' is vrijgesteld van overdrachtsbelasting.

4. Conclusies en aanbevelingen

4.1. Schematische samenvatting van belangrijkste civielrechtelijke en fiscale verschillen en overeenkomsten

	Huur 230a-ruimte	Erfpacht
Karakter	Overeenkomst.	Beperkt recht. Zakelijk recht.
Bijzondere bepalingen	Voor alle 230a-ruimtes: Art. 7:201 t/m 231 BW. Voor 230a-ruimtes bestemd voor <i>bedrijfsuitoefening</i> : Art. 7:305 en 7:309-310 BW.	Art. 5:85 t/m 5:100 BW.
Dwingend recht	Grotendeels aanvullend recht.	Grotendeels aanvullend recht.
Essentia	(1) In gebruik verstrekken. (2) Tegenprestatie.	Gebruik als ware eigenaar. Tegenprestatie niet vereist, wel gebruikelijk.
Goederenrechtelijke werking	Strikt genomen niet, maar bijzondere regeling van art. 7:226 BW. In materiële zin weinig verschil met erfpacht.	Ja.
Bezwaren met recht van hypotheek	Niet mogelijk.	Mogelijk.
Totstandkoming	Vormvrij.	Vestiging: (a) beschikkingsbevoegd, (b) geldige titel en (c) inschrijving van notariële akte in openbare registers. Verjaring.
Wijziging	Vormvrij.	Dezelfde vereisten als voor vestiging van het erfpachtrecht (zie hierboven).
Looptijd en verlenging	Geheel vrij te bepalen.	Geheel vrij te bepalen.
Beëindiging door opzegging tegen het einde van een periode	Contractsvrijheid (geen minimale opzegtermijn). Geen bescherming voor huurder tegen beëindiging door opzegging tegen het einde van een periode.	Contractsvrijheid, met dien verstande dat een minimale opzegtermijn van één jaar geldt. Geen bescherming voor erfpachter tegen beëindiging door opzegging tegen het einde van een periode.

	Huur 230a-ruimte	Erfpacht
Beëindiging wegens een tekortkoming van huurder / erfpachter	<p>Buitengerechtelijke ontbinding wegens tekortschieten huurder <u>niet</u> mogelijk en derhalve bescherming tegen een te lichtzinnige ontbinding wegens tekortschieten van huurder (art. 7:231 BW).</p> <p>Oordeel van de rechter hangt af van alle omstandigheden van het geval.</p> <p>Huurachterstand van drie maanden huur in de regel voldoende voor toewijzing ontbindingsvordering.</p>	<p>Dwingendrechtelijke bescherming tegen een te lichtzinnige opzegging wegens tekortschieten van erfpachter.</p> <p>Oordeel van de rechter hangt af van alle omstandigheden van het geval.</p> <p>Verzuim om de canon over twee achtereenvolgende jaren te betalen pas grond voor opzegging erfpachtrecht.</p>
Beëindiging in geval van faillissement huurder	Zowel curator van huurder als verhuurder hebben het recht de huur-overeenkomst tussentijds te beëindigen (art. 39 Fw is dwingend recht).	Geen wettelijke beëindigingsmogelijkheid.
Beëindiging in geval van faillissement verhuurder	Geen wettelijke beëindigingsmogelijkheid	Geen wettelijke beëindigingsmogelijkheid.
Aanspraken bij einde rechtsfiguur	<p>Ontruimingsbescherming huurder (art. 7:230a BW is semi-dwingend recht). Rechter kan verplichting tot ontruiming verlengen met maximaal 3 keer 1 jaar.</p> <p>Geen dwingendrechtelijke vergoedingsrechten.</p> <p>Geen dwingendrechtelijk retentierecht.</p>	<p>Indien erfpachter de zaak niet ontruimt, dan loopt erfpacht door, tenzij de eigenaar uiterlijk binnen 6 maanden het erfpachtrecht als geëindigd beschouwt (art. 5:98 lid 1 BW is dwingend recht)</p> <p>Vergoeding voor erfpachter na einde erfpacht (ex art. 5:99 BW) of in geval van opzegging op één van de gronden als bedoeld in art. 5:87 lid 2 BW, vergoeding voor erfpachter van waarde erfpachtrecht (art. 5:87 lid 2 BW is dwingend recht).</p> <p>Dwingendrechtelijk retentierecht erfpachter totdat vergoeding als bedoeld in art. 5:99 BW of art. 5:87 lid 2 BW is betaald.</p>
(Onder)verhuur	<p>Uitsluiting bevoegdheid van huurder tot onderverhuur toegestaan.</p> <p>Wel heeft de onbevoegde onderhuurder van zelfstandige woonruimte waarin onderhuurder hoofdverblijf heeft bij einde hoofdhuur in beginsel een voortzettingsrecht, mits op de hoofdhuur het huurregime van woonruimte van toepassing is.</p>	<p>Uitsluiting bevoegdheid van erfpachter tot verhuur toegestaan.</p> <p>Wel heeft de onbevoegde huurder van woonruimte waarin huurder hoofdverblijf heeft en waarop art. 7:271 e.v. BW van toepassing zijn, bij einde erfpacht in beginsel een voortzettingsrecht, mits een woonruimte in erfpacht is gegeven. Dit laatste is nog niet bevestigd in rechtspraak.</p>
Overdracht door huurder c.q. erfpachter	Geen dwingendrechtelijke regeling. Gebruikelijk is dat toestemming van verhuurder vereist is, welke toestemming verhuurder mag weigeren (geen rechtelijke toetsing).	De akte kan bepalen dat toestemming van eigenaar vereist is. Indien eigenaar de vereiste toestemming zonder redelijke grond weigert of zich niet verklaart, kan zijn toestemming worden vervangen door een machtiging van de kantonrechter.

	Huur 230a-ruimte	Erfpacht
Risico van kleur verschieten	Dit risico kan zich voordoen in zeer specifieke gevallen (bijvoorbeeld bij de verhuur van een kamerverhuurbedrijf of bij de verhuur van een zorgcomplex of serviceflat).	Niet van toepassing.
Overdrachtsbelasting	Geen overdrachtsbelasting.	Overdrachtsbelasting verschuldigd bij verkrijging (dat wil zeggen vestiging, overdracht, opzegging, wijziging of afstand) van het erfpachtrecht. Gewone tarief: 6%.
Btw (levering)	Geen levering. Geen btw.	Niet snel sprake van een 'levering' van goederen, indien een erfpachtrecht voor een relatief korte periode wordt uitgegeven.
Btw (dienst)	Vrijgesteld van btw. Partijen kunnen opteren voor een btw-belaste verhuur. Tarief: 21%	Vrijgesteld van btw. Partijen kunnen opteren voor een btw-belaste erfpacht. Ingeval een dienst belast is met btw kan onder voorwaarden een beroep op de samenloopvrijstelling worden gedaan waardoor een dergelijke dienst is vrijgesteld van overdrachtsbelasting. Tarief: 21%

4.2. Conclusies

Uit vorenstaande kan worden afgeleid dat er belangrijke overeenkomsten tussen beide rechtsfiguren zijn. Beide rechtsfiguren zijn grotendeels van aanvullend recht. Zo staat het partijen (onder meer) geheel vrij om de looptijd en de tegenprestatie te bepalen. Een huurder van 230a-ruimte en een erfpachter hebben geen bescherming in dit kader (zoals bijvoorbeeld aanspraak op een minimumtermijn of aanspraak op een wettelijke toetsing van de huur of canon). Ook is het mogelijk om (onder meer): (a) een zogenaamde 'triple-net' huur of erfpacht te sluiten, hetgeen in beginsel inhoudt dat de kosten van verzekeringen, belastingen en onderhoud volledig voor rekening van huurder c.q. erfpachter komen en (b) de bevoegdheid van de huurder c.q. erfpachter uit te sluiten om de onroerende zaak (onder) te verhuren.

Ook kan uit vorenstaande worden afgeleid dat er belangrijke verschillen tussen beide rechtsfiguren zijn. De voornaamste voordelen voor een private vastgoedbelegger van verhuur van 230a-ruimte ten opzichte van erfpacht zijn (op willekeurige volgorde):

1. De totstandkoming en wijziging van een huurovereenkomst zijn vormvrij. Voor de vestiging en wijziging van een erfpachtrecht is telkens een notariële akte vereist. Anders dan bij erfpacht, heeft de totstandkoming, wijziging, overdracht of opzegging van een huurovereenkomst in beginsel geen financiële gevolgen voor de overdrachtsbelasting en btw. Bij erfpacht zal

dit telkens beoordeeld moeten worden. In zijn algemeenheid kan dan ook gesteld worden dat de transactiekosten bij huur lager zijn dan bij erfpacht.

2. Bij verhuur van 230a-ruimte kan de verhuurder (dat wil zeggen de private vastgoedbelegger) de bevoegdheid van de huurder tot overdracht van de huurovereenkomst uitsluiten. Bij erfpacht kan in de akte van vestiging worden bepaald dat de erfpacht niet zonder toestemming van de eigenaar kan worden overgedragen. Het stellen van voorwaarden is toegestaan. Het is uiteindelijk aan de rechter om te beoordelen of de gestelde voorwaarden redelijk zijn. Indien de eigenaar onredelijke voorwaarden stelt, de vereiste toestemming zonder redelijke gronden weigert of zich niet verklaart, dan kan de rechter vervangende toestemming (machtiging) geven al dan niet onder alternatieve voorwaarden.
3. Anders dan bij erfpacht, heeft de huurder geen dwingendrechtelijke bescherming tegen opzegging wegens wanprestatie van de huurder. Wel kan de verhuurder ingeval van wanprestatie van de huurder de huurovereenkomst enkel door de rechter laten ontbinden (dat wil zeggen niet buitengerechtelijk). Een huurachterstand van drie maanden huur kan al voldoende zijn voor een toewijzing van de ontbindingsvordering. Bij erfpacht kan het erfpachtrecht pas worden opgezegd, indien de erfpachter in verzuim is de canon over twee achtereenvolgende jaren te betalen. Laatstgenoemde bepaling is van dwingend recht.

4. Ingevolge art. 39 Fw heeft, indien de huurder failliet gaat, zowel de curator als de verhuurder de bevoegdheid de huurovereenkomst tussentijds te beëindigen door middel van opzegging. Dit artikel is van dwingend recht en geldt niet voor erfpacht. Bij erfpacht is een beding dat de eigenaar de bevoegdheid geeft de erfpacht op te zeggen op grond van het faillissement van de erfpachter niet onomstreden.
5. Anders dan bij erfpacht, heeft een huurder bij het einde van de huur geen dwingendrechtelijke vergoedingsrechten.
6. Bij erfpacht bestaat nog relatief veel discussie over de uitleg van de toepasselijke wettelijke regeling. Deze zekere mate van rechtsonzekerheid speelt minder bij de verhuur van 230a-ruimte.

De voornaamste voordelen voor een private vastgoedbelegger van erfpacht ten opzichte van verhuur van 230a-ruimte zijn (op willekeurige volgorde):

- a. Anders dan bij verhuur van 230a-ruimte, kan een erfpachter geen aanspraak maken op ontruimingsbescherming. Opgemerkt zij dat mijn ervaring is dat bij het sluiten van de huur private vastgoedbeleggers het recht van de huurder op ontruimingsbescherming vaak niet onoverkomelijk achten, mede omdat de huurder gedurende de verlengingstermijn gehouden blijft een vergoeding voor het gebruik van het gehuurde te betalen. Als partijen het over de hoogte van de vergoeding niet eens kunnen worden, dan stelt de rechter de vergoeding vast op een, gezien het huurpeil ter plaatse, redelijk bedrag.
- b. Anders dan bij verhuur van 230a-ruimte, kan het recht van erfpacht worden bezwaard met een recht van hypotheek. Indien de erfpachter bijvoorbeeld verbouwingswerkzaamheden met vreemd vermogen dient te financieren, kan dit van belang zijn en een oplossing bieden om de transactie doorgang te laten vinden.
- c. Anders dan bij verhuur van 230a-ruimte, kan een erfpachtrecht niet van kleur verschieten. De wijze waarop de erfpachter de onroerende zaak gebruikt of verhuurt aan een derde, heeft geen gevolgen voor de inhoud van het erfpachtrecht tussen eigenaar en erfpachter.

Gelet op het vorenstaande kan worden geconcludeerd dat een huur van 230a-ruimte nog flexibeler is dan een erfpachtrecht en over het algemeen voor een private vastgoedbelegger meer voordelen biedt.

4.3. Aanbevelingen

Indien een private vastgoedbelegger voor de keuze staat het vastgoedobject (in dit geval een 230a-ruimte) te verhuren, dan wel in erfpacht uit te geven, dan is het – gelet op bovenstaande conclusies – in zijn algemeenheid aan te bevelen om te kiezen voor verhuur, tenzij (a) er een reëel risico bestaat dat deze huur van 230a-ruimte door de bedrijfsactiviteiten van de hoofdhuurder van kleur kan verschieten en derhalve dat op deze huur het woonruimteregime of winkelruimteregime van toepassing kan wor-

den, of (b) het niet kunnen vestigen van een recht van hypotheek voor de wederpartij een dealbreaker is.

Voorts is het aan te bevelen om telkens te (laten) beoordelen of in de concrete omstandigheden van het geval nog andere verschillen tussen beide rechtsfiguren aan de orde zijn die relevant kunnen zijn voor het maken van de onderhavige keuze.