

Van Janbert Heemstra, notaris / partner
Datum 18 maart 2015

T (+31) (0) 71 581 53 75
F (+31) (0) 71 581 53 25
E j.heemstra@declercq.com
W www.declercq.com

White Paper over verkoperskrediet m.b.t. onroerende zaken (updated)

1. Inleiding

De huidige vastgoedmarkt en de problemen die bedrijven en particulieren ondervinden om de aankoop van onroerend goed te financieren bij de reguliere hypotheekverstrekkers vragen om alternatieve financieringsvormen.

In dit *White Paper* behandel ik een aantal vormen van financiering door de verkoper van een onroerende zaak, anders door middel van overdracht en vestiging van een hypotheekrecht ten behoeve van de verkoper als zekerheid voor de nog te betalen koopprijs en rente.

Achtereenvolgens passeren de revue:

- huurkoop,
- *financial lease*,
- erfpacht/*lease*,
- *sale & leaseback*,
- Levering onder ontbindende voorwaarde van niet-betaling van de koopprijs (Groninger akte).

Bij elk van deze financieringsvormen ga ik in op de civielrechtelijke aspecten. In een afzonderlijk hoofdstuk ga ik tevens kort in op de belangrijkste gevolgen voor btw en overdrachtsbelasting. Aan andere fiscale aspecten (denk aan vennootschapsbelasting en inkomstenbelasting) wordt geen aandacht besteed; deze zijn uiteraard wel van belang bij de keuze voor een bepaalde financieringsvorm.

Ik eindig dit memo met een korte schets van de voor- en nadelen van de verschillende financieringsvormen.

Dit memo is uiteraard niet uitputtend en kan niet worden beschouwd als een juridisch of fiscaal advies.

2. Huurkoop

Algemeen

De huurkoop van onroerende zaken is geregeld in een afzonderlijke wet, de Tijdelijke wet huurkoop onroerende zaken (Twhoz) van 1973. Deze wet gold in eerste instantie alleen voor woningen maar is in 1975 uitgebreid tot alle onroerende zaken.

Huurkoop in de zin van de Twhoz is:

"de koop en verkoop van een onroerende zaak of een recht waaraan deze is onderworpen, waarbij partijen overeenkomen dat de koopprijs wordt betaald in termijnen, en dat de overdracht eerst zal plaatsvinden na voldoening van twee of meer termijnen die verschijnen nadat de koper in het genot van het goed is gesteld."

Alle overeenkomsten, welke dezelfde strekking hebben, zijn aan de voorschriften van de Twhoz onderworpen (art. 1 lid 2 Twhoz).

Huurkoop lijkt op koop op afbetaling, maar verschilt daarvan omdat de eigendom pas overgaat op de huurkoper aan het einde van de duur van het contract.

Het voordeel voor de huurkoper is over het algemeen dat het krediet goedkoper is dan bij reguliere hypothecaire financiering omdat de verkoper minder risico loopt: bij niet-nakoming door de huurkoper volgt geen executoriale verkoop, maar kan de verkoper de eigendom terugvorderen (revindiceren) en de huurkoper ontruimen.

Bescherming huurkoper

De huurkoper krijgt in de Twhoz (dwingrechtelijke) bescherming op twee rechtsgebieden, namelijk het verbintenissenrecht en het goederenrecht.

Door de inschrijving van de (notariële) akte van huurkoop in de openbare registers kunnen latere goederenrechtelijke feiten niet tegen de huurkoper worden ingeroepen. Zo is de huurkoper beschermd tegen dubbele verkoop en faillissement van de huurverkoper en heeft de huurkoper recht op onbezwaarde levering van het goed.

De verbintenisrechtelijke bescherming bestaat uit diverse dwingrechtelijke bepalingen in de Twhoz, zoals de mogelijkheid de overeenkomst te laten wijzigen door de rechter (indien een wanverhouding bestaat tussen de verplichtingen en rechten welke voor de huurkoper uit de huurkoopovereenkomst voortvloeien) en de bevoegdheid van de huurkoper tot vervroegde betaling van (termijnen) van de koopprijs. Tot de notariële akte is verleden heeft de huurkoper de mogelijkheid vernietiging van de overeenkomst te vorderen. Tevens is een taxatierapport verplicht.¹

¹ Het is aannemelijk dat door de vergaande dwingrechtelijke bescherming van de huurkopers er weinig gebruik wordt gemaakt van huurkoop. De mogelijkheid voor een lessee die tegen een hoge rentestand had gefinancierd boetevrij en met korting kan aflossen op het moment waarop de rentestand lager is, maakt het voor professionele financiers weinig aantrekkelijk om te financieren. Er is een ontwerp-wetsvoorstel om huurkoop te integreren in boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (art 7:101 e.v. BW). Genoemd bezwaar zal daarmee worden weggewomen. Tevens komt de bevoegdheid die de rechter in de Twhoz heeft om de huurkoopovereenkomst te wijzigen te vervallen als de wet wordt ingevoerd.

Huurdersbescherming

Huurkoop is een speciale vorm van koop. De koopprijs wordt betaald in termijnen. De overdracht zal plaatsvinden na betaling van twee of meer termijnen. De huurkoopovereenkomst is erop gericht de eigendom te vervreemden. Dit is anders bij huur. Daar wordt slechts beoogd het genot van de zaak aan de ander te verschaffen.

Als de huurkoper (analoog) een beroep kan doen op de (wettelijke) huurbescherming zou het voor de huurverkoper bij ontbinding van de huurovereenkomst onmogelijk worden de onroerende zaak onder gelijke condities te vervreemden. Om die reden heeft de Hoge Raad beslist dat de huurkoper geen ontruimingsbescherming geniet.²

Ontbinden huurkoopovereenkomst

Een huurkoopovereenkomst kan alleen ontbonden worden door de rechter volgens artikel 11 van de Twhoz. In artikel 11 van de Twhoz staat vermeld dat de huurkoper bij ontbinding van de overeenkomst recht heeft op terugbetaling van de door hem in mindering op de koopsom betaalde aflossingen en dat hij gehouden kan zijn tot voldoening van een schadevergoeding. Dit betreft een wettelijke bepaling die niet weggecontracteerd kan worden.

Aan wie de waardeinstijging – buiten het geval van onteigening – toekomt bij ontbinding van de overeenkomst wordt in de Twhoz niet geregeld. Overeenkomstenrecht is in beginsel van regelen recht en er zou dus in de huurkoopovereenkomst bepaald kunnen worden dat bij ontbinding van de huurkoopovereenkomst de waardeinstijging toekomt aan de huurverkoper, onverminderd het recht van de huurkoper om op grond van artikel 9 van de Twhoz de rechter te verzoeken de overeenkomst te wijzigen.

Indien de huurkoper voor eigen rekening en risico de opstallen renoveert zou bij ontbinding van de huurkoop ook sprake kunnen zijn van ongerechtvaardigde verrijking en zou op die grond de huurverkoper gehouden zijn de waardeinstijging te vergoeden.

Aflossing / rente

In de Twhoz is over de aflossing/rente bepaald dat in ieder geval in de akte vermeld dient te worden welk deel van de te betalen termijnen tot aflossing strekt en welk deel strekt tot betaling van rente. Tevens dient in de akte vermeld te worden wanneer de verschuldigde bedragen betaald dienen te worden. In de wet is ook bepaald dat een huurkoper steeds bevoegd is tot vervroegde betaling van een of meer termijnen of van het gehele resterende gedeelte. In het geval van vervroegde betaling ineens heeft de huurkoper recht op een renteaftrek.³

Er worden in deze wet verder geen voorwaarden gesteld met betrekking tot de hoeveelheid termijnen, de hoogte van de bedragen en dergelijke. In de huurkoopovereenkomst wordt een rente afgesproken die vergoed moet worden over het onafgeloste deel van de hoofdsom. Dit kan op annuïteitenbasis. De rente kan maandelijks, per kwartaal, per halfjaar of per jaar voldaan worden. Vooraf of achteraf. De rente kan vast of variabel zijn.

² HR 4 december 1981, NJ 1982,401). Overigens wordt in het ontwerpvoorstel artikel 7:101 lid 3 expliciet bepaald dat op de huurkoopovereenkomsten van onroerende zaken de bepalingen betreffende huur en pacht niet van toepassing zijn.

³ Zie voetnoot 2.

Het taxatierapport maakt deel uit van de huurkoopovereenkomst. De kosten voor dit rapport komen voor rekening van de huurverkoper (dwingend recht). Blijkens de wet moet in het taxatierapport in ieder geval worden vermeld een beschrijving en beoordeling van de onderhoudstoestand van de onroerende zaak. De taxateur hoeft derhalve geen oordeel te geven over de hoogte van de rente, aflossingsbedragen en dergelijke.

3. Financial lease

*Lease*contracten bestaan in vele vormen en maten. Bij *leasing* koopt de kredietverstrekker (*lessor*) de onroerende zaak aan en stelt hij deze gedurende een bepaalde periode en tegen een vaste vergoeding ter beschikking van de kredietnemer (*lessee*). De *lessor* blijft juridisch eigenaar van de onroerende zaak. De vergoeding bestaat uit een aflossingscomponent en een renteopslag voor de uitgestelde betaling.

Een *lease*contract bevat meestal een koopoptie die de *lessee* de mogelijkheid geeft om tegen een vooraf vastgelegde prijs aan het einde van de looptijd de onroerende zaak te kopen (het betreft vaak een symbolisch bedrag). Een *lease*contract kan echter ook neerkomen op een huurkoopcontract. In dat geval is geen sprake van een koopoptie, maar verbinden partijen zich vooraf om bij het einde van de looptijd en betaling van de laatste leasetermijn de eigendom over te laten gaan op de *lessee*.

Het staat vast dat de Twhoz op het laatstbedoelde contract (koopplicht) van toepassing is. Maar veel auteurs zijn van mening dat de bepalingen van de Twhoz ook op het eerstbedoelde contract toepasselijk zijn, gezien de zogenaamde "strekkingbepaling" van art. 1 lid 2 Twhoz.

Bij de meeste *lease*contracten is de *lessor* weliswaar gerechtigd tot de juridische eigendom, maar zal de "economische eigendom" bij de *lessee* berusten. Daarmee wordt bedoeld dat de *lessor* het risico van waardevermindering van de onroerende zaak heeft.

4. Erfpacht/lease

Erfpacht/*lease* komt steeds meer voor in transacties met betrekking tot commercieel vastgoed. Net als bij de "gewone" *financial lease* wordt bij een erfpacht/*lease* de kredietverschaffer eigenaar. Het gebruiksrecht wordt echter niet in de vorm van "huur" gegoten, maar krijgt de goederenrechtelijke jas van een erfpachtrecht. Het erfpachtrecht geeft recht op het houden en het gebruik van de onroerende zaak, tegen een periodieke vergoeding (canon) onder voorwaarden die in de akte worden opgenomen en die gelden voor iedere rechtsopvolger van de erfpachter.

Evenals bij gewone *financial lease* heeft de erfpachter meestal het recht of zelfs de plicht om de eigendom bij het einde van de looptijd en het betalen van de laatste canontermijn de eigendom tegen een vooraf afgesproken prijs te kopen van de kredietverschaffer/ erfverpachter. De Twhoz is daarmee van overeenkomstige toepassing op het contract.

Bij erfpacht/lease moet veel aandacht worden besteed aan de erfpachtvoorwaarden: deze luisteren namelijk erg nauw. Laat u zich daarom adviseren door een juridisch en fiscaal specialist.

5. Sale & leaseback

Bij *sale & leaseback* behoort de onroerende zaak initieel in eigendom toe aan de gebruiker. Deze verkoopt de zaak aan de kredietverschaffer (*lessor*) en sluit vervolgens een *leasecontract*. Dat is meestal een vorm van *operational lease* om tegemoet te komen aan de wens van de gebruiker om de onroerende zaak van diens balans te halen⁴. *Financial lease* is echter ook denkbaar.

Ook bij deze vorm kan gebruik worden gemaakt van een (voorbehoud van) een erfpachtrecht om de transactie te structureren. Voor de *lessor* kan dit zelfs aantrekkelijk zijn, omdat overdrachtsbelasting bespaard kan worden. Voor de overdrachtsbelasting mag namelijk volgens de Wet op belastingen van rechtsverkeer van de waarde van de eigendom die wordt overgedragen de waarde van het (voorbehouden) erfpachtrecht worden afgetrokken. Daardoor is minder overdrachtsbelasting verschuldigd dan de situatie waarbij de volledige eigendom aan de *lessor* wordt overgedragen.

De erfpachtvoorwaarden worden vaak zodanig ingekleed dat materieel sprake is van (*operational*) *lease*. Daarbij gaat het veelal om maatwerk en kan dus niet met standaardcontracten worden gewerkt.

6. Levering ontbindende voorwaarde niet-betaling koopprijs (Groninger akte)

Deze rechtsfiguur heeft in materieel opzicht wel iets weg van huurkoop, maar is juridisch eigenlijk het tegenovergestelde. Bij deze vorm wordt de eigendom namelijk meteen bij de aanvang van het contract overgedragen, zij het onder de ontbindende voorwaarde dat de afgesproken koopprijs niet volledig op de afgesproken datum is betaald. Omdat de eigendom dus niet bij het einde van het contract wordt overgedragen, is de *Twhoz* niet van toepassing.

Ook hier is, net als bij huurkoop, betaling in termijnen mogelijk en kan rente worden berekend over het niet betaalde deel van de koopprijs. Aldus is in wezen sprake van kredietverschaffing door de verkoper.

Dat de *Twhoz* niet van toepassing is op de Groninger akte wordt door sommigen als een voordeel gezien. Maar er is ook een nadeel: het is niet 100% zeker of de levering onder ontbindende voorwaarde onder alle omstandigheden bestand is tegen een faillissement van de koper. Als de curator stelt dat de ontbindende voorwaarde "paulianeus" is (i.e. voorzienbaar nadelig voor andere schuldeisers in een faillissement), kan het zo zijn dat de ontbindende voorwaarde niet werkt en de onroerende zaak in de failliete boedel valt.

Los van het faillissementsrisico, is de inwerkingtreding van de ontbindende voorwaarde soms een erg zware sanctie, met name als een groot deel van de koopprijs (wel) al betaald was.

⁴ Als het vastgoed niet op de balans staat, hoeft een ondernemer in beginsel minder eigen vermogen aan te houden om te voldoen aan de solvabiliteitsvereisten die kredietverstrekkers hanteren.

Naast de genoemde problematiek is het ook noodzakelijk om in de overdrachtsakte aandacht te besteden aan de volgende punten:

- datum waarop de baten, lasten en het risico op waardevermindering voor rekening van de koper / kredietnemer komen;
- fiscaliteit;
- verzekering;
- 'standstill' voor beschikkingshandelingen door de koper / kredietnemer in de periode dat deze nog bedragen is verschuldigd aan de verkoper / kredietverschaffer;
- wettelijke aansprakelijkheid voor schade als gevolg van een gebrekkige opstal;
- boete als ontbindende voorwaarde in werking treedt.

Ik adviseer partijen om zich vooraf uitgebreid te laten voorlichten door een specialist.

7. Overdrachtsbelasting/btw

Overdrachtsbelasting

Het aangaan van een huurkoopcontract of *financial lease* wordt vanuit het oogpunt van de Wet op belastingen van rechtsverkeer al snel gezien als een vorm van economische eigendomsoverdracht als het risico van waardeverandering bij de koper / kredietnemer berust. Een economische eigendomsoverdracht van onroerend goed is een belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting.

De economische eigendomsoverdracht wordt in de regel gevolgd door een juridische eigendomsoverdracht op het moment waarop de gehele koopprijs en de rente zijn terugbetaald. Een juridische eigendomsoverdracht van onroerend goed is tevens een belastbaar feit voor de overdrachtsbelasting. Als een economische eigendomsoverdracht wordt gevolgd door een juridische eigendomsoverdracht door de dezelfde persoon (of door zijn rechtsopvolgers krachtens huwelijksvermogensrecht of erfrecht), mag de waarde waarover de overdrachtsbelasting wordt berekend bij de juridische eigendomsoverdracht worden verminderd met de waarde van het onroerend goed ten tijde van de economische overdracht (art 9 Wet op belastingen van rechtsverkeer).

Als de onroerende zaak door en voor rekening van de huurkoper wordt gerenoveerd, kan de huurkoper ter zake van de waardevermeerdering een beroep doen op de vrijstelling overdrachtsbelasting als bedoeld in artikel 15 lid 1 sub i Wet op belastingen van rechtsverkeer.

Omzetbelasting

In beginsel is de levering van onroerende zaken niet belast met btw (art 11 Wet op de omzetbelasting 1968). Dit is anders indien er bouwgrond of – kort gezegd – een nieuw vervaardigd goed wordt geleverd door een ondernemer.

Als er omzetbelasting is verschuldigd kan vaak een beroep op vrijstelling voor de overdrachtsbelasting gedaan worden (samenloopregeling). In sommige gevallen is zowel overdrachts- als omzetbelasting verschuldigd. Dit is het geval als de economische en juridische overdracht niet op dezelfde onroerende zaak betrekking hebben.

Dit kan vanuit fiscale optiek het geval zijn als de renovatie van een onroerende zaak zo ingrijpend is dat in wezen sprake is van nieuwbouw. Het is in geval van twijfel zeer aan

te raden voor het aangaan van de huurkoopovereenkomst dit af te stemmen met de belastingdienst.

8. Samenvatting

Huurkoop en *financial lease* kunnen onder de huidige wetgeving in juridisch opzicht min of meer op één lijn worden gesteld. De kredietverschaffer heeft de zekerheid dat hij zijn eigendom nog niet "kwijt" is totdat de kredietnemer al het verschuldigde heeft betaald; daar tegenover staat dat de kredietnemer op grond van de Twhoz beschermd wordt tegen een faillissement van de kredietverschaffer of een dubbele verkoop.

Vaak wordt als nadeel van huurkoop en *financial lease* gezien dat op grond van de Twhoz een taxatierapport verplicht is voor de onderbouwing van de vergoeding die de koper / kredietnemer is verschuldigd. Voorts dat diezelfde Twhoz de rechter de bevoegdheid geeft om een huurkoopovereenkomst te wijzigen ingeval van een wanverhouding tussen de rechten en verplichtingen van de huurkoper. Tot slot is het voor professionele financiers onaantrekkelijk dat een lessee die tegen een hoge rentestand had gefinancierd de mogelijkheid heeft om boetevrij en zelfs met korting af te lossen op het moment waarop de rentestand lager is.

Er is enige jaren geleden een wetsontwerp ter consultatie voorgelegd om aan die bezwaren tegemoet te komen. Helaas is het daarbij gebleven. Zo lang wetswijziging niet heeft plaatsgevonden, betekent dit echter niet dat huurkoop helemaal geen aantrekkelijke optie is. Ik ben echter van mening dat de nadelen in veel gevallen, met name als het gaat om kortstondige financiering door de verkoper en niet om *financial lease* door een professionele kredietverschaffer, overkomelijk zijn en dat zowel de koper als de verkoper gebaat zijn bij een goed en evenwichtig contract dat is getoetst door een notaris.

Verkopers die moeite blijven hebben met de huurkoperbeschermende bepalingen in de Twhoz kunnen de "Groninger akte" in overweging nemen, d.w.z. een (directe) levering onder de ontbindende voorwaarde dat de volledige koopsom + uitstelrente op een bepaalde datum niet betaald zijn. Er is wel een belangrijk nadeel: het is niet volledig zeker dat deze constructie onder alle omstandigheden "werkt" indien de koper failliet gaat op het moment waarop hij nog niet volledig aan zijn verplichtingen heeft voldaan. In het slechtste geval keert de eigendom niet terug naar de verkoper, maar maakt deze deel uit van de failliete boedel.

Voorts kan de inwerkingtreding van de ontbindende voorwaarde in gevallen waarin een substantieel deel van de koopprijs al wel aan de verkoper / kredietverschaffer betaald was naar verhouding een erg ingrijpend middel zijn.

Bij alle financieringsvormen geldt dat partijen zich goed moet laten voorlichten door een juridisch en fiscaal specialist.