



BEZOEKADRES
Mosae Forum 10
6211 DW Maastricht

POSTADRES
Postbus 1992
6201 BZ Maastricht

ONDERWERP
Bijlage B Juridisch kader en
voorwaarden

DATUM
20-3-2019

BIJLAGE

BEHANDELD DOOR
Lars Bruls en Koen Hermkens

DOORKIESNUMMER
043 - 350 4343

ONZE REFERENTIE
/

E-MAILADRES
lars.bruls@maastricht.nl
koen.hermkens@maastricht.nl

FAXNUMMER
/

UW REFERENTIE
/

Juridisch kader bij de plaatsing van zonnepanelen op gemeentelijk vastgoed

Civielrechtelijk aspecten

Zonnepanelen kunnen door de Gemeente, als zijnde de eigenaar van de betrokken onroerende zaak, of door derden worden geplaatst en vervolgens aan de Gemeente of derden, zoals bijvoorbeeld huurders, worden verhuurd. In dat kader is het van belang om te bezien of zonnepanelen na montage (en verbinding met het energiesysteem van de woning) onroerend zijn geworden. Dit heeft voornamelijk te maken met de vraag wiens eigendom de panelen na montage zijn. De vraag naar de eigendomssituatie is tevens van belang voor de aansprakelijkheid voor eventuele schade aan de panelen en/of het gebouw en de (on)mogelijkheid om de investeringen door te belasten aan huurders.

De meningen over de vraag of de panelen roerend blijven of onroerend worden zijn nogal verdeeld. Vanuit een civielrechtelijk oogpunt is in dit kader vooral de goederenrechtelijke natrekking van belang. Artikel 3:3 van het Burgerlijk Wetboek ("BW") bepaalt dat "werken" die duurzaam door vereniging met andere gebouwen of werken met de grond zijn verenigd, onroerend zijn. Ingevolge art. 3:4 BW geldt dat als een zaak niet zonder "beschadiging van betekenis" aan één van beide zaken kan worden afgescheiden, die zaak bestanddeel wordt van de andere zaak. Bestanddelen van een onroerende zaak worden van rechtswege onroerend. Voor de vraag of een zaak bestanddeel is van een andere zaak is de "verkeersopvatting" van doorslaggevende betekenis. Belangrijk hierbij is of het pand zonder de zonnepanelen incompleet is. Kort gezegd zijn er twee typen zonnepanelen te onderscheiden, namelijk:

Memo



- (i) geïntegreerde zonnepanelen (zonnepanelen die ook fungeren als bijvoorbeeld het dak/dakbedekking van een gebouw); en
- (ii) niet-geïntegreerde zonnepanelen (zonnepanelen die slechts op het dak van een gebouw zijn geplaatst).

De eerste stap in de goederenrechtelijke kwalificatie van zonnepanelen is het beantwoorden van de vraag of de zonnepanelen een bestanddeel zijn van een gebouw. Is dit het geval dan zal de Gemeente op grond van art. 5:3 BW ook de eigenaar van de zonnepanelen worden.¹ Als zonnepanelen geen bestanddeel zijn van een gebouw, moet beoordeeld worden of de zonnepanelen (on)roerend zijn (geworden). Wanneer zonnepanelen onroerend zijn, zal de eigenaar van de grond waarop zij (indirect) zijn geplaatst in beginsel ook eigenaar zijn van de zonnepanelen (art. 5:20 lid 1 sub e BW).

Zijn (niet-)geïntegreerde zonnepanelen roerend of onroerend?

Fysiek geïntegreerde zonnepanelen zijn onzes inziens een bestanddeel in de zin van art. 3:4 BW van het gebouw waarvan zij (als deel van het dak) onderdeel vormen. Indien de zonnepanelen zijn geïntegreerd in de dakbedekking zullen zij naar verkeersopvattingen onderdeel uitmaken van het gebouw omdat het dak nu eenmaal bestanddeel van het gebouw is. Het gebouw en de zonnepanelen zullen daarnaast ook vaak in constructief opzicht op elkaar zijn afgestemd én de zonnepanelen zullen waarschijnlijk niet zonder wezenlijke beschadiging kunnen worden verwijderd. Ingevolge art. 5:3 BW zal de Gemeente dan ook eigenaar worden van de geïntegreerde zonnepanelen. Niet-geïntegreerde zonnepanelen daarentegen zullen doorgaans volgens de huidige verkeersopvatting geen bestanddeel zijn van een gebouw. Hoewel er bedrading etc. dient te worden aangelegd, en de zonnepanelen bevestigd dienen te worden op (het dak van) het gebouw, zullen de meeste gebouwen niet specifiek constructief zijn afgestemd op de zonnepanelen en vice versa. Daarnaast kan een gebouw naar huidige verkeersopvatting moeilijk als onvoltooid worden beschouwd zónder zonnepanelen. Verder zijn de meeste niet-geïntegreerde zonnepanelen vrij gemakkelijk en zonder (al teveel) schade te verwijderen.

Ervan uitgaande dat de niet-geïntegreerde zonnepanelen géén bestanddeel zijn van het gebouw waarop zij zijn bevestigd, rijst de vraag of deze zonnepanelen aangemerkt moeten worden als roerend of onroerend. Naast bestanddeelvorming zouden zonnepanelen ook onroerend kunnen worden door natrekking door de grond. Van natrekking in de zin van artikel 5:20 lid 1 sub e juncto 3:3

¹ Vervolgens zou de Gemeente als eigenaar van de grond waarop het gebouw staat weer eigenaar worden van het gebouw (met daarop de zonnepanelen); art. 5:20 lid 1 sub e BW.



lid 1 BW is sprake, indien is voldaan aan het door de Hoge Raad ontwikkelde bestemmingscriterium. Volgens dit criterium dient het gebouw of werk naar aard en inrichting bestemd te zijn om duurzaam ter plaatse te blijven, waarbij niet van belang is dat de technische mogelijkheid bestaat om het bouwsel te verplaatsen. Verder moet voor de vraag of het gebouw bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven worden gelet op de bedoeling van de “bouwer”, voor zover deze naar buiten toe kenbaar is.²

Hoewel ten aanzien van niet-geïntegreerde zonnepanelen doorgaans duidelijk is dat deze bestemd zijn om voor langere duur op een gebouw aanwezig te zijn³, wijst de zogenaamde bedoeling van de “bouwer” ten aanzien van niet-geïntegreerde zonnepanelen niet duidelijk op een duurzame bestemming. Niet-geïntegreerde zonnepanelen zijn namelijk niet in het dak verwerkt en niet bestemd om permanent ter plaatse te blijven. In het geval van verhuur van zonnepanelen zullen gedurende of na einde van de huurovereenkomst de zonnepanelen veelal kunnen of moeten worden verwijderd. Verder is van belang dat niet-geïntegreerde zonnepanelen na vereniging met het gebouw hun eigen identiteit behouden. Het lijkt daarentegen anderzijds logisch om zonnepanelen op een gebouw (in ieder geval tezamen met de bedrading, transformator et cetera) aan te merken als onroerend, nu zonneparken die direct op de grond staan ook (in de meeste gevallen) onroerend zijn blijkens de rechtspraak⁴. Dezelfde rechtbank die op 28 juni 2016 oordeelde dat een zonnepark dat direct op de grond was geplaatst onroerend was, kwam vijf maanden later echter tot de conclusie dat niet-geïntegreerde zonnepanelen op een woning (vanuit de BTW-wetgeving) roerende zaken zijn. In de literatuur en jurisprudentie lijkt aldus geen consensus te bestaan over de goederenrechtelijke kwalificatie van (wie eigenaar is of wordt van) niet-geïntegreerde zonnepanelen. Indien de Gemeente zelf investeerder in de zonnepanelen is, is dit geen probleem doch in andere situaties is het van belang welke partij eigendom verkrijgt van de zonnepanelen. Zekerheidshalve dient dan ook een recht van opstal gevestigd te worden ten behoeve van de huurder of een derde die met dit recht de eigendom van de zonnepanelen wil verkrijgen of behouden om te voorkomen dat natrekking plaatsvindt. Op grond van artikel 5:101 lid 1 BW kan een werk namelijk aan de natrekkingsregel worden onttrokken.

² Opgemerkt zij nog dat natrekking in de zin van art. 5:20 lid 1 sub e juncto 3:3 lid 1 BW betrekking kan hebben op roerende zaken die op directe, dan wel op indirecte wijze met de grond zijn verenigd.

³ Vooral nu veelal een terugverdientijd wordt gehanteerd van meerdere jaren.

⁴ Rechtbank Gelderland 28 juni 2016, BNB 2016/357, r.o. 12 en 13.



Vergoeding zonnepanelen

Indien de Gemeente zelf overgaat tot het laten plaatsen van zonnepanelen op (de daken van) gemeentelijke panden en (in een specifiek geval) de zonnepanelen als roerend kunnen worden aangemerkt, zou de Gemeente de kosten hiervan via de servicekosten aan de huurders in rekening kunnen brengen. De Huurcommissie heeft in juni 2017 namelijk in het Beleidsboek nutsvoorzieningen en servicekosten⁵ laten opnemen dat verhuurders een vergoeding voor zonnepanelen mogen opnemen in de servicekosten. Voorwaarde is wel dat de zonnepanelen zich als roerende zaken kwalificeren. De vraag is echter of een (kanton)rechter het uitvoeringsbeleid van de Huurcommissie gaat overnemen. Het zelf investeren in zonnepanelen is dan ook niet zonder risico's. Dit geldt des te meer omdat het doorberekenen van kosten van onroerende zaken uitsluitend via verhoging van de (kale) huurprijs kan met als gevolg dat slechts een zeer beperkt deel van de investering aan de huurders zou kunnen worden doorbelast.

Bestuursrechtelijke aspecten

Het plaatsen van zonnepanelen op daken is krachtens het bepaalde in artikel 2.6 van Bijlage II van het Besluit omgevingsrecht in beginsel vergunningvrij. De zonnepanelen moeten dan wel geïntegreerd zijn met de omvormer of anderszins moet die binnenshuis worden geplaatst. Panelen op een schuin dakvlak mogen niet uitsteken buiten het dakvlak, en moeten dezelfde hellingshoek hebben als het dak. Op een plat dak moet de afstand tot de dakrand minimaal gelijk zijn aan de hoogte van de panelen gerekend vanaf het dak tot de bovenzijde. Op monumenten of binnen een beschermd stads- of dorpsgezicht is overigens wel een vergunning vereist en bij afwijking van de bovengenoemde regels ook. Vanuit duurzaamheid bezien is nog noemenswaardig dat artikel 122 van de Woningwet het onmogelijk maakt om contractueel eisen te stellen aan duurzame energievoorziening. Dat betekent dat de Gemeente zonnepanelen niet in (algemene voorwaarden die deel uitmaken van) overeenkomsten verplicht kan stellen.

Aanbestedingsplicht van de Gemeente (bij verhuur van dakvlak) voor zonnepanelen?

Of er sprake is van een aanbestedingsplicht is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Indien de Gemeente zelf overgaat tot het (aankopen en) laten plaatsen van zonnepanelen op (de daken van) gemeentelijke panden is er sprake van een overheidsopdracht welke aanbestedingsplichtig is (ingevolge de Aanbestedingswet 2012). Overheidsopdrachten worden -kort samengevat- gedefinieerd als:

⁵ Het Beleidsboek bevat richtlijnen voor de Huurcommissie van de interpretatie van wettelijke bepalingen. Dit hoeft niet de juiste interpretatie te zijn.



- een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel;
- die tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten zijn gesloten; en
- die betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van richtlijn 2014/24.

Indien de Europese aanbestedingsdrempel wordt overschreden, dient de opdracht Europees te worden aanbesteed. Wordt de Europese aanbestedingsdrempel niet overschreden, dan is de Gemeente “slechts” gebonden aan hoofdstuk 1 van de Aanbestedingswet 2012 en haar eigen inkoopbeleid. Hierbij is de vraag of er sprake is van een opdracht voor werken, leveringen of diensten bepalend. De aanbestedingsdrempels voor leveringen en diensten liggen namelijk aanzienlijk lager dan die voor werken. Dit betekent dat als de inkoop van de panelen kan worden gekwalificeerd als een opdracht voor werken in de zin van de Aanbestedingswet, er een Europese aanbesteding dient plaats te vinden indien er met de plaatsing een bedrag is gemoeid van € 5.548.000,- of meer. Indien de inkoop kan worden gekwalificeerd als een levering of dienst dan ligt het drempelbedrag echter op € 221.000,-.

Of de plaatsing van zonnepanelen kan worden gezien als een werk een levering of een dienst zal afhangen van de specifieke omstandigheden van het geval. Gelet op de jurisprudentie zal, in beginsel, sprake zijn van een levering als het gaat om een eenvoudige aanbrenging op een object waar bij wijze van spreken enkel “de stekker in het stopcontact” dient te worden gestopt. Vindt er echter tevens een complexe installatietechnische wijziging aan het object plaats, dan lijkt er snel sprake te zijn van een werk. Dit zou ook voor de situatie kunnen gelden indien de panelen bijvoorbeeld duurzaam in het dak worden geïntegreerd of indien overige werkzaamheden in de scope van de opdracht zitten. Ook kan het zijn dat er een meerjarig onderhoudscontract is gekoppeld aan de plaatsing van de zonnepanelen. Indien de kosten voor het beheer en onderhoud aanzienlijk zijn zou er tevens nog sprake kunnen zijn van een overheidsopdracht voor diensten. Een en ander is aldus afhankelijk van de opdrachtomschrijving en de bedragen die met de verschillende onderdelen van de opdracht gemoeid zijn om vast te stellen onder welk aanbestedingsregime de opdracht dient te vallen.

Anders is de situatie indien de Gemeente niet zelf opdracht verleent voor de aankoop/plaatsing van zonnepanelen en, al dan niet na verzoek hiertoe van een huurder, louter het dak beschikbaar stelt aan een huurder/energieleverancier (welke vervolgens deze zonnepanelen op het dak gaat realiseren). Hierbij is, voor de vraag of sprake kan zijn van een overheidsopdracht en (dus) van een aanbestedingsplicht, van belang of de Gemeente eigenaar wordt van de zonnepanelen. Indien de



Gemeente eigenaar wordt van de zonnepanelen, dan heeft de Gemeente namelijk een zogenaamd “rechtstreeks economisch belang” bij het plaatsen van de zonnepanelen. In dat geval zou sprake kunnen zijn van een bezwarende titel. Zoals gezegd zou door middel van het vestigen van een recht van opstal kunnen worden voorkomen dat de Gemeente eigenaar wordt van de zonnepanelen. Indien de Gemeente namelijk geen onderdeel uitmaakt van de aankoop en exploitatie van de zonnepanelen duidt dit er op dat de zonnepanelen volledig voor rekening en risico van de huurder en/of energieleverancier worden geëxploiteerd. Van een aanbestedingsplicht is alsdan geen sprake naar mijn mening. De Gemeente dient in deze situatie overigens wel rekening te houden met het Europese mededingingsrecht en de Nederlandse Mededingingswet in acht te nemen.⁶

Indien de Gemeente een exclusief exploitatierecht voor daken van gemeentelijke panden wenst uit te geven kan daarentegen wel sprake zijn van een aanbestedingsplicht. Dit omdat er dan sprake is van een zogenaamde concessieovereenkomst. Een concessie is een overeenkomst met een leverancier voor de uitvoering van een werk of dienst. Een concessieovereenkomst betreft een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht. Het verschil met een reguliere opdracht is dat de tegenprestatie voor de uitvoering van het werk of de dienst bestaat uit het exclusief recht het werk (de zonnepanelen) te exploiteren, of uit dit uitsluitend recht gepaard gaande met een prijs⁷. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval zoals ondermeer de omschrijving en de waarde van de opdracht, zou dit kunnen leiden tot een aanbestedingsplicht voor de Gemeente. De Aanbestedingswet 2012 is namelijk van toepassing op concessieovereenkomsten voor openbare werken en diensten waarvan de geraamde waarde gelijk is aan, of hoger is dan, de Europese drempelwaarde van € 5.548.000,-. De Aanbestedingswet 2012 is niet van toepassing op concessieovereenkomsten voor openbare werken en diensten onder de Europese drempel, tenzij sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang.

⁶ Ingevolge artikel 107 lid 1 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (“VWEU”) zijn er vijf (cumulatieve) voorwaarden voor (onrechtmatige) staatssteun:

- de maatregel moet ondernemingen een voordeel opleveren;
- de maatregel moet met staatsmiddelen zijn bekostigd;
- de maatregel moet een selectief voordeel opleveren;
- de maatregel moet het handelsverkeer binnen de EU ongunstig beïnvloeden; en
- de maatregel moet de mededinging vervalsen of dreigen te vervalsen.

De gevraagde vergoeding dient derhalve marktconform te zijn. Verder zal de Gemeente op grond van de Wet Markt en Overheid minimaal alle integrale kosten van een economische activiteit door te berekenen.

⁷ Art. 1 lid 4 van de richtlijn 2004/18.



Voorwaarden c.q. condities m.b.t. het plaatsen van zonnepanelen door huurders op daken van gemeentelijk vastgoed:

- Het dak van het gehuurde dient constructief/bouwkundig voldoende draagkracht te hebben om de zonnepanelen te kunnen dragen⁸. De verzoeker dient dit, voor eigen rekening, te onderzoeken en aan te tonen;
- Er zal, met inachtneming van hetgeen hierna is bepaald, een aanvullende (huur)overeenkomst tussen verzoeker en de Gemeente worden afgesloten tenzij een verzoeker een recht van opstal wil verkrijgen. Desgewenst zal alsdan, voor rekening van de verzoeker, (ook) een huurafhankelijk recht van opstal gevestigd worden ten behoeve van de verzoeker, die met dit recht het eigendom van de zonnepanelen wil verkrijgen of behouden. De akte van vestiging van het recht van opstal zal, op basis van de gebruikelijke bepalingen in dergelijke akten, en ten genoegen van de Gemeente, worden verleden ten overstaan van een door verzoeker aan te wijzen notaris. Alle kosten, rechten, belastingen en lasten met betrekking tot (de vestiging van) het opstalrecht, zijn voor rekening van de verzoeker;
- De verzoeker dient de zonnepanelen voor eigen rekening en risico te (laten) plaatsen, beheren en (onder)houden en bij beëindiging te verwijderen c.q. weg te nemen en (het dak van) de onroerende zaak voor eigen rekening en risico in de oude toestand terug te brengen tenzij de investeerder, een (opvolgende) huurder of de Gemeente de panelen wil overnemen (onder nadere voorwaarden) en hierover overeenstemming wordt bereikt. Indien vanwege onderhoud aan het dak van het gehuurde het tijdelijk verwijderen of verplaatsen van de zonnepanelen is vereist, dient verzoeker voor zijn rekening en risico zorg te dragen voor de (de)montage;
- De Gemeente is bij beëindiging (van het opstalrecht) op geen enkele wijze gehouden ter zake een vergoeding aan de verzoeker te betalen, dan wel enige andere tegemoetkoming te voldoen, een en ander onverminderd de dwingendrechtelijke wettelijke vergoedingen;
- De verzoeker is te allen tijde zelf verantwoordelijk c.q. draagt zorg voor het aanvragen, verkrijgen en behouden van alle noodzakelijke (omgevings)vergunningen, toestemmingen, ontheffingen en dergelijke ingevolge enige (bouwkundige) wet- en / of regelgeving;

⁸ Bij het plaatsen van zonnepanelen dient verder onderscheid te worden gemaakt in het plaatsen op een hellend dak of op een plat dak. Bij een hellend dak worden de zonnepanelen via bouten en regels vast gemonteerd aan het dakbeschot terwijl bij het plaatsen op een plat dak slechts sprake is van het aanbrengen van extra ballast. Hierbij wordt de ondersteunende constructie van de zonnepanelen niet duurzaam met het dakbeschot verbonden. De ondersteunende constructies met de zonnepanelen worden hierbij los op het plat dak geplaatst en voorzien van extra ballast in de vorm van bijvoorbeeld een enkele betonblokken of trottoirtegels.



- De verzoeker vrijwaart de Gemeente voor alle eventuele (toekomstige) vorderingen en aanspraken (van derden) op de Gemeente in verband met, of op enige wijze samenhangen met (het gebruik van) de zonnepanelen, zoals bijvoorbeeld aanspraken op grond van de artikelen 162 en 174 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek⁹;
- Verzoeker dient de noodzakelijke (aansprakelijkheids)verzekeringen af te sluiten; en
- Het college van burgemeester en wethouders kan in bijzondere omstandigheden, met een objectieve en redelijke rechtvaardiging, van deze voorwaarden c.q. condities afwijken.

Memo

⁹ Tenzij de Gemeente ter zake grove schuld of ernstige nalatigheid kan worden verweten.