

40. Zonnepanelen op (bedrijfs-)dak van een ander: nieuwe modelaktes¹

MR. DR. D.W. AERTSEN EN MR. B.J. VAN DE BUNT MRE

Exploitanten van zonnepanelen plaatsen zonnepanelen op daken van bedrijfsgebouwen waarvan zij niet de eigenaar zijn. Doorgaans wil de exploitant dan zekerstellen dat hij gerechtigd blijft tot de zonnepanelen op het dak. Ook wil hij ten behoeve van financiering een geschikt zekerheidsrecht kunnen vestigen. Welke civiel-juridische regelingen moeten hiervoor worden getroffen? Bijzondere aandacht verdient de situatie dat het gebouw op erfpachtgrond is gerealiseerd.

1. Inleiding

Om de financierbaarheid van zonnepanelenprojecten op (bedrijfs-)daken te bevorderen heeft de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) in 2018 de Modelakte Opstalrecht Zonnestroomsysteem (dakproject)² (hierna: Modelakte Opstalrecht) gepubliceerd.³ In aanvulling hierop werkt de NVB momenteel aan twee nieuwe modelaktes. Deze zijn bestemd om gebruikt te worden bij plaatsing van zonnepanelen op gebouwen die op erfpachtgrond staan en bij operational lease van zonnepanelen op daken. De aktes worden binnen afzienbare tijd op de website van de NVB gepubliceerd. In dit artikel gaan wij in op de eerste situatie, namelijk (dak-)projecten met betrekking tot gebouwen op erfpachtgrond. Achtereenvolgens bespreken wij (kort) de Modelakte Opstalrecht, de noodzaak om voor erfpacht een nieuwe modelakte te maken (hierna: Modelakte Ondererfpacht) en enkele specifieke aandachtspunten bij erfpacht.

2. Modelakte Opstalrecht

Met de Modelakte Opstalrecht kan een exploitant van zonnepanelen, die op een bedrijfsgebouw van een ander zonnepanelen wil exploiteren, het opstalrecht laten vestigen dat in dergelijke gevallen doorgaans nodig is. De exploitant zal in de regel willen zorgen dat hij gerechtigd blijft tot de zonnepanelen als deze eenmaal op het dak zijn gemonteerd. Er bestaat onzekerheid omtrent de vraag of door natrekking zonnepanelen die duurzaam op een gebouw worden gemonteerd in eigendom overgaan op de eigenaar van de grond en het gebouw.⁴ Deze onzekerheid wordt weggenomen door het vestigen van het opstalrecht. Met het opstalrecht worden de eigendom van de grond en het gebouw enerzijds en de eigendom van de zonnepanelen anderzijds met zekerheid gescheiden gehouden. Het opstalrecht voorkomt dat de eigendom van de zonnepanelen door natrekking op de gebouweigenaar overgaat. Het opstalrecht is een zakelijk recht om in, op of boven een onroerende zaak van een ander gebouwen, werken of beplantingen in eigendom te hebben of te verkrijgen (art. 5:101 BW).

Er kunnen meerdere redenen zijn waarom de exploitant de gerechtigdheid tot de zonnepanelen wenst te behouden. Het kan zijn dat hij zijn positie wil versterken bij een eventueel faillissement van de gebouweigenaar. Het opstalrecht is ook tegenover de curator van de gebouweigenaar in te roepen. Als de exploitant met vreemd vermogen is gefinancierd, dan moet de exploitant de betreffende financier veelal een zekerheidsrecht (hypotheek) op de zonnepanelen kunnen verschaffen. Ook dat is mogelijk als de exploitant

1 Voor de goede orde wordt opgemerkt dat beide auteurs van dit artikel bij het opstellen van de genoemde modelaktes betrokken waren. Dit artikel is echter op persoonlijke titel geschreven. Het artikel is verschenen mede vanwege Stichting Fundatie Bachiene, welke stichting onder meer ten doel heeft het stimuleren van publicaties omtrent onroerende zaken en andere registergoederen.

2 De modelakte en een toelichting daarop zijn te vinden op de website van de NVB: <https://www.nvb.nl/publicaties/protocollen-regelingen-richtlijnen/model-opstalrecht-zonnestroomsysteem/>.

3 Zie voor diverse recente besprekingen van de modelakte: A.H.G. Wilod Versprille & M. Wever, 'Verduurzaming in de notariële praktijk: het standaardmodel opstalakte zonnepaneleninstallatie', in: B. Akkermans e.a. *Duurzaam wonen, KNB Preadviezen 2019*, Den Haag: Sdu 2019, p. 141 e.v.; D.W. Aertsen, 'De Modelakte Opstalrecht Zonnestroomsysteem (dakproject)', *WPNR* 2019, afl. 7222, p. 24 e.v.; J.W.A. Biemans, 'Modelakte Opstalrecht Zonnestroom (dakproject)', *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk (FIP)* 2019/5, p. 38-40 en T.M. Berkhout, 'Zonnepanelen op bedrijfsmatige gebouwen: bepaald geen koud kunstje', *NTRF* 2019/1119.

4 Zie Rb. Noord-Holland 20 december 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:11385, voor recente rechtspraak over deze natrekkingsproblematiek. Zie hierover in de literatuur bijvoorbeeld: S.I. van Dijk-Elsinga & J.M. van Noort, 'Zonnepanelen: roerend of onroerend? En heeft de (onder)huurder een wegbreekrecht?', *Bb* 2018/44, p. 164-166.

een opstalrecht met betrekking tot de zonnepanelen heeft gekregen.

3. Waarom een nieuwe modelakte voor gebouwen op erfpachtgrond?

De Modelakte Opstalrecht gaat ervan uit dat de eigenaar van het gebouw de partij is die het dak ter beschikking stelt aan de exploitant, al dan niet tegen betaling. Het komt echter ook voor dat het betreffende gebouw op erfpachtgrond staat en dat niet de eigenaar van de grond (en het gebouw) het initiatief neemt voor de plaatsing van de zonnepanelen, maar de erfpachter. De Modelakte Opstalrecht is dan niet één op één te gebruiken. De wet faciliteert namelijk niet het vestigen van een opstalrecht door een erfpachter. Een opstalrecht kan alleen worden gevestigd op de (eigendom van de) onroerende zaak en niet op zakelijke rechten zoals het erfpachtrecht.⁵ In de literatuur is er overigens wel voor gepleit om hier flexibeler mee om te gaan. Waarom zou het recht om opstellen zakenrechtelijk te verzelfstandigen door het terzijde stellen van de natrekkingsregels alleen kunnen of mogen worden toegekend aan de eigenaar en niet aan beperkt gerechtigden? Heyman meent dat er (ook) vanuit het oogpunt van wetssystematiek eigenlijk geen goede redenen zijn om dat niet toe te staan.⁶ Uiteraard zal bij een dergelijke stapeling van beperkte rechten nog wel gelden dat de beperkt gerechtigde niet meer rechten kan overdragen of bezwaren dan hij zelf heeft. Vooralsnog moet echter worden aangenomen dat de vestiging van een opstalrecht geen optie is voor de erfpachter.

De erfpachter kan de zaak waarop het erfpachtrecht rust wel in ondererfpacht uitgeven. Dit volgt uit art. 5:93 lid 1 BW. Erfpacht is een zakelijk recht dat de erfpachter de bevoegdheid geeft eens anders onroerende zaak te houden en te gebruiken (art. 5:85 lid 1 BW). Middels een uitgifte in ondererfpacht kan de exploitant dus een zakelijk recht krijgen op grond waarvan hij het dak van een ander (exclusief) mag gebruiken om daar zonnepanelen te plaatsen en te exploiteren. Dit zakelijke recht kan bezwaard worden met hypotheek. De exploitant kan dan dus een hypotheekrecht op de zonnepanelen (of beter gezegd: op het ondererfpachtrecht) vestigen ten gunste van zijn financier.

Vanwege de wettelijke onmogelijkheid voor de erfpachter om zelf een opstalrecht te vestigen, komt het in praktijk overigens wel voor dat de erfpachter de grondeigenaar verzoekt om dit te doen ten behoeve van de exploitant. Het opstalrecht wordt dan naast het erfpachtrecht gevestigd op dezelfde onroerende zaak. Op zichzelf is dat mogelijk als ervoor wordt gezorgd dat het opstalrecht en het erfpachtrecht niet conflicterend aan elkaar zijn. Dat kan worden bewerkstelligd door de erfpacht tijdelijk te wijzigen, zodanig dat het gebruik zich niet (meer) uitstrekt over het gebruik

dat aan de gerechtigde tot het opstalrecht wordt verleend.⁷ Hiermee kan worden voorkomen dat de zonnepanelen door de eigendom van de grond en het gebouw worden nagetrokken. Echter voor de meeste andere afspraken die de Modelakte Opstalrecht bevat, is deze structuur niet geschikt. Zo zijn er onder meer afspraken over het gebruik van het dak (en het gebouw), vergoedingen, verzekeringen, onderhoud en overname bij einde opstalrecht, die niet tussen de grondeigenaar en de exploitant dienen te gelden, maar tussen de erfpachter en de exploitant. En ook die afspraken dienen bij voorkeur (zoveel mogelijk) goederen- en zakenrechtelijk te worden vastgelegd. Eventueel kan er dan aan worden gedacht om naast het opstalrecht ook een erfdiensbaarheid of een huurovereenkomst te gebruiken. Maar dat voldoet niet aan de doelstelling van vereenvoudiging die mede ten grondslag ligt aan de bevordering van de financierbaarheid. Daarnaast biedt de figuur van ondererfpacht nu juist voor deze situatie een goede uitkomst. Vandaar dat de variant van de Modelakte Opstalrecht voor het gebruik bij erfpacht een ondererfpacht is geworden.

4. Specifieke aandachtspunten bij Modelakte Ondererfpacht

Hierna bespreken we een aantal juridische punten die aandacht vragen bij de Modelakte Ondererfpacht en die niet (of niet op dezelfde wijze) spelen bij de Modelakte Opstalrecht.

Verhouding met grondeigenaar

Bij ondererfpacht komen (ten minste) drie partijen in goederenrechtelijke relatie tot de onroerende zaak te staan. Te weten: de grondeigenaar, de erfpachter en de ondererfpachter. In de erfpachtvoorwaarden kan de bevoegdheid van de erfpachter tot het vestigen van ondererfpacht worden beperkt of uitgesloten (art. 5:93 lid 1 BW). In veelgebruikte erfpachtvoorwaarden, zoals die van grote gemeenten en havenbedrijven, is bepaald dat uitgifte in ondererfpacht mogelijk is, maar dat daarvoor wel de voorafgaande toestemming van de grondeigenaar vereist is. Deze *toestemming* op grond van de erfpachtvoorwaarden dient te worden onderscheiden van de *instemming* als bedoeld in art. 5:93 lid 2 BW. Daar gaan we in de volgende paragraaf (einde erfpacht en instemming grondeigenaar) nog nader op in.

De ondererfpacht wordt gevestigd uit hoofde van erfpacht waardoor de ondererfpachtvoorwaarden niet ruimer kunnen zijn dan de erfpachtvoorwaarden. Bevoegdheden die de grondeigenaar heeft onder de erfpachtvoorwaarden kunnen ook tegenover de ondererfpachter worden uitgeoefend. Indien de erfpachter bepaalde toestemmingen nodig heeft ten aanzien van bepaalde (rechts-)handelingen met betrekking tot de onroerende zaak, dan heeft de ondererf-

⁵ Vgl. Asser/Bartels & Van Velten 5 2017/248b.

⁶ Zie bijvoorbeeld H.W. Heyman, 'Kan een opstalrecht worden gevestigd door een erfpachter of een appartementseigenaar?', *WPNR* 1999, afl. 6342, p. 52 e.v.

⁷ S.E. Bartels e.a., 'Erfpacht en opstal (titels 7 en 8)'; in: L.C.A. Verstappen (red.), *Boek 5 BW van de toekomst: Over vernieuwingen in het zakenrecht*, *KNB Preadvies 2016*, Den Haag: Sdu 2016, p. 329.

pachter voor die handelingen ook dezelfde toestemming nodig. Door het vestigen van de ondererfpacht ontstaat dus naast een verhouding tussen de erfpachter en de ondererfpachter ook een verhouding tussen de grondeigenaar en de ondererfpachter.

In praktijk zal een belangrijke rol voor de instrumenterende notaris zijn weggelegd om te controleren of de Modelakte Ondererfpacht past binnen de betreffende erfpachtvoorwaarden. Als dat niet het geval is dan zullen partijen de erfpachtvoorwaarden kunnen wijzigen, met medewerking van de eventuele andere beperkt gerechtigden.

Einde erfpacht en instemming grondeigenaar

Vanwege het afgeleide karakter ervan gaat de ondererfpacht bij het einde van de erfpacht van rechtswege teniet, tenzij de grondeigenaar met de ondererfpacht heeft ingestemd bij een notariële akte die is ingeschreven in de openbare registers (art. 5:93 lid 2 BW). De Modelakte Ondererfpacht voorziet erin dat de grondeigenaar partij wordt bij de akte en deze instemming verleent. Als gevolg van deze instemming zal de grondeigenaar bij het eindigen van de erfpacht de ondererfpacht voor de resterende duur gestand moeten doen in een rechtstreekse verhouding tot de ondererfpachter. In feite is de ondererfpacht alsdan gepromoveerd tot een gewone erfpacht en komt de eventuele canon ook aan de grondeigenaar toe.

Er is op dit moment niet voorzien in een Modelakte Ondererfpacht waarin de genoemde instemming niet wordt verleend. Daarmee wordt overigens geenszins geïmpliceerd dat het instemmen van de grondeigenaar in praktijk de standaardsituatie is. Het is bekend dat sommige erfpacht uitgevende instanties, zoals gemeenten en havenbedrijven, niet wensen in te stemmen met de ondererfpacht in de hiervoor bedoelde zin, of daaraan nadere voorwaarden wensen te verbinden. De overwegingen hieromtrent zijn sterk afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval. Soms willen zij de mogelijkheid voorbehouden om de ondererfpacht wel gelijktijdig met de erfpacht te kunnen beëindigen, bijvoorbeeld om in de toekomst een havenrein of een stadswijk op effectieve wijze te kunnen herontwikkelen. Mogelijk geeft de grondeigenaar in dat geval wel toestemming de zaak in ondererfpacht te geven, maar gaat deze niet akkoord met het voortduren van de ondererfpacht bij het tenietgaan van de erfpacht.

Overigens voorziet de Modelakte Ondererfpacht wel in een verplichting voor de ondererfpachter om mee te werken aan het opnieuw vestigen (door de grondeigenaar) van een erfpachtrecht op de grond (en het gebouw) onder dezelfde bepalingen en bedingen als de oorspronkelijke erfpacht. Zolang de ondererfpacht door de nieuwe erfpachter maar gestand wordt gedaan, is het dus mogelijk dat de grondeigenaar voor de grond en het gebouw een nieuwe erfpachter zoekt.

Het ontbreken van instemming van de grondeigenaar in de zin van art. 5:93 lid 2 BW kan de financierbaarheid van een dakproject met zonnepanelen sterk bemoeilijken, misschien zelf geheel onmogelijk of in elk geval een stuk duurder maken. De (financier van de) exploitant zal immers geen invloed hebben op de erfpachtrelatie tussen grondeigenaar en erfpachter, terwijl het voortduren van de ondererfpacht (en daarmee van het hypotheekrecht op de ondererfpacht) daar dan wel afhankelijk van is gemaakt.

De grondeigenaar zal een eigen afweging maken of hij al dan niet wenst in te stemmen in de zin van art. 5:93 lid 2 BW. Hij is daar in beginsel vrij in, hoewel een niet onderbouwde 'nee' in het licht van de duurzaamheidsopgave niet langer houdbaar lijkt.⁸ De grotere uitgevende instanties doen er goed aan een beleid op te stellen om een consistente lijn richting erfpachters te kunnen voeren. In alle gevallen dient naar onze mening in de afweging in elk geval betrokken te worden dat de verduurzaming van de gebouwde omgeving, gelet ook op alle klimaatdoelstellingen, een dringende maatschappelijke noodzaak is.

Exploitant is bij ondererfpacht technisch gezien niet de eigenaar van zonnepanelen

Hiervoor is aangegeven dat de vestiging van een opstalrecht conform de Modelakte Opstalrecht tot gevolg heeft dat de exploitant eigenaar van de zonnepanelen blijft. De verticale natrekking van art. 5:20 lid 1 onderdeel e BW wordt door het opstalrecht doorbroken. Dit is bij gebruik van de Modelakte Ondererfpacht juridisch-technisch gezien niet het geval.⁹ De exploitant krijgt als ondererfpachter een goederenrechtelijk recht om het dak van het gebouw te gebruiken en daarop de zonnepanelen te houden en te gebruiken. Er is geen sprake van doorbreking van de natrekkingsregels, maar de aanspraken op grond van de ondererfpacht zijn wel even sterk als die onder een opstalrecht. Meer praktisch gezien zijn er ook nauwelijks verschillen tussen opstalrecht en (onder-)erfpacht. Dat komt doordat er voor beide rechten een verregaande mogelijkheid bestaat deze nader in te kleden: de ondererfpacht door deze in te perken, en het opstalrecht door deze uit te breiden. Daardoor kan met beide rechten een vergelijkbaar resultaat worden bereikt: beide rechten bieden absolute, faillissementsbestendige en door partijen vorm te geven gebruiks- en genotsrechten ten aanzien van de zonnepanelen.¹⁰

8 Vgl. S.E. Bartels, 'Preadviezen KNB 2019; Duurzaam wonen, Juridische drempels op de weg naar duurzamer wonen', *WPNR* 2019, afl. 7241, p. 435.

9 De wet bepaalt uitdrukkelijk dat het ondererfpacht niet op het erfpachtrecht wordt gevestigd, maar op de zaak zelf (de eigendom van de grond). Art. 5:93 lid 3 BW bepaalt vervolgens dat de erfpachter in zijn verhouding tot de ondererfpachter voor de toepassing van de overige artikelen van Boek 5 Titel 7 BW als eigenaar wordt aangemerkt.

10 Vgl. S.E. Bartels e.a., 'Erfpacht en opstal (titels 7 en 8)', in: L.C.A. Verstappen (red.), *Boek 5 BW van de toekomst: Over vernieuwingen in het zakenrecht*, *KNB Preadvies 2016*, Den Haag: Sdu 2016, p. 302.

Rangwisseling

De Modelakte Ondererfpacht gaat ervan uit dat de erfpacht is (voor)belast met een hypotheek ten gunste van de financier van de erfpachter. Dit betekent dat niet alleen de grondeigenaar, maar ook de betreffende hypotheekhouder toestemming zal moeten geven voor de vestiging van de ondererfpacht. De hypotheekhouder zal verder akkoord moeten gaan met een rangwisseling als bedoeld in art. 3:262 lid 2 BW. Zonder een dergelijke rangwisseling zou de hypotheekhouder in geval van uitwinning het (later dan zijn hypotheekrecht gevestigde) ondererfpachtrecht kunnen negeren.

5. Tot slot

Op het moment van afronding van dit artikel¹¹ waren de Modelakte Ondererfpacht en de modelakte voor operationele lease (helaas) nog niet formeel afgerond en vastge-

steld. De modelakten zouden dus nog wijzigingen kunnen ondergaan. Zodra vaststelling en publicatie van de modelakten een feit is, zullen wij daarvan in dit tijdschrift dan ook melding maken en eventuele aanpassingen benoemen.

Over de auteurs



Mr. dr. D.W. Aertsen

Bedrijfsjurist bij ING N.V. en fellow bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.



Mr. B.J. van de Bunt MRE

Senior-kandidaat notaris bij Loyens & Loeff N.V.

¹¹ Het artikel is afgerond op 25 oktober 2019.