Verduurzaming van kleine appartementengebouwen

Een juridisch model om flexibiliteit en rechtszekerheid met elkaar te verzoenen

1. Inleiding

In Nederland staan rond de negen miljoen gebouwen, waaronder rond acht miljoen woningen. Alleen al de verwarming van deze gebouwen is verantwoordelijk voor 13% van alle uitstoot van broeikasgassen in Nederland.[1] Om de globale opwarming tegen te gaan moet deze uitstoot worden verminderd door een reductie van het energieverbruik en het gebruik van hernieuwbare in plaats van fossiele energiebronnen. Een instrument om de energiebronnen te verduurzamen is het plaatsen van zonnepanelen op daken van gebouwen.[2] In beginsel kan een eigenaar zelfstandig en zonder juridische kosten beslissen of hij/zij zonnepanelen gaat plaatsen. Een belangrijk deel van de gebouwen is echter in appartementsrechten gesplitst en wordt beheerd door circa 140.000 VvE's met in totaal 2,1 miljoen appartementsrechten.[3] Appartementseigenaars kunnen niet individueel beslissen over het plaatsen van zonnepanelen op het dak van het appartementengebouw. Zij zijn van elkaar afhankelijk en moeten via overleg tot een gezamenlijk besluit komen. Dit kan het voordeel opleveren dat een appartementengebouw met een groot aantal woningen (en mogelijkerwijs een aantal commercieel gebruikte ruimtes) in één keer wordt verduurzaamd. In de praktijk blijkt de verduurzaming van appartementengebouwen echter een taai proces te zijn.[4]

Deze bijdrage behandelt de problematiek van het plaatsen van zonnepanelen op het dak van een 'kleine' appartementensplitsing. In deze bijdrage wordt een splitsing met maximaal acht appartementsrechten als klein aangemerkt.

Prof. mr. dr. B. Hoops*

Mr. Y.H. van Ballegooijen**

Mr. C. Siewers***

Mr. dr. M.C.E. van der Vleuten****

Mr. A.H.G. Wilod Versprille*****

* Adjunct-hoogleraar Privaatrecht en duurzaamheid. Vakgroep privaatrecht en notarieel recht, Rijksuniversiteit Groningen. b.hoops@rug.nl

** Advocaat, RST advocaten. yb@rst.nl

*** Directeur-bestuurder, Stichting Visitatie Woningcorporaties Nederland, promovenda aan de Open Universiteit. c.siewers@gmail.com

**** Van der Vleuten interim- & projectsupport. mail@mechteld.nl

***** Notaris te Veenendaal, Olenz Notarissen. AVersprille@olenz.nl

1. CBS, 'Welke sectoren stoten broeikasgassen uit?', https://www.cbs.nl/nl-nl/dossier/dossier-broeikasgassen/hoofdcategorieen/welke-sectoren-stoten-broeikasgassen-uit- (laatst bezocht op 7 augustus 2022).
2. In combinatie met een al dan niet hybride warmtepomp kan de verwarming van het gebouw door deze maatregel gedeeltelijk of zelfs volledig worden verduurzaamd.
3. CBS, *Aantallen en kenmerken van Verenigingen van Eigenaren,* 2016, p. 15 e.v., te downloaden via: https://www.cbs.nl/nl-nl/achtergrond/2016/20/aantallen-en-kenmerken-van-verenigingen-van-eigenaren (laatst bezocht op 7 augustus 2022).
4. C.J.C.M. Oomen, C.N. Siewers, M.C.E. van der Vleuten, 'Besluitvorming in VvE's voor energiebesparende maatregelen', in: L.C.A. Verstappen & F.J. Vonck (red.), *Vervolg 'Boek 5 BW van de toekomst', Het ontwerpwetsvoorstel appartementsrechten,* Den Haag: SDU, 2020, p. 133-150.

Kleine splitsingen hebben een aantal bijzondere kenmerken dat voor deze bijdrage van belang is. Indien slechts één of een kleine groep appartementseigenaars het niet eens is met het plaatsen van zonnepanelen, kan de gekwalificeerde meerderheid[5] voor het plaatsen van zonnepanelen mogelijkerwijs niet worden gehaald. Vanwege het kleine aantal appartementseigenaars raken de verhoudingen tussen de eigenaars ook eerder verzuurd dan in grote splitsingen als een besluit niet unaniem wordt genomen. Een andere belangrijke eigenschap van kleine splitsingen is dat kosten voor juridische dienstverlening, in het bijzonder het wijzigen van de splitsingsakte door middel van een notariële akte, de verduurzaming onrendabel kunnen maken omdat deze kosten per appartementseigenaar in een kleine splitsing aanzienlijk hoger zijn dan in een grote splitsing. Voor de verduurzaming van appartementengebouwen met een kleine splitsing zijn daarom eensgezindheid en het voorkomen van juridische kosten van groot belang.

In ons artikel staat een casus centraal, waarin appartementseigenaars in een kleine splitsing overwegen om op het dak van het appartementengebouw zonnepanelen te plaatsen. Stel dat een grote meerderheid van de appartementseigenaars in zonnepanelen wil investeren. Om schaalvoordelen zo goed mogelijk te benutten wil deze groep eigenaars het *hele* dak volledig bedekken met zonnepanelen. Enkele eigenaars willen, in de regel uit financiële overwegingen, niet in zonnepanelen investeren (en daarvan natuurlijk ook niet direct profiteren). Zij hebben géén bezwaar tegen het plaatsen van de zonnepanelen op het hele dak. De plaatselijke gemeente wil de aanschaf van de zonnepanelen financieel ondersteunen, mits de verduurzaming een groot draagvlak heeft binnen de VvE.

In deze casus zou de VvE met een gekwalificeerde meerderheid ervoor kunnen kiezen om als geheel de zonnepanelen aan te schaffen en te plaatsen, zelf elektriciteit op te wekken en deze elektriciteit grotendeels te leveren aan het elektriciteitsnet.[6] Dit zou echter op gespannen voet staan met de wensen van enkele appartementseigenaars omdat zij voor de zonnepanelen zouden moeten betalen via hun VvE-bijdrage. Naast een tekort aan eensgezindheid is deze oplossing ook financieel relatief onaantrekkelijk. De VvE zou een terugleveringsvergoeding ontvangen die vergeleken met het hierna te beschrijven 'salderen achter de meter' beperkt is (in de huidige markt tussen € 0,30 en 0,40/kWh).[7]

Zowel in overeenstemming met de wensen van alle appartementseigenaars en de gemeente als financieel aantrekkelijker is dat de appartementseigenaars die in zonnepanelen willen investeren, de zonnepanelen voor het hele dak zelf aanschaffen, de zonnepanelen (laten) plaatsen en ze met hun (slimme) elektriciteitsmeters verbinden. De door de zonnepanelen opgewekte elektriciteit kan dan ongeacht het moment van energieopwekking worden afgetrokken van de elektriciteit die de investerende appartementseigenaars verbruiken. Dit mechanisme heet 'Salderen achter de meter'.[8] Met een stroomprijs voor particulieren van ongeveer € 0,67/kWh is dit financieel zeer aantrekkelijk.[9] De appartementseigenaars die niet in zonnepanelen willen investeren, hoeven niet bij te dragen in de kosten, maar hebben ook geen lagere energierekening. De VvE neemt het besluit om het plaatsen van zonnepanelen op het hele dak toe te staan.

Bij deze oplossing rijst echter de vraag of voor de uitvoering daarvan de akte van splitsing moet worden gewijzigd door middel van een notariële akte. Onder andere omdat niet meer alle appartementseigenaars het dak kunnen gebruiken, kan het besluit van de VvE verandering hebben gebracht in de rechtspositie van de appartementseigenaars. Is van een dergelijke verandering sprake, dan is een wijziging van de splitsingsakte vereist.[10] Zoals reeds opgemerkt, kunnen de juridische kosten van deze wijziging al snel de rendabiliteit van zonnepanelen in een kleine splitsing in het

5. Voor het plaatsen van zonnepanelen is in de regel een meerderheid van twee derde van de aanwezige stemmen met een quorum van twee derde van alle stemmen vereist: Art. 37 lid 5 jo. lid 8 Modelreglement (MR) 1972, 38 lid 8 jo. lid 5 MR 1992, 52 lid 5 jo. lid 8 MR 2006, 56.5 sub j MR 2017.
6. De elektriciteit kan ook worden gebruikt voor de gemeenschappelijke delen van het appartementengebouw. De hiervoor benodigde hoeveelheid stroom is echter klein in verhouding tot de totale opbrengst.
7. Vóór de enorme stijging van de energieprijzen in 2022 was zelfs de rendabiliteit van de zonnepanelen in gevaar. De VvE kan bij lage energieprijzen een SCE-subsidie op grond van de Subsidieregeling Coöperatieve Energieopwekking bij de RVO aanvragen om in een dergelijk geval toch rendabel zonnepanelen te kunnen exploiteren. Deze subsidie vult de stroomopbrengst aan tot een vooraf te bepalen basisbedrag (thans tot € 0,121/kWh voor een grootverbruikaansluiting en € 0,146/kWh voor een kleinverbruikaansluiting).
8. De salderingsregeling is neergelegd in art. 31c van de Elektriciteitswet 1998 en art. 50 lid 2 van de Wet belastingen op milieugrondslag.
9. Zou een participant meer elektriciteit terugleveren dan hij/zij verbruikt, dan ontvangt hij/zij een beperktere terugleveringsvergoeding die afhankelijk is van de overeenkomst met de energieleverancier. Het kabinet is van plan om de salderingsregeling vanaf 2025 jaarlijks af te bouwen tot 2031. Levert een appartementseigenaar meer elektriciteit terug dan hij/zij opwekt, dan ontvangt hij/zij een lagere terugleververgoeding.
10. N. Vegter, *De vereniging van eigenaars*, diss. Groningen, Den Haag: Boom, 2012, p. 127, 133; HR 7 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5405, *NJ* 2000, 638, m.nt. W.M. Kleijn, ro. 3.3.

gedrang brengen. In dit geval botst de flexibiliteit van de appartementseigenaar bij de verduurzaming met de rechtszekerheid van potentiële opvolgers, die de regeling rond de zonnepanelen zonder een wijziging niet zouden kunnen afleiden uit de openbare registers.
In ons artikel presenteren en toetsen wij een juridisch model dat de voorgestelde oplossing juridisch vormgeeft zonder de noodzaak om de splitsingsakte te wijzigen. In essentie houdt dit model in dat de niet-investerende appartementseigenaars (en hun opvolgers) te allen tijde alsnog kunnen beslissen om te participeren. Auteurs Hoops en Wilod Versprille zijn betrokken geweest bij de ontwikkeling van dit model. Opdrachtgever was een gemeente met een groot aantal kleine splitsingen. Auteur Van der Vleuten is ingeschakeld om het model voor de gemeente in het licht van de geldende regels te toetsen. Hieruit vloeide een genuanceerde discussie voort, ook met de auteurs Van Ballegooijen en Siewers, die in deze bijdrage wordt samengevat. In § 2 wordt nader het ter discussie gestelde model en zijn uitgangspunten besproken. In §§ 3 en 4 wordt uiteengezet of de toekenning van een gebruiksrecht op het gemeenschappelijk dak voor de investerende eigenaars en de wijziging van het gebruik van het dak mogelijk zijn zonder een wijziging van de splitsingsakte. In § 5 wordt besproken of het recht om het dak voor zonnepanelen te gebruiken persoonlijk moet zijn of ook zakelijk mag zijn en in hoeverre deze kwestie relevant is voor het model en de noodzaak om de splitsingsakte te wijzigen. In § 6 wordt kort ingegaan op de vraag of de ongelijke behandeling van investerende en niet-investerende appartementseigenaars een wijziging van de splitsingsakte nodig maakt.

2. Het model en zijn randvoorwaarden in kort bestek

Een model voor het plaatsen en exploiteren van zonnepanelen op het dak van een klein appartementengebouw zonder wijziging van de splitsingsakte moet rekening houden met uiteenlopende belangen (§ 2.1) en energierechtelijke regels (§ 2.2). Nadat deze paragraaf deze randvoorwaarden heeft toegelicht wordt ingegaan op de regeling van financiële en organisatorische aspecten in het model (§ 2.3). Vervolgens wordt behandeld hoe volgens het model niet-investerende eigenaars (hierna ook: niet-participanten) na de plaatsing van de zonnepanelen alsnog kunnen gaan investeren in (en profiteren van) de zonnepanelen. Tevens wordt aangegeven in hoeverre het model toestaat dat investerende eigenaars (hierna ook: participanten) uittreden en hun investering terugkrijgen (§ 2.4). Ten slotte wordt toegelicht in welke juridische documenten dit model wordt vastgelegd (§ 2.5). De paragrafen 3 t/m 6 toetsen dit model vervolgens aan juridische pijnpunten in de regels over het appartementsrecht om aan te tonen dat voor het gebruik van dit model géén wijziging van de splitsingsakte is vereist.

2.1 De belangen van de betrokken groepen

Zoals reeds in de inleiding vermeld, lopen de belangen binnen de VvE uiteen. Een groep van appartementseigenaars wil met financiële hulp vanuit de overheid zonnepanelen aanschaffen. Vanwege schaalvoordelen willen deze participanten het dak van het appartementengebouw niet gedeeltelijk, maar volledig bedekken met zonnepanelen. Hierdoor willen zij hun energiekosten verminderen. Een andere groep van appartementseigenaars wil, doorgaans vanuit financiële overwegingen, niet bijdragen aan de investering. De niet-participanten willen wél het gebruik van het hele dak voor zonnepanelen mogelijk maken. Bovendien wil deze groep dat zij of hun potentiële rechtsopvolgers op een later tijdstip alsnog kunnen investeren in de zonnepanelen om van een lagere energierekening te profiteren. Een derde belanghebbende is de lokale overheid. De gemeente wil alleen subsidie verstrekken als de zonnepanelen op een (niet nader gedefinieerd) groot draagvlak binnen de VvE kunnen rekenen. Om te voorkomen dat deze drie belangen met elkaar botsen, moet het model drie kenmerken hebben. Ten eerste moet de deelname aan de investering in zonnepanelen vrijwillig zijn. Ten tweede moeten de baten van de zonnepanelen bij de participanten terechtkomen. Ten derde moeten niet-participanten na de plaatsing alsnog kunnen investeren. Is aan deze drie voorwaarden voldaan, dan zullen de niet-participanten het gebruik van het hele dak toestaan en zal het draagvlak zodanig groot zijn dat de gemeente een subsidie verstrekt.

2.2 Het energierechtelijke raamwerk

In de inleiding is uiteengezet dat de VvE zonnepanelen kan aanschaffen en voor een relatief onaantrekkelijke terugleververgoeding elektriciteit aan het net kan leveren. Voordeliger zou het zijn als de VvE direct elektriciteit aan de participanten zou kunnen leveren omdat de participanten dan niet de stroomprijs inclusief belastingen zouden moeten betalen. De VvE mag dit volgens de Elektriciteitswet 1998 echter niet zonder een vergunning voor energieleveranciers.[11] In onze

11. Art. 95a Elektriciteitswet 1998.

casus zou sprake zijn van een levering van elektriciteit omdat elektriciteit van een WOZ-object (de gemeenschappelijke gedeelten, beheerd door de VvE) wordt geleverd aan een afnemer met een ander WOZ-object (het appartement van de participant). Vanwege de hoge eisen die aan energieleveranciers worden gesteld, is het voor de VvE niet zinvol om een vergunning aan te vragen. De VvE mag daarom alleen elektriciteit leveren aan het net.
Tegen deze achtergrond is de meest gunstige oplossing om elk zonnepaneel door middel van een kabel te verbinden met de elektriciteitsmeters van specifieke participanten. Bovendien moeten de zonnepanelen worden meegenomen bij de WOZ-waardering van de appartementsrechten van de betreffende participanten. Dan levert de participant als het ware aan zichzelf. Het voorkomt zowel een verboden levering van elektriciteit door de VvE aan de participanten als een verboden levering van de participanten aan niet-participanten of de VvE. Deze oplossing is ook zowel financieel aantrekkelijk als in overeenstemming met de betrokken belangen. De door zonnepanelen geproduceerde stroom wordt, zoals in de inleiding uitgelegd, 'achter de meter' gesaldeerd met het energieverbruik van de betreffende participant(en). Deelname aan deze investering is vrijwillig. De niet-participanten krijgen weliswaar geen lagere energierekening, maar dragen ook niet bij aan de investering. De kabels kunnen echter te allen tijde worden verwijderd en anders worden gelegd, zodat een latere investering door niet-participanten mogelijk blijft.

2.3 Financiële en organisatorische aspecten
Volgens het model bedekken de participanten het dak van het appartementengebouw *volledig* met zonnepanelen, voor eigen rekening en risico. Uitsluitend de participanten leveren een bijdrage aan de gezamenlijke investering en beheren de zonnepanelen. Deelname is vrijwillig en de niet-participanten hoeven dus geen bijdrage te leveren. De zonnepanelen worden niet door de VvE gefinancierd of beheerd.
De vergadering van appartementseigenaars, dus zowel de participanten als de niet-participanten, staat het aanbrengen van de zonnepanelen toe door een daartoe strekkend besluit. Het leggen en het beheer van de zonnepanelen geschiedt dan op grond van een in § 2.5 nog te behandelen gebruiksovereenkomst tussen de VvE en de participanten. Deze gebruiksovereenkomst moet ook worden goedgekeurd door de vergadering van eigenaars.

Zoals in § 2.1 vermeld, profiteren uitsluitend de participanten van de zonnepanelen door een lagere energierekening. Bij het leggen van de kabels tussen de zonnepanelen en de elektriciteitsmeters van de participanten wordt rekening gehouden met het feit dat niet op elk deel van het dak even veel zonne-energie kan worden opgewekt. Dit houdt bijvoorbeeld in dat de meter van een participant met een kabel naar een zonnepaneel dat een benedengemiddelde hoeveelheid zonnestraling ontvangt, ook wordt verbonden met een ander paneel. Het doel hiervan is om veilig te stellen dat elke participant een gelijk deel van de opbrengst van de zonnepanelen door een lagere energierekening krijgt. Het is niet de bedoeling dat elke participant recht heeft op specifieke panelen; de panelen worden gezamenlijk beheerd door alle participanten.
Ter financiering van de investering kan een participant zelf géén zekerheidsrecht ten behoeve van de financier vestigen op de zonnepanelen. De zonnepanelen worden op grond van art. 5:20 lid 1 sub e BW immers verticaal nagetrokken.[12] Zij worden met andere woorden eigendom van de gezamenlijke eigenaars, dus ook van niet-participanten. De vestiging van een opstalrecht[13] ten behoeve van de participant en een hypotheekrecht op dit opstalrecht zijn zonder wijziging van de splitsingsakte niet mogelijk in een bestaande splitsing.[14] Om deze redenen is het de meest gunstige optie voor de participant om een hypotheek op het eigen appartementsrecht te vestigen of aanvullende afspraken te maken bij een bestaande hypotheek. Een groot aantal banken biedt dergelijke 'verduurzamingshypotheken' aan en door de verbinding van zonnepanelen met de elektriciteitsmeter van de betreffende participant is veiliggesteld dat de baten van de zonnepanelen ten goede komen van de investeerder en zijn/haar financier.

12. B. Hoops, 'Een rechtseconomisch perspectief op natrekking in de energietransitie en de transitie naar de circulaire economie', *NTBR* 2020, 298-311, 301.
13. Voor dit model worden niet-geïntegreerde zonnepanelen geplaatst. Anders dan geïntegreerde zonnepanelen fungeren zij niet als dakpannen en maken zij geen deel uit van het dak. Met betrekking tot niet-geïntegreerde zonnepanelen kan een opstalrecht worden gevestigd. Wat geïntegreerde zonnepanelen betreft, bestaat hierover onzekerheid. Zie Hoops, a.w., p. 302.
14. M.C.E. van der Vleuten & I. de Jong, 'Een verbeterde regeling voor appartementsrechten – Ontwerp- wetsvoorstel', in: L.C.A. Verstappen & F.J. Vonck (red.), *Vervolg 'Boek 5 BW van de toekomst, Het ontwerpwetsvoorstel appartementsrechten*, Den Haag: SDU, 2020, p. 23-74, p. 31.

2.4 Instappen en uittreden

Indien een appartementseigenaar die aanvankelijk niet in zonnepanelen wilde investeren van gedachte verandert of diens rechtsopvolger wil participeren, kan hij/zij alsnog een bijdrage leveren aan de investering ('instappen') en van de opbrengst van de zonnepanelen te profiteren. Dit is in overeenstemming met het belang van niet-participanten. Ten opzichte van de bijdrage van de eerste generatie van participanten is zijn/haar bijdrage om twee redenen kleiner. De bijdrage wordt ten eerste verminderd met de afschrijvingen op de zonnepanelen en dus de vermindering van de nog te verwachten opbrengst. Ten tweede wordt de waarde van de zonnepanelen verdeeld over meer participanten zodat de bijdrage per participant kleiner wordt. De bijdrage van de nieuwe participant, inclusief de noodzakelijke (administratieve en technische) kosten, wordt voor gelijke delen verdeeld onder de andere participanten. Technisch worden vervolgens kabels gelegd tussen de bestaande zonnepanelen en de meter van de nieuwe participant dan wel al bestaande kabels geactiveerd. Als een participant zijn/haar appartementsrecht verkoopt, dan kan de koper ervoor kiezen om het recht op het gebruik van de zonnepanelen met inachtneming van de gebruiksovereenkomst met de VvE te tekenen wél of niet over te nemen. Door deze keuze voor rechtsopvolgers wordt gepoogd om een wijziging van de rechtspositie van appartementseigenaars en de eis van een wijziging van de splitsingsakte te voorkomen. Het model voorziet wél in een type kettingbeding voor de verkoper-participant in deze situatie. Slaagt de verkoper niet erin om ook het gebruiksrecht te verkopen of gaat de koper niet akkoord met de voorwaarden van de gebruiksovereenkomst, dan zal, als een soort boete, het gebruiksrecht overgaan op de VvE die de elektriciteit aan het net kan leveren. De opbrengst besteedt de VvE overeenkomstig de regels in de splitsingsakte. De andere participanten hoeven de resterende waarde van het aandeel in de zonnepanelen niet uit te keren aan de uittredende participant. De kosten worden dus hoogstwaarschijnlijk door de uittredende participant gedragen omdat de koopprijs zonder het gebruiksrecht lager zal zijn. De kabels naar de meter van de uittredende participant worden afgesloten en nieuwe kabels worden gelegd naar de meter van de gemeenschappelijke gedeelten. Dit doet niet af aan het recht van de koper om op een later tijdstip nog tegen betaling te gaan participeren. Verder voorziet het model niet in de mogelijkheid om als participant uit te treden.

2.5 De juridische vastlegging

De juridische vormgeving van het model poogt extra kosten te voorkomen die kunnen worden veroorzaakt door de splitsing van de eigendom in appartementen. Voor de rendabiliteit van het project is in het bijzonder van belang dat geen extra kosten worden gemaakt voor de wijziging van de splitsingsakte. Een dergelijke wijziging kost bij een kleine splitsing, mede vanwege de betrokkenheid van beperkt gerechtigden, tussen 3.000 en 5.000 euro, excl. BTW en kadastrale leges.[15] Het hier voorgestelde model zou dan ook niet worden neergelegd in een notariële wijzigingsakte, maar een *gebruiksovereenkomst* tussen de VvE en de participanten, naar aanleiding van een beslissing van de vergadering van appartementseigenaars die het plaatsen van zonnepanelen met gekwalificeerde meerderheid toestaat.[16] De vergadering moet het sluiten van de gebruiksovereenkomst door de VvE goedkeuren. Hiervoor is in beginsel een gewone meerderheid voldoende. Deze overeenkomst regelt aan de ene kant de verhouding tussen de VvE en de participerende eigenaars en aan de andere kant de verhouding tussen de participanten onderling. Het gedeelte van de overeenkomst dat de ingebruikgeving van het dak regelt, kan worden aangemerkt als bruikleen omdat de participanten geen tegenprestatie hoeven te betalen.[17] De verplichting om de zonnepanelen aan te brengen en te onderhouden heeft betrekking op de fase na de ingebruikgeving. Aangezien het modelreglement van 1992 en oudere modelreglementen overeenkomsten van de VvE met een looptijd van meer dan één jaar niet toestaan, heeft de overeenkomst een geldigheidsduur van één jaar en wordt deze steeds van rechtswege met één jaar verlengd. Om te voorkomen dat de VvE door de verlenging van rechtswege permanent is gebonden aan het contract en daarom de regels in het reglement worden overtreden, heeft de VvE het recht om de overeenkomst op te zeggen met inachtneming van een opzegtermijn van zes maanden. Voor de opzegging is een gekwalificeerde meerderheid in

15. Vgl. art. 5:139 lid 3 BW. Voor deze bedragen kunnen minimaal zes c.q. tien zonnepanelen worden geplaatst.
16. Vgl. A.C.W. Luijk-van Veldhuizen & C.N. Siewers, 'De gebruiksovereenkomst in het appartementsrecht', *JBN* 2021/01. Indien in een gezamenlijke installatie met een SCE-subsidie (vgl. voetnoot 7) wordt geïnvesteerd, moet een en ander in een Huishoudelijk Reglement worden vastgelegd. Zie voetnoot 5 over de vereiste meerderheden en quora.
17. Hof Amsterdam 3 november 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:4513, ro. 3.2.

de vergadering van eigenaars nodig.[18] Indien het modelreglement 2006 of 2017 van toepassing is, kan de overeenkomst ook voor onbepaalde tijd worden gesloten. De overeenkomst moet echter altijd een opzeggingsrecht voor de VvE bevatten om uit te sluiten dat sprake kan zijn van een permanent exclusief gebruiksrecht.[19] Tegenover de opzegging staat de verplichting om de resterende waarde van de zonnepanelen aan de participanten te vergoeden. Deze vergoeding wordt berekend op dezelfde wijze waarop de vergoeding voor een later toetredende eigenaar wordt berekend. De opname van dit vergoedingsrecht in de gebruiksovereenkomst moet hoogstwaarschijnlijk worden goedgekeurd door een gekwalificeerde meerderheid in de vergadering van eigenaars.[20] De VvE kan vervolgens de zonnepanelen desgewenst gebruiken om elektriciteit aan het net te leveren. Er bestaat geen wegneemrecht voor participanten. Voor het geval dat de gebruiksovereenkomst geen bruikleen, maar een huurovereenkomst blijkt te zijn, wordt het wettelijke wegneemrecht op grond van art. 7:216 BW uitgesloten in de gebruiksovereenkomst.[21]

3. Een inclusief exclusief gebruiksrecht

Als zonnepanelen van slechts een deel van de appartementseigenaars het hele dak bedekken, dan kan het dak niet meer voor zonnepanelen van niet-participanten of voor andere doeleinden worden gebruikt. In onze discussie rees meteen de kwestie of aan de participanten een permanent exclusief gebruiksrecht wordt toegekend. Dit zou ertoe leiden dat de ingebruikgeving gepaard moet gaan met een wijziging van de splitsingsakte. Onze conclusie is dat geen sprake is van een exclusief gebruiksrecht en daarom geen wijziging van de splitsingsakte is vereist. In het volgende wordt deze conclusie toegelicht. Eerst wordt het door de jurisprudentie en literatuur uitgelichte wettelijke kader beschreven (§ 3.1). Vervolgens wordt de vraag beantwoord of het model een exclusief gebruiksrecht teweegbrengt (§ 3.2). Ten slotte wordt de relevantie van opzeggingsrechten in verband met de tijdelijkheid van het gebruiksrecht in het model uiteengezet (§ 3.3).

3.1 Het wettelijke kader

De achtergrond van de kwestie is de nog steeds niet helemaal duidelijke verhouding tussen art. 5:126 lid 1 BW en art. 5:128 lid 1 BW aan de ene kant en art. 5:112 lid 1, aanhef en sub c, art. 5:113 lid 1, art. 5:120 lid 1 BW en art. 5:139 BW aan de andere kant.[22] Op grond van art. 5:126 lid 1 en 5:128 lid 1 BW heeft de VvE de bevoegdheid om de gemeenschappelijke eigendom te beheren en in het bijzonder regels te stellen omtrent het gebruik van gemeenschappelijke gedeelten. Een van deze gemeenschappelijke gedeelten is het dak waarop de zonnepanelen worden geplaatst.

Regels in het reglement dat in de splitsingsakte wordt opgenomen, kaderen de bevoegdheden van de VvE in. Art. 5:112 lid 1, aanhef en sub c BW bepaalt dat het reglement regels moet bevatten over het gebruik, het beheer en het onderhoud van gemeenschappelijke gedeelten. Een wettelijke beperking van de bevoegdheden van de VvE vloeit voort uit art. 5:113 lid 1, art. 5:120 lid 1 BW. Iedere appartementseigenaar heeft een gelijk recht op medegebruik van de gemeenschappelijke gedeelten, tenzij de splitsingsakte anders bepaalt. Wordt afgeweken van dit uitgangspunt, dan moet de splitsingsakte met inachtneming van art. 5:139 BW worden gewijzigd. Aangezien het met zonnepanelen bedekte dak, naast het afdekken van het gebouw, geen andere functie meer kan hebben dan het opwekken van elektriciteit, komt mogelijkerwijs het gelijke recht op medegebruik in het gedrang omdat niet iedere appartementseigenaar van de zonnepanelen profiteert. Was dit het geval, dan zou de VvE haar beheerstaak te buiten gaan door het dak aan de participanten in gebruik te geven.

De beheerstaak van de VvE wordt afgebakend van beschikkingsdaden, waarvoor een wijziging van de splitsingsakte is vereist. Is de beslissing van de VvE om het dak uitsluitend te laten gebruiken voor zonnepanelen van de participanten een beheersdaad, waarover de VvE mag beslissen, of een beschikkingsdaad? Verandert het antwoord op deze vraag indien *alle* appartementseigenaars hierover meebeslissen en ook *alle* appartementseigenaars te allen tijde de mogelijkheid hebben om te participeren? Het criterium voor de kwalificatie of sprake is van

18. Art. 21.3 sub b MR 2017 stelt deze voorwaarde uitdrukkelijk. In de gebruiksovereenkomst wordt dit opzeggingsrecht ook onderworpen aan deze voorwaarde.
19. Zie hierover uitgebreider par. 3.3.
20. Zie bijv. art. 52 lid 5 sub c MR 2006.
21. Vgl. C.E.M. Veerman & L.A. Burwick, 'De verhuur van gemeenschappelijke gedeelten door een VvE; de belangrijkste aandachtspunten', *Tijdschrift Huurrecht in de Praktijk* 2021(4)/76, 30-34.
22. Zie o.a. H.M. Kolster, R.F.H. Mertens & J.A.J. Peter, 'Het Modelreglement bij splitsing in appartementsrechten 2017: een toelichting', *WPNR* 2020/7297, 674-685, 681; J.B.C. Tummers & R.F.H. Mertens, 'Ingebruikgeving van gemeenschappelijke gedeelten in een appartementensplitsing', *NTBR* 2012/11; A.A. van Velten, 'Het onderscheid tussen beheer en beschikking in het appartementsrecht', *WPNR* 2000/6407, 447-448; G. Verdoes Kleijn, 'Appartementsrecht en privégebruik van de gemeenschappelijke terreinen', *WPNR* 1991/6209, 862.

'beschikking' of 'beheer' is of de goederenrechtelijke situatie door de beslissing wordt gewijzigd en meer specifiek of de rechtspositie van de appartementseigenaars hierdoor verandert.[23] De jurisprudentie, met name over dakterrassen, en de literatuur geven geen duidelijk beeld over de implicaties van dit criterium voor de bepaling van het gebruik van het dak. Onomstreden is dat de VvE met het oog op art. 5:128 lid 1 BW het gebruik van het dak in ieder geval mag reguleren zolang het gelijke recht op medegebruik wordt gewaarborgd. *Vegter* geeft het voorbeeld dat indien acht van twintig appartementseigenaars elk een winkel runnen, maximaal acht van de twintig parkeerplaatsen voor de winkels mogen worden gereserveerd.[24] Dit zou impliceren dat slechts het percentage van het dak met zonnepanelen mag worden bedekt dat overeenkomt met het percentage van appartementseigenaars dat wil gaan investeren. Als drie van vier appartementseigenaars willen investeren, mag dus 75% van het dak met zonnepanelen worden bedekt. In het model wordt echter het *hele* dak met zonnepanelen bedekt.

3.2 Een exclusief gebruiksrecht?

De vervolgvraag is of een gebruiksrecht dat het genoemde percentage van het dak overstijgt, een exclusief gebruiksrecht oplevert en, zo ja, welke gevolgen dit heeft. In de jurisprudentie over het exclusieve gebruik van een dak kan men twee standpunten onderscheiden. Het hof Amsterdam heeft ten aanzien van een dakterras van één eigenaar geoordeeld dat het dak zijn functie, namelijk het weren van de buitenlucht, hagel, sneeuw en water, ook met een toegevoegd gebruik behoudt en het gelijke recht van medegebruik van de eigenaars hierdoor niet in het gedrang komt.[25] Hiertegen kun je met *Vegter* inbrengen dat ook al behoudt het dak zijn functie, aan de eigenaars wél een verplichting om te dulden wordt opgelegd en zij mogelijk nadeel oplopen door beschadiging van het dak en overlast.[26] Het andere standpunt in de jurisprudentie schaart zich bij deze kritiek. Het hof Den Bosch heeft op 23 juli 2020 geoordeeld dat de toekenning van een exclusief, overdraagbaar en permanent recht aan een van de eigenaars om het dak te gebruiken de beheersbevoegdheid van de VvE te boven gaat. Hiervoor was dus een wijziging van de splitsingsakte vereist.[27]

In deze bijdrage wordt niet de vraag behandeld of het oordeel van het hof Den Bosch of dat van het hof Amsterdam juist is, omdat, naar hier wordt betoogd, geen sprake is van een exclusief gebruiksrecht en daarom géén wijziging van de splitsingsakte is vereist in het model. Elke appartementseigenaar heeft het recht om te allen tijde met een evenredige investering te participeren aan de opwekking van energie met zonnepanelen. Het gebruiksrecht is dus niet exclusief, maar in vergaande mate inclusief. De VvE beperkt het recht van medegebruik dus niet, althans in ieder geval niet onredelijk, zoals door art. 21.3 sub a van het Modelreglement 2017 wordt geëist. Niet-participanten hebben dit recht van medegebruik nog steeds, maar oefenen dit niet uit. Verder hebben kopers van appartementsrechten de keuze om het gebruiksrecht al dan niet over te nemen, zodat aan rechtsopvolgers geen verplichting van medegebruik wordt opgelegd. De bestemming van het dak zonder een eigenaar het recht van medegebruik te ontzeggen is een toegestane beheerstaak van de VvE.

Het feit dat het dak (voorlopig) niet meer voor andere doeleinden kan worden gebruikt, doet hieraan niet af. Het gebruik van een gemeenschappelijk deel zoals het dak is immers steeds gebaseerd op een gezamenlijke beslissing. Het recht van medegebruik houdt nooit de bevoegdheid in om individueel te bepalen waarvoor het dak wordt gebruikt. Evenmin is het beslissend dat een appartementseigenaar geld moet betalen om te kunnen participeren. Voor elk gebruik moeten appartementseigenaars immers direct, via de koopprijs of via de VvE-bijdrage betalen.

3.3 De relevantie van opzeggingsrechten

Als men desondanks tot de conclusie komt dat het model een exclusief gebruiksrecht inhoudt, dan is het onder bepaalde voorwaarden geen permanent, maar slechts een tijdelijk exclusief gebruiksrecht. In een andere situatie dan ingebruikgeving is door de Hoge Raad bepaald dat voor een tijdelijke en voor herstel vatbare wijziging van de goederenrechtelijke situatie geen wijziging van de splitsingsakte is vereist.[28] Het grootste deel van de literatuur lijkt dit criterium ook te willen toepassen op een ingebruikgeving.[29]

23. Vegter, a.w., p. 127 en 133; HR 7 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5405, *NJ* 2000, 638, m.nt. W.M. Kleijn, ro. 3.3.
24. Vegter, a.w., p. 132 e.v., verwijzend naar hof Amsterdam 18 juni 1998, ECLI:NL:GHAMS:1998:AD2895, *NJ* 1999, 437.
25. Hof Amsterdam 24 juli 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BM4525, ro. 4.7.
26. Vegter, a.w., p. 133.
27. Hof Den Bosch 23 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2376, ro. 4.7.5.2.
28. HR 7 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5405, *NJ* 2000, 638, m.nt. W.M. Kleijn, ro. 3.3.
29. Zie bijv. Tummers & Mertens, a.w., onder 5. Twijfelend: F.J. Vonck, 'Naschrift', *WPNR* 2020/7306, onder 1.

Aangezien over inclusieve gebruiksrechten, zoals door het model vormgegeven, tot nu toe geen jurisprudentie of literatuur bestaat, is het overigens niet uitgesloten dat dit criterium ook geldt voor inclusieve gebruiksrechten.[30] De vraag of de plaatsing van zonnepanelen een tijdelijk of permanent karakter heeft, zou dus sowieso relevant kunnen zijn, ook al zijn wij van mening dat dit niet het geval is.

Door de verwijdering van de zonnepanelen kan de wijziging worden teruggedraaid. De hamvraag is dan of dit voldoende is voor het tijdelijke karakter van de plaatsing van de zonnepanelen. Het lijkt moeilijk te verdedigen dat zonnepanelen die 25 jaar energie kunnen opwekken, slechts tijdelijk op een dak liggen. Om dit te ondervangen komt een bijzondere rol toe aan opzeggingsrechten. Het hof Amsterdam heeft geoordeeld dat de vrije mogelijkheid om de ingebruikgeving op te zeggen, in ieder geval ertoe leidt dat het gebruiksrecht tijdelijk van aard is.[31] Een opzeggingsrecht om zwaarwegende redenen zou volgens het hof Den Bosch daarentegen onvoldoende zijn.[32] Recentelijk kwam ook de rechtbank Noord-Holland in twee zaken tot de conclusie dat een gewone meerderheid van de appartementseigenaars niet geldig kon besluiten tot een exclusief gebruiksrecht van het dak met enkel een opzeggingsrecht in het geval van tekortkomingen aan de kant van de gebruiker.[33]

Tegen deze achtergrond wordt in het besluit van de vergadering van eigenaars en in de gebruiksovereenkomst opgenomen dat de VvE te allen tijde bevoegd is om de ingebruikgeving op te zeggen met inachtneming van een opzegtermijn van zes maanden. Hierdoor kan ook worden voldaan aan bepalingen in de splitsingsakte die gebaseerd zijn op art. 21.3 van het Modelreglement 2017, dat een opzeggingsmogelijkheid met inachtneming van een termijn van ten hoogste zes maanden eist. Onder modelreglementen zonder een dergelijke bepaling moet een beperking van het recht van de VvE om de toestemming tot het gebruik in te trekken, wél redelijk zijn. Een opzegtermijn van zes maanden lijkt redelijk. Indien de VvE overgaat tot opzegging, kan zij de zonnepanelen gebruiken om elektriciteit aan het net te leveren. De VvE dient aan de participanten de in § 2.5 beschreven vergoeding te voldoen om hen voor het ontbreken van een wegneemrecht te compenseren. Aangezien de participanten de zonnepanelen hebben gefinancierd, de VvE de keuze heeft om het gebruiksrecht al dan niet op te zeggen en de VvE desgewenst de elektriciteit kan verkopen, lijkt dit een redelijke balans tussen de betrokken belangen. Het besluit van de vergadering kan daarom ook niet op grond van art. 5:130 BW wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid worden vernietigd.

4. De wijziging van de bestemming, het gebruik of constructie

Een wijziging van de splitsingsakte is ook vereist als de bestemming van het dak zou worden gewijzigd van gemeenschappelijk naar privégebruik door het plaatsen van zonnepanelen. Het dak wordt aangemerkt als gemeenschappelijk gedeelte, tenzij de splitsingsakte regelt dat het dak een privégedeelte is.[34] In de casus is geen sprake van een wijziging van de bestemming omdat het dak ook na de beslissing een gemeenschappelijk gedeelte blijft. De enkele wijziging van het gebruik of, zoals in dit geval, het toevoegen van een gebruik brengt nog geen wijziging van de bestemming met zich. Het enkele feit dat het dak niet wordt gebruikt door alle appartementseigenaars, maakt ervan evenmin een privégedeelte. Zelfs als dit het geval was, dan zou het inclusieve gebruiksrecht ervoor zorgen dat elke appartementseigenaar het dak mag gebruiken.

Een afzonderlijke vraag is of voor de wijziging van het gebruik of het toevoegen van een gebruik op zich een wijziging van de splitsingsakte is vereist. Art. 5:112 lid 1 sub c BW bepaalt dat de splitsingsakte een regeling over het gebruik van de gemeenschappelijke gedeelten moet bevatten. De ruimte die de splitsingsakte laat, kan door de vergadering van eigenaars worden ingevuld, aldus art. 5:128 lid 1 BW. Zoals *Vonck* terecht aangeeft,[35] eist de wet dus helemaal niet dat de splitsingsakte nauwkeurig aangeeft wat het gebruik is van het dak, maar geeft aan de vergadering juist de vrijheid om dit gebruik nader in te vullen. Aangezien de modelreglementen het gebruik van het dak, behoudens een gebruik als afdekking van het gebouw, niet nader inperken en de zonnepanelen niet afdoen aan het gebruik van het dak als afdekking, hoeft de splitsingsakte doorgaans niet te worden gewijzigd vanwege een wijziging van het gebruik van het dak.

Een andere kwestie is of de zonnepanelen leiden tot een zodanig grote verandering van de constructie van het gebouw dat een wijziging van de splitsingsakte noodzakelijk is. Hiervoor geldt hetzelfde criterium als voor de ingebruikgeving,

30. Vgl. Luijk-van Veldhuizen & Siewers, a.w., onder 'Voorwaarden'.
31. Hof Amsterdam 6 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3066, ro. 3.4.3.
32. Hof Den Bosch 23 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2376, ro. 4.7.4.
33. Rb. Noord-Holland 15 december 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:11736 en 11737.
34. Art. 5:111 sub b BW.
35. Vonck, *WPNR* 2020/7306, onder 4.

namelijk of de goederenrechtelijke situatie is gewijzigd. Alleen op het eerste gezicht lijkt dit het geval te zijn. De eigendom van de grond en het appartementengebouw omvat op grond van art. 5:20 lid 1 sub e BW doorgaans de geplaatste niet-geïntegreerde zonnepanelen.[36] Verticale natrekking en bestanddeelvorming in de zin van art. 3:4 BW brengen een eigendomsverschuiving teweeg en het lijkt dan voor de hand te liggen om ze aan te merken als wijzigingen van de goederenrechtelijke situatie. De eigendomsverschuivingen betekenen echter niet dat zij *per se* een wijziging teweegbrengen van de goederenrechtelijke situatie zoals dit begrip wordt toegepast binnen het appartementsrecht. Voor dit begrip is de intensiteit van de verandering beslissend, in het bijzonder of de grootte van het complex verandert.[37] De rechter heeft specifiek geoordeeld dat het aanbrengen van een lift of een dakraam[38] niet tot een dergelijke wijziging leidt en een airco een wijziging van te geringe omvang is. Een dakopbouw werd daarentegen wél beschouwd als een wijziging van de goederenrechtelijke situatie.[39]
Wij zijn van mening dat zonnepanelen geen wijziging van voldoende omvang teweegbrengen. Ten eerste zijn niet-geïntegreerde zonnepanelen, anders dan liften en dakramen, doorgaans zonder beschadiging van het gebouw te verwijderen. Bij dit argument kan worden aangesloten bij de jurisprudentie van de Hoge Raad dat voor tijdelijke en voor herstel vatbare wijzigingen geen wijziging van de splitsingsakte is vereist. Ten tweede bepalen de meer recente modelreglementen dat installaties als zonnepanelen kunnen worden aangebracht op grond van een beslissing van de vergadering van eigenaars, met uiteenlopende meerderheidseisen, zelfs als de zonnepanelen worden beheerd ten behoeve van privégedeeltes.[40] Het laatste brengt op zich nog niet mee dat een wijziging van de splitsingsakte nooit vereist zal zijn voor aan te brengen zonnepanelen omdat de bij de splitsing horende tekening wellicht nog gewijzigd zou moeten worden.[41] Het doet wél vermoeden dat over het algemeen wordt aangenomen dat zonnepanelen geen goederenrechtelijke wijziging met zich brengen.

5. Het gebruiksrecht als zakelijk of persoonlijk recht

Een andere vraag is of een gebruiksrecht op grond van een gebruiksovereenkomst uitsluitend persoonlijk kan zijn of ook zakelijk mag zijn. Terwijl persoonlijke rechten alleen de personen binden die hebben ingestemd met die rechten, binden zakelijke rechten ook hun rechtsopvolgers. Voor het model komt deze kwestie neer op de vraag of een rechtsopvolger van een appartementseigenaar nog moet instemmen met het dulden van de gebruiksrechten van andere appartementseigenaars en eventueel met het eigen gebruiksrecht van de voorganger en of de VvE moet instemmen met het toetreden van de rechtsopvolger.
Men zou kunnen betogen dat indien een gebruiksrecht zakelijk van aard is, de rechtspositie van de appartementseigenaars verandert en hierdoor op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad een wijziging van de splitsingsakte is vereist.[42] *Vonck* merkt op dat deze jurisprudentie doet vermoeden dat een gebruiksrecht wél zakelijk mag zijn indien de verandering van de rechten en verplichtingen tijdelijk van aard is en zich leent voor herstel.[43] *Siewers* brengt hiertegen in dat aangezien de rechtsopvolgers van de appartementseigenaars doorgaans nauwelijks kennis kunnen nemen van beslissingen van de algemene vergadering, het gebruiksrecht slechts persoonlijk mag zijn.[44] *Vonck* stelt in reactie hierop dat de rechtszekerheid binnen een appartementensplitsing niet altijd prevaleert, maar dat de status van de rechtszekerheid afhangt van de ruimte die de splitsingsakte laat voor het beheer door de VvE.[45]

Deze bijdrage zal deze knoop niet doorhakken. Hier wordt verdedigd dat het model deze kwestie omzeilt en daarom ook geen wijziging van de splitsingsakte is vereist. De rechtsopvolger van een appartementseigenaar moet de gebruiksrechten van andere appartementseigenaars weliswaar dulden, maar dit vloeit niet voort uit de zakelijke werking van het gebruiksrecht. In § 4 is verdedigd dat als de splitsingsakte het gebruik van het dak niet nader inperkt, het binnen de beheerstaak van de VvE valt om het gebruik van het dak nader in en aan te vullen. Er is

36. Hoops, a.w., p. 301.
37. Gerechtshof Den Haag 30 juni 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1051, ro. 4.
38. Gerechtshof Den Haag 30 juni 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1051, ro. 4.
39. Vegter, a.w., p. 128 e.v.
40. Art. 24 lid 3 MR 2017, 22 lid 2 MR 2006, 13 lid 2 MR 1992, en 6 lid 2 MR 1972. M.b.t. zonnepanelen in beheer van de VvE: Art. 37 lid 5 jo. lid 8 MR 1972, 38 lid 8 jo. lid 5 MR 1992, 52 lid 5 MR 2006, 56 lid 5 sub j MR 2017.
41. Art. 5:109 lid 2, 5:111 sub b BW; HR 24 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9619, *NJ* 2004, 1, m.nt. W.M. Kleijn, ro. 3.6.
42. Zie bijv. N.L.J.M. Rijssenbeek, *De model-splitsingsreglementen toegelicht*, Den Haag: IBR, 2018, p. 142-148.
43. F.J. Vonck, 'Kanttekeningen bij het Modelreglement 2017', *WPNR* 2020/7297, 686-693, 688.
44. C.N. Siewers 'Reactie op "Kanttekeningen bij het Modelreglement 2017" van prof. mr. F.J. Vonck', *WPNR* 2020/7306, 907-909, 908 e.v.
45. F.J. Vonck, 'Naschrift', *WPNR* 2020/7306, 909-912, 911.

dus geen sprake van een relevante wijziging van de goederenrechtelijke situatie die tot een wijziging van de splitsingsakte zou nopen.
De gebondenheid van de rechtsopvolger van een participant en de VvE aan het eigen gebruiksrecht en de gebruiksrechten van andere appartementseigenaars is bovendien gebaseerd op hun instemming en niet op de zakelijke werking van de gebruiksrechten. Als een participant verkoopt, dan kan de koper ervoor kiezen om het gebruiksrecht niet over te nemen. Er is wél een kettingbeding van toepassing op de uittredende participant. Op grond van dit beding gaat het gebruiksrecht van de uittredende participant over op de VvE als de koper het gebruiksrecht niet overneemt of niet akkoord gaat met alle voorwaarden van de gebruiksovereenkomst tussen de participanten en de VvE. De VvE is dan geen vergoeding verschuldigd en de kosten worden dus hoogstwaarschijnlijk door de uittredende participant gedragen. Dit waarborgt dat de gebruiksovereenkomst de rechtspositie van derden en hierdoor de goederenrechtelijke situatie niet significant wijzigt. Anders zou een wijziging van de splitsingsakte zijn vereist.
Als de voorganger van de koper geen participant was, dan heeft de rechtsopvolger de optie om alsnog te participeren. Zoals in § 3 al betoogd, blijft het gebruiksrecht van de appartementseigenaars ten aanzien van het dak dus gewaarborgd. Ook hun rechtszekerheid is niet in het geding omdat zij kunnen kiezen om te participeren of om dit zonder enig nadeel niet te doen.

6. Gelijk recht op de gezamenlijke baten

Een ander mogelijk struikelblok is dat de modelreglementen de verdeling van gezamenlijke baten strikt regelen. Art. 9.1 van het Modelreglement 2017 bepaalt bijvoorbeeld dat de appartementseigenaars in beginsel voor een gelijk breukdeel zijn gerechtigd tot de baten die aan de gezamenlijke eigenaars toekomen. Aangezien de zonnepanelen verticaal worden nagetrokken op grond van art. 5:20 lid 1 sub e BW,[46] zou men kunnen betogen dat de opbrengst van de zonnepanelen toekomt aan de gezamenlijke eigenaars. Het zou dus niet zijn toegestaan dat niet-participanten worden uitgesloten van de opbrengsten van de zonnepanelen.
Dit standpunt is naar onze mening niet van toepassing op dit model. Ook al kan men betogen dat elektriciteit en bespaarde energiekosten baten zijn, de afzonderlijke bijdragen van de eigenaars en de kabels die naar de individuele meters worden gelegd, maken voldoende duidelijk dat deze baten niet toekomen aan de gezamenlijke eigenaars. Een door een appartementseigenaar voor eigen rekening en risico aan de buitenmuur aangebrachte airco-unit wordt ook verticaal nagetrokken en hoort daarom bij een gemeenschappelijk gedeelte. Dit gegeven leidt echter niet tot een gelijk recht van alle eigenaars op kou. Dit zou anders zijn indien de zonnepanelen door de VvE, al dan niet met een overheidssubsidie, werden geëxploiteerd. Dan zou de opgewekte stroom wél toekomen aan de gezamenlijke eigenaars en alle appartementseigenaar een gelijk recht hebben op die elektriciteit. In dat geval vindt de aanleg echter ook plaats door en voor rekening van de VvE.

7. Slot

De verduurzaming van kleine appartementsgebouwen is een kleinschalige aangelegenheid. Hierdoor hebben transactiekosten een groter gewicht dan binnen een groot appartementencomplex. Deze economische randvoorwaarde vergt een grote flexibiliteit van de regelgeving en *Fingerspitzengefühl* bij de toepassing daarvan. Het model voor zonnepanelen op het dak van kleine appartementengebouwen vereist geen wijziging van de splitsingsakte en vermindert hierdoor transactiekosten. De voorgestelde gebruiksovereenkomst biedt de genoemde flexibiliteit zonder de rechtspositie van de appartementseigenaars of hun opvolgers in het gedrang te brengen. Aan deze oplossing kleeft wél de onzekerheid die een kettingbeding met zich brengt. Het model is dus het resultaat van een afweging tussen economische randvoorwaarden en grootst mogelijke rechtszekerheid die een wijziging van de splitsingsakte zou waarborgen. Graag gaan wij met academici en practici in discussie over het model om uiteindelijk een model-gebruiksovereenkomst in te voeren die op een groot draagvlak bij financiers, juridische professionals, overheden en vastgoedbeheerders kan rekenen.
Het model is natuurlijk ook onderworpen aan politiek-bestuurlijke randvoorwaarden. Voor de ingebruikgeving en sommige delen van de gebruiksovereenkomst is een gekwalificeerde meerderheid in de vergadering van eigenaars nodig. Een groot draagvlak zal ook een noodzakelijke voorwaarde zijn voor steun vanuit de overheid. Deze steun is wederom belangrijk voor de financiering van het project. Waar dit draagvlak niet bestaat, zal het project minder dan het hele dak moeten beslaan. Tenslotte blijft elk appartementengebouw uniek en zal een toekomstige model-gebruiksovereenkomst moeten worden aangepast tot de specifieke splitsing.

46. Zie o.a. Hoops, a.w., p. 301.