

Memorandum

AAN Anne Stijkel / Siward Zomer / Ika ter Haar / Pauline Westendorp
VAN Niels Muller / Roland de Vlam
REFERENTIE 11695326
DATUM 25 mei 2012
BETREFT Fiscale en juridische analyse van het 'bedrijf zoekt buur' concept

1 Inleiding

- 1.1 Dit memo bevat een korte analyse van de juridische en fiscale aspecten van het Bedrijf zoek Buur (“**BzB**”) concept. Naast dit memo hebben we een aangepaste versie van de (beknpte) standaarddocumentatie (“**Overeenkomst**”) gemaakt.
- 1.2 Hieronder worden eerst de relevante feiten en omstandigheden uiteen gezet. Vervolgens worden de juridische en fiscale aspecten besproken.

2 Korte omschrijving feiten en omstandigheden

- 2.1 Het BzB concept is gericht op het gezamenlijk investeren in een duurzame energievoorziening door zelfstandige ondernemers en particulieren.
- 2.2 Ten behoeve van dit memo is als uitgangspunt genomen dat deelnemende zelfstandige ondernemers (hierna: “**Bedrijf**”) als ondernemer in de zin van de Wet op de Inkomstenbelasting 2001 en de Wet op de omzetbelasting 1968 kwalificeren.
- 2.3 Bedrijf investeert in een PV-installatie door middel van de aankoop van de PV-installatie van een derde leverancier. De PV-installatie wordt vervolgens geplaatst op het dak van een onroerende zaak die in eigendom is van een particulier (hierna: “**Buur**”).
- 2.4 Buur zal de met de PV-installatie geproduceerde kilowatturen zelf afnemen of terug leveren aan zijn leverancier op het net. Dit zal per saldo leiden tot een besparing op de energierekening van Buur. Deze besparing wordt, ter compensatie van de investering in de PV-installatie door Bedrijf, gedurende 6 jaar rechtstreeks doorbetaald door de Buur aan Bedrijf (“**Termijnbetalingen**”).
- 2.5 De eerste 6 jaar zal Bedrijf eigenaar zijn van de PV-installatie. Na 6 jaar zal het eigendom van de PV-installatie overgaan op Buur.

3 Juridische aspecten

Civilrechtelijk: roerend of onroerend?

- 3.1 Vanuit een civielrechtelijk oogpunt is vooral de goederenrechtelijke natrekking van belang. Artikel 3:3 BW bepaalt dat ‘werken’ die duurzaam door vereniging met andere gebouwen of werken met de grond zijn verenigd, onroerend zijn. Op grond van artikel 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.
- 3.2 Voor de vraag of een zaak bestanddeel is van een andere zaak, is de ‘verkeersopvatting’ van doorslaggevende betekenis. Voor de interpretatie van de verkeersopvatting is de vraag van belang of de zaak zonder het (vermeende) bestanddeel ‘incompleet’ is (vergelijk een verwarmingsinstallatie in een pand). Vermoedelijk kan worden geconcludeerd dat een huis niet incompleet is zonder de PV-installatie omdat een gemiddeld huis reeds beschikt over een elektriciteitsaansluiting op het net. Bij een Buur die overgaat tot plaatsen van de PV-installatie ten einde te kunnen terug leveren aan het net, zal per definitie sprake zijn van een elektriciteitsaansluiting op het net en zal het verwijderen van het PV-installatie het huis niet incompleet maken. Daarbij kan de PV-installatie over het algemeen relatief eenvoudig van het dak verwijderd worden.
- 3.3 In het zogenaamde Besluit Eigenwoningrente 2010¹ heeft de Minister van Financiën het volgende over deze problematiek opgemerkt:

“3.8.1. Zonnepaneleninstallaties

Als een belastingplichtige een lening afsluit voor de aanschaf van een zonnepaneleninstallatie kan hij deze schuld als eigenwoningsschuld aanmerken mits de zonnepaneleninstallatie onroerend is geworden. Er bestaan verschillende zonnepaneleninstallaties. Zo zijn er bijvoorbeeld zonnepanelen die als het ware ‘los op de daken gelegd worden’ en panelen die slechts met een viertal schroeven worden bevestigd. Deze installaties zijn niet onroerend geworden. Een installatie is onroerend geworden als deze duurzaam met de woning is verenigd in de zin van artikel 3:3 juncto 3:4 van het BW doordat de installatie naar aard en inrichting bestemd is om duurzaam ter plaatse te blijven. Hierbij is het niet meer van belang dat technisch de mogelijkheid bestaat om het bouwsel te verwijderen. Uitgaven voor een onroerende zonnepaneleninstallatie kunnen worden aangemerkt als eigenaarlasten. De beoordeling of de

¹ Vergelijk par. 3.8.1. Besluit van Minister van Financiën betreffende het beleid over eigenwoningrente van 10 juni 2010, Staatscourant 10 juni 2010, nr. 8462 (**Besluit Eigenwoningrente 2010**).

zonnepaneleninstallatie onroerend is, is civielrechtelijk van aard en afhankelijk van de feiten en omstandigheden.”

- 3.4 In een eerder besluit wordt ten aanzien van de toepassing van EIA ten aanzien van zonnepanelen het volgende opgemerkt²:

“De jurisprudentie die met betrekking tot deze materie is geweest geeft geen eenduidig antwoord. Onder verwijzing naar deze jurisprudentie concludeer ik dat het niet altijd zeker is dat bijvoorbeeld een zonneboiler, -collector, -paneel als onroerend – als onzelfstandig onderdeel van het gebouw - bestempeld kan worden. Daarbij moet nog worden onderkend dat er verschillen zijn in installaties. Zo zijn er zonnepanelen die als het ware 'los op de daken gelegd worden' en panelen die slechts met een viertal schroeven worden bevestigd. Daarvan kan in mijn optiek niet worden gesteld dat zij onroerend zijn geworden. Met betrekking tot zonneboilers is dat standpunt ook verdedigbaar onder meer onder verwijzing naar Hof 's Gravenhage, 6 januari 1972, nr. 21/1971.

Gelet op het vorenstaande neem ik het standpunt in dat de zonneboilers, -collectoren en -panelen als afzonderlijke bedrijfsmiddelen kunnen worden aangemerkt, die geen onderdeel gaan uitmaken van de woning waarin/waaraan zij worden aangebracht. Operational lease is mogelijk. De uitsluiting van artikel 3.45. eerste lid, onderdeel d, Wet IB 2001 is dan niet van toepassing.”

- 3.5 Op grond van het bovenstaande kan met kracht van argument worden betoogd dat, afhankelijk van de wijze van montage van de PV-installatie, deze niet door natrekking een bestanddeel zal vormen van het huis van Buur. Dat brengt onder meer met zich dat indien Buur in gebreke is, bijvoorbeeld in de betaling van zijn hypotheekrente, de executiemogelijkheden niet tevens de PV-installatie zullen omvatten.
- 3.6 Indien echter uit de feiten en omstandigheden – bijvoorbeeld uit de wijze van monteren of het soort panelen (in de vorm van dakbedekking) - blijkt dat de PV-installatie bestemd zou zijn om duurzaam te plaatse te blijven, dan zullen zij door natrekking bestanddeel vormen van de onroerende zaak (het huis van Buur). In dat geval zal Buur aan Bedrijf een opstalrecht kunnen verlenen teneinde zijn eigendom zeker te stellen. Het vestigen van een opstalrecht dient te geschieden door middel van een notariële akte en inschrijving in de openbare registers. Hieraan zijn kosten verbonden (€500-800).
- 3.7 Door middel van een stevig eigendomsvoorbehoud op de PV-installatie kan Bedrijf in geval van faillissement van Buur, aan de curator zijn eigendom bewijzen en door

² Besluit van 15 september 2009, nr. CPP2009/1116M, Staatscourant 2009, 14052.

revindicatie voorkomen dat de panelen in de failliete boedel verdwijnen. In geval van een bodembeslag door de fiscus, zal een voorbehoud van reëel eigendom (zoals bij *operational lease* of huur) eerder worden erkend dan een voorbehoud van zekerheidseigendom (zoals bij *financial lease* of huurkoop). Dat de panelen roerend blijven, is ook van belang in de situatie van een eventuele executieverkoop van het gebouw door de hypotheekbank.

- 3.8 In dit memo gaan we ervan uit dat de PV-installatie binnen het BzB concept zodanig kan worden gemonteerd dat sprake zal zijn van een roerende zaak in bovenstaande zin.

Salderen

- 3.9 Op grond van artikel 31c van de Elektriciteitswet 1998 geldt voor kleinverbruikers van elektriciteit de mogelijkheid om de door henzelf opgewekte elektriciteit tot 5000 kWh te verrekenen met de door hen (van het net) afgenomen elektriciteit. Een kleinverbruiker in de zin van de Elektriciteitswet 1998 is een afnemer met een aansluiting met een doorlaatwaarde kleiner dan 3*80A. Dit kunnen zowel consumenten als (klein)zakelijke afnemers zijn. De omvang van de aansluiting is doorslaggevend.

- 3.10 Indien de kleinverbruiker meer verbruikt dan 5000 kWh, moet hij over het meerdere gewoon de leveringstarieven van zijn leverancier betalen, ongeacht of hij ook meer dan 5000 kWh zelf produceert. De kleinverbruiker heeft echter op grond van artikelen 31c en 95c van de Elektriciteitswet 1998 recht op een redelijke vergoeding van zijn leverancier voor de elektriciteit die hij produceert boven 5000 kWh.

Leveringsvergunning?

- 3.11 Op grond van artikel 95a van de Elektriciteitswet 1998 is het verboden zonder vergunning elektriciteit te leveren aan kleinverbruikers. De Elektriciteitswet 1998 bevat geen definitie van 'leveren' of 'levering'. Daardoor staat niet vast dat slechts sprake is van een 'levering' indien deze plaatsvindt via het 'net'.

- 3.12 Hoewel de 'oogst' van elektriciteit die op het dak van de buur wordt opgewekt, wordt verbruikt door Buur zonder dat daartoe gebruik gemaakt wordt van het net, staat daarmee op zichzelf dus nog niet op voorhand vast dat geen sprake is van 'levering' en dat een leveringsvergunning niet vereist is, wanneer die levering plaatsvindt 'achter de aansluiting' (zonder gebruikmaking van het net).

- 3.13 Echter, het is de vraag of in deze situatie sprake is van een levering. Bedrijf doet feitelijk niet meer dan het leveren van zonnepanelen. Hij levert geen elektriciteit. Net zomin als de verhuurder van van een pan de leverancier is van de gerechten die daarmee door de huurder worden gekookt.

- 3.14 Voor zover al zou kunnen worden gesteld dat Bedrijf als leverancier van elektriciteit moet worden aangemerkt, geldt de vergunningsplicht op grond van artikel 95a, lid 2, onder d, Elektriciteitswet 1998 niet indien de elektriciteit anders dan bedrijfsmatig wordt geleverd. Aangezien Bedrijf niet bedrijfsmatig betrokken is bij de levering van elektriciteit aan Buur, is het niet aannemelijk dat Bedrijf onder de vergunningsplicht valt.

4 Fiscale aspecten

Inkomstenbelasting positie Buur

- 4.1 Indien de PV-installatie civielrechtelijk als 'onroerend' zou worden aangemerkt, kan de eigenwoningbezitter mogelijk het rente-element dat in de Termijnbetalingen zit, aftrekken in Box I. Indien ten behoeve van de Termijnbetalingen een (hypothecaire) geldlening is afgesloten dan is de rente op deze geldlening aftrekbaar voor zover deze ziet op de financiering van de aflossingscomponent van de leasetermijn³. Echter, aangezien dit memorandum uitgaat van een roerende PV-installatie, zal deze de eventuele rente-aftrek in Box I hier niet verder worden besproken.
- 4.2 Voor het overige zijn ten aanzien van de inkomstenbelasting positie van de Buur zien wij op dit moment geen noemenswaardige aandachtspunten.

Inkomstenbelasting positie Bedrijf

- 4.3 De eerste vraag of de PV-installatie fiscaal in eigendom is (en blijft) van Bedrijf. Of hiervan sprake is, kan worden beoordeeld door de Overeenkomst te vergelijken met een leaseovereenkomst en de fiscale behandeling daarvan.
- 4.4 Indien een leaseovereenkomst zodanig wordt opgesteld dat binnen de kaders van de zogenaamde Leaseregeling 2000 wordt gebleven, dan zal Bedrijf worden aangemerkt als fiscaal eigenaar van de PV-installatie. Opgemerkt wordt dat de Leaseregeling 2000 het karakter heeft van een zogenaamde 'safe-harbour'. Als van één van de voorwaarden wordt afgeweken, kan het dus zo zijn dat Bedrijf toch nog als fiscaal eigenaar kan worden aangemerkt.
- 4.5 De gevolgen van het fiscaal eigendom van de PV-installatie zijn als volgt. Bedrijf dient de PV-installatie te activeren op haar fiscale balans en mag hier gedurende de economische levensduur op afschrijven. De economische levensduur van de zgn. omvormer wordt naar wij begrijpen veelal geschat op 10 jaar. De economische levensduur van de overige bestanddelen van de PV-installatie (panelen, kabels, montageset, etc.) wordt meestal geschat op 25 jaar. Op grond van de afnemende nutsprestaties van de PV-installatie in de toekomst alsmede de verwachte toekomstige technische veroudering is een degressieve afschrijving mogelijk ook verdedigbaar.

³ Zie voetnoot 1.

- 4.6 Ten slotte zij gewezen op het feit dat bij uitoefening van een koopoptie het verschil tussen de koopoptieprijs en de fiscale boekwaarde in de belaste sfeer valt.

Energie-investeringsaftrek (EIA) Bedrijf

- 4.7 Als Bedrijf kan worden aangemerkt als fiscaal eigenaar van de PV-installatie, dan kan zij onder voorwaarden ook energie-investeringsaftrek (“EIA”) claimen ten aanzien van de investering in de PV-installatie. De EIA kan toegepast worden naast de afschrijving op de PV-installatie zelf.

- 4.8 Slechts ondernemers komen in aanmerking voor de EIA. Voor het claimen van de aftrek gelden de volgende voorwaarden⁴:

- (a) er wordt geïnvesteerd in niet eerder gebruikte bedrijfsmiddelen;
- (b) op een door de ondernemer gedaan verzoek is verklaard dat sprake is van energie-investeringen;
- (c) de ondernemer claimt de EIA bij de aangifte IB/Vpb, en
- (d) de energie-investering is aangemeld bij de Minister van Financiën.

- 4.9 Om voor EIA in aanmerking te komen dient de energie-investering gedaan te worden in een onderneming die voor eigen rekening wordt gedreven door de *ondernemer* die aanspraak maakt op aftrek. Deze voorwaarde impliceert dat de activiteiten waarvoor de energie-investering bedoeld is als een bron van inkomen zijn aan te merken voor de onderneming van de investeerder. In beginsel zal voor het BzB concept moeten gelden dat de PV-installatie als bedrijfsmiddel kan worden gezien van Bedrijf, ook als de PV-installatie is gemonteerd op het dak van Buur.

- 4.10 EIA kan worden geclaimd in het jaar van aanschaf van de PV-installatie (mits er in dat jaar ook wordt betaald).

- 4.11 De EIA bedraagt 41.5% van de kwalificerende energie-investering(en) (2012). Dit komt voor een IB-plichtige ondernemer bij een marginaal IB-tarief van 52% neer op een nettovoordeel van 21,6% (17,43% bij een IB-tarief van 42%).

- 4.12 Onder omstandigheden wordt de verleende EIA teruggenomen. Deze terugname heeft de vorm van een desinvesteringsbijtelling, die wordt opgeteld bij de (belastbare) winst⁵. De desinvesteringsbijtelling is van toepassing bij een vervreemding van het bedrijfsmiddel binnen een periode van 5 jaar na het begin van het kalenderjaar waarin de investering heeft plaatsgevonden. In dat geval dient een gelijk percentage als ter zake van die investering als aftrek in aanmerking is genomen aan de winst te worden toegevoegd. In

⁴ Zie artikel 3.42 Wet IB 2001 e.v.

⁵ Zie artikel 3.47 Wet IB 2001.

verband met deze desinvesteringsbijtelling dient de vaste looptijd van de Overeenkomst dus ook minimaal 5 jaar te bedragen.

Kleinschaligheidsinvesteringsaftrek (KIA)

- 4.13 De kleinschaligheidsinvesteringsaftrek (“**KIA**”) van art. 3.41 Wet IB 2001 is bedoeld als instrument voor het stimuleren van investeringen van relatief geringe omvang, door ondernemingen uit het midden- en kleinbedrijf.
- 4.14 De KIA kan niet worden toegepast als sprake is van een bedrijfsmiddel dat bestemd is om – direct of indirect – hoofdzakelijk ter beschikking te worden gesteld aan derden⁶. Onder de Overeenkomst wordt de PV-installatie ter beschikking gesteld door Bedrijf aan Buur, hetgeen de toepassing van de KIA dus zal in beginsel zal verhinderen.

Energiebelasting

- 4.15 Energiebelasting wordt geheven op grond van de Wet belastingen op milieugrondslag (“**Wbm**”). De belasting heeft betrekking op aardgas en elektriciteit en wordt geheven ter zake van de levering via een aansluiting aan de verbruiker. De belastingplichtige is degene die de levering aan de (eind)verbruiker verricht. Doorgaans is dit het energieleveringsbedrijf. De energiebelasting kent een degressief tarief van € 0.1140 (tot en met 10.000 kWh) tot € 0.0005 per geleverde hoeveelheid kWh.
- 4.16 Artikel 50 lid 2 Wbm voorziet in een bijzondere regeling voor een verbruiker die duurzaam opgewekte elektriciteit invoedt op het distributienet. Deze bepaling maakt het voor een leverancier doorgaans mogelijk om aangifte te doen over het saldo van geleverde en op het net ingevoede elektriciteit. Volgens de wetgever blijft saldering echter wel beperkt tot elektriciteit die via één en dezelfde aansluiting wordt onttrokken en gevoed. Uitgaande van de situatie dat Buur de met de PV-installatie opgewekte stroom “achter de meter” saldeert met haar eigen gebruik, zal geen energiebelasting drukken op de middels de PV-installatie opgewekte stroom. Verder kan worden opgemerkt dat Bedrijf niet belastingplichtig is voor de energiebelasting onder de Overeenkomst, aangezien geen sprake zal zijn van een belaste levering.

BTW aspecten Overeenkomst

- 4.17 De Overeenkomst heeft kenmerken van een leaseovereenkomst. Voor de heffing van BTW rijst de vraag of de Overeenkomst strekt tot de levering van een goed of strekt tot de levering van een (verhuur)dienst. De levering van een goed of de levering van een dienst kennen elk een eigen, afzonderlijk, BTW-regime.

⁶ Artikel 3.45 lid 2 onderdeel a Wet IB 2001.

- 4.18 Wij gaan er in deze BTW-paragraaf van uit de PV-installatie niet door natrekking bestanddeel zal vormen van het huis van Buur en dat Buur geen juridische eigendom zal verkrijgen van de PV-installatie op het moment van montage.
- 4.19 Een leaseovereenkomst dient volgens de Staatssecretaris te worden aangemerkt als een levering (*financial lease*) indien (cumulatief):
- (a) het goed feitelijk aan de lessee (Buur) ter beschikking staat;
 - (b) de lessee de kosten van gebruik, onderhoud en verzekering voor zijn rekening neemt;
 - (c) de lessee de optie heeft om het goed aan het eind van de leaseperiode te kopen voor een zodanig lage prijs, dat mag worden aangenomen dat hij deze optie zal uitoefenen. Aan deze voorwaarde is voldaan, als de optieprijs zo laag is dat deze de lessee in economisch opzicht als het ware dwingt om de optie uit te oefenen. Een optieprijs is economisch 'dwingend' als deze prijs is vastgesteld op niet meer dan 10% van de waarde van het goed aan het eind van de leaseperiode. De optieprijs moet op het moment van het aangaan van de leaseovereenkomst zijn geschat;
 - (d) de lessee het recht heeft op elk door hem gewenst moment de juridische eigendom van het goed te verkrijgen door de resterende leasetermijnen ineens af te lossen en de optieprijs te voldoen; en
 - (e) de leaseovereenkomst gedurende de looptijd in beginsel niet eenzijdig (met uitzondering van ontbinding leaseovereenkomst door lessor als de lessee niet aan zijn betalingsverplichtingen voldoet) kan worden beëindigd.
- 4.20 Bij een kwalificatie van een lease als levering wordt de BTW in beginsel verschuldigd op het tijdstip van deze levering. De verschuldigde BTW wordt daarbij berekend over de gehele vergoeding die voor deze levering wordt ontvangen. De BTW moet ineens worden afgedragen (ondanks het gegeven dat de vergoeding inclusief BTW door de lessee in termijnen wordt betaald).
- 4.21 Indien niet aan alle hiervoor onder 4.19 genoemde voorwaarden wordt voldaan, dan is een leaseovereenkomst in de ogen van de Staatssecretaris aan te merken als een verhuurdienst, tenzij er sprake is van huurkoop (bij huurkoop wordt de eigendom van het goed verkregen bij de betaling van de laatste termijn).
- 4.22 Onder de Overeenkomst heeft Buur (lessee) pas op zijn vroegst na het verstrijken van de desinvesteringstermijn de mogelijkheid de PV-installatie over te nemen. Daarmee wordt in ieder geval niet aan alle hierboven genoemde cumulatieve voorwaarden voldaan en dient de Overeenkomst in onze optiek derhalve als een verhuurdienst te worden aangemerkt.

Dit brengt met zich mee dat BTW verschuldigd zal zijn naar het algemene tarief over ieder van de Termijnbetalingen (inclusief het rentebestanddeel). Het algemene tarief bedraagt thans 19%. Als onderdeel van het Lente-akkoord is opgenomen een verhoging van het algemene tarief naar 21% per 1 oktober 2012⁷.

- 4.23 Als Buur besluit de hierboven onder 4.19 onderdeel c bedoelde optie uit te oefenen en de PV-installatie vervolgens door Bedrijf aan Buur wordt geleverd, zal Bedrijf ter zake van de levering BTW moeten berekenen naar het dan geldende BTW-tarief over de uitoefenprijs.

Omzetbelasting aspecten saldering

- 4.24 Hoewel dit in beginsel geen directe relatie heeft met het BzB concept, leek het ons toch goed aandacht te vragen voor het volgende. De saldering die Buur zal toepassen in relatie tot de energieleverancier is voor wat betreft de energiebelasting, in beginsel onbeperkt toegestaan. Strikt genomen is echter een saldering van BTW op de terug geleverde en afgenomen elektriciteit strikt genomen niet juist. Deze BTW saldering wordt in de praktijk veelvuldig toegepast en voorsnog oogluikend toegestaan door de Belastingdienst/Financiën. Gezien het substantiële heffingsbelang kan echter niet worden uitgesloten dat hier in de toekomst verandering in zal komen (in welk geval de energieleverancier alsnog BTW in rekening zal moeten brengen bij Buur voor de geleverde elektriciteit, die mogelijk in een later stadium zal worden gesaldeerd door een terug levering zonder BTW door Buur).

Omzetbelasting aankoop PV-installatie door Bedrijf

- 4.25 In beginsel zal Bedrijf de BTW die wordt geheven over de aanschaf van de PV-installatie kunnen verrekenen.
- 4.26 Als onderdeel van het Lente-akkoord is overigens gesuggereerd de BTW heffing op zonnepanelen te verlagen naar 6%. Vanwege invoeringsproblemen lijkt dit voorstel echter voorsnog geen doorgang te gaan vinden en te worden vervangen door een voorstel tot het geven van een subsidie van, naar verluidt, 12% op de aanschaf van zonnepanelen.

Overdrachtsbelasting

- 4.27 Voor de overdrachtsbelasting is wederom van belang of de PV-installatie civielrechtelijk wordt aangemerkt als 'roerend' of als 'onroerend'. Aangezien in dit memo wordt uitgegaan van de situatie dat de PV-installatie als roerend kwalificeert, besteden we aan de overdrachtsbelasting verder geen aandacht.

⁷ Het Lente-akkoord dient nog te worden goedgekeurd door de 1^e en 2^e Kamer.