

Duurzaamheidsaspecten bij gemeentelijke eigendommen: juridisch kader

25 september 2018

Equator

Advocaten – Avocats – Attorneys

Plan

1. Inleiding
2. Aanbestedingsrecht
3. Energie-efficiëntie
4. Erfpacht en opstal

1. Inleiding

- Aanwending gemeentelijke eigendommen ter realisatie van duurzaamheidsdoelstellingen
 - Realisatie doelstelling ruimer dan louter a.d.h.v. eigendom
- Belang overheid in realisatie doelstelling duurzaamheid
 - Waarde overheidsaankopen in BBP Europese Unie: ~ 10 tot 20% van BBP
 - Energieverbruik vastgoedsector: ~ 40% van totale energieverbruik in Europa
- Juridisch kader en instrumenten
 - Aanbestedingsrecht
 - Energie-efficiëntie
 - Erfpacht en opstalrechten

1. Inleiding

- Invloed EU
 - Laatste twee decennia: meer aandacht van EU voor sociale en ecologische aspecten
 - Europa 2020 doelstellingen
 - Verhoging energie-efficiëntie

2. Aanbestedingsrecht

A. Inleiding aanbestedingsrecht

- Regelgeving overheidsopdrachten en concessies
 - Juridisch kader voor overheidsaankopen
 - Beginselen aanbestedingsrecht
 - Gelijkheid
 - Mededinging en transparantie
 - Naleving sociaal- en milieurecht
 - *Timeline*
 - 2014: nieuwe Europese richtlijnen
 - 2016-2017: nieuw nationaal kader overheidsopdrachten en concessies
 - Wet 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten (WOO)

2. Aanbestedingsrecht

B. Toepassingsgebied

- Begrip overheidsopdracht

“Overeenkomst onder bezwarende titel die wordt gesloten tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbesteders en die betrekking heeft op het uitvoeren van werken, het leveren van producten of het verlenen van diensten”

- Bestanddelen

- Overeenkomst
- Onder bezwarende titel
- Ondernemer
- Aanbesteder (aanbestedende overheid)
- Betrekking op
 - Werken
 - Leveringen
 - Diensten

2. Aanbestedingsrecht

B. Toepassingsgebied

- Europees Hof van Justitie
 - Functionele benadering begrip overheidsopdracht
 - Overeenkomsten inzake persoonlijke en zakelijke rechten (huur, koop-verkoop, erfpacht, opstal, ...) in principe geen overheidsopdracht maar ...
 - Voorbeeld 1: arrest *Pizzarotti*
 - Huurovereenkomst tussen overheid en onderneming voor gebouw
 - Gebouw bestond nog niet op moment van sluiten van de overeenkomst
 - Voorbeeld 2: arrest *Müller*
 - Overheid legt bepalingen inzake ruimtelijke ordening en stedenbouw op
 - Hof van Justitie: niet voldoende om te kwalificeren als overheidsopdracht
- Wat indien buiten toepassingsgebied?
 - Gelijkheidsbeginsel t.g.v. Belgische Grondwet en beginselen van behoorlijk bestuur

2. Aanbestedingsrecht

C. Gevolgen regelgeving overheidsopdrachten

- Regelgeving overheidsopdrachten organiseert keuze medecontractant en uitvoering overeenkomst
 - Keuze medecontractant
 - Verschillende procedures voor keuze medecontractant
 - Selectie van de meest voordelige medecontractant
 - Uitvoering overeenkomst
 - Regels inzake controle en toezicht overheid, betalingsvoorschriften, ...

2. Aanbestedingsrecht

D. Sociale en ecologische meerwaarde overheidsaankopen

- Aanbestedende overheid kan wijze van ecologische of sociale duurzaamheid opleggen in opdrachtdocumenten voor verschillende elementen
 - Algemeen beginsel van naleving milieu- en sociaal recht (**art. 7 WOO**)
 - Technische specificaties (**art. 53, §3 WOO**)
 - Keurmerken (**art. 54 WOO**)
 - Selectiecriteria (**art. 66, §1, 2° WOO**)
 - Gunningscriteria (**art. 66, §1, 2° WOO**)
 - Voorbeelden
 - Aankoop milieuvriendelijke wagens: norm inzake CO²
- Kanttekeningen
 - Oppassen voor verdoken discriminatie
 - Problematiek keurmerken
 - Voorbeeld: arrest *Max Havelaar*

2. Aanbestedingsrecht

D. Sociale en ecologische meerwaarde overheidsaankopen

- Energie-efficiënte overheidsaankopen binnen aanbestedingsrecht (*Art. 168 WOO*)
- Verplichting voor overheden tot verwerving van gebouwen met hoge energie-efficiëntie
 - Geen absolute verplichting
 - Overheden kunnen rekening houden met kosteneffectiviteit, economische haalbaarheid, ...
 - Begrip “verwerving”: niet louter aankoop maar tevens huur en zakelijke rechten (erfpacht, opstal, ...)
- Verplichting geldt voor federale staat, gewesten, gemeenschappen
 - *Quid* lokale overheden?
 - Minstens overweging om energie-efficiënte gebouwen te verwerven

3. Energie-efficiëntie

A. Inleiding

- Europa 2020-strategie
 - Realisatie energiebesparing 20%
 - Overheid leidende rol bij energie-efficiëntie
- Energie-efficiëntie realiseren a.d.h.v.
 - Overheidsaankopen
 - Gebouwen van overheidsinstanties
 - Cruciale rol voor energieperformantiecontracten (EPC's)

3. Energie-efficiëntie

B. Energieperformantiecontracten (EPC)

- Definitie art. 2.27 Energie-efficiëntierichtlijn

“Contractuele regeling tussen begunstigde en aanbieder van een maatregel ter verbetering van energie-efficiëntie, die tijdens de gehele looptijd van het contract wordt geverifieerd en gecontroleerd, waarbij de investeringen (arbeid, leveringen of diensten) zodanig worden betaald dat ze in verhouding staan tot de contractueel vastgelegde mate van verbetering van de energie-efficiëntie of een ander overeengekomen prestatiecriterium, zoals financiële besparingen”

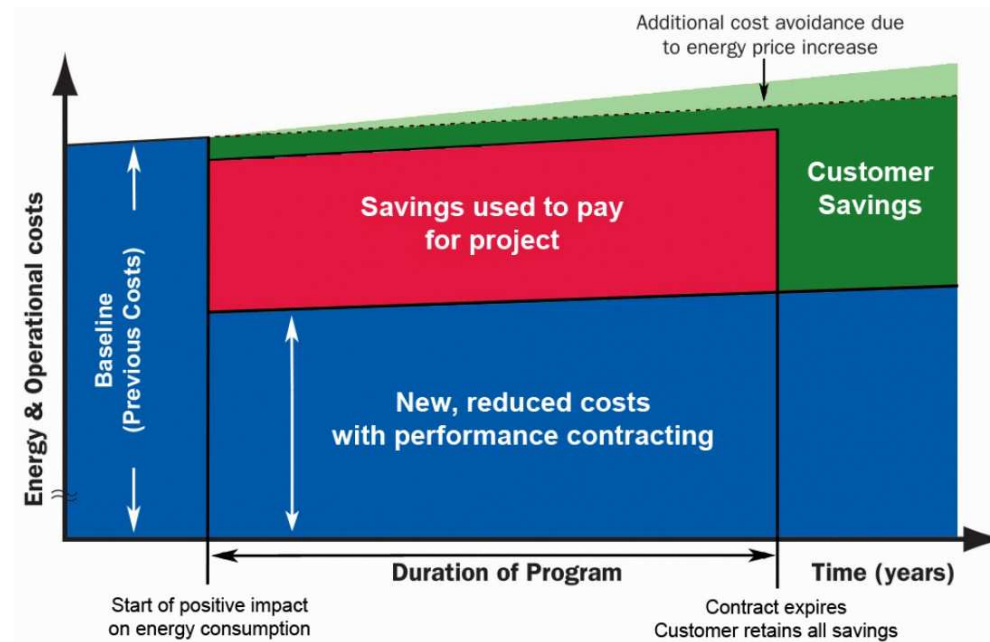
3. Energie-efficiëntie

B. Energieperformantiecontracten (EPC)

- Verbetering energie-efficiëntie
 - EPC kan verschillende taken omvatten
 - Stellen van loutere diagnose
 - Monitoringdiensten
 - Installatie nieuwe maatregelen voor energie-efficiënt verbruik gebouwen
 - Onderhoud van energiebesparende maatregelen
- Betaling in verhouding tot verbetering energie-efficiëntie
 - Centraal in elke EPC
 - *Incentive* voor partij die energie-efficiëntie moet realiseren

3. Energie-efficiëntie

B. Energieperformantiecontracten (EPC)



3. Energie-efficiëntie

B. Energieperformantiecontracten (EPC)

- Doelstelling EU bij uitvaardiging Energie-efficiëntierichtlijn: *cutting red tape*
 - Juridisch
 - Maar regelgeving overheidsopdrachten
 - Boekhoudkundig
 - Europees Stelsel van Rekeningen (ESR)

3. Energie-efficiëntie

B. Energieperformantiecontracten (EPC)

- Europees systeem van rekeningen (ESR)
 - Europese begrotingsregels
 - Veruitwendiging Maastrichtcriteria
 - Sinds 2013 geheel nieuw kader: ESR2010
 - Belang ESR voor overheden
 - Mogelijkheden om bepaalde investeringen buiten overheidsbalans te houden

3. Energie-efficiëntie

B. Energieperformantiecontracten (EPC)

- ESR2010 bevat op zichzelf geen uitdrukkelijke regels voor EPC's
- Verduidelijking door Eurostat
 - Guidance note 2015
 - Weinig soepel en niet praktisch
 - Guidance note 2017
 - Meer flexibiliteit
 - EPC Guide 2018
 - Behoudt flexibiliteit
 - Vanuit praktisch oogpunt opgesteld

3. Energie-efficiëntie

B. Energieperformantiecontracten (EPC)

- Basisregel ESR
 - Investering buiten overheidsbalans indien private partner
 - Meeste risico's draagt (Bouwriscico, vraagriscico, beschikbaarheidsriscico)
 - Meeste voordelen ontvangt
- Concretisering EPC Guide 2018
 - Geeft aan welke bepalingen in overeenkomst de EPC op de balans van de overheid doen komen
 - Bijvoorbeeld: toewijzing bonus voor hogere energiebesparingen dan voorzien

3. Energie-efficiëntie

B. Energieperformantiecontracten (EPC)

- Guide gaat uit van *guaranteed savings*
 - EPC dient effectief sanctiemechanisme te hebben teneinde vooropgestelde energie-efficiëntie te hanteren
 - Moeilijkheid: zoeken naar evenwichtig contract
- Indien meeste risico's en voordelen EPC bij private partner, EPC buiten overheidsbalans
 - Maakt kapitaalintensieve investering dragelijker

4. Erfpacht en opstal

A. Inleiding

- Erfpacht

- Tijdelijk zakelijk recht om volle genot te hebben van andermans onroerend goed
- Minimum 27 jaar en maximum 99 jaar
- Rechten erfpachter
 - Bestemming van grond veranderen
 - Gebouwen oprichten voor eigen rekening (accessoir opstalrecht)
 - Grond verhuren of zelf verpachten
 - Vervreemding recht van erfpacht
- Plichten erfpachter
 - Onderhoud onroerend goed
 - Waarde onroerend goed niet verminderen
 - Betaling jaarlijkse vergoeding (zgn. *canon*)

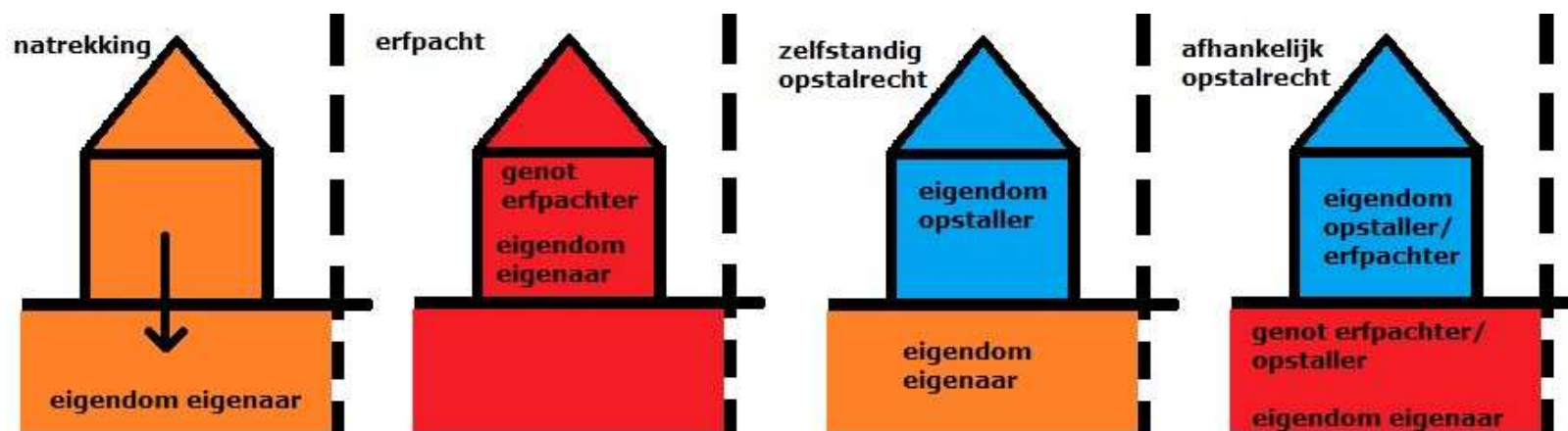
4. Erfpacht en opstal

A. Inleiding

- Opstal
 - Tijdelijk zakelijk recht om gebouwen, werken of beplantingen te hebben voor het geheel of een deel, boven onder andermans grond
 - Verschil met erfpacht: geen genot van erf zelf
 - Maximum 50 jaar
 - Rechten opstalhouder
 - Oprichten van gebouwen
 - Plichten opstalhouder
 - Herstel goed in oorspronkelijke staat
 - Lot opstallen na einde

4. Erfpacht en opstal

A. Inleiding



4. Erfpacht en opstal

B. Erfpacht en opstal & de overheid

- Leerstuk domeingoederen
- Overheidsgoederen vallen in twee categorieën
 - Privaat domein
 - Openbaar domein
- Criterium van onderscheid
 - Formeel criterium: affectatie en desaffectatie
 - Materiaal criterium: bestemming goed
 - Traditioneel: bestemd voor het gebruik van allen
 - Moderne visie: bestemd voor openbare dienst

4. Erfpacht en opstal

B. Erfpacht en opstal & de overheid

- Gevolg van bestemming als openbaar domein: buiten de handel
 - Onvervreemdbaar
 - Onverjaarbaar
 - Onbeslagbaar
- Onvervreemdbaarheid
 - In principe geen persoonlijke (bv. huur) of zakelijke rechten (bv. erfpacht en opstal)

4. Erfpacht en opstal

B. Erfpacht en opstal & de overheid

- Recente nuance in wetgeving en rechtspraak
 - Vestiging zakelijke rechten in principe mogelijk
 - Geen afbreuk aan openbare bestemming
 - Wettelijke verankering
 - Heden: art. 191 Gemeendecreet
 - Toekomst: art. 292 Decreet Lokaal Bestuur (inwerkingtreding 1/1/2019)
- Kanttekeningen bij erfpacht en opstal
 - Voldoende precair recht
 - Minimumduur erfpacht struikelblok
 - Mogelijkheid om recht te vervreemden

4. Erfpacht en opstal

B. Erfpacht en opstal & de overheid

- Private domeingoederen
 - In de handel
 - Vervreemdbaar
- Vestiging zakelijke en persoonlijke rechten steeds mogelijk

4. Erfpacht en opstal

B. Erfpacht en opstal & de overheid

- Ecologische meerwaarde a.d.h.v erfpacht en opstal
- Opstalrecht
 - Voorbeeld: opstal op dak gebouwen van gemeente voor zonnepanelen
- Erfpacht
 - Erfpachtrecht voor constructie windmolen of zonnepanelenpark
- Gebruik van erfpacht en opstal bij EPC
 - Gebruik opstalrecht voor installatie energiebesparende maatregelen
 - Minimumduur erfpacht geeft moeilijkheden voor toepassing

4. Erfpacht en opstal

B. Erfpacht en opstal & de overheid

- Aandacht voor toepassingsgebied wetgeving overheidsopdrachten
 - Vestiging van erfpacht en opstal = werken?
 - In principe niet maar functionele benadering
 - Bij PPS-constructies gaat opstal/erfpacht vaak gepaard met allerlei afdwingbare eisen voor private partner (zodat overheid impact uitoefent op aard van de werken en resultaat= overheidsopdracht)
 - Voorbehoud: indien de overheid eisen oplegt via bevoegdheid ruimtelijke ordening (vergunning, RUP,...), dan geen issue. Cf arrest Mueller.
 - Indien buiten toepassingsgebied: gelijkheidsbeginsel steeds respecteren
 - Organisatie van een transparante mededingingsprocedure
 - Toekomst: art. 293 Decreet Lokaal Bestuur
 - “Onroerende goederen van de gemeente en van de autonome gemeentebedrijven worden altijd vervreemd volgens de principes van mededinging en transparantie, behalve als er een motivering wordt gegeven voor een afwijking daarvan”*

Bedankt voor uw aandacht

Contact

Steven Van Garsse
[steven.vangarsse@
eqtr.be](mailto:steven.vangarsse@eqtr.be)

Daniël Plas
daniel.plas@eqtr.be

Equator Advocaten

Kantoor Antwerpen

Prins Boudewijnlaan 18

2600 Antwerpen

T +32 3 336 01 36

F +32 3 334 50 34

Kantoor Brussel

Bischoffsheimlaan 36

1000 Brussel

T +32 2 840 98 01

F +32 2 840 98 02

E kantoor@eqtr.be

W www.eqtr.be

Team

Joris Lagey

Prof. Dr. Nicolas Carette

Prof. Dr. Steven Van Garsse

Simon Verhoeven

Evelien Bruyninckx

Anouck Vanermen

Alexander Verschave

Wannes Buelens

Daniël Plas

E q u a t o r

Advocaten – Avocats – Attorneys