

Eindrapport Onderzoek
deelaspecten koppeling lening
aan de woning

AGENTSCHAP NL

12 april 2013

Eversheds Faasen B.V.

Wibautstraat 224
1097 DN Amsterdam, Nederland
Postbus 12929
1100 AX Amsterdam, Nederland
Phone: + 31 (0)20 5600 600
Fax: + 31 (0)20 5600 500

Eversheds Faasen B.V.

Bahialaan 400
3065 WC Rotterdam, Nederland
Postbus 4030
3006 AA Rotterdam, Nederland
Phone: + 31 (0)10 24 88 000
Fax: + 31 (0)10 24 88 099



Inhoudsopgave

Inhoudsopgave	2
BIJLAGEN	4
Samenvatting – Voornaamste bevindingen	5
Inleiding	9
2.Woninggebonden lening & Hypotheekrecht	11
2.1 Inleiding	11
2.2 Woninggebonden lening.....	12
2.2.1 Betekenis	12
2.2.2 Het huidig wettelijk kader	12
2.3 Verhouding woninggebonden lening en hypothecaire lening.....	14
2.3.1 Het recht van hypotheek	14
2.3.2 Consumptieve lening / zakelijke lening	14
2.4 Opeisbaarheid van de woninggebonden lening gekoppeld aan de energierekening	15
2.5 Koppeling woninggebonden lening aan leveringsovereenkomst	16
2.6 Kredietovereenkomst en energieovereenkomst.....	16
2.7 Afdwingbaarheid woninggebonden lening versus een hypotheekrecht	17
2.7.1 Overgang woninggebonden lening bij executie van het hypotheekrecht in huidige wettelijk kader.....	18
2.7.2 Kwalitatieve verplichting	19
2.7.3 Kettingbeding	19
2.8 Conclusie	19
3. Energiecanon	22
3.1 Erfpachtcanon	22
3.2 Kwalitatieve verplichting	23
3.3 Kettingbeding	23
3.4 Alternatieve oplossingen	24
3.4.1 PACE-model	24
<i>Figuur 2: PACE-model</i>	24
3.4.2 The Engelse Green Deal	25
3.5 Mogelijke oplossing voor een energiecanon in Nederland.....	27
3.5.1 Energieleveranciers	29
3.5.2. Zonder uniforme aanpak geen schaal.....	29
3.5.3 Garantie bepalingen vereist	31
3.6 Conclusie	31
4. Het ESCO-model	33
4.1 Energy Service Company (ESCO)	33
4.2 ESCO en woninggebonden financiering	36
4.2.1 Voorgesteld ESCO-model met separate factuur	36
4.2.2 Perceptie banken	36
4.3 Conclusie	37

5. Perceptie van de hypotheekverstrekkers.....	39
5.1 Energiebesparing	39
5.2 Nieuwe financiële constructie: de energiecanon	39
5.3 Wenselijkheid nieuwe constructie?	39
5.4 Waarom worden bestaande financieringsconstructies nauwelijks aangewend?.....	40
5.4.1 Extra hypotheekruimte	40
5.4.2 Groenfinancieringen	42
5.4.3 Explain-regeling	42
5.5 Woninggebonden financiering (de energiecanon)	44
5.6 Rol van de banken	46
BIJLAGE I JURIDISCH KADER.....	48
Juridisch kader	49
1. Woninggebonden lening.....	49
2. Wat gebeurt er bij wanbetaling?	54
Vordering tot nakoming.....	54
(Gedeeltelijke) ontbinding	55
Vorderen van schadevergoeding.....	56
3. Financiële diensten	57
Vergunning 58	
Bemiddeling 60	
Zakelijk krediet 60	
BIJLAGE II ENGAGEMENTBRIEF.....	62
BIJLAGE III	63
SELECTIE HYPOTHEEKVERSTREKKERS.....	63
SELECTIE HYPOTHEEKVERSTREKKERS.....	64

BIJLAGEN

Bijlage I	Juridisch kader
Bijlage II	Engagementbrief
Bijlage III	Selectie benaderde hypotheekverstrekkers

Samenvatting – Voornaamste bevindingen

Hieronder wordt een samenvatting gegeven van de belangrijkste bevindingen van het onderzoek deelaspecten koppeling lening aan de woning. Onderstaande samenvatting is niet uitputtend en dient te worden gelezen in samenhang met het volledige rapport.

Huidige stand van zaken juridische mogelijkheden woninggebonden financiering

Binnen het huidige wettelijke kader bestaan verschillende opties om een aan een woning gekoppelde verplichting in het leven te roepen. Een verplichting die ook doorwerkt op rechtsopvolgers en strekt tot betaling van een vergoeding voor energiebesparende maatregelen. De belangrijkste juridische mogelijkheden om een lening te koppelen aan een woning zijn (i) het recht van erfpacht, (ii) de kwalitatieve verplichting en (iii) het kettingbeding. Aan deze mogelijkheden kleven beperkingen van juridische en praktische aard die een belemmering vormen voor de rechtszekerheid en financierbaarheid en grootschalige toepassing van woninggebonden financiering in de weg staan.

Een erfpachtconstructie is vaak omslachtig en verschaft geen eigendom. Onbekendheid is ook een belangrijk aandachtspunt. Een kwalitatieve verplichting heeft vanwege het flexibele (verbintenissenrecht), maar tevens goederenrechtelijke (doorwerking naar rechtsopvolgers) karakter, de voorkeur.

Een kwalitatieve verplichting gaat van rechtswege over op rechtsopvolgers. Echter, een kwalitatieve verplichting betreft op dit moment 'slechts' een passieve verplichting (iets niet doen of iets dulden) en derhalve geen actieve verplichting (een doen). Een wetswijziging om een kwalitatieve verplichting tevens actief te kunnen maken of om een uitzondering toe te staan voor woninggebonden financiering, zou dit wel mogelijk kunnen maken, maar lijkt op korte termijn niet haalbaar.

Een kettingbeding gaat niet van rechtswege over op een rechtsopvolger in tegenstelling tot het recht van erfpacht en de kwalitatieve verplichting. 'De ketting is zo sterk als de zwakste schakel'. Vanuit financieringsperspectief is dit een belangrijk nadeel.

Banken zullen bij het verstrekken van een hypotheek ter financiering van een woning een inkomens- en lastentoets verrichten om te kunnen oordelen in hoeverre het verantwoord is om een hypothecaire lening te verstrekken aan een woningeigenaar. Hierbij worden alle lasten – waaronder een woninggebonden lening voor energiebesparende maatregelen – meegenomen. De voorwaarden van de woninggebonden lening zullen worden meegewogen in voormelde inkomens- en lastentoets.

Bij wanbetaling van de woninggebonden lening leidt dit in beginsel niet tot executie van het hypotheekrecht. De ongezekerde woninggebonden lening is weliswaar gekoppeld aan de woning, maar deze lening is niet 'gezekerd' door een hypotheek. Indien een koppeling met de energieleveringsovereenkomst kan worden gemaakt, leidt het niet betalen van de energierekening mogelijk tot afsluiting, maar niet tot gedwongen verkoop van de woning. In geval van wanbetaling van de hypothecaire lening verschaft het hypotheekrecht de bank onder andere het recht van parate executie. Dit betekent dat de bank in geval van wanbetaling door de woningeigenaar de woning kan verkopen aan een derde zonder dat daarvoor een gerechtelijke uitspraak vereist is. Hoe bij executie met de betalingsachterstanden in het kader van de woninggebonden lening moet worden omgegaan, is op zijn minst onzeker. Waarschijnlijk rest niets anders dan een vordering op een dubieuze debiteur. Aandachtspunt zal voorts zijn, dat indien de betalingsachterstand op grond van de woninggebonden leningsvoorwaarden overgaat op de koper op de executieveling, dit van invloed zal zijn op de uiteindelijke verkoopopbrengst.

Mogelijke oplossingen

De huidige belemmeringen in de wet- en regelgeving kunnen worden weggenomen. Dit kan door verkopers en verhuurders van woningen wettelijk te verplichten de overdracht van een woninggebonden financiering, een "energicanon", met kopers en huurders overeen te komen. Dit dient dan op grond van de wet in de respectievelijke koop- of huurovereenkomst te worden afgesproken. Dat heeft als voordeel dat rechtszekerheid wordt geboden. Ook wordt de financierbaarheid door de banken van de energicanon bevordert. Een nadeel is dat een wetswijziging vereist is. Verder zijn de banken op dit moment in het algemeen terughoudend met het aanbieden van nieuwe financieringsproducten. Dat kan worden opgelost door het vastleggen van een energicanon in de bancaire gedragscodes voor hypotheek en kredieten zodat deze "compliant" wordt.

Om inning van de betalingen terzake van de woninggebonden financiering te bevorderen kunnen energiebedrijven door de wet worden aangewezen als partijen die de inning van de aflossingen via de energierekening kunnen of moeten verzorgen. Dit zal gunstig zijn voor het incasso risico en de administratieve lasten, hetgeen financierbaarheid van de energiecanon bevordert. Een nadeel is dat een wetswijziging vereist is. Ook zullen afspraken tussen de energiebedrijven en de banken moeten worden gemaakt om de afhandeling van het betalingsverkeer rondom de energiecanon te regelen.

Om grootschalige toepassing van de energiecanon te bevorderen is uniformering nodig van werkwijzen voor betrokken partijen zoals bouwers, installateurs, energiebedrijven, financiers, adviseurs. Dat kan door middel van een wettelijke regeling of via zelfregulering. Een dergelijke standaardisering zal leiden tot meer rechtszekerheid, verlaging van kosten en meer vertrouwen van de consument. Een nadeel is dat een hoge mate van organisatie is vereist om dit mogelijk te maken.

Een wettelijke regeling voor een energiecanon kan onderdeel worden van de implementatie van de nieuwe EU richtlijn betreffende energie-efficiëntie ("Richtlijn 2012/27/EU"). Deze richtlijn dient uiterlijk op 5 juni 2014 te zijn geïmplementeerd.

Juridisch gezien zijn er geen belemmeringen voor een ESCO om geleverde diensten of een energiecanon door middel van een separate factuur in rekening te brengen. Het voordeel is in dat geval dat er een rechtstreekse relatie bestaat tussen de leverancier en de afnemer van de energiedienst. Een belangrijk nadeel kan zijn dat het proces van factureren en innen moet worden ingericht en beheerd. Het aansluiten bij bestaande administratieve processen biedt waarschijnlijk een kostenvoordeel. Vanuit oogpunt van incasso risico zal een zelfstandige facturering door de ESCO ook betekenen dat dat risico moet worden beheerst door actief debiteurenbeheer.

De banken zijn wel gecharmeerd van een ESCO-model. Het voordeel van een ESCO voor de banken is dat het risico bij één partij komt te liggen in plaats van verschillende individuen. Een nadeel is dat sterke marktpartijen moeten participeren. Garantstellingen van de overheid, woningcorporaties of vergelijkbare partijen bevorderen de financierbaarheid aanzienlijk.

Rol van de banken

De banken onderschrijven het belang van energiebesparing, maar zullen geen initiatiefnemer zijn in de mogelijke financiering daarvan. De banken staan wel open voor een woninggebonden financiering voor het treffen van energiebesparende maatregelen. De prioriteit ligt op dit moment evenwel niet bij het ontwikkelen van nieuwe financiële producten en/of constructies. De focus van de banken is voornamelijk gericht op het behoud van het huidige cliëntenbestand. Voor grootschalige toepassing van een energiecanon moeten de toepasselijke gedragscodes voor hypothecair en consumptief krediet worden aangepast. De "explain" regeling wordt door de banken weinig toegepast, maar zou eventueel ook kunnen voorzien in de energiecanon.

Volgens de banken dienen de overheid en marktpartijen een belangrijke rol te spelen om de toepassing van een energiecanon te bevorderen. Het gaat in de praktijk vaak niet om het ontbreken van een goede financieringsconstructie, maar om de terughoudendheid van de consument om een krediet aan te wenden voor het treffen van energiebesparende maatregelen. Het is de rol van de overheid om de consumenten bewust te maken van het belang van het treffen van energiebesparende maatregelen. En te stimuleren dat de energiebesparende maatregelen ook daadwerkelijk worden genomen.

De financierbaarheid van een energiecanon wordt bevorderd als de overheid participeert in een financieringsconstructie. Bijvoorbeeld doordat de overheid een garantie afgeeft voor het afdekken van wanbetalersrisico. Een soortgelijke garantie van een energie(diensten) leverancier dan wel woningcoöperatie heeft soortgelijk effect.

De banken staan ook open voor het ESCO-model, mits professionele en solvabele partijen daarin participeren.

De banken staan positief tegenover de mogelijkheid om de betaling van een energiecanon of lening via de energierekening te laten geschieden, mede vanwege de administratieve lastenverlichting.

Inleiding

In opdracht van het Rijk zorgt Agentschap NL voor ondersteuning van consortia die zich richten op grootschalige energiebesparing in het kader van de blok voor blok aanpak. In dat kader worden verschillende initiatieven op gebied van financiering geïnventariseerd en uitgewerkt. Een van deze initiatieven betreft de mogelijkheid van koppeling van een lening aan de woning.

De kern van deze aanpak is dat de lening voor financiering van energiebesparende maatregelen aan de woning wordt gekoppeld. De aan de woning gekoppelde lening wordt afgegeven zonder een onderpand of zekerheid. Voor wat betreft de inning van de aflossingstermijnen van de lening wordt gedacht aan de mogelijkheid om dit te laten verlopen via de energierekening.

In dit kader zijn ons een aantal vragen voorgelegd. Onze bevindingen met betrekking tot deze vragen zijn vastgelegd in dit Eindrapport Onderzoek deelaspecten koppeling lening aan de woning ten behoeve van Agentschap NL ("het **Eindrapport**"). Het Eindrapport is als volgt opgebouwd:

- Hoofdstuk 2 gaat in op de vraag hoe een aan de woning gekoppelde lening zich verhoudt met een hypotheekrecht op diezelfde woning. In het bijzonder: wat gebeurt er met de lening bij wanbetaling door de woningeigenaar, eventueel gevolgd door executieverkoop van de woning? Wat is de positie van de hypotheekverstrekkers?
- In Hoofdstuk 3 komt de vraag aan de orde of de verplichting tot het betalen van de energiecanon net zo dwingend kan worden gemaakt als een erfpachtcanon?
- In Hoofdstuk 4 komen vragen rondom het ESCO-model aan de orde. Wat als de investering niet via de energierekening afbetaald wordt, maar via een separate factuur?
- In Hoofdstuk 5 wordt een samenvatting gegeven van de perceptie van de banken met betrekking tot de in Hoofdstuk 2, 3 en 4 behandelde onderwerpen.

Langs deze weg dank ik Kees-Jan Hooglander voor het waardevolle commentaar bij de totstandkoming van dit rapport.

Met vriendelijke groet,

Michel Chatelin

Partner

Eversheds Faasen

2. Woninggebonden lening & hypotheekrecht

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk komt de eerste onderzoeksvraag aan de orde. Hoe verhoudt zich de aan de woning gekoppelde lening met een hypotheekrecht op diezelfde woning? In het bijzonder: wat gebeurt er met de lening bij wanbetaling door de woningeigenaar, eventueel gevolgd door executieverkoop van de woning, mede bezien vanuit de positie van de hyptheekverschaffer?

Als uitgangspunt geldt dat de bank die de woning financiert, niet de financier zal zijn van de woninggebonden lening. Indien in beide gevallen dezelfde bank financier zal zijn, zal de woninggebonden lening waarschijnlijk onderdeel uitmaken van de totale financiering en zal er defacto geen sprake meer zijn van een woninggebonden lening

Verder geldt als uitgangspunt dat de aan de woning gekoppelde lening wordt verstrekt zonder dat de financier een onderpand of zekerheid verkrijgt. In het midden wordt gelaten wie de lening uiteindelijk gaat verstrekken

Voor het beantwoorden van deze vraag is van belang op welke wijze de aan de woning gekoppelde lening juridisch is vormgegeven. Derhalve zal in paragraaf 2.2 het begrip woninggebonden lening worden besproken en de huidige wettelijke mogelijkheden voor een dergelijke lening worden benoemd, te weten de erfpachtconstructie, de kwalitatieve verplichting en het kettingbeding. In paragraaf 2.3 komt de relatie tussen een woninggebonden lening en een hypothecaire lening aan de orde. Het recht van hypotheek wordt bezien in relatie tot het verstrekken van consumptieve of zakelijk lening. Vervolgens komt in paragraaf 2.4 de opeisbaarheid van de woninggebonden lening aan de orde. In paragraaf 2.5 en 2.6 wordt stilgestaan bij de mogelijkheid om de woninggebonden lening te koppelen aan een energieleveringsovereenkomst. De afdwingbaarheid van de woninggebonden lening en het hypotheekrecht komt in paragraaf 2.7 aan de orde. In paragraaf 2.8 wordt besloten met een korte conclusie.

2.2 Woninggebonden lening

2.2.1 Betekenis

Strikt genomen, kan een woning geen leningen aangaan. Uiteindelijk zal de woningeigenaar contractspartij zijn ten opzichte van de financier. Echter, bij overdracht van de woning dient de lening/schuld (van rechtswege) over te gaan op de rechtsopvolger/nieuwe eigenaar. Met andere woorden, met de overdracht van een woning wijzigt niet alleen de eigenaar, maar daarmee ook de debiteur. Als debiteur zal de nieuwe eigenaar de lening in verband met de energiebesparende maatregelen voor zijn rekening nemen/krijgen.

De lening dient derhalve goederenrechtelijk effect te hebben, dat is noodzakelijk om de lening aan de woning te koppelen. Dat houdt in dat de lening overgaat op een rechtsopvolger (verkrijger van de woning).

Bedoeld goederenrechtelijk effect kan binnen het huidig wettelijk kader op verschillende wijzen worden voorgegeven. Hieronder wordt een aantal wijzen kort beschreven, waarbij tevens de aandacht wat de juridische knelpunten zijn.

2.2.2 Het huidig wettelijk kader

Hieronder wordt in het kort een aantal mogelijkheden voor het juridisch vormgeven van een woninggebonden lening binnen het huidig wettelijk kader weergegeven. Het gaat om mogelijkheden waarbij aan verplichtingen goederenrechtelijk effect kan worden toegekend (lees: worden doorgelegd aan rechtsopvolgers). Aan de orde komen het recht van erfpacht, de kwalitatieve verplichting en het kettingbeding. Voor een meer uitgebreide uitleg van de verschillende mogelijkheden wordt verwezen naar bijlage I bij dit rapport.

A) Het recht van erfpacht

Een recht van erfpacht ontstaat krachtens uitgifte. Een recht van erfpacht ziet op het gebruik van de woning door de erfpachter (woninggebruiker). Dit recht is in beginsel overdraagbaar aan rechtsopvolgers en kan worden belast met een hypotheekrecht ten behoeve van de bank, die de aankoop van de woning financiert. In de notariële akte van uitgifte worden de zogenaamde erfpachtvoorwaarden vastgelegd. Erfpachtvoorwaarden hebben van rechtswege goederenrechtelijk effect. Een van deze voorwaarden kan zijn een (periodieke) betalingsverplichting (canon).

Vanuit het oogpunt van financiering van energiebesparende investeringen, zou bij erfpacht de erfverpachter (eigenaar) tevens financier zijn van bedoelde investeringen. In de erfpachtvoorwaarden zou dan moeten worden opgenomen, dat de erfpachter verplicht is tot het doen/in stand houden van de energie besparende investeringen, dat hij daartoe een lening zal aangaan met de erfverpachter en dat de erfpachter (woninggebruiker) verplicht is bij vervreemding de woninggebonden lening over te dragen aan zijn/haar rechtsopvolgers.

Een erfpachtconstructie is vaak omslachtig en verschaft geen eigendom. Onbekendheid is ook een belangrijk aandachtspunt. Het recht van erfpacht wordt uiteindelijk alleen maar gecreëerd om er uiteindelijk voor te zorgen, dat er sprake kan zijn van een woninggebonden lening met goederenrechtelijk effect. Nog los van de vraag of voormelde verplichtingen wettelijk kunnen kwalificeren als erfpachtvoorwaarden met goederenrechtelijk effect. Vanuit financieringsperspectief geeft het recht van erfpacht veel administratieve lasten.

B) Kwalitatieve verplichting

Een kwalitatieve verplichting is een verplichting die verbonden is aan de eigenaar van de woning. In jouw kwaliteit als eigenaar heb je een bepaalde verplichting, die van rechtswege ook geldt voor rechtsopvolgers in jouw kwaliteit als eigenaar. Deze verplichting kan echter slechts betrekking hebben op een 'dulden' of een 'niet doen'. Bijvoorbeeld, toegang tot kabels en leidingen van een nutsvoorziening. Hierin schuilt dan ook direct een beperking om bijvoorbeeld betalingsverplichtingen kwalitatief te maken.

C) *Kettingbeding*

Een kettingbeding is een beding, waarbij de verplichting wordt opgelegd om bepaalde verplichtingen op te leggen aan rechtsopvolgers. Deze 'oplegging' moet actief gebeuren. Een kettingbeding moet worden opgelegd/doorgelegd en door een rechtsopvolger worden aanvaard. De verplichting tot oplegging/doorlegging kan worden versterkt met een boete. Een mogelijk voordeel ten opzichte van een kwalitatieve verplichting is, dat ook een 'doen' als verplichting kan worden opgenomen. Een nadeel is, dat een kettingbeding daadwerkelijk moet worden opgelegd. Een kettingbeding gaat niet van rechtswege over op een rechtsopvolger in tegenstelling tot het recht van erfpacht en de kwalitatieve verplichting. 'De ketting is zo sterk als de zwakste schakel'. Vanuit financieringsperspectief is dit een belangrijk nadeel.

2.3 Verhouding woninggebonden lening en hypothecaire lening

Voor de verhouding tussen een woninggebonden lening en een hypothecaire lening is bepalend welke zekerheden worden bedongen. Het hypotheekrecht is met name van belang

2.3.1 Het recht van hypotheek

Een hypotheekrecht wordt gevestigd tot meerdere zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen van de woningeigenaar tot terugbetaling van de lening aan de bank. Het hypotheekrecht verschaft de bank onder andere het recht van parate executie. Het recht van parate executie houdt kort gezegd in, dat de bank in geval van wanbetaling door de woningeigenaar de woning kan verkopen aan een derde zonder dat hij daarvoor een gerechtelijke uitspraak nodig heeft.

2.3.2 Consumptieve lening / zakelijke lening

In geval van energiebesparende investeringen kan een derde optreden als financier, zonder dat er sprake zal zijn van onderpanden/zekerheden in de vorm van bijvoorbeeld een hypotheekrecht. De reden hiervoor zal voornamelijk zijn, dat de lening in beginsel de woning moet volgen en niet de oorspronkelijke debiteur. Bij overdracht zal de lening in stand moeten blijven.

De mogelijkheden om betaling af te dwingen zal worden versterkt indien deze gekoppeld is aan de energierekening en geïnd wordt door de energieleverancier of netbeheerder. Immers, dan dreigt tevens het stopzetten van energieleveringen (zogenaamde afsluitingen). Hiervoor is een koppeling noodzakelijk tussen de woninggebonden lening en de overeenkomst op grond waarvan de energie wordt geleverd (leveringsovereenkomst). Anders dan het recht van parate executie met een uitgebreide wettelijke basis, is een dergelijke vorm van afdwingen/handhaven met de nodige 'mitsen' en 'maren' omgeven.

2.4 Opeisbaarheid van de woninggebonden lening gekoppeld aan de energierekening

De woningeigenaar verkrijgt een woninggebonden lening voor het treffen van energiebesparende maatregelen. Betaling van rente en aflossing geschiedt via de energierekening. Er zal daarom een koppeling moeten worden gemaakt met de energieleveringsovereenkomst.

Indien een woningeigenaar ophoudt met betalen van rente en/of aflossing zal het in praktijk zo zijn dat de financier de woningeigenaar eerst zal aanmanen om alsnog aan de betalingsverplichtingen te voldoen. Deze aanmaning moet ook vanuit het perspectief van financiering kunnen leiden tot een betalingsregeling, incassomaatregelen en uiteindelijk tot afsluiting.

Een energieleverancier of netbeheerder mag de woningeigenaar in zijn hoedanigheid van afnemer of kleinverbruiker tijdens de winterperiode in principe niet afsluiten. Er bestaat echter een aantal uitzonderingen. De woningeigenaar mag door de netbeheerder ook in de winter worden afgesloten, tenzij er sprake is van ziekte of aanwijsbare financiële problemen, indien:

- de woningeigenaar daar zelf om verzoekt, bijvoorbeeld bij een verhuizing;
- er sprake is van fraude (bijvoorbeeld knoeien met de meter) of misbruik (illegaal aftappen);
- er sprake is van een onveilige situatie (bijvoorbeeld bij een gaslek);
- er bij de netbeheerder op de aansluiting geen leverancier bekend is;
- er een leveringsovereenkomst voor bepaalde tijd is gesloten en deze afloopt;
- de woningeigenaar zijn verplichtingen ten aanzien van de schuldhelpverlening niet nakomt dan wel uw schuldhelpverlening eindigt.

2.5 Koppeling woninggebonden lening aan leveringsovereenkomst

Of de ontbinding van de leveringsovereenkomst tevens zal leiden tot ontbinding (lees opeisbaarheid) van de woninggebonden lening, zal afhangen van de wijze waarop beide overeenkomsten op elkaar zijn afgestemd. Dit vraagt om een zorgvuldige regie en afstemming. Daarnaast rijst de vraag of een dergelijke koppeling toelaatbaar en/of maatschappelijk aanvaardbaar is. Indien een dergelijke koppeling niet mogelijk/aanvaardbaar is, valt de financier van een woninggebonden lening terug op het algemene verbintenissenrecht zonder aanvullende zekerheden.

2.6 Kredietovereenkomst en energieovereenkomst

De lening is weliswaar aan de woning gekoppeld, maar zoals eerder benoemd zal er altijd een partij achter de lening schuilen, de kredietverstrekker, die het risico loopt op wanbetaling van de consument. Of de kredietovereenkomst samen met de energieovereenkomst wordt ontbonden, is geheel afhankelijk van de invulling van de kredietovereenkomst dan wel energieovereenkomst. In de kredietovereenkomst kan namelijk worden vastgelegd dat de gehele lening ineens opeisbaar wordt bij wanbetaling.

Hoe hiermee precies dient te worden omgegaan is geheel afhankelijk van de kredietverstrekker. De kredietverstrekker kan eventueel een bank zijn. Is de kredietverstrekker namelijk een bank dan gelden voor hem de algemene bankvoorwaarden. In de algemene bankvoorwaarden is namelijk een zorgplicht opgenomen van de bank en cliënt:¹

"De bank neemt bij haar dienstverlening de nodige zorgvuldigheid in acht en houdt daarbij naar beste vermogen rekening met de belangen van de cliënt. Geen van de bepalingen van deze algemene bankvoorwaarden of van de door de bank gebruikte bijzondere voorwaarden kan aan dit beginsel afbreuk doen.

De cliënt neemt jegens de bank de nodige zorgvuldigheid in acht en houdt daarbij naar beste vermogen rekening met de belangen van de bank. De cliënt stelt de bank in staat haar wettelijke en contractuele verplichtingen na te kunnen komen en haar dienstverlening correct te kunnen uitvoeren. De cliënt mag van de diensten en/of producten van de bank geen oneigenlijk of onrechtmatig gebruik (laten) maken,

¹ Artikel 2 Algemene Bankvoorwaarden.

waaronder mede begrepen gebruik dat strijdig is met weten regelgeving, dienstbaar is aan strafbare feiten of schadelijk is voor de bank of haar reputatie of voor de integriteit van het financiële stelsel."

Het mes snijdt dus aan twee kanten in dit geval. Beide partijen dienen zorgvuldig met elkaar om te gaan. De bank heeft, afhankelijk van de kredietovereenkomst, en met inachtneming van de algemene bankvoorwaarden, eventueel de mogelijkheid om de kredietovereenkomst te ontbinden omdat de consument niet voldoet aan haar betalingsverplichtingen. Het gevolg hiervan kan zijn dat het krediet volledig vervroegd opeisbaar wordt.

Veel voorkomende redenen voor de kredietverstrekker om de lening vervroegd op te eisen zijn:

- achterstallige betaling door de kredietnemer;
- de kredietnemer overlijdt en de kredietverstrekker is onzeker of de nabestaanden de lening wel kunnen afbetalen;
- de kredietnemer overlijdt en komt niet in aanmerking voor kwijtschelding;
- de kredietnemer gaat Nederland uit;
- de kredietnemer gaat failliet;
- de kredietnemer heeft aan de bank onjuiste inlichtingen verstrekt;
- het object dat als zekerheid dient voor de kredietverstrekker (het object waarop een pandrecht rust) is door de kredietnemer verkocht zonder toestemming van de kredietverstrekker.

Indien er in de kredietovereenkomst in het geheel niets is overeengekomen hieromtrent, dan valt men terug op het algemene verbintenissenrecht, zoals eerder uiteengezet.

2.7 Afdwingbaarheid woninggebonden lening versus een hypotheekrecht

Banken zullen bij het verstrekken van een hypotheek ter financiering van een woning een inkomens- en lastentoets verrichten om te kunnen oordelen in hoeverre het verantwoord is om een hypothecaire lening te verstrekken aan een woningeigenaar. Hierbij worden alle lasten – waaronder een woninggebonden lening voor energiebesparende maatregelen – meegenomen. De voorwaarden van de woninggebonden lening zullen worden meegewogen in voormelde inkomens- en lastentoets.

Een bank kan een additionele hypotheek vertrekken voor het treffen van de energie besparende maatregelen. In dat geval zijn de hypotheek en de lening ter financiering van de energiebesparende maatregelen (de woninggebonden lening) samengetrokken. Indien een lening ter financiering van de energiebesparende maatregelen geen aanvulling is op de hypotheek, dan gaat het dus om twee separate overeenkomsten.

Bij wanbetaling van de woninggebonden lening leidt dit in beginsel niet tot executie van het hypotheekrecht. De ongezekerde woninggebonden lening is weliswaar gekoppeld aan de woning, maar deze lening is niet 'gezekerd' door een hypotheek. Indien een koppeling met de leveringsovereenkomst kan worden gemaakt, leidt het niet betalen van de energierekening mogelijk tot afsluiting, maar niet tot gedwongen verkoop van de woning.

Indien de woningeigenaar met betrekking tot een hypothecaire lening ophoudt aan zijn betalingsverplichtingen jegens de bank te voldoen, kan dit leiden tot gedwongen verkoop van de woning, lees parate executie door de bank.

Niet uitgesloten is, dat er sprake zal zijn van samenloop. Betalingsnood geldt vaak ten opzichte van alle crediteuren. Hoe bij executie met de betalingsachterstanden in het kader van de woninggebonden lening moet worden omgegaan, is op zijn minst onzeker. Waarschijnlijk rest de energieleverancier of de netbeheerder niets anders dan een vordering op een dubieuze debiteur. Aandachtspunt zal voorts zijn, dat indien de betalingsachterstand op grond van de woninggebonden leningsvoorwaarden overgaat op de koper op de executieveiling, dit van invloed zal zijn op de uiteindelijke verkoopopbrengst.

2.7.1 Overgang woninggebonden lening bij executie van het hypotheekrecht in huidige wettelijk kader

Bij executieverkoop van een recht van erfpacht (een beperkt zakelijk recht) bestaat onder bepaalde voorwaarden de mogelijkheid de woning te 'zuiveren' van bepaalde beperkte rechten (zoals hypotheeken) en beslagen. Vereisten voor zuivering zijn dat de woning aan de koper is geleverd ingevolge een executoriale verkoop en de koopprijs is voldaan. Als aan voornoemde vereisten is voldaan verkrijgt koper de het recht van erfpacht van de woning zonder beslagen en/of andere beperkte rechten, zoals hypotheeken. Indien het mogelijk is de woninggebonden lening op te nemen in de erfpachtvoorwaarden, dan zullen deze voorwaarden ook gelden na executie voor de veilingkoper.

2.7.2 Kwalitatieve verplichting

De hiervoor omschreven zuivering geldt niet ten aanzien van kwalitatieve verplichtingen die zijn overeengekomen voorafgaand aan de vestiging van het hypotheekrecht. Executie zal alsdan plaats moeten vinden belast met een kwalitatieve verplichting.² Echter, zoals eerder aangegeven, lijkt een kwalitatieve verplichting, gezien het karakter van de verplichting, geen werkbare mogelijkheid voor het verbinden van een lening aan de eigendom van een woning. Bij kwalitatieve verplichting gaat het immers om een doen of een dulden, terwijl in deze situatie een 'doen' wordt beoogd met de overdracht van de leningsoverkomst.

2.7.3 Kettingbeding

In de literatuur wordt verschillend gedacht over de vraag hoe men dient om te gaan met een kettingbeding en bij de executie van een woning. Enerzijds wordt verdedigd dat een executant het kettingbeding kan negeren en dus kan executeren zonder het beding op te leggen. Dit zal de executant wenselijk achten, omdat de woning meer zal opbrengen zonder kettingbeding dan met oplegging van het kettingbeding. Anderzijds wordt verdedigd dat het de notaris niet vrijstaat om mee te werken aan het verbreken van een kettingbeding (wanprestatie). Het is met andere woorden onzeker of een kettingbeding bij executie zal blijven bestaan. Dit is voor een financier van een woninggebonden lening waarschijnlijk een te groot risico, nog los van het feit, dat het karakter van het kettingbeding, het kettingbeding voor een financier minder interessant maakt om een lening te binden aan de eigendom van een woning.

2.8 Conclusie

Binnen het huidige wettelijke kader bestaan verschillende opties om een aan een woning gekoppelde verplichting in het leven te roepen. De belangrijkste juridische mogelijkheden om een lening te koppelen aan een woning zijn (i) het recht van erfpacht, (ii) de kwalitatieve verplichting en (iii) het kettingbeding. Aan deze mogelijkheden kleven beperkingen van juridische en praktische aard die een belemmering vormen voor de rechtszekerheid en financierbaarheid en grootschalige toepassing van woninggebonden financiering in de weg staan.

² N.C. van Oostrom-Streep, 'De kwalitatieve verplichting', BJU: Utrecht 2006.

Een erfpachtconstructie is vaak omslachtig en verschaft geen eigendom. Onbekendheid is ook een belangrijk aandachtspunt. Een kwalitatieve verplichting heeft vanwege het flexibele (verbintenissenrecht), maar tevens goederenrechtelijke (doorwerking naar rechtsopvolgers) karakter, de voorkeur.

Een kwalitatieve verplichting gaat van rechtswege over op rechtsopvolgers. Echter, een kwalitatieve verplichting betreft op dit moment 'slechts' een passieve verplichting (iets niet doen of iets dulden) en derhalve geen actieve verplichting (een doen). Een wetswijziging om een kwalitatieve verplichting tevens actief te kunnen maken of om een uitzondering toe te staan voor woninggebonden financiering, zou dit wel mogelijk kunnen maken, maar lijkt op korte termijn niet haalbaar.

Een kettingbeding gaat niet van rechtswege over op een rechtsopvolger in tegenstelling tot het recht van erfpacht en de kwalitatieve verplichting. 'De ketting is zo sterk als de zwakste schakel'. Vanuit financieringsperspectief is dit een belangrijk nadeel.

Banken zullen bij het verstrekken van een hypotheek ter financiering van een woning een inkomens- en lastentoets verrichten om te kunnen oordelen in hoeverre het verantwoord is om een hypothecaire lening te verstrekken aan een woningeigenaar. Hierbij worden alle lasten – waaronder een woninggebonden lening voor energiebesparende maatregelen – meegenomen. De voorwaarden van de woninggebonden lening zullen worden meegewogen in voormelde inkomens- en lastentoets.

Bij wanbetaling van de woninggebonden lening leidt dit in beginsel niet tot executie van het hypotheekrecht. De ongezekerde woninggebonden lening is weliswaar gekoppeld aan de woning, maar deze lening is niet 'gezekerd' door een hypotheek. Indien een koppeling met de leveringsovereenkomst kan worden gemaakt, leidt het niet betalen van de energierekening mogelijk tot afsluiting, maar niet tot gedwongen verkoop van de woning.

In geval van wanbetaling van de hypothecaire lening verschaft het hypotheekrecht de bank onder andere het recht van parate executie. Dit betekent dat de bank in geval van wanbetaling door de woningeigenaar de woning kan verkopen aan een derde zonder dat daarvoor een gerechtelijke uitspraak vereist is. Hoe bij executie met de betalingsachterstanden in het kader van de woninggebonden lening moet worden omgegaan, is op zijn minst onzeker. Waarschijnlijk rest niets anders dan een vordering op een dubieuze debiteur. Aandachtspunt zal voorts zijn, dat indien de betalingsachterstand op grond van de woninggebonden leningsvoorwaarden overgaat op de koper op de executieveiling, dit van invloed zal zijn op de uiteindelijke verkoopopbrengst.

Koppeling van de woninggebonden lening aan de energieleveringsovereenkomst vereist zorgvuldige regie en afstemming, met name voor wat betreft de beëindigingsmogelijkheden en gevolgen daarvan.

3. Energiecanon

In dit hoofdstuk wordt de tweede onderzoeksvraag behandeld. Is het mogelijk om een verplichting tot terugbetaling van een lening ten behoeve van investeringen in energiebesparende maatregelen (verder ook genoemd "energiecanon") dwingend op te leggen, vergelijkbaar met de erfpachtcanon?

Zoals eerder in Hoofdstuk 2 beschreven, kent de wet een aantal mogelijkheden om verplichtingen ook aan rechtsopvolgers dwingend op te leggen. In de paragrafen 3.1, 3.2 en 3.3 komen respectievelijk erfpacht, de kwalitatieve verplichting en het kettingbeding. In paragraaf 3.4 komen twee alternatieve oplossingen aan bod die in het buitenland worden gehanteerd. In paragraaf 3.5 zal een mogelijke oplossing voor een energiecanon in Nederland worden behandeld. In paragraaf 3.6 wordt besloten met een conclusie.

3.1 Erfpachtcanon

Erfpachtcanon is een vergoeding, die de erfpachter verschuldigd is voor het houden en gebruiken van grond (al dan niet bebouwd), die eigendom is van een derde. Deze vergoeding is doorgaans de resultante voor een voor het perceel vastgestelde grondprijs en van een zeker rentepercentage. De erfpachtcanon kan slechts een vergoeding in geld betreffen en is facultatief. Er bestaat geen wettelijke verplichting tot het opleggen van een erfpachtcanon. Indien een erfpachtcanon wordt overeengekomen, maakt de verplichting tot betaling daarvan onderdeel uit van de erfpachtvoorwaarden.

De verplichting tot betaling van de erfpachtcanon kwalificeert als een kwalitatieve verbintenis. Ook rechtsopvolgers van de erfpachter zijn verplicht tot betaling van de erfpachtcanon (in sommige gevallen zelfs voor reeds verschuldigde termijnen). Het kwalitatieve karakter van de canon brengt met zich mee, dat schuldovername niet nodig is.³ Voor de eigenaar (erfverpachter) levert de canonverplichting van de erfpachter een kwalitatieve vordering uit de wet op: de (opvolgend) eigenaar heeft recht op betaling van de canontermijnen.⁴

³ Artikel 6:155 e.v. BW.

⁴ GS Zakelijke rechten, artikel 85 Boek 5 BW, aant. 10.2.

Op grond van de wet is de verkrijger van een erfpachtrecht (de nieuwe erfpachter) hoofdelijk aansprakelijk voor de canontermijnen die opeisbaar zijn geworden in de vijf jaren voorafgaand aan het moment van de verkrijging.⁵ Die regeling hangt samen met het kwalitatieve karakter van de erfpachtcanon.

De reden om niet te kiezen voor een recht van erfpacht voor het opleggen van een energiecanon is gelegen in het feit dat een erfpachtconstructie vaak omslachtig is en geen eigendom verschaft. Juridisch is de vraag of voormelde verplichtingen wettelijk kunnen kwalificeren als erfpachtvoorwaarden met goederenrechtelijk effect. Vanuit financieringsperspectief geeft het recht van erfpacht veel administratieve lasten.

3.2 Kwalitatieve verplichting

Een kwalitatieve verplichting is een verbintenissenrechtelijke verplichting, die bij het verkrijgen van een registergoed (een woning) mee overgaat op de verkrijger. Echter, een kwalitatieve verplichting kan geen actieve verplichting inhouden (een verplichting om iets te doen). Een kwalitatieve verplichting kan slechts een verplichting inhouden tot 'niet doen' of 'een dulden'. Hierin schuilt ook direct de beperking. Het opleggen van een actieve betalingsverplichting past dus niet binnen de wettelijke kaders van een kwalitatieve verplichting. Een wetswijziging is derhalve noodzakelijk, maar lijkt niet realistisch aangezien het de kern treft van de kwalitatieve verplichting.

3.3 Kettingbeding

Bij een kettingbeding is het wel mogelijk om een actieve verplichting op te leggen, een verplichting tot een doen. Degene op wie de verplichting rust, is deze verplicht op te leggen op een rechtsopvolger, eventueel versterkt met een boete in geval van niet opleggen.

Een kettingbeding heeft alleen geen zakelijke werking en zal dus niet van rechtswege overgaan op een rechtsopvolger zonder nadere handeling. Hierin schuilt het nadeel. Een ketting is zo sterk als de zwakste schakel. Een kettingbeding moet steeds worden opgelegd en worden aanvaard en kan worden doorbroken (onverminderd de boete). Het kettingbeding kent geen wettelijke, maar slechts een contractuele basis. Dit is op zichzelf

⁵ Zie artikel 5:92 lid 2.

natuurlijk geen belemmering, alleen brengt dit risico's met zich mee met betrekking tot de overdraagbaarheid van de verplichting.

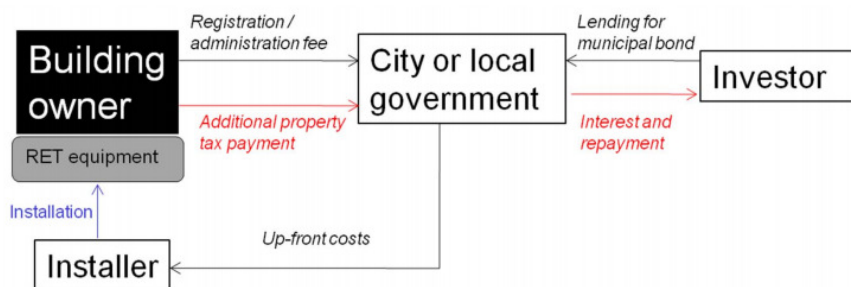
3.4 Alternatieve oplossingen

Over de grens zijn verschillende landen ook bezig zijn met het zoeken naar mogelijkheden tot het dwingendrechtelijk opleggen van een energiecanon. Een tweetal voorbeelden worden nader uitgewerkt ter illustratie. Dit wordt thans vaak gebruikt ter inspiratie voor Nederlandse mogelijkheden.

3.4.1 PACE-model

In de Verenigde Staten is de Property Assessed Clean Energy ("**PACE**") inmiddels in tientallen staten ingevoerd en succesvol gebleken. Bij PACE wordt voor het treffen van energiebesparende maatregelen gebruik gemaakt van zonnepanelen. Hierbij is een financieringsconstructie bedacht waarbij de overheid investeert in zonnepanelen voor een woning of gebouw. Het eigendom van zonnepanelen wordt niet gekoppeld aan een woning of gebouw. De overheid plaatst de zonnepanelen en blijft daar zelf eigenaar van. De bewoners van de woningen of gebruikers van de gebouwen betalen hiervoor een maandelijks bedrag ter vergoeding. De kosten zijn hierbij verbonden aan het gebouw/de woning en niet aan de eigenaar/gebruiker. Hieronder een afbeelding waarin de constructie achter het PACE-model is weergegeven.

Figuur 2: PACE-model ⁶



⁶ IEA Rapport, Business Models for Renewable Energy in the Built Environment, maart 2012

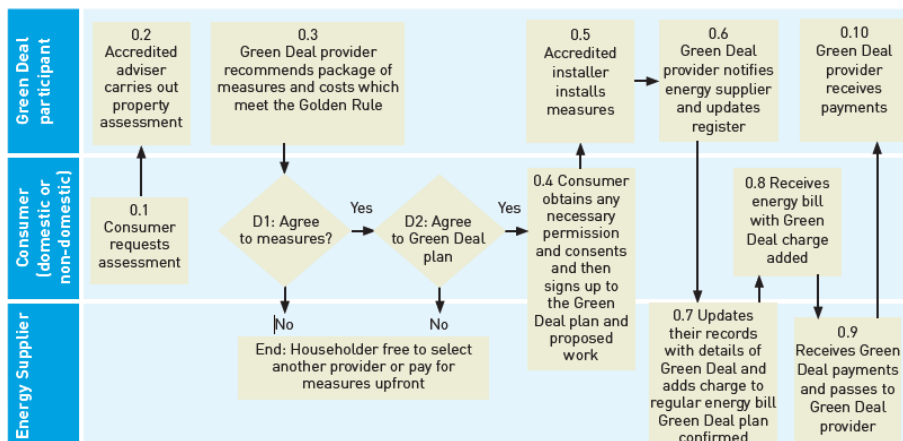
3.4.2 The Engelse Green Deal

De Green Deal die in januari 2013 van start is gegaan in het Verenigd Koninkrijk stelt huiseigenaren en –bewoners in staat om te investeren in energiebesparende verbouwingen. Om huiseigenaren zover te krijgen dat zij investeren in de woning door het treffen van energiebesparende maatregelen, is het Green Deal project in Engeland in januari 2013 gestart.

Het innovatieve aspect aan de regeling is, dat de lening voor de verbouwing gebonden is aan de eigendom en niet aan de bewoner/eigenaar. De kern van de regeling is, dat de gebruiker betaalt. De lening wordt terugbetaald door degene die de energierekening moet voldoen (degene die ook daadwerkelijk het voordeel geniet van de verbeterde woning). Het elektriciteitsbedrijf maakt op basis van een extra post op de energierekening, de aflossing over aan de Green Deal Provider (het bedrijf dat de lening heeft verstrekt). Doordat de lening aan de eigendom gebonden is en niet aan de eigenaar, zal de terugbetaling blijven doorgaan, ook in geval van rechtsopvolgers.⁷

⁷ Artikel 12 tot en met 14 van de Energy Act 2011.

Figuur 1 Stappenplan Green Deal



Het is de bedoeling dat door deze constructie verschillende barrières worden geslecht om huizen energiebesparend te maken. Door de Green Deal is er geen vooruitbetaling meer noodzakelijk. Eigenaren en bewoners hoeven niet garant te staan. Door de Green Deal is het mogelijk dat de eigenaar van het huis kan veranderen voordat de lening is afbetaald, zonder dat hierdoor de oorspronkelijke bewoner nog de lening moet terugbetalen.

Voor huizen die worden verhuurd is het voordelig voor de eigenaar, die in de praktijk nauwelijks moeite nemen om hun eigendom milieuvriendelijker te maken. Door de Green Deal kan de verhuurder investeren zonder veel risico, en met uitzicht op winst over de lange termijn. Door de Green Deal betalen de huurders de lening terug, en niet de eigenaar. Er kan gewisseld worden van energieleverancier. Ook tijdens de aflossing.

Een voordeel voor de bewoners van de woningen staat bekend als de Golden Rule. Dit houdt in, dat het bedrag, dat wordt overgemaakt aan de energiemaatschappij, niet groter is dan wat er betaald zou moeten worden zonder dat de verbouwing/investering is gedaan. Hierdoor wordt er in totaal nooit meer betaald voor de maandelijkse energierekening na de verbouwing. De verwachte financiële besparingen moeten gelijk zijn aan of groter dan de kosten van de energierekening en de lengte van de betalingstermijn mag niet hoger zijn dan de verwachte levensduur van de maatregel(en).

Er zijn over de Golden Rule nog wel enige onzekerheden over de haalbaarheid. Berekeningen worden gemaakt op basis van gemiddelde energiekosten uit het verleden. De energieconsumptie kan stijgen, net als de prijs voor elektriciteit.

Het beschermen van de consument is een integraal aspect bij de Green Deal. Als een consument een lening afsluit voor een bepaald product, moet dit product ook goed functioneren. Hiervoor geeft de Green Deal Provider garantie af. Binnen de garantietijd moet de Provider het functioneren van de aanpassingen die zijn gemaakt garanderen en alle schade repareren aan het eigendom dat is ontstaan door de installatie. De Provider draagt de zorg om verzekerd te zijn voor deze garanties. Zo kan de consument zich rechtstreeks wenden tot de verzekeringsmaatschappij indien Provider niet aan de garantieverplichtingen kan of wil voldoen.

In de Green Deal zijn geen garanties gegeven voor de besparingen. Door een expert wordt vastgesteld over hoeveel jaren de afbetaling wordt verspreid, na onderzoek naar het energiegebruik in de jaren voor de verbeteringen en het eerste jaar na de verbeteringen. Alleen wanneer de energierekening niet meer betaald kan worden door de consument, kunnen aanpassingen worden gemaakt in overleg met de energieleverancier.

De Green Deal geeft geen oplossing voor het probleem dat er een significante verandering in het energiegebruik kan ontstaan bij de consument tijdens de terugbetalingperiode, door welke omstandigheid dan ook (gezinsuitbreiding, nieuwe inwoners met hoger gebruik).

3.5 Mogelijke oplossing voor een energiecanon in Nederland

Om grootschalige toepassing van de energiecanon te bevorderen heeft het de voorkeur om een lening te koppelen aan de woningen door gebruik te maken van een kettingbeding. Zoals in het eerdere hoofdstukken naar voren is gekomen, is het bij een kettingbeding wel mogelijk om een actieve verplichting op te leggen, een verplichting tot een doen. Degene op wie de verplichting rust, is deze verplicht op te leggen op een rechtsopvolger, eventueel versterkt met een boete in geval van niet opleggen. Maar zoals ook eerder tot uitdrukking is gekomen heeft een kettingbeding alleen geen zakelijke werking en zal dus niet van rechtswege overgaan op een rechtsopvolger zonder nadere handeling.

Het kettingbeding kent geen wettelijke, maar slechts een contractuele basis. Een wetswijziging zou het eventueel wel mogelijk kunnen maken om een kettingbeding zakelijke werking toe kennen voor een woninggebonden lening voor het treffen van energiebesparende maatregelen, de energiecanon. In de koop- of huurovereenkomst wordt dan op grond van de wet een kettingbeding opgenomen met de verplichting om de energiecanon aan rechtsopvolgers over te dragen. Deze verplichting gaat met de rechtsopvolger over, omdat het een wettelijk geregelde en afdwingbare verplichting is.

Hierdoor is de overdracht niet meer afhankelijk van de aanvaarding van de rechtsopvolger.

Een wettelijke basis voor een energiecannon heeft als voordeel dat rechtszekerheid wordt geboden. Ook wordt de financierbaarheid door de banken van de energiecannon bevordert. Een nadeel is dat een wetswijziging vereist is. Verder zijn de banken op dit moment in het algemeen terughoudend met het aanbieden van nieuwe financieringsproducten. Dat kan worden opgelost door het vastleggen van een energiecannon in de bancaire gedragscodes voor hypotheek en kredieten zodat deze "compliant" wordt.

3.5.1 Energieleveranciers

Een wettelijk geregeld kettingbeding voor woninggebonden lening ter financiering van energiebesparende maatregelen zal gepaard kunnen gaan met eveneens wettelijk vastgelegde inning van een dergelijke energiecanon via de energierekening door een energieleverancier. Daarbij dient de vrije leverancierskeuze geborgd te blijven. Dit zal gunstig zijn voor het incasso risico en de administratieve lasten, hetgeen financierbaarheid van de energiecanon bevordert. Een nadeel is dat een wetwijziging vereist is. Ook zullen afspraken tussen de energiebedrijven en de banken moeten worden gemaakt om de afhandeling van het betalingsverkeer rondom de energiecanon te regelen.

3.5.2. Zonder uniforme aanpak geen schaal

Het vereist een uniforme aanpak om de woninggebonden lening ter financiering van energiebesparende maatregelen door middel van een energiecanon op grote schaal te realiseren. Een constructie waarbij verschillende partijen samenwerken verdient dan ook de voorkeur en zijn een voorwaarde voor een grootschalige aanpak. Partijen die hierbij een rol zouden spelen zijn onder andere de bouwsector, financiële sector, installateurs, energieleveranciers, banken en adviseurs. De partijen zouden afspraken met elkaar moeten maken, onder andere over de wijze waarop de energiecanon wordt berekend, inning van de gelden, uitwisseling van informatie, aard en kwaliteit van de maatregelen, garantie op maatregelen en besparingen, als mede hoe om te gaan tussentijdse veranderingen.

Deze uniforme aanpak dient te worden uitgewerkt in wetgeving of door middel van zelfregulering. In het geval van zelfregulering kan met denken aan het opzetten van een samenwerkingsverband die zich richt op introductie en beheer van de energiecanon.

Een dergelijke standaardisering zal leiden tot meer rechtszekerheid, verlaging van kosten en meer vertrouwen van de consument. Een nadeel is dat een hoge mate van organisatie is vereist om dit mogelijk te maken.

Een wettelijke regeling voor een energiecanon kan onderdeel worden van de implementatie van de nieuwe EU richtlijn betreffende energie-efficiëntie ("Richtlijn 2012/27/EU"). Deze richtlijn dient uiterlijk op 5 juni 2014 te zijn geïmplementeerd.

De overheid kan als initiator optreden om de energiecanon mogelijk te maken en een wettelijke basis te geven. De consumenten, maar ook de professionele partijen, dienen

allen bewust te zijn van het treffen van energiebesparende maatregelen en de overheid kan consumenten en professionele partijen voorlichten en faciliteren.

3.5.3 Garantiebepalingen vereist

Verschillende garantiebepalingen kunnen worden afgegeven, die tevens partijen dwingen tot het leveren van kwaliteit. Dit kan worden opgenomen in de leningsovereenkomst ter financiering voor het treffen van energiebesparende maatregelen. Men kan hierbij denken aan garanties op materialen en garanties op installaties. Voor installaties zijn verschillende soorten garanties af te geven; garanties die toezien op de afzonderlijke onderdelen van een installatie en garanties die toezien op de installatie in zijn geheel. De garanties geven veelal een termijngarantie en garanties met betrekking tot gebreken.

Ook kan men denken aan het geven van garanties op woonlasten. De garantie voor energiebesparing kan afhankelijk worden gemaakt van een gebruikersprofiel. Een woningeigenaar wordt ingedeeld in een bepaald gebruikersprofiel, afhankelijk van onder andere de samenstellingen van de personen die in woning verblijven, de aard van de energiebesparende maatregelen en wijze van energieverbruik.

Dit heeft als voordeel dat consumenten zekerheid verkrijgen dat de energiebesparende maatregelen werken en dat de woonlasten voorspelbaar zijn. Dat bevordert vertrouwen van de consument in de aanbieders. Een nadeel is dat het vormgeven van garanties te complex kan worden gemaakt en daardoor het beoogde vertrouwen van de consument niet wordt gewonnen.

3.6 Conclusie

De huidige belemmeringen in de wet- en regelgeving om een energiecanon vorm te geven vergelijkbaar met een erfpachtcanon kunnen worden weggenomen. Dit kan door verkopers en verhuurders van woningen wettelijk te verplichten de overdracht van een woninggebonden financiering, een "energiecanon", met kopers en huurders overeen te komen. Dit dient dan op grond van de wet in de respectievelijke koop- of huurovereenkomst te worden afgesproken. Dat heeft als voordeel dat rechtszekerheid wordt geboden. Ook wordt de financierbaarheid door de banken van de energiecanon bevorderd. Een nadeel is dat een wetswijziging vereist is. Verder zijn de banken op dit moment in het algemeen terughoudend met het aanbieden van nieuwe financieringsproducten. Dat kan worden opgelost door het vastleggen van een energiecanon in de bancaire gedragscodes voor hypotheek en kredieten zodat deze "compliant" wordt.

Om inning van de betalingen terzake van de woninggebonden financiering te bevorderen kunnen energiebedrijven door de wet worden aangewezen als partijen die de inning van

de aflossingen via de energierekening kunnen of moeten verzorgen. Dit zal gunstig zijn voor het incasso risico en de administratieve lasten, hetgeen financierbaarheid van de energiecanon bevordert. Een nadeel is dat een wetswijziging vereist is. Ook zullen afspraken tussen de energiebedrijven en de banken moeten worden gemaakt om de afhandeling van het betalingsverkeer rondom de energiecanon te regelen.

Om grootschalige toepassing van de energiecanon te bevorderen is uniformering nodig van werkwijzen voor betrokken partijen zoals bouwers, installateurs, energiebedrijven, financiers, adviseurs. Dat kan door middel van een wettelijke regeling of via zelfregulering. Een dergelijke standaardisering zal leiden tot meer rechtszekerheid, verlaging van kosten en meer vertrouwen van de consument. Een nadeel is dat een hoge mate van organisatie is vereist om dit mogelijk te maken.

Een wettelijke regeling voor een energiecanon kan onderdeel worden van de implementatie van de nieuwe EU richtlijn betreffende energie-efficiëntie ("Richtlijn 2012/27/EU"). Deze richtlijn dient uiterlijk op 5 juni 2014 te zijn geïmplementeerd.

4. Het ESCO-model

In dit hoofdstuk komt de derde onderzoeksvraag aan de orde. Is het mogelijk om de investering niet via de energierekening te laten afbetalen maar via een separate factuur? Kan hiervoor het ESCO-model worden gehanteerd en wat is de perceptie van de hypotheekverstrekkers?

In paragraaf 4.1 zal worden ingegaan op het ESCO-model zelf. Vervolgens wordt in paragraaf 4.2 ingegaan op de mogelijkheid van een separate factuur. Daarbij zal ook worden stilgestaan bij de positie van de banken. Besloten wordt in paragraaf 4.3 met een korte conclusie.

4.1 Energy Service Company (ESCO)

Definitie en kenmerken

Een Energie Service Company ("**ESCO**") is een organisatie die energiediensten levert en zelf ook investeert en risico neemt bij het treffen van energiebesparende maatregelen waaronder duurzame energie projecten.⁸ Een belangrijk onderscheid in dit kader is dat tussen een Energy Service Provider Company (ESPC) en een Energy Service Company (ESCO). ESPC's bieden energiediensten aan eindgebruikers en worden betaald op basis van geleverde diensten. ESCO's halen hun verdiensten in de regel uit de behaalde energiebesparing.⁹

Belangrijke opmerkingen bij de ESCO

Naast de bovengenoemde kenmerken van een ESCO zijn er enkele belangrijke kanttekeningen te plaatsten bij een ESCO die bepalend kunnen zijn voor het succes van een ESCO, te weten:

⁸ European Commission Joint Research Centre, Institute for Energy: <http://re.jrc.ec.europa.eu/energyefficiency/ESCO/index.htm>.

⁹ CE oplossingen voor milieu, economie en technologie 2005. Rapport: Energiediensten voor de industrie. De potentiële meerwaarde van Energy Service Companies (ESCO's) en inpassing in de Nederlandse situatie, Delft CE 2005, blz. 6.

- ESCO projecten vereisen een groot startkapitaal en hebben een lange terugverdientijd. Betalingen van de klant zijn vaak gekoppeld aan het verschil in energiekosten vóór het project en de energiekosten ná het project. De klant betaalt de investeringen dus met de te realiseren energiebesparingen. Daarom zijn ESCO's veel meer gericht op het daadwerkelijk realiseren van energiebesparing in plaats van alleen een inschatting te geven, zoals adviesbureaus en installatiebedrijven gewoonlijk doen;
- de meeste energiebesparingsprojecten omvatten het onderhoud van alle of een gedeelte van de nieuwe hoogrendementsinstallaties gedurende de looptijd van het contract. De kosten van dit lopende onderhoud zitten verwerkt in de totale kosten van het project. Hierdoor heeft de klant gedurende de looptijd van het contract niet alleen lagere energiekosten maar ook het voordeel van lagere onderhoudskosten. Als extra bieden ESCO's meestal een gespecialiseerde opleiding aan zodat het onderhoud door de klant zelf kan worden uitgevoerd na afloop van het contract;
- een ander essentieel onderdeel de energiebesparingsprojecten is het onderwijzen van klanten over hun eigen energieverbruikspatronen (profielen) zodat er een "energie-efficiënt partnership" tussen de ESCO en de klant wordt ontwikkeld. Het primaire doel hiervan is dat de klant gaat begrijpen hoe zijn energieverbruik gerelateerd is aan zijn bedrijfsproces en wat het resultaat hiervan is op zijn energiekosten.

Gegarandeerde en gedeelde opbrengsten

ESCO's implementeren maatregelen bij de klant die resulteren in energiebesparing en daarmee in een kostenbesparing. Hun inkomsten zijn direct gerelateerd aan deze kostenbesparing.

Er zijn verschillende manieren om in een contract de vergoeding voor de ESCO vast te leggen en te verdelen. De meest basale verdeling maakt onderscheid in twee vormen:¹⁰

- gegarandeerde opbrengsten;
- gedeelde opbrengsten.

In de eerste vorm garandeert de ESCO opbrengsten en wordt betaald volgens een vast bedrag. In de tweede vorm delen de ESCO en de klant de opbrengsten volgens een

¹⁰ CE oplossingen voor milieu, economie en technologie 2005. Rapport: Energiediensten voor de industrie. De potentiële meerwaarde van Energy Service Companies (ESCO's) en inpassing in de Nederlandse situatie, Delft CE 2005, blz. 6.

bepaalde verdeelsleutel. In de laatste vorm wordt het risico, maar ook de resulterende opbrengsten, verdeel over beide contractspartijen.

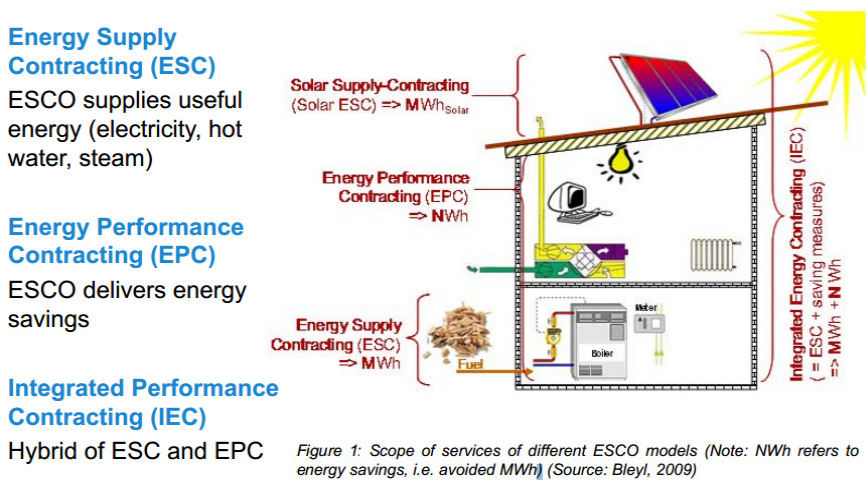
Meerwaarde ESCO

De toegevoegde waarde van ESCO's lijkt op grond van de ervaringen vooral te liggen in de deskundigheid en in de wijze van werken. De deskundigheid vloeit voort uit de bekendheid en ervaringen met technieken en de implementatie daarvan, alsmede uit ervaringen met leveranciers en financiers, met stimuleringsregelingen en met risico's.

De waarde van de wijze van werken komt voort uit het uit handen nemen van complexe processen bij eindgebruikers en schaalvoordelen als gevolg van vergelijkbaar werk bij meerdere partijen en kwantumkortingen bij leveranciers.¹¹

Figuur 3: ESCO-model¹²

Hieronder een afbeelding van een ESCO-model dat meerdere varianten toont op basis van verschillende services van de ESCO.



¹¹ CE rapport 2005, blz. 10.

¹² IEA Rapport, Business Models for Renewable Energy in the Built Environment, maart 2012.

4.2 ESCO en woninggebonden financiering

4.2.1 Voorgesteld ESCO-model met separate factuur

Een andere mogelijke optie is ESCO-model waarbij de bewoner een lening aangaat die afbetaald wordt via de energierekening. Vanuit het belang en gemak voor de bewoner heeft het de voorkeur om de betaling via de energiefactuur van de energieleverancier te laten verlopen. Op de energiefactuur zal een aparte module "energiebesparing" worden geplaatst. Indien het onverhoopt niet gerealiseerd zou kunnen worden om dit via de energiefactuur te bewerkstelligen, dan is de vraag of dat ook via een separate factuur kan geschieden.

Juridisch gezien zijn er geen belemmeringen voor een ESCO om geleverde diensten door middel van een separate factuur in rekening te brengen. Het voordeel is in dat geval dat er een rechtstreekse relatie bestaat tussen de leverancier en de afnemer van de energiedienst. Een belangrijk nadeel kan zijn dat het proces van factureren en innen moet worden ingericht en beheerd. Het aansluiten bij bestaande administratieve processen biedt waarschijnlijk een kostenvoordeel. Vanuit oogpunt van incasso risico zal een zelfstandige facturering door de ESCO ook betekenen dat dat risico moet worden beheerst door actief debiteurenbeheer.

4.2.2 Perceptie banken

De banken zijn wel gecharmeerd van een ESCO-model. Zij geven hieraan de voorkeur, omdat zij dan één partij hebben waarbij het risico ligt in plaats van verschillende individuen. Zij geven daarbij aan dat het overigens erg van belang is dat er sterke marktpartijen participeren. Idealiter participeert de overheid tevens in de ESCO met een garantstelling, al dan niet van een bepaald percentage. Een vergelijkbare garantstelling van een participerende woningcoöperatie is eveneens denkbaar.

Het merendeel van de banken gaat overigens in principe liever geen samenwerkingsverband aan met een Vereniging van Eigenaren ("VvE"). De VvE is opgebouwd uit een vergadering van eigenaren, een bestuur en commissies. De VvE heeft een aantal verplichtingen. Ze moet minimaal één keer per jaar vergaderen, een reservefonds opbouwen en een jaarrekening opstellen. Banken ervaren een VvE als een lastige constructie om mee samen te werken, met name door de wijze van besluitvorming.

Daarnaast merken de banken op dat zij geen voorstander zijn van ingewikkelde constructies of formules. Versimpeling en helderheid zijn een ontwikkeling binnen de bankensector die steeds meer de aandacht krijgen. Banken werken liever met een financieel product dat helder en transparant is en eenvoudig is uit te leggen aan de consument.

Idealiter verloopt de betaling via de energiefactuur van de energieleverancier, mede gelet op de administratieve lasten. Indien een separate factuur wordt gestuurd brengt dit allerlei administratieve processen en lasten met zich mee.

Voorts wijzen de banken op het feit dat het gebruik van een ESCO-model eventueel aangemerkt kan worden als een koopoplossing. Een koopoplossing is een bankterm hetgeen kortweg inhoudt dat er een mogelijkheid wordt bedacht voor de consument om een 'koop' te realiseren. Hierbij maakt het geen verschil of dit via een ESCO-model geschiedt of niet. De bank dient in het kader van haar zorgplicht elke 'last' van de consument mee te rekenen in de inkomens- en lastentoets om overkreditering te voorkomen. Het gevaar van dergelijke constructies is dat de mogelijkheid bestaat dat adviseurs de 'verkapte' leningen niet als zodanig herkennen. Het kan nadelige gevolgen hebben voor de consument indien de adviseur dit niet herkent als een lening.

De banken staan open voor het ESCO-model en zijn bereid om mee te denken over daarmee verband houdende financieringsconstructies.

4.3 Conclusie

Een Energie Service Company (ESCO) is een organisatie die energiediensten levert en zelf ook investeert en risico neemt bij het treffen van energiebesparende maatregelen waaronder duurzame energie projecten. De toegevoegde waarde van ESCO's ligt in de deskundigheid en de wijze van werken. De deskundigheid vloeit voort uit bekendheid en ervaringen met technieken en de toepassing daarvan, alsmede ervaringen met leveranciers en financiers, met stimuleringsregelingen en met risico's.

Juridisch gezien zijn er geen belemmeringen voor een ESCO om geleverde diensten door middel van een separate factuur in rekening te brengen. Het voordeel is in dat geval dat er een rechtstreekse relatie bestaat tussen de leverancier en de afnemer van de energiedienst. Een belangrijk nadeel kan zijn dat het proces van factureren en innen moet worden ingericht en beheerd. Het aansluiten bij bestaande administratieve processen biedt waarschijnlijk een kostenvoordeel. Vanuit oogpunt van incasso risico zal

een zelfstandige facturering door de ESCO ook betekenen dat dat risico moet worden beheerst door actief debiteurenbeheer.

De banken zijn wel gecharmeerd van een ESCO-model. Het voordeel van een ESCO voor de banken is dat het risico bij één partij komt te liggen in plaats van verschillende individuen. Een nadeel is dat sterke marktpartijen moeten participeren. Garantstellingen van de overheid, woningcorporaties of vergelijkbare partijen bevorderen de financierbaarheid aanzienlijk.

5. Perceptie van de hypotheekverstrekkers

In dit hoofdstuk wordt aandacht besteed aan de perceptie van de banken. Hoe staan zij tegenover het idee om leningen voor energiebesparende maatregelen te koppelen aan de eigendom van een woning?

Op basis van gesprekken met de (groot)banken die hypotheekleningen verstrekken en leningen voor duurzaamheidsmaatregelen, wordt een beeld geschetst van de onder bankiers levende opvattingen over leningen voor energiebesparende maatregelen.¹³ Achtereenvolgens komt de perceptie van de banken aan de orde inzake energiebesparing (paragraaf 5.1), de energiecanon (paragraaf 5.2), wenselijkheid van nieuw constructies (paragraaf 5.3), de ervaringen met bestaande instrumenten verruiming hypotheekruimte, groenfinanciering en de explainregeling (paragraaf 5.4), de woninggebonden lening of energiecanon (paragraaf 5.5). Besloten wordt met welke rol de banken kunnen spelen bij het toepassen van woninggebonden leningen.

5.1 Energiebesparing

De banken zijn voorstander van het treffen van energiebesparende maatregelen, want dit is een trend die zeker ook zal doorzetten in de toekomst. Banken houden zich hier ook mee bezig, zij gaan bijvoorbeeld samenwerkingsverbanden aan met energieleveranciers, investeren in energieprojecten en bieden groenfinancieringen aan.

5.2 Nieuwe financiële constructie: de energiecanon

De banken kregen de constructie voorgelegd waarin een lening wordt verstrekt, nog niet is gezegd door wie de lening wordt verstrekt, waarbij het om een woninggebonden financiering gaat voor het treffen van energiebesparende maatregelen aan de woning. De afbetaling van de lening verloopt via de energierekening, af te handelen via de energieleverancier dan wel de netbeheerder.

5.3 Wenselijkheid nieuwe constructie?

De banken stellen zich in eerste instantie de vraag in hoeverre het wenselijk is om nieuwe financieringsconstructies in het leven te roepen. Zij zijn van mening dat de

¹³ Zie bijlage III.

oplossing niet direct moet worden gezocht in nieuwe financieringsconstructies. De financiële dienstverlening is reeds voldoende op gericht om dit mogelijk te maken. Echter, de praktijk leert dat van de bestaande financieringsmogelijkheden nauwelijks gebruik wordt gemaakt.

Banken signaleren ook een ander probleem buiten de financieringsconstructies. Banken zijn namelijk van mening dat de vraag ontbreekt bij de consumenten. Consumenten worden niet bewust gemaakt van de relevantie en mogelijkheden voor het treffen van energiebesparende maatregelen. Daar ligt eerst nog een slag om te maken. De opvoeding van de consument verdient aandacht. Zij worden namelijk op dit moment onvoldoende geprikkeld om kennis te nemen van deze materie om uiteindelijk de energiebesparende maatregelen ook daadwerkelijk te nemen. Hier ligt nog een belangrijke taak voor de overheid. Het is aan hen om het publiek te wijzen op de relevantie van het nemen van energiebesparende maatregelen en hen hiertoe te bewegen.

5.4 Waarom worden bestaande financieringsconstructies nauwelijks aangewend?

Een heel apart onderzoek kan gewijd worden om er achter te komen waar het precies aan ligt dat bestaande financieringsconstructies niet aangewend worden. De banken gaven in ieder geval hun perceptie waar dit eventueel aan zou kunnen liggen. Zij deelden hun ervaringen over de bestaande financiële producten. Hieronder een greep uit de belangrijkste 'problematiek' met betrekking tot de hiervoor genoemde financiële producten.

5.4.1 Extra hypotheekruimte

Indien consumenten bij een bank aankloppen voor een hypothecaire financiering, bestaat de mogelijkheid om een (extra) financiering van € 8.000 te verstrekken voor het treffen van energiebesparende maatregelen, zonder dit mee te nemen voor de inkomens- en lastentoets.

Dit lijkt een goede oplossing om aan te wenden voor het treffen van energiebesparende maatregelen, maar toch wordt dit tot op heden nauwelijks toegepast. Enerzijds ligt dit volgens de banken met name aan de onbekendheid van deze mogelijkheid bij de adviseurs. Dat is een punt dat door banken zelf opgepakt moet worden om dit te verhelpen. Anderzijds vraagt men zich af of je een consument die al aan zijn leningsgrens zit, nog een extra financiering van € 8.000,- aan moet laten gaan. Daarom wordt hier wordt hier terughoudend mee omgegaan door de adviseurs die hier wel mee bekend zijn.

Voorts is er nog een ander heikel punt. Vanaf 1 januari 2013 is het provisieverbod ingegaan en daardoor betaalt de consument direct voor financieel advies en bemiddeling bij financiële producten. Het doel van het provisieverbod is een situatie te creëren waarbij de adviseur zich richt op het belang van de klant. Op dit moment bestaat er een intensieve relatie tussen adviseur en aanbieder, die sturingsmogelijkheden geeft voor aanbieders. Met het provisieverbod wordt de intensieve relatie ontvlochten om zodoende sturingsmogelijkheden weg te nemen.

Door de ontvlechting wordt de financiële adviesdienst losgekoppeld van het financiële product en lopen er, bij het afsluiten van producten die onder het provisieverbod vallen, geen geldstromen meer van aanbieders naar adviseur voor de betreffende producten. Omdat de consument nu zelf de adviseur voor de adviesdienst betaalt, komt het financiële belang van de adviseur in het verlengde van zijn klant te liggen. Het uiteindelijke doel is een markt voor financiële dienstverlening waarbij de financiële dienstverlener naast zijn klant staat.¹⁴

Consumenten zullen door het provisieverbod ervaren dat financieel advies niet gratis is. Dit moet ertoe leiden dat zij bewuster keuzes maken bij het afnemen van financiële dienstverlening en daarbij een goede afweging maken tussen kwaliteit en prijs.

In de praktijk betekent dat de adviseurs advieskosten in rekening moet brengen bij advies voor een hypothecaire lening. Ongeacht de hoogte van het bedrag van de hypotheek wordt hetzelfde uurtarief dan wel vast bedrag in rekening gebracht en tevens in de gevallen dat de consument geen hypothecaire lening afsluit. Het provisieverbod brengt echter ook met zich mee dat consumenten terughoudend zijn met het inwinnen van financieel advies. De kosten kunnen namelijk snel oplopen bij het hanteren van een uurtarief of in het geval van een vast bedrag kan het soms niet redelijk in verhouding staan met de hoogte van de hypothecaire lening. Dit is voornamelijk een drempel voor het aanwenden de extra hypothecaire financieringsruimte van € 8.000,-. Deze extra hypothecaire ruimte wordt buiten beschouwing gelaten bij de inkomens- en lastentoets om het gemakkelijk te maken voor de consument een dergelijke lening aan te wenden voor het treffen van energiebesparende maatregelen. De maatregel lijkt een goede

¹⁴<http://www.afm.nl/nl/professionals/afm-voor/adviseurs-bemiddelaars/provisieverbod/doel.aspx>.

oplossing, maar het lijkt zijn doel te missen indien aan de andere kanten de kosten hoog oplopen voor de consument door het hanteren van een uurtarief dan wel vast bedrag voor het inwinnen van advies.

5.4.2 Groenfinancieringen

Een groene lening is in principe een consumptieve lening onder meer ontwikkeld om het bewustzijn rondom het milieu en duurzaamheid te vergroten. Jaren geleden werd hier veel aandacht aan geschonken, mede door de overheid. Men diende aandacht te schenken aan duurzaamheid en hieruit vloeide bij de banken de groene leningen voort.

Groene leningen worden laatste tijd slechts incidenteel aangewend, volgens de meerderheid van de banken. Dat komt doordat het niet meer de aandacht krijgt dat het verdient. Jaren geleden toen dit onderwerp echt de aandacht van alle marktpartijen en overheid had en banken ruimer zaten in hun budget, werd veel geld geïnvesteerd in dergelijke leningen. De groene leningen bevinden zich in het financiële productenassortiment, maar er wordt geen geld meer ingestoken om ze verder te etaleren om bekendheid te genereren bij de consument.

Consumenten stellen zich met betrekking tot het treffen van energiebesparende maatregelen vaak terughoudend op. Het is namelijk een investering, waarvan meestal op een later termijn het voordeel zichtbaar wordt. Dit wordt vaak als een te onzeker factor ervaren. Consumenten dienen bekend gemaakt te worden met de precieze voordelen van het treffen van energiebesparende maatregelen.

Het is een goed initiatief om een lening te verstrekken voor het treffen van energiebesparende maatregelen en de groene leningen lijken hiervoor een geschikt. Echter, ze worden nauwelijks aangewend, mede door de terughoudendheid van de consument.

5.4.3 Explain-regeling

Voor het verstrekken van een lening voor treffen van energiebesparende maatregelen kan men ook eventueel terugvallen op de 'comply- or explain-' regeling. Banken hebben namelijk de mogelijkheid om af te wijken van de normen voor het verstrekken van een lening aan een consument indien zij dit onderbouwen. Dit dient uiteraard wel verantwoord te zijn.

Indien een bank kan onderbouwen dat aan een consument een hogere lening verstrekt kan worden dan de norm in eerste instantie aangeeft, zou men dus extra (of hogere)

hypothecaire lening kunnen verstrekken voor het treffen van energiebesparende maatregelen.

Toch wordt hier geen gebruik van gemaakt. Banken geven aan dat zij dit slechts in afweging nemen in hele uitzonderlijke gevallen. Dit is geen oplossing die standaard aangewend wordt. De AFM houdt hier streng toezicht op of de onderbouwing wel goedgekeurd kan worden. Het probleem hierbij is dat de goedkeuring achteraf geschied. Banken hebben bij het toekennen van een extra (of hogere) hypothecaire lening, indien zij gebruik maken van de explain-regeling, geen garantie dat de onderbouwing wordt goedgekeurd door de AFM.

Het is in het verleden vaak voorgekomen dat de onderbouwingen om een explain-regeling aan te wenden achteraf niet werden goedgekeurd door de AFM. Enkele banken zijn in het verleden flink op de vingers getikt door de AFM en hebben hiervoor hoge boetes in ontvangst mogen nemen. Hierdoor is er binnen de banken een angstcultuur ontstaan. Men grijpt liever niet meer naar de optie om explain-regeling toe te passen. Zelfs in de gevallen waarin een consument hier zelf om vraagt, wordt dit vaak van de hand gewezen.

Daarnaast speelt het natuurlijk ook een rol dat men zich afvraagt of het wel verstandig is om een extra (of hogere) hypothecaire lening te verstrekken aan een consument. De regels omtrent de inkomensnorm zijn niet voor niets in het leven geroepen. Dit dient de consument te beschermen, zodat zij niet meer lening verstrekt krijgen door de bank dan verantwoord is.

De explain-regeling wordt nauwelijks aangewend door de adviseurs, vanwege de angst voor sancties van de AFM. De explain-regeling dient echter ook alleen aangewend te worden in uitzonderlijke gevallen en indien dit goed onderbouwd wordt, aangezien hiermee de leningsgrens van de consument wordt overschreden.

Naast de bestaande financiële producten, die voor het aanwenden daarvan afhankelijk zijn van de inkomens- en lastentoets van de consument (leningsgrens), zou men ook gebruik kunnen maken van (een soortgelijke) explain-regeling voor het verstrekken van een lening voor de te nemen energiebesparende maatregelen.

Gelet op de terughoudendheid van de adviseurs met betrekking tot de explain-regeling, dient de explain-regeling een ander karakter te verkrijgen, zodat het voor adviseurs gemakkelijker is om dergelijke regeling aan te wenden. Gedacht kan worden aan het

versoepelen van de explain-regels voor het treffen van energiebesparende maatregelen. Een andere oplossing zou zijn om energiebesparende maatregelen niet als uitzondering aan te merken, maar het naar 'comply' te verplaatsen, zodat het een standaard regeling wordt in de toepasselijke gedragscodes voor hypothecaire en consumptieve leningen.

Echter, de vraag die hierbij wordt opgeworpen is of deze ambitie wenselijk is. De explain-regeling is er om de consument te beschermen tegen overkreditering en de vraag is dan in hoeverre het verstandig is om verschillende wegen te verzinnen om onder deze beschermingsregels uit te komen. Een andere kanttekening die gemaakt wordt, is dat reeds ruimte bestaat voor het verstrekken van een lening voor het treffen van energiebesparende maatregelen zonder dat hierbij de inkomens- en lastentoets een rol speelt. Dat is de extra hypotheekruimte van € 8.000,-. De banken lijken verdeeld over de vraag in hoeverre die € 8.000,- ook daadwerkelijk het juiste middel is en of het bedrag toereikend is voor het nemen van energiebesparende maatregelen.

5.5 Woninggebonden financiering (de energiecanon)

Een woninggebonden financiering om maatregelen te treffen voor energiebesparende maatregelen, blijft in principe een financiering waarachter een partij schuilt. Dit kan bijvoorbeeld een professionele partij zijn zoals een bank, een woningcorporatie of een energieleverancier die het risico draagt met betrekking tot de lening.

Het gegeven dat de woninggebonden financiering voor het treffen van energiebesparende maatregelen aan de individuele consument, zonder onderpand of zekerheid wordt verstrekt blijkt bij de banken in principe geen probleem te zijn. Dit is uiteraard wel afhankelijk van het bedrag. Banken maken namelijk reeds gebruik van dergelijke constructies. Wat hierbij van belang is dat de banken een kansberekening maken, omdat zij hierbij toch bepaalde risico's lopen. Indien de kans op wanbetaling minimaal is, dan zullen zij sneller geneigd zijn een dergelijke lening te verstrekken. Een betere constructie is – volgens de banken – toch de constructie waarin een solvabel professionele partij tussen de consumenten en de bank in staat die voor een bepaald percentage van het wanbetalingrisico op zich neemt. Op die manier worden de leningen gebundeld hetgeen een gunstig effect heeft op het risicoprofiel.

Verschillende geluiden worden bij de banken hierover gesignaleerd. Bij de woninggebonden financiering rijzen een aantal vragen. De banken zijn met name benieuwd wat er gebeurt in de gevallen van huurwoningen met de woninggebonden

financiering indien de consument zijn huur van de woning opzegt en de woning (tijdelijke) leeg staat. Op wie rust dit specifieke risico? Wie neemt de kosten voor zijn rekening totdat er een nieuwe huurder is? Dit zijn heikele punten volgens een groot deel van banken. Zij zien graag eerst dat alle risico's in beeld zijn, voordat zij voorstander kunnen zijn van een dergelijke constructie. Als belangrijke elementen noemen zij de ontzorging van de consument, en een financieringsconstructie die duidelijk, transparant en verantwoord is.

Met betrekking tot woningeigenaren geven zij aan dat het wel degelijk verschil maakt of het gaat om nieuwbouw of bestaande bouw. Bij nieuwbouw zijn veel minder problemen die een rol spelen, aangezien het vrij gemakkelijk is om tijdens het afsluiten van een eerste hypotheek een iets hoger hypotheekbedrag te verstrekken dat gebruikt kan worden voor het treffen van energiebesparende maatregelen. Die drempel is voor de consument ook veel lager om dat gelijk te aan te pakken en te financieren bij een eerste hypotheek.

Voor bestaande bouw is het iets lastiger. Voor de consument is de drempel in beginsel hoog om dergelijke leningen aan te wenden voor het treffen van energiebesparende maatregelen. Deze leningen komen bovenop de hypothecaire lening en om dit op een later stadium aan te wenden, zonder dat je direct de voordelen daarvan terug ziet, blijkt lastiger te zijn.

Consumenten die wel de stap wensen te nemen om een lening aan te wenden voor het treffen van energiebesparende maatregelen bestaat de mogelijkheid uit een (i) hypothecaire lening en een (ii) consumptieve lening.

- (i) De banken staan niet te springen om het idee om een tweede hypothecaire lening hiervoor aan te wenden. Voor het verstrekken van een tweede hypothecaire lening is toestemming nodig van de eerste hypotheekverstrekker. De eerste hypotheekverstrekker zal niet blij zijn met een tweede hypotheek, want dit biedt hem minder leningsruimte voor eventuele extra leningen. Voorts hebben hypotheekverstrekkers het recht van parate executie, dus zo ook de tweede hypotheekverstrekker. De tweede hypotheekverstrekker kan daarmee de eerste hypotheekverstrekker dwingen tot het nemen van bepaalde maatregelen.
- (ii) Aan de zijde van de consument zijn er ook nadelen te bedenken om niet voor een hypothecaire lening te kiezen. Voornaamste reden zal waarschijnlijk het kostenplaatje zijn. Een consument die een lening wenst aan te aan te wenden

voor het treffen van energiebesparende maatregelen, wil hier uiteraard geen hoge kosten aan hebben. Een hypothecaire lening kunnen hoge kosten met zich mee brengen, die niet in verhouding staan tot het te bereiken doel. Denk hierbij aan advieskosten, notariële kosten e.d..

Banken denken daarom dat in dit geval wenselijker is om een consumptieve lening aan te wenden voor het treffen van energiebesparende maatregelen. Banken dienen bij het verstrekken van een lening aan een consument een inkomens- en lastentoets te verrichten, BKR- toets e.d.. Dat betekent als er een nieuwe woningeigenaar is, waarvan het dus de bedoeling is dat hij/zij tevens het contract met betrekking tot de woninggebonden financiering overneemt, dient deze eerst de individuele toets te ondergaan of de woningeigenaar wel aan de vereisten van onder andere de bank voldoet om de lening überhaupt te kunnen overnemen. Dit brengt voorts de vraag met zich mee in hoeverre een huis eigenlijk dan nog verkoopbaar is indien er een lening aan vast zit.

5.6 Rol van de banken

Banken zijn verdeeld van mening over de vraag in hoeverre zij vinden dat de bank een rol heeft in het mee ontwikkelen van een goede financieringsconstructie over woninggebonden financiering voor het treffen van energiebesparende maatregelen.

De meerderheid van de banken is van mening dat het initiatief vanuit de markt moet komen, meer specifiek vanuit de ondernemers. Zij zijn de aangewezen partij om met een goed plan te komen. Banken hebben de mogelijke financiële producten beschikbaar en zijn bereidwillig om mee te denken in het gehele proces. Uiteindelijk komt het wel neer op de ondernemers die een 'businesscase' dienen te overhandigen, die de banken zullen beoordelen op haalbaarheid. Het initiatief van een dergelijke businesscase dient niet bij de banken te liggen.

Er zijn ook banken die zelf het initiatief graag nemen met betrekking tot dit onderwerp en in samenwerking met andere organisaties oplossingen bedenken voor het treffen van energiebesparende maatregelen en de financiering daarvan. Zij hebben al projecten lopen of hebben in het verleden aan dergelijke projecten meegewerkt. Vaak komen dit soort initiatieven tot stand door een samenwerking aan te gaan met een energieleverancier.

Daarnaast benadrukken zij overigens wel het belang van de rol van de overheid. Het onderwerp duurzaamheid en energiebesparing dient door de overheid getrokken te worden. De overheid is de aangewezen persoon om consumenten op het belang van het

treffen van energiebesparende maatregelen te wijzen. Ook kunnen zij eventueel een belangrijke taak vervullen door mogelijke garanties af te geven, waardoor meer draagkracht gecreëerd wordt.

BIJLAGE I JURIDISCH KADER

Juridisch kader

1. Woninggebonden lening

Om een duidelijk beeld te krijgen van de onderzochte vragen en de daaruit voortvloeiende antwoorden, wordt hier het juridisch kader geschetst betreffende de mogelijkheid om een lening te kunnen koppelen aan een woning.

Beperkte en zakelijke rechten

Beperkte rechten zijn rechten afgeleid van een meer omvattend recht, welke zijn bezwaard met het beperkte recht.¹⁵ Het meest omvattend recht dat een persoon kan hebben op een zaak is het recht van eigendom.¹⁶ Voorbeelden van beperkte rechten zijn: recht van opstal, erfpacht, recht van vruchtgebruik, erfdiensbaarheid, pandrecht en het recht van hypotheek. Hieronder worden het recht van hypotheek en het erfrecht nader beschreven, omdat deze beperkte rechten zijn aangewend voor het Eindrapport. Deze beperkte rechten zijn tevens aan te merken als zakelijke rechten, omdat deze rechten samenhangen met een goed of zaak, in dit geval dus een woning.

Erfpacht

In het geval erfpacht voor het eerst wordt uitgegeven kan in de erfpachtvoorwaarden de verplichting worden vastgelegd om energiebesparende maatregelen uit te voeren.¹⁷ Met betrekking tot de financiering van deze verplichte energiebesparende maatregelen wordt aangeboden om een kredietovereenkomst aan te gaan. In dat geval fungeert de erfverpachter ook als kredietverstrekker. In de erfpachtvoorwaarden kan tevens worden opgenomen dat consumenten de kredietovereenkomst dienen over te dragen indien de woning wordt vervreemd, eventueel met een toestemmingsvereiste voor overdracht. Door deze voorwaarden in de erfpachtovereenkomst op te nemen, worden consumenten verplicht om energiebesparende maatregelen te treffen en de gesloten

¹⁵ Artikel 3:8 BW.

¹⁶ Artikel 5:1 BW.

¹⁷ Artikel 5:85 e.v. BW.

kredietovereenkomst over te dragen indien de woning wordt vervreemd. De volgende erfpachtvoorwaarden zijn derhalve relevant om op te nemen, om zo de woninggebonden financiering mogelijk te maken:

- A. verplichting om energiebesparende maatregelen te nemen;
- B. een kredietovereenkomst om de betreffende maatregelen te financieren;
- C. de verplichting voor de erfpachter om de kredietovereenkomst over te dragen bij vervreemding van de woning en eventueel een toestemmingsvereiste voor overdracht waarbij als voorwaarde geldt dat de kredietovereenkomst verplicht wordt overgenomen

Met het opnemen van de verplichting tot het doen overdragen van een kredietovereenkomst bij vervreemding van de woning, zal de kredietovereenkomst niet van rechtswege overgaan op de verkrijger van de (erfpacht) woning. Alleen een verplichting tot overdracht is immers bedongen. De verkoper heeft dus slechts de plicht om de kredietovereenkomst over te dragen aan de koper. De overdracht kan slechts geschieden met toestemming van de kredietverstrekker door middel van een schuld- of contractsovername.¹⁸

Bij de invulling van de erfpachtvoorwaarden mag de inhoud niet in strijd komen met het wezen van het erfpachtrecht. Voor erfpachtvoorwaarden geldt in beginsel dat er voldoende verband moet bestaan tussen de verplichting en het erfpachtrecht. In hoeverre de bovengenoemde verplichting voldoende verband houden met het erfpachtrecht, is niet geheel zeker.¹⁹ Voorts bestaat het risico met deze variant van woninggebonden financiering dat deze niet zonder nadere handeling mee over gaan. Om dit risico te beperken kunnen de erfpachtvoorwaarden aangevuld worden met enerzijds de kwalitatieve verplichting en anderzijds een kettingbeding.

In het geval erfpacht reeds bestaat, dienen de erfpachtvoorwaarden te worden gewijzigd om hetzelfde doel zoals hierboven omschreven te bereiken. Voor de wijziging van de erfpachtvoorwaarden is een notariële akte vereist en inschrijving in de openbare

¹⁸ De toestemming kan ook al vooraf zijn gegeven. Schuld- / contractsovername is geregeld in artikel 6:155 e.v. BW.

¹⁹ HR 16 maart 1977, 399.

registers. Indien de erfpachtvoorwaarden zijn gewijzigd gelden dezelfde mogelijkheden zoals reeds hierboven vermeld.

Een belangrijk punt is dat er mogelijk fiscale gevolgen aan de wijziging van erfpachtvoorwaarden zijn verbonden. Wijziging van de erfpachtvoorwaarden wordt aangemerkt als een nieuwe erfpacht, waarbij afstand wordt gedaan van de eerdere erfpacht(voorwaarden). Dit kan mogelijk hoge kosten met zich meebrengen in verhouding tot het beoogde doel.²⁰

Verbintenissenrecht

Het Nederlandse verbintenissenrecht heeft als uitgangspunt dat een overeenkomst slechts de partijen bindt die de verbintenissen zijn aangegaan. In principe geldt dat verplichtingen uit een overeenkomst tussen twee partijen geen werking heeft tegenover een derde partij. Uitgangspunt is dus dat als bijvoorbeeld een consument een kredietovereenkomst sluit met het oog op het nemen van energiebesparende maatregelen, de verplichtingen voortvloeiende uit deze kredietovereenkomst blijven gelden voor de consument die de overeenkomst is aangegaan en dat deze verplichtingen niet overgaan op de volgende bewoner van de woning (die vervolgens profiteert van de genomen maatregelen). Er zijn wel een paar mogelijkheden om toch bepaalde verplichtingen over te doen gaan op derde partijen

Kwalitatieve verplichting

Een kwalitatieve verplichting is een verplichting om iets te dulden of om iets niet te doen.²¹ Een kwalitatieve verplichting is een verbintenisrechtelijke verplichting die, wanneer een registergoed (zoals een woning), onder bijzondere titel wordt verkregen (bijvoorbeeld bij de overdracht van de woning), mee overgaat op de verkrijger van dat registergoed. De kwalitatieve verplichting dient wel bij notariële akte te worden vastgelegd en te worden ingeschreven in de registers. Is er eenmaal een geldige kwalitatieve verplichting overeengekomen, dan is deze verplichting ook voor derden kenbaar.

²⁰ Dit volgt uit Wet op Belastingen van rechtsverkeer: zie artikel 6 lid 2 jo 9 lid 2.

²¹ Artikel 6:252 BW.

Bij de verkoop van de woning zal de kwalitatieve verplichting uit de overeenkomst mee overgaan op de nieuwe eigenaar van de woning. Een derde kan namelijk uit de registers opmaken dat hij een verplichting bij de overgang van het goed op zich neemt. Er is geen mogelijkheid om de kwalitatieve verplichting niet te aanvaarden. De verplichting vloeit uit een overeenkomst voort en derden zijn hieraan gebonden.²²

In eerste instantie dient het bij een kwalitatieve verplichting te gaan om een passieve verplichting, immers betreft het een verplichting om iets te dulden of om iets niet te doen. Onder bepaalde bijzondere omstandigheden kan een kwalitatieve verplichting 'om te doen', dus een actieve verplichting, worden opgelegd. De voorwaarden hiervoor zijn dat deze kwalitatieve verplichting als nevenverplichtingen kunnen worden beschouwd van de hoofdverplichting om iets te dulden of iets niet te doen, een goede uitoefening van het recht bevorderen en niet onevenredig belastend zijn. De wijze van formulering van de kwalitatieve verplichting kan hierbij tevens een rol spelen.

Het louter opnemen van een verplichting tot betaling van de lening dat is verstrekt om energiebesparende maatregelen te nemen, zal niet als kwalitatieve verplichting worden aangemerkt. Dit zal namelijk gekwalificeerd worden als een actieve verplichting, een verplichting om iets te doen, terwijl een kwalitatieve verplichting slechts toelaat een verplichting om iets niet te doen of te dulden.

De kwalitatieve verplichting kan in sommige gevallen teniet gaan. De kwalitatieve verplichting kan teniet gaan door verschillende wijzen. Een aantal belangrijke wijze van tenietgaan van de kwalitatieve verplichting:

A. Nakoming

In beginsel gaat een verbintenis teniet door nakoming. Bij de kwalitatieve verplichting houdt nakoming in dat de debiteur aan zijn verplichting heeft voldaan door het dulden of iets niet te doen.²³ Gezien de kwalificatie van de kwalitatieve verplichting als duurovereenkomst kan niet worden gezegd dat de verplichting is nagekomen als de debiteur zich gedurende een deel van die periode van de afgesproken handeling heeft

²² Dit is anders voor wat het de ouder gerechtigden betreft. Zie uitgebreider Valk 2010, nr. 314.

²³ Dit wordt de passieve zijde van de verbintenis genoemd.

onthouden, indien de kwalitatieve verplichting voor onbepaalde tijd is opgenomen. Indien de kwalitatieve verplichting is opgenomen voor de duur van bijvoorbeeld een jaar, dan is de kwalitatieve verplichting nagekomen na het verstrijken van de termijn.

B. Opzegging

De aard van de kwalitatieve verplichting verzet zich in principe tegen opzegging. Partijen hebben immers de verplichting kwalitatief gemaakt om de verplichting in stand te houden, zelfs na vervreemding. Willen partijen alsnog de kwalitatieve verplichting opzeggen, dan kan dat echter wel op grond van onvoorziene omstandigheden of na tien jaar indien de verplichting niet bestaat uit het dulden van voortdurend houderschap, indien het niet wijzigen/ontbinden in strijd zou zijn met het algemeen belang of de schuldeiser geen belang meer heeft bij nakoming.²⁴

Indien de kwalitatieve verplichting is aangegaan voor een bepaalde tijd kan in principe niet worden opgezegd, tenzij dit uitdrukkelijk is overeengekomen.²⁵ Onder sommige omstandigheden kan hier echter wel van worden afgeweken, aldus de Hoge Raad in het arrest van der Werf/ABP.²⁶

C. Ontbinding

Een wederkerige overeenkomst kan worden ontbonden bij iedere tekortkoming die de ontbinding rechtvaardigt, zie artikel 6:265 BW. Als de crediteur de onderliggende overeenkomst ontbindt, dan eindigt de overeenkomst en gaat de verplichting teniet. De crediteur heeft slechts recht op schadevergoeding indien de tekortkoming ook toerekenbaar is.

Ook de overeenkomst tot kwalitatief maken kan worden ontbonden, bijvoorbeeld indien door een van partijen niet binnen een afgesproken termijn wordt voldaan aan de verplichting mee te werken aan het opmaken van een notariële akte. Ook na het opmaken van de akte en inschrijving ervan is ontbinding mogelijk, bijvoorbeeld als een

²⁴ Artikel 6:258 en 6:259 BW.

²⁵ HR 21 oktober 1988, NJ 1988, 439 (Mondia/Calanda).

²⁶ HR 21 september 1990, NJ 1991, 4 (De Hoge Raad hanteert hier het Haviltex-criterium).

tegenprestatie voor het kwalitatief maken is bedongen die niet wordt voldaan. Dit kan overigens weer niet als in de akte uitdrukkelijk afstand is gedaan van het recht ontbinding te vorderen.

Omdat de kwalitatieve verplichting zoals hierboven omschreven mogelijk kan resulteren in een "iets doen" en het daardoor niet zeker is of dit beding zich ook daadwerkelijk kwalificeert als kwalitatieve verplichting, is het raadzaam om daarnaast ook een kettingbeding op te nemen in de overeenkomst.

Kettingbeding

Een kettingbeding is een beding waarbij de ene partij A zich jegens de ander partij B verplicht om met toekomstige nieuwe eigenaar van een zaak, in dit geval dus de woning, partij C dezelfde verplichting op te nemen in de overeenkomst als waartoe B zich jegens A heeft verplicht. Voorts wordt C ook weer verplicht om de zelfde verplichting op te nemen bij een eventuele toekomstige overdracht. Een kettingbeding kan gekoppeld worden aan een boetebeding om te waarborgen dat de verplichtingen daadwerkelijk worden overgedragen aan een opvolgende derde.

Een kettingbeding kan tevens dienen als een vangnet, in het geval een kwalitatieve verplichting is opgenomen die geen stand zal houden. Een kettingbeding zal in dit geval wel stand houden, want bij een kettingbeding is het wel toegestaan om een verplichting op te nemen waarbij het gaat om iets doen of geven.

2. Wat gebeurt er bij wanbetaling?

In het geval van een ongezekerde lening is bij wanbetaling door de schuldenaar het algemene verbintenenrecht van toepassing. Kort gezegd biedt het verbintenenrecht de schuldeiser drie mogelijkheden: (i) nakoming vorderen, (ii) gedeeltelijke ontbinding en (iii) het vorderen van schadevergoeding.

Vordering tot nakoming

De vordering tot nakoming is geregeld in artikel 3:296 e.v. BW. Tenzij uit de wet, uit de aard van de verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt, wordt hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, veroordeeld. Een schuldeiser heeft dus recht op nakoming van zijn verbintenis, derhalve is de schuldenaar verplicht zijn verbintenis na te komen jegens zijn schuldeiser.

Voor de ontvankelijkheid van de vordering tot nakoming is geen ingebrekestelling vereist volgens de Hoge Raad.²⁷ Echter, het is wel verstandig om als schuldeiser toch een sommatie uit te zenden om te voorkomen dat de schuldenaar zich op de dagvaarding tot nakoming bereid verklaart en de rechter de kosten voor rekening van de schuldeiser laat, nadat hij de vordering heeft toegewezen.²⁸

De schuldeiser heeft voorts de mogelijkheid om de nakoming van de verbintenis af te dwingen via de rechter.²⁹ De schuldeiser kan namelijk door de rechter gemachtigd worden, indien hij dit vordert, om datgene zelf te bewerkstelligen wat tot de nakoming zal leiden en datgene teniet te doen wat in strijd is met de verplichting. De kosten die hiermee gemoeid gaan, zullen voor rekening van de schuldenaar komen. Zij komen dus voor rekening van degene die zijn verbintenis tot nakoming niet heeft voldaan. De schuldeiser die een machtiging vordert van de rechter om de nakoming van de verbintenis zelf te bewerkstelligen, is niet gehouden eerst een ingebrekestelling te zenden aan het adres van de schuldenaar, omdat verzuim aan de zijde van de schuldenaar geen vereiste is.³⁰

(Gedeeltelijke) ontbinding

De schuldeiser is bevoegd om te ontbinden indien er sprake is van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis van zijn schuldenaar, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, de ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt.³¹ Er moet dus sprake zijn van een tekortkoming, maar niet van belang is of de tekortkoming ook is toe te rekenen aan de schuldenaar.³²

De bevoegdheid tot ontbinding bestaat voorts, volgens het tweede lid van artikel 6:265 BW, wanneer de nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is, pas wanneer de schuldenaar is verzuim is. In gevallen waarin er sprake is van een doorlopende

²⁷ HR 22 mei 1981, NJ 1982, 59.

²⁸ Asser/Hartkamp 6-II, nr. 639 (zie ook Fouw & Rueb 2007).

²⁹ Deze mogelijkheid is te vinden in artikel 3:299 BW.

³⁰ Brunner, De Jong, Krans en Wissink 20011, nr.97 / Fouw & Rueb 2007/ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2012, nr. 346.

³¹ Artikel 6:265 BW.

³² Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 681 (Aangezien toerekenbaarheid geen vereiste is, is het bij overmacht derhalve ook toepasselijk).

verplichting, een duurovereenkomst, wordt de tekortkoming in de nakoming van de verbintenis voor wat betreft het verleden geacht onmogelijk te zijn. Een dergelijke verplichting kan weliswaar in de toekomst alsnog nagekomen worden, maar voor wat betreft het verleden kan de tekortkoming niet ongedaan gemaakt worden.³³ In dergelijke situaties is voor blijvende of tijdelijke onmogelijkheid geen ingebrekestelling vereist, aangezien verzuim aan de zijde van de schuldenaar geen vereiste is.³⁴

De wijze van ontbinding geschiedt hetzij door een schriftelijke verklaring hetzij door een rechterlijke uitspraak.³⁵ De buitengerechtelijke ontbinding komt tot stand op het moment waarop een daartoe strekkende, geldige verklaring door de wederpartij wordt ontvangen.³⁶ Een schuldeiser kan er bijvoorbeeld voor kiezen om de ontbinding door de rechter te laten geschieden, indien de tekortkoming of de ernst daarvan wordt betwist.

Het gevolg van ontbinding wegens niet-nakoming van de overeengekomen verbintenis is beëindiging van die overeengekomen rechtsbetrekking. Vanaf het moment van de ontbinding worden partijen bevrijd van de door ontbinding getroffen verbintenissen en zullen indien deze al waren nagekomen ongedaanmakingsverbintenissen tussen partijen ontstaan. Hetgeen ter voldoening van de overeenkomst reeds is gepresteerd, moet derhalve ongedaan gemaakt worden. De ontbinding heeft namelijk geen terugwerkende kracht.

Bij een gedeeltelijk ontbinding wordt, zoals aan het begin van dit paragraaf aangegeven, een evenredige vermindering van de wederzijdse prestaties in hoeveelheid of hoedanigheid toegepast. Een gedeeltelijke ontbinding ziet daarom alleen toe op de ondergang van de daardoor getroffen verbintenissen en voor het overige gedeelte blijft de overeenkomst in stand.³⁷

Vorderen van schadevergoeding

³³ HR 20 januari 2002, NJ 2003, 255.

³⁴ Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 684.

³⁵ Artikel 6:267 BW. Onder een schriftelijke verklaring wordt mede verstaan een verklaring gedaan via elektronische weg.

³⁶ Artikel 3:37 lid 3 BW.

³⁷ Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III* 2010, nr. 699, 701 en 703.

Het recht op schadevergoeding ontstaat wanneer de schuldeiser schade lijdt door een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis, tenzij de tekortkoming niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend.³⁸ Voor schadevergoeding is in tegenstelling tot de ontbinding een extra vereiste opgenomen, de toerekenbaarheid van de schuldenaar. De toerekenbaarheid van de schuldenaar wordt in beginsel aangenomen, zodat het aan de schuldenaar is om aannemelijk te maken dat zijn tekortkoming niet aan hem kan worden toegerekend, omdat hij in overmacht verkeerde.

Net als bij de (gedeeltelijke) ontbinding is de schuldenaar pas schadelijkt op het moment dat hij in verzuim is. Indien er sprake is van blijvende onmogelijkheid is verzuim niet vereist en dient ook geen ingebrekestelling aan de schuldenaar toegezonden te worden.³⁹ Ook hiervoor geldt weer indien er sprake is van een doorlopende verplichting, een duurovereenkomst, de verbintenis voor wat betreft het verleden niet meer nagekomen kan worden en is sprake van blijvende onmogelijkheid. De schuldenaar is in dat soort gevallen schadelijkt indien de tekortkoming hem tevens kan worden toegerekend.⁴⁰

3. Financiële diensten

In deze paragraaf wordt het relevante toezichtrechtelijk kader geschetst. Bij het verstrekken van een lening geldt specifieke wet- en regelgeving. Hieronder wordt een overzicht gegeven van belangrijke bepalingen die van toepassing zijn op kredietverstrekkers.

³⁸ Artikel 6:74 BW.

³⁹ Artikel 6:74 lid 2 BW. In de gevallen waarin de nakoming niet blijvend onmogelijk is, is een ingebrekestelling vereist op grond van artikel 6:82 BW.

⁴⁰ Zie naast het eerder genoemde arrest van de Hoge Raad Schwartz/Gnjatovic, ook het arrest van de Hoge Raad van 20 januari 2006, NJ 2006, 80 (Robinson/Molenaar).

Vergunning

In het algemeen geldt dat het aanbieden van krediet vergunningplichtig is.

Banken kunnen krediet verstrekken op grond van en na het verkrijgen van een bankvergunning van De Nederlandsche Bank ("**DNB**").⁴¹ Een bank wordt gedefinieerd in de Wet op het financieel toezicht (de "**Wft**") als "degene die zijn bedrijf maakt van het buiten besloten kring ter beschikking verkrijgen van opvorderbare gelden van anderen dan professionele marktpartijen, en van het voor eigen rekening verrichten van kredietuitzettingen."⁴² De definitie van bank bestaat derhalve uit twee elementen, waarvan het laatste element op het verstrekken van krediet ziet. De term kredietuitzetting is niet gedefinieerd in de Wft.

Als een aanbieder van krediet niet aan het eerste element van de definitie van bank voldoet, kan zo een aanbieder desondanks onder een vergunningplicht vallen. Dit is het geval indien krediet beroeps- of bedrijfsmatig wordt aangeboden aan consumenten.⁴³ De aanbieder kwalificeert dan als een financiële dienstverlener zoals bedoeld in de Wft en dient een vergunning aan te vragen bij de Stichting Autoriteit Financiële Markten (de "**AFM**"). Aanbieden wordt gedefinieerd in de Wft als "het in de uitoefening van een beroep of bedrijf rechtstreeks of middellijk doen van een voldoende bepaald voorstel tot het als wederpartij aangaan van een overeenkomst met een consument inzake een financieel product dat geen financieel instrument, premiepensioenvordering of verzekering is of het in de uitoefening van een beroep of bedrijf aangaan, beheren of uitvoeren van een dergelijke overeenkomst."⁴⁴ Krediet is, anders dan kredietuitzetting, ook een in de Wft gedefinieerd term. Deze luidt: " (a) het aan een consument ter beschikking stellen van een geldsom, terzake waarvan de consument gehouden is één of meer betalingen te verrichten; of (b) het aan een consument verlenen van een dienst of verschaffen van het genot van een roerende zaak, financieel instrument of beleggingsobject, dan wel het aan een consument of een derde ter beschikking stellen van een geldsom ter zake van het aan die consument verlenen van een dienst of verschaffen van het genot van een roerende zaak, financieel instrument of

⁴¹ Artikel 2:11 Wft.

⁴² Artikel 1:1 Wft – 'bank'.

⁴³ Artikel 2:60 Wft.

⁴⁴ Artikel 1:1 Wft – 'aanbieden'.

beleggingsobject, ter zake waarvan de consument gehouden is één of meer betalingen te verrichten, met uitzondering van doorlopende dienstverlening en doorlopende levering van dezelfde soort roerende zaken, financieel instrumenten of beleggingsobjecten, waarbij de consument gehouden is in termijnen te betalen zolang de doorlopende dienstverlening of doorlopende levering plaatsvindt.”⁴⁵

Krediet is een financieel product zoals bedoeld in de definitie van aanbieden.

Bepaalde situaties vallen buiten de reikwijdte van de Wft, zijn uitgezonderd, zijn vrijgesteld of er kan een (gedeeltelijke) ontheffing worden aangevraagd. Het kan zodoende dat, ondanks dat krediet wordt aangeboden aan consumenten of een kredietuitzetting wordt gedaan aan enig persoon (niet beperkt tot consumenten), degene die dat doet geen vergunningplicht heeft.

Indien een vergunning aangevraagd moet worden, dient de aanvrager aan verschillende vereisten te voldoen. Deze zien, onder meer, en afhankelijk van het type vergunning die de aanvrager behoeft, op geschiktheid en betrouwbaarheid van de (mede)beleidsbepalers en toezichthouders daarvan van de aanvrager, vakbekwaamheid van werknemers, waarborgen van een integere bedrijfsuitoefening, de inrichting van de bedrijfsvoering ten behoeve van een beheerste en integere bedrijfsuitoefening, de zeggenschapstructuur, en – voor zover de aanvrager een bankvergunning behoeft – vereisten ten aanzien van minimum eigen vermogen, solvabiliteit en liquiditeit.

Nadat door de relevante toezichthouder een vergunning is verleend – als blijkt dat aan bovengenoemde eisen, zoals nader ingevuld in lagere regelgeving, is voldaan – blijven deze vereisten onverminderd van kracht. Deze gelden dan, tezamen met aanvullende als doorlopende verplichtingen. Een enkel voorbeeld van het relatief grote aantal aanvullende doorlopende verplichtingen voor een financiële dienstverlener die krediet aanbiedt, is het waarborgen van een adequate klachtenafhandeling, vereisten ten aanzien van zorgvuldige dienstverlening, kredietregistratie bij het Bureau Krediet Registratie, kredietwaardigheidstoetsing, know-your-customer verplichtingen en het in acht nemen van gedetailleerde regels over de wijze waarop en de mate waarin (precontractuele) informatie dient te worden verstrekt.

⁴⁵ Artikel 1:1 Wft - krediet.

Naast de Wft en lagere toezichtrechtelijke regelgeving, kunnen aanvullende eisen gelden uit hoofde van andere wet- en regelgeving, zoals het Burgerlijk Wetboek en de Wet op het consumentenkrediet.

Bemiddeling

Ook het bemiddelen in krediet kan vergunningplichtig zijn. Voor zover voor dit rapport relevant, wordt bemiddelen in de Wft gedefinieerd als "alle werkzaamheden in de uitoefening van een beroep of bedrijf gericht op het als tussenpersoon tot stand brengen van een overeenkomst inzake krediet tussen een consument en een aanbieder of op het assisteren bij het beheer en de uitvoering van een dergelijke overeenkomst".⁴⁶

Indien een energiebedrijf samenwerkt met een aanbieder van krediet en het energiebedrijf de consument wijst op de mogelijkheden omtrent krediet bij de aanbieder met wie hij samenwerkt met het oog op het tot stand brengen van een geldleningovereenkomst tussen de aanbieder van het krediet en de consument, kwalificeert het energiebedrijf als financiële dienstverlener waarvoor het energiebedrijf in principe een vergunning van de AFM behoeft. In principe, omdat wederom een toepasselijke reikwijdtebepaling, uitzondering, vrijstelling of ontheffing tot gevolg kan hebben dat geen vergunning nodig is.

Zakelijk krediet

Hoewel de huidige marktomstandigheden het ook moeilijk maken voor niet-consumenten om (bedrijfs)financiering te krijgen, zal het door de bank genomen eenvoudiger zijn voor een bedrijf om krediet te krijgen dan voor een consument. Bedrijven beschikken over gemakkelijk te overleggen financiële informatie en kunnen doorgaans makkelijker onderpand bieden. Daarbij zijn kredietverstrekkers minder beperkt nu consumentenbescherming geen rol speelt.

Er bestaat in principe contractvrijheid in overeenkomsten. Dit betekent dat een overeenkomst tussen een financier en een onderneming vormvrij is.⁴⁷ Dit is overigens

⁴⁶ Artikel 1:1 Wft – 'bemiddelen'.

⁴⁷ 7A:1793 BW geldt wel, maar zal niet tot problemen leiden.

anders dan consumentenkredietovereenkomsten, waarvoor in de wet specifieke, dwingendrechtelijke bepalingen zijn opgenomen.

Er bestaan algemeen aanvaarde normen voor een zakelijke kredietverschaffing, maar hier kan iedere kredietverstrekker van afwijken. Feit is dat de kredietverstrekker bepaalt of een onderneming een lening krijgt, omdat zij het risico draagt. De financier wil zoveel mogelijk zekerheid dat de verstrekte lening wordt terugbetaald, bijvoorbeeld door middel van een onderpand of bepaalde garanties (van derden). Om de gezondheid te toetsen van een onderneming is een onderzoek noodzakelijk. De financiële gegevens van de aanvrager zijn cruciaal. De mate van informatie die door een kredietverstrekker zal worden verlangd, hangt af de situatie en de gewenste kredietvorm.

De volgende documenten worden vaak opgevraagd: statuten en uittreksel van Kamer van Koophandel, taxatierapporten, overzicht orderportefeuille, voorraadoverzicht gereed product, overzicht onderhanden werk, debiteurenportefeuille, onderbouwing kredietaanvraag, recente definitieve jaarrekening(en) en het ondernemingsplan. Op deze manier kan een kredietverstrekker vaststellen of het op een verantwoorde manier krediet kan verstrekken aan een onderneming.

BIJLAGE II ENGAGEMENTBRIEF

BIJLAGE III

SELECTIE HYPOTHEEKVERSTREKKERS

SELECTIE HYPOTHEEKVERSTREKKERS

In overleg met Agentschap NL zijn de volgende banken benaderd om hun visie te geven:

ASN BANK Adres: Bezuidenhoutseweg 153, Den Haag

TRIODOS BANK Adres: Utrechtseweg 44, Zeist

ABN AMRO BANK Adres: Foppingadreef 22, Amsterdam

RABOBANK Adres: Croezelaan 18, Utrecht

ING BANK Adres: Bijlmerdreef 24, Amsterdam