

152. De toepasselijkheid van de EED-richtlijn voor verhuurders

MR. J.R.L. KICKKEN

Nog maar kort geleden oordeelde Hof Den Haag in de klimaatzaak Urgenda dat de Staat, vanwege strijdigheid met haar zorgplicht ex artikelen 2 en 8 EVRM, onrechtmatig handelt door verdere emissiereductie van broeikasgassen na laten.¹ Daarnaast dient de Staat de emissie met ten minste 25% te reduceren per eind 2020, aldus het hof. Met dit arrest in het achterhoofd ligt het voor de hand dat de Staat een nog actievere houding aan moet (en zal) nemen om de uitstoot van broeikasgassen verder tegen te gaan. In dit artikel wordt ingegaan op de diverse (Europese) regelgeving met betrekking tot energiebesparing en welke mogelijke gevolgen dit kan hebben voor verhuurders.

Labeling versus het feitelijke verbruik

De actieve houding van de Staat om de uitstoot van broeikasgassen tegen te gaan is in ieder geval terug te zien in onder meer de recente aanpassing van het Bouwbesluit 2012. In artikel 5.11 van het Bouwbesluit 2012 is vastgelegd dat het met ingang van 1 januari 2023 alleen is toegestaan om een kantoorgebouw in gebruik te nemen dat beschikt over tenminste een energie-index van 1,3 of beter (ook wel energielabel C genoemd).² Hoewel deze verplichting een stap in de juiste richting is, geeft een energielabel slechts inzage in de energieprestatie van een gebouw. Een energielabel zegt daarentegen niets over de activiteit en het daarmee gemoeide (feitelijke) energieverbruik van de gebruiker in dat gebouw.

Europese Energie-Efficiency Richtlijn/Energy Efficiency Directive (EED)

Voor het terugdringen van het (feitelijke) energieverbruik bestaan aparte verplichtingen die zijn terug te vinden in de Europese Energie-Efficiency Richtlijn.³ De EED is in 2012 door het Europees Parlement en de Raad van de Europese

Unie vastgesteld om de doelstelling van 20% lager Europees energieverbruik in 2020 te helpen realiseren.⁴ De EED moet bijdragen aan een verminderde uitstoot van broeikasgassen.

De EED geldt voor lidstaten, maar bevat ook specifieke bepalingen die van toepassing zijn op ondernemingen. Mogelijk zijn deze daarom ook van toepassing op verhuurders. Die specifieke bepalingen zien op zowel het zorg dragen voor een energie-audit (art. 8 EED) als het uitvoeren van een kosten-batenanalyse in het geval een onderneming een nieuwe stookinstallatie opricht (art. 14 EED).

De EED geldt voor lidstaten, maar bevat ook specifieke bepalingen die van toepassing zijn op ondernemingen

Deze twee bepalingen zijn in de Nederlandse wetgeving op hun beurt nader uitgewerkt in de Tijdelijke regeling implementatie artikelen 8 en 14 Richtlijn Energie-Efficiëntie (hierna de Tijdelijke regeling). Aangezien de regeling al uiterlijk 5 juni 2014 geïmplementeerd had moeten zijn, is gekozen om de materie met betrekking tot de energie-audit en de kosten-batenanalyse vooralsnog in een ministeriële regeling op te nemen.⁵

Energie-audit

De belangrijkste verplichting uit de Tijdelijke regeling is de energie-audit, vastgelegd in artikel 2. Deze verplichting houdt in dat degene die een onderneming drijft, zorg draagt dat de onderneming elke vier jaar een energie-audit onder-

1 Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591.

2 Besluit van 17 oktober 2018, houdende wijziging van het Bouwbesluit 2012 (Stb. 2018, 380) betreffende de labelverplichting voor kantoorgebouwen. Voor een uitvoerige bespreking van deze verplichting tot het hebben van een energielabel C verwijs ik naar de bijdrage van Maartje Boudesteijn in dit nummer.

3 Een deel van Richtlijn 2012/27/EU is geïmplementeerd door middel van beleidsmaatregelen, een deel in de Elektriciteitswet, Gaswet en Warmtewet en een deel in de Tijdelijke regeling. Dit moet uiteindelijk worden opgenomen in het Activiteitenbesluit en het Besluit omgevingsrecht (Bor) (Wet implementatie EU-richtlijnen energie-efficiëntie, de Elektriciteitswet 1998, de Gaswet en de Warmtewet in verband met de implementatie van Richtlijn 2012/27/EU betreffende energie-efficiëntie).

4 Beschikking (EG) 406/2009, PbEU 2009 L140.

5 O.g.v. art. 21.6, lid 6 Wet milieubeheer.

gaat (art. 1 Tijdelijke regeling).⁶ Als de energie-audit moet worden uitgevoerd dient daar vervolgens een verslag van te worden gemaakt. In dat verslag moeten in ieder geval de volgende punten worden opgenomen (lid 3):

- een schematisch overzicht van binnen de onderneming bestaande energiestromen (alsmede de omvang en verdeling van die energiestroming);
- een beschrijving van de belangrijkste interne en externe factoren die het energieverbruik door de onderneming positief en negatief beïnvloeden;
- een gekwantificeerd overzicht van het energiebesparingspotentieel van de onderneming ten aanzien van de komende vier jaren; en
- een beschrijving van mogelijke kosteneffectieve energiebesparingsmaatregelen.

Deze audit moet ertoe leiden dat het energiebesparingspotentieel zo optimaal mogelijk wordt benut door grote ondernemingen. Immers, bij grote ondernemingen kunnen de energiebesparingen een groot effect hebben. Om deze energiebesparing te verwezenlijken, bestaan verschillende (erkende) energiebesparende maatregelen.⁷ In gevallen kan een onderneming worden verplicht om die maatregelen te nemen op grond van het Activiteitenbesluit.⁸

Doelgroep Tijdelijke regeling

Op grond van artikel 2 lid 1 van de Tijdelijke regeling is *degene die de onderneming drijft* verplicht om de energie-audit uit te voeren. Artikel 1 van de Tijdelijke regeling definieert een onderneming als (1) een inrichting⁹ die tevens als (2) een grote onderneming kwalificeert. Met andere woorden, degene die de onderneming drijft in de zin van de Tijdelijke regeling is gelijk aan de degene die de inrichting drijft in de zin van artikel 2.15 van het Activiteitenbesluit, met dien verstande dat het voor de toepasselijkheid van de Tijdelijke regeling wel om een grote onderneming moet gaan.

Ad 1. Wanneer kwalificeert iets als een inrichting?

Het begrip *inrichting* van artikel 1.1 lid 1 Wet milieubeheer is een zeer ruim begrip. Kort gezegd moet het gaan om een bedrijfsmatige exploitatie van een ruimte voor een langere periode of met een zekere regelmaat. Voor nu is het in ieder

geval goed om te weten dat de exploitatie van commerciële bedrijfsruimte onder dit begrip valt waardoor de Tijdelijke regeling voor grote ondernemingen dan van toepassing is.

Ad 2. Wanneer is een onderneming een grote onderneming?

Om als grote onderneming in de zin van de EED aan te merken moeten er in de onderneming meer dan 250 personen werkzaam zijn en moet de jaaromzet van de onderneming meer dan € 50 miljoen bedragen of het jaarlijkse balanstotaal van de onderneming meer dan € 43 miljoen bedragen.

Drijver van bedrijvenverzamelgebouwen

Gelet op het bovenstaande zal in de praktijk snel sprake zijn van een inrichting in de zin van de Wet milieubeheer en kan eenvoudig worden vastgesteld of een onderneming kwalificeert als een grote onderneming. Moeilijker is om te bepalen wie als de *drijver* van de inrichting of onderneming moet worden beschouwd bij bijvoorbeeld de verhuur van winkelcentra. De vraag die dan moet worden beantwoord is of sprake is van diverse opzichzelfstaande inrichtingen met huurders als drijvers van de inrichting of juist van één inrichting waarbij de verhuurder de drijver van de inrichting is. Dat dit relevant is blijkt ook uit de volgende rechtspraak van Rechtbank Noord-Holland van 23 november 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:9860¹⁰.

Uitspraak Rechtbank Noord-Holland van 23 november 2017

In deze casus ging het om een terrein en de daarop gelegen gebouwen waar marktkramen, standplaatsen en (permanente) zelfstandige winkelruimten werden verhuurd door de eigenaar c.q. verhuurder. Op enig moment is de Omgevingsdienst IJmond hier jegens de verhuurder gaan handhaven, omdat de verhuurder geen energiebesparende maatregelen had genomen.

Volgens de verhuurder was dit handhaven onterecht nu niet zij, maar de individuele huurders de overtreders zijn. Verhuurder heeft ter onderbouwing gesteld dat diegene die de winkel exploiteert verantwoordelijk is voor de handelsactiviteiten en daarmee dus zelfstandig een inrichting drijft. Met deze uitleg zou het betekenen dat de huurders de energiebesparende maatregelen hadden moeten nemen en daarmee tevens als overtreders moeten worden aangemerkt. De rechtbank is het daar echter niet mee eens en zoekt aansluiting bij artikel 1.1 lid 4 Wet milieubeheer. Voor de vraag wie als de overtreder moet worden aangemerkt is volgens de rechtbank doorslaggevend wie bij machte is om de overtrekking ongedaan te maken.

Volgens de rechtbank was in deze kwestie sprake van een dusdanige binding tussen het bedrijfsverzamelgebouw enerzijds en de daarin gelegen (verhuurde) winkelunits

6 Op deze verplichting bestaan wel uitzonderingen, zoals tijdelijke vrijstellingen via het verplichte energiebesparingsonderzoek ex art. 2.15 Activiteitenbesluit, via Meerjarenafspraken energie-efficiëntie (MJA/MEE-systemen) of via een gecertificeerd beheersysteem (ISO 50.000, 14.001 en 14.051 ondernemingen). Ondernemingen (althans de drijver) die na 5 december 2011 op grond van art. 2.15 lid 3 Activiteitenbesluit verplicht zijn in de zin van dat artikel een onderzoek te doen, zijn gedurende vier jaar na de totstandkoming van dat onderzoek vrijgesteld van de energie-audit.

7 Voor een uitgebreidere toelichting op deze energiebesparende maatregelen verwijs ik naar de bijdrage van Lotte Dröge in dit nummer.

8 Voor de toepassing van art. 2.15 Activiteitenbesluit moet o.g.v. art. 2.14c Activiteitenbesluit sprake zijn van een drijver van een inrichting type A of B.

9 Art. 1.1 lid 1 Wet milieubeheer.

10 Voor een uitvoerige behandeling van deze uitspraak verwijs ik naar de bijdrage van De Wit, M.Y.C.L., 'De energiebesparingsplicht in de huurverhouding. Plicht van de huurder of verhuurder?', *HIP* 2018/45.

anderzijds waardoor sprake was van één inrichting met de verhuurder als de drijver van die inrichting.

Criteria rechtbank

De rechtbank toetst allereerst *de drie bindingen* uit artikel 1.1 lid 4 Wet milieubeheer. Te beginnen met de organisatorische binding. De rechtbank was in dit geval van oordeel dat de verhuurder een zekere zeggenschap heeft over de activiteiten die in de winkelruimten plaatsvinden, bijvoorbeeld omdat huurders hun winkels niet onafhankelijk van verhuurder kunnen exploiteren. Zonder een huurovereenkomst is het voor de huurders immers niet mogelijk om feitelijk te beschikken over de winkelruimte die zij exploiteren. Een andere aanwijzing zou de verantwoordelijkheid van verhuurder zijn voor aspecten zoals de openingstijden, de toegang en de toelevering van elektriciteit.

Voor de vraag wie als de overtreders moet worden aangemerkt is volgens de rechtbank doorslaggevend wie bij machte is om de overtreding ongedaan te maken

Daarnaast achtte de rechtbank het van belang dat de verhuurder ook bevoegdheden jegens de huurders heeft. Hierbij moet dan gedacht worden aan de bevoegdheden die voortvloeien uit contractuele afspraken (in dit geval de algemene voorwaarden) omtrent het eigenhandig treffen van (milieu)maatregelen door verhuurder en de mogelijkheid van verhuurder om van zijn huurders af te dwingen dat zij zelf (milieu)maatregelen treffen. In samenhang met contractuele boetes die een huurder verbeurt (in het geval van niet nakoming) en de bevoegdheid van verhuurder om de verplichtingen ten aanzien van het milieu eigenhandig, maar op kosten van huurder na te komen, maakt dat verhuurder in zekere mate een zeggenschap heeft waardoor volgens de rechtbank een organisatorische binding ontstaat. Volgens de rechtbank was ook sprake van een technische en een functionele binding. Het gebouwencomplex (waar de individuele winkelunits in gelegen zijn) kon gezamenlijk worden ontsloten en er was een gezamenlijke parkeergelegenheid aanwezig. Bovendien werden diverse voorzieningen centraal door verhuurder geregeld, zoals de schoonmaak, de gas-, water- en elektriciteitsvoorzieningen, het ter beschikking stellen van opslag- en inzamelplaatsen voor gezamenlijke (afval)stoffen, de aanwezigheid van een marktmeester, de centrale camerabewaking en het klein (via een algemene dienst aanwezig) en groot (uitbesteed aan derden) onderhoud.

Voor wat betreft de overige criteria uit artikel 1.1 lid 4 Wet milieubeheer is de rechtbank kort. Naar het oordeel van de rechtbank behoorden de installaties tot eenzelfde onderneming of instelling en zijn de installaties in elkaars onmiddellijke nabijheid gelegen. Zij verwijst daarvoor naar hetgeen is overwogen ten aanzien van de drie bindingen.

Met dit oordeel, dat is voldaan aan deze drie bindingen en de overige criteria uit artikel 1.1 lid 4 Wet milieubeheer, is de conclusie dat de verhuurder in dezen moet worden aangemerkt als de drijver van de inrichting die bestaat uit de verschillende winkels tezamen. Met als gevolg dat de verplichting tot het nemen van energiebesparende maatregelen op de verhuurder van het winkelcentrum komt te rusten, niet op de huurders.

Gevolgen van de uitspraak voor de energie-audit

Wanneer deze lijn van Rechtbank Noord-Holland wordt gevolgd, betekent dit dat de verhuurder van een winkelcentrum onder omstandigheden dus ook kan worden verplicht om de energie-audit uit hoofde van de EED/Tijdelijke regeling uit te voeren. De elementen die de rechtbank van belang acht voor het bestaan van organisatorische, technische en functionele binding alsmede om tot het oordeel te komen dat sprake is van tot eenzelfde onderneming of instelling behorende installaties (art. 1.1 lid 4 Wet milieubeheer), zijn elementen die vaker terug te zien zijn in de situatie van een winkelcentrum. In winkelcentra staan doorgaans ook zelfstandige (verhuurde) ruimtes ter beschikking aan huurders op grond van een huurovereenkomst waarbij verhuurder vaak zorgt voor een organisatorische, technische en functionele binding, simpelweg omdat dit praktisch en financieel voordelig is. Te denken valt aan hetgeen veelal in een huishoudelijk reglement wordt opgenomen (openingstijden, schoonmaak, beveiliging, afvalverwerking, etc.). Een ander belangrijke aanwijzing is de reguliere contractvorming. Neemt men de algemene bepalingen van de ROZ in beschouwing dan geeft dit ook handvatten om verhuurders van winkelcentra als de drijver van een inrichting aan te merken. In de algemene bepalingen staan immers diverse bepalingen omtrent het nemen van (milieu)maatregelen. De zeggenschap van de verhuurder lijkt daarmee snel te zijn gecreëerd.

De verplichting tot het nemen van energiebesparende maatregelen rust op de verhuurder van het winkelcentrum en niet op de huurders

Gelet op bovengenoemde uitspraak mag worden aangenomen dat in soortgelijke gevallen (naast de verplichting ex art. 2.15 Activiteitenbesluit) ook de verplichting van de energie-audit op verhuurders van bedrijfsverzamelgebouwen rust. De bewoording uit het Activiteitenbesluit en de Tijdelijke regeling is op dit onderdeel vrijwel identiek. De enige afwijking is dat het voor de toepassing van de energie-audit wel om een grote onderneming moet gaan. Het is voor verhuurders van belang om hier bedacht op te zijn.

Handhaving op de energie-audit

Het college van B&W (het bevoegd gezag) houdt toezicht of de Tijdelijke regeling wordt nageleefd. Hoewel toezicht houdende acties in de praktijk nog niet op grote schaal plaatsvinden, is de verwachting dat dergelijke acties in de (nabije) toekomst zullen intensiveren. Indien een verhuurder dan onverhoopt verplicht blijkt te zijn voor het zorgdragen voor de energie-audit, bestaat het risico dat het bevoegd gezag overgaat tot handhaving. Daarnaast controleert het bevoegd gezag ook of is voldaan aan het toezenden van het auditverslag.

Indien het bevoegd gezag gaat handhaven kan een last onder dwangsom worden opgelegd aan de overtreder. De geadresseerde van de last onder dwangsom is immers de overtreder die het feitelijk en juridisch in zijn macht heeft die overtreding te beëindigen. In het voorbeeld zal dit dan de verhuurder van het winkelcentrum zijn. Voor de hoogte van de dwangsom is als richtlijn vastgesteld: 1,5 x de niet door de verhuurder genomen kosten.

Verder is het nog van belang om te weten dat de Tijdelijke regeling voortvloeit uit artikel 8.40 lid 1 Wet milieubeheer. Daarmee is het niet naleven van de Tijdelijke regeling op grond van artikel 1a Wet op de economisch delicten niet alleen aan te merken als een overtreding, maar ook als een economisch delict en dus een misdrijf.

Conclusie

Hoewel de Tijdelijke regeling relatief nieuw is en ook het bevoegd gezag in de praktijk nog zoekende lijkt, is het als verhuurder belangrijk om bedacht te zijn op de verplichtingen die uit de EED/Tijdelijke regeling voortvloeien en te anticiperen op de mogelijke consequenties. Met de hiervoor behandelde uitspraak is het namelijk mogelijk dat verhuurders van winkelcentra steeds vaker als drijver van de inrichting/onderneming in de zin van artikel 1.1 lid 1 en lid 4 Wet milieubeheer worden beschouwd. Met als gevolg dat de verhuurder ook verplicht is om te voldoen aan de energie-auditverplichting op grond van de Tijdelijke regeling. Door aan te haken op het ruime 'inrichting'-begrip uit artikel 1.1 lid 1 Wet milieubeheer, heeft de Tijdelijke regeling immers een grote reikwijdte. Daarbij is het overigens wel goed om te onthouden dat altijd nog sprake moet zijn van een grote onderneming. Voldoet een verhuurder echter aan deze voorwaarden, maar is hij daar (tot op heden) niet op bedacht, dan is er werk aan de winkel. Het risico bestaat dat handhavend wordt opgetreden, of erger, sprake is van een economisch delict.

Over de auteur

Mr. Joris Kickken

Advocaat bij Lexence N.V.