

Aan de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
Mevrouw mr. J.W.E. Spies
Postbus 20011
2500 EA Den Haag

Den Haag, 12 juni 2012
Doorkiesnummer: 070-335 35 63
Faxnummer: 070-335 35 32
E-mail: n.vandam@advocatenorde.nl

Betreft: Wetsvoorstel 33 124, Wijziging van de Woningwet en enige andere wetten in verband met de implementatie van Richtlijn 2010/31/EU van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 2010, betreffende de energieprestatie van gebouwen (Wet Kenbaarheid Energieprestatie Gebouwen).

Zeer geachte mevrouw Spies,

Recentelijk heeft u de Nederlandse Orde van Advocaten verzocht te adviseren over het concept-wetsvoorstel Wetsvoorstel 33 124, Wijziging van de Woningwet en enige andere wetten in verband met de implementatie van Richtlijn 2010/31/EU van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 2010, betreffende de energieprestatie van gebouwen (Wet Kenbaarheid Energieprestatie Gebouwen).

De Algemene Raad heeft het concept-wetsvoorstel voorgelegd aan zijn Adviescommissie Huurrecht, die bijgaand advies heeft uitgebracht. De Algemene Raad sluit zich aan bij de overwegingen van de Adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere voorbereiding van het wetsvoorstel te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de Algemene Raad,



mw. mr. R.G. van den Berg
algemeen secretaris

Bijlage

Bezoekadres
Neuhuyskade 94
2596 XM Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35
Fax 070 - 335 35 31

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

*Advies van de Adviescommissie Huurrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten
6 juni 2012*

Wetsvoorstel 33 124, Wijziging van de Woningwet en enige andere wetten in verband met de implementatie van Richtlijn 2010/31/EU van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 2010, betreffende de energieprestatie van gebouwen (Wet Kenbaarheid Energieprestatie Gebouwen)

De Adviescommissie Wetgeving Huurrecht heeft voorliggend wetsvoorstel bestudeerd en erover beraadslaagd. Zij komt tot het navolgende commentaar.

Huurrechtelijk aspecten van het wetsvoorstel

De Adviescommissie beperkt haar commentaar tot de huurrechtelijke aspecten van het wetsvoorstel, waarvan het voorgestelde artikel 11d Woningwet (WW) de centrale bepaling is.

De Adviescommissie onderkent en neemt tot uitgangspunt de noodzaak om te komen tot wetgeving tot implementatie van de onderhavige Europese Richtlijn, die gebaseerd is op het Verdrag van Kyoto uit 1997. De Richtlijn verplicht tot de invoering van regelgeving:

- a. die bewerkstelligt dat de verhuurder bij elke nieuwe verhuring een geldig energieprestatiecertificaat (hierna: EPC) ter zake het gehuurde aan de huurder verstrekt (artikel 12 van de Richtlijn);
- b. waarin de niet-nakoming van deze verplichting wordt gesanctioneerd (artikel 27 van de Richtlijn).

In het voorgestelde artikel 11d WW is ter uitvoering van de Richtlijn bepaald dat de verhuurder bij de aanvang van de huurovereenkomst ter zake van een gebouw aan de huurder een afschrift van een geldig EPC verstrekt en dat indien en zolang hij dat niet doet, de huurder van rechtswege 10 % van de huurprijs niet verschuldigd is.

Voorts is bepaald dat indien de huurder het niet verschuldigde deel van de huurprijs daarop in mindering wil brengen, hij daarvan onverwijld schriftelijk onder opgave van redenen kennis geeft aan de verhuurder.

Artikel 11d WW is semi-dwingendrechtelijk van aard: er kan niet ten nadele van de huurder van worden afgeweken.

Commentaar

Het commentaar van de Adviescommissie spitst zich toe op de navolgende onderwerpen:

- a. De plaats van de regelgeving;
- b. Aard en inhoud van de sanctie.

Ad a. Plaats van de regelgeving

De wetgever kiest ervoor artikel 11d WW op te nemen in de Woningwet. De Adviescommissie acht deze keuze niet gelukkig.

De Woningwet is een wet die -kort gezegd- betrekking heeft op de kwaliteit van gebouwen en de controle daarop door de overheid. Vanuit die optiek lijkt het systematisch juist regelingen die betrekking hebben op de energieprestatie van gebouwen op te nemen in de Woningwet. Echter, de wetgever kiest uitdrukkelijk voor een civielrechtelijke en niet voor een strafrechtelijke of bestuursrechtelijke implementatie van deze Europese Richtlijn. De voorgestelde regeling is dan ook puur civielrechtelijk/huurrechtelijk van aard: deze voorgestelde bepaling ziet uitsluitend op de rechten en de verplichtingen tussen een huurder en een verhuurder.

Aangezien de verplichtingen die voor een huurder en een verhuurder uit een huurovereenkomst voortvloeien in titel 7.4 van het Burgerlijk Wetboek zijn opgenomen, pleit de Adviescommissie er met klem voor -indien de wetgever vasthoudt aan zijn keuze voor een civielrechtelijke benadering (waarover hierna meer)- de voorgestelde regeling ook in titel 7.4 van het BW onder te brengen en niet in de Woningwet. De Minister was dat ook van plan toen hij het wetsvoorstel bij brief van 23 december 2010 aankondigde. Waarom daarvan is afgeweken blijkt niet uit de parlementaire stukken.

Ad b. Aard en inhoud van de sanctie

De Adviescommissie acht de voorgestelde sanctie op niet nakoming door de verhuurder van de verstrekkingplicht van het EPC aan de huurder niet juist en niet gewenst en wel om de navolgende redenen.

Buitensporige, disproportionele en niet doelmatige sanctie

De voorgestelde sanctie heeft betrekking op de verhuur van alle geliberaliseerde woonruimte en de verhuur van het grootste gedeelte van alle bedrijfsruimten. De sanctie houdt in een huurkorting van 10 % die aan de huurder ten goede komt indien en zolang geen EPC is verstrekt.

De sanctie betreft dus huurcontracten, die zeer ongelijksoortig zijn zo wel wat betreft de aard van het gehuurde, de omvang van het gehuurde, de aard en maatschappelijke positie van de partijen en de hoogte van de huurprijs. De sanctie kan buitensporig en disproportioneel uitvallen. De sanctie leidt tot een financieel voordeel voor zeer ongelijksoortige huurders. Het voordeel kan toevallen aan partijen, die geen of nauwelijks nadeel ondervinden van het niet beschikken over een EPC van het gehuurde. Naarmate de huurprijs hoger is, is de kans op disproportionaliteit groter.

De Adviescommissie geeft een voorbeeld:

Verhuurd is een kantoorpand van 5.000 m² tegen een huurprijs van € 1.000.000,-- per jaar/ €200,-- per m². Een dergelijk huurprijs is niet ongebruikelijk. Stel dat bij de aanvang van de huur door de verhuurder geen EPC aan de huurder is uitgereikt, dat de verhuurder zich tijdens de looptijd van de huurovereenkomst zich hiervan niet bewust wordt, de huurder zich daar wel bewust van is, maar na vijf jaar de volledige huur te hebben betaald en jegens de verhuurder verzwegen te hebben dat hij niet beschikt over het EPC, aanspraak maakt op de huurkorting. Deze huurder kan dan zonder meer betaling door de verhuurder verlangen van maar liefst (10 % x € 1.000.000,-- x 5 (jaar) =) € 500.000,--. De huurder hoeft er geen procedure voor te starten, omdat de sanctie van rechtswege werkt. Hij kan simpelweg overgaan tot verrekening met toekomstige huurpenningen. Nog schrijnender wordt het als het EPC voor het gehuurde wel bestaat en inhoudelijk mogelijk zelfs aan de huurder langs andere weg (internet of door de affichering ervan in het pand) bekend is of had kunnen zijn. De sanctie is dan identiek.

De sanctie is contra-productief, omdat deze het zwijgen van de huurder beloont. Het doel van de regeling is energiebesparing. De sanctie draagt niet bij tot het bereiken van dit doel. De sanctie heeft slechts betrekking op het niet overhandigen van een al dan niet beschikbaar EPC en leidt niet het nemen van energiebesparende maatregelen.

Sanctie is niet toegespitst op de ernst van het feit en de specifieke situatie

De sanctie staat, zoals voormeld voorbeeld illustreert, in veel gevallen in geen verhouding tot de gepleegde (mis)daad van de verhuurder (of slordigheid: niet overhandigen EPC).

De regeling voorziet niet in staffeling (bv. een kleiner percentage naarmate de huurprijs hoger is) en maximering, opdat er een proportionele relatie blijft met het feit waarop de sanctie staat.

De regeling maakt ook geen onderscheid tussen de situatie dat voor een gebouw wel een EPC aanwezig is en de verhuurder vergeten is dat aan de huurder te overhandigen en de situatie dat er geen EPC aanwezig is.

Bedacht moet worden dat de Richtlijn niet voorziet in verplichtingen die direct leiden tot energiebesparing en dus tot beperking van de CO₂-uitstoot. De Richtlijn voorziet slechts in mechanismen die moeten leiden tot bewustwording bij huurder en verhuurder. Indien een EPC

aanwezig is, dat mogelijk zelfs aangeeft dat het gehuurde zeer energiezuinig is, is bij de verhuurder dit bewustzijn reeds aanwezig. Het is in dat geval juist de huurder bij wie het bewustzijn niet leeft door niet naar het EPC te vragen. De huurder behoort in die situatie niet beloond te worden als gevolg van een administratieve ommissie van de verhuurder.

De Richtlijn lijkt uit te gaan van de veronderstelling dat indien partijen weten wat de energieprestatie is van het gebouw en welke mogelijkheden er zijn om die energieprestatie te verbeteren, daaruit *kan* voortvloeien dat zij zich daarover met elkaar verstaan. De reikwijdte van de Richtlijn is, gelet op zijn doel, derhalve beperkt. Die beperking komt ten onrechte op geen enkele wijze tot uitdrukking in de sanctie.

De sanctie houdt geen rekening met de mogelijkheid van alternatieve kenbaarheid

Conform de Richtlijn en het wetsvoorstel is in sommige gebouwen ook in een andere vorm van kenbaarheid van de aanwezigheid van een EPC voorzien: affichering van het energielabel in het huurobject zelf. Ook op die wijze kan de huurder derhalve op de hoogte worden en reeds zijn gesteld van de energieprestatie van het gebouw. De Richtlijn maakt ten onrechte geen onderscheid tussen de situatie dat aan de huurder geen EPC bekend kan zijn en de situatie dat, hoewel het EPC niet aan de huurder is uitgereikt, er wel is voldaan aan de afficheringsplicht en het EPC voor een ieder kenbaar is. De sanctie behoort aan deze verschillende situaties te zijn aangepast.

Ook voor een ieder toegankelijke publicatie op het internet draagt bij aan de kenbaarheid van een EPC. Ook voor een dergelijke situatie behoort een lichtere sanctie te worden gesteld op het niet verstrekken van het aanwezige EPC. Evenals voor de situatie dat het EPC op andere wijze aan de huurder bekend is, zoals publicatie in een advertentie of mondelinge mededeling.

Zo zal het bestaan van een A++ label voor partijen geen reden zijn verdere energiebesparende maatregelen te nemen, en het overhandigen van een EPC bij aanvang huur draagt niet bij aan het verder voorkomen van milieuvervuiling door beperking van CO²-uitstoot. Een A++label zal eerder leiden tot een hogere huurprijs: bij niet verstrekking van het EPC wordt deze huurder, die weinig energiekosten heeft, extra beloond door een relatief hoge huurkorting voor een energiezuinig object.

De civielrechtelijke benadering leidt tot ongewenste consequenties

De Adviescommissie adviseert met klem de sanctie niet civielrechtelijk te benaderen, doch strafrechtelijk of bestuursrechtelijk.

Het doel van de Richtlijn en het wetsvoorstel is ontleend aan het algemeen belang. Daar past geen civielrechtelijke benadering bij, doch een benadering waarbij de overheid handhaaft. De overheid is immers de hoeder van het algemeen belang. Besparing van de kosten van de overheid mag daarin geen argument zijn. De Adviescommissie is van mening dat handhaving van een overheidstaak door een overheid behoort te worden uitgevoerd.

De Richtlijn laat het aan de lid-staten over voor welke benadering zij kiezen. Blijkens de parlementaire stukken hebben Ierland, het Verenigd Koninkrijk en Denemarken ook voor een strafrechtelijke of bestuursrechtelijke benadering gekozen, waarbij (bestuurlijke) boetes worden opgelegd. Welke keuzes andere lid-staten hebben gemaakt blijkt niet uit de parlementaire stukken.

Het wetsvoorstel kiest voor de niet-nakoming van *de afficheringsplicht* wel voor een bestuursrechtelijke benadering (artikel 104a WW): handhaving door de VROM-inspectie door middel van een last onder dwangsom.

Het is stellig onjuist dat de wetgever, gedreven door een op zich noodzakelijke bezuiniging van de Nederlandse overheid, niet kiest voor de invoering van een bestuurlijke boete en in plaats daarvan aan de huurder een financieel voordeel verleent. De Adviescommissie is van mening dat een overheid haar handhavende en rechtsprekende taak niet mag ontlopen.

De beloning van de huurder is een ongewenst gevolg van de voorgestelde sanctie

De sanctie leidt tot beloning van de huurder. Waarom zou de huurder beloond moeten worden met een lagere huurprijs zolang hij het EPC niet heeft ontvangen? Daarvoor is geen rechtvaardiging te vinden, ook niet in het wetsvoorstel. Dit klemmt te meer daar de huurder op deze wijze juist gestimuleerd wordt jegens de verhuurder te verzwijgen dat bij de aanvang van de huur geen EPC is verstrekt. Het tegendeel van het doel van de regeling wordt bereikt. De huurder die werkelijk geïnteresseerd is in de energieprestatie kan (ook) via (de website van) het agentschap.nl van het Ministerie van VROM zelf nagaan of een EPC is verstrekt.

Dit is niet alleen een ongewenste onevenwichtigheid in de regeling, maar belast op voorhand de verhouding tussen twee partijen die tot elkaar staan in een *duurrelatie*. Een verhuurder en een huurder behoren in jarenlange harmonie samen te kunnen werken, welke harmonie door het zwijgen van de huurder wordt verstoord. Ook dat is ongewenst.

Het aan de huurder toe te kennen voordeel leidt bovendien niet tot energiebesparende maatregelen. Integendeel. Zolang de huurder voorkomt dat partijen zich met elkaar verstaan over de aanwezigheid en de uitreiking van het EPC, wordt de huurkorting en derhalve zijn beloning groter. Zodra deze huurder zijn huurkorting opeist, zal de welwillendheid van de verhuurder om energiebesparende maatregelen te nemen verdwenen zijn als sneeuw voor de energiebesparende zon.

De huurder die werkelijk geïnteresseerd is in de energieprestatie van het door hem te huren of gehuurde pand en daar met de verhuurder afspraken over zou willen maken frustreert zijn beloning/recht op huurkorting.

Ook dit toont aan dat de keuze van de wetgever voor de civielrechtelijke benadering bijzonder ongelukkig is.

En tot slot: het lijkt juist dat een eenvoudig uit te voeren sanctie van rechtswege geldt, zodat de huurder gerechtigd is de huurkorting zonder rechterlijke tussenkomst in mindering te brengen op de huurprijs. Echter, dit is in tegenspraak met het bestaande per 1 augustus 2003 ingevoerde huurrecht (titel 7.4 van het BW). Immers, een huurder is niet gerechtigd eenzijdig zonder rechterlijke tussenkomst de huurprijs te verminderen indien hij door de aanwezigheid van een gebrek minder huurgenot heeft (art. 7:207 BW). In geval van de aanwezigheid van een gebrek zal de door de rechter vast te stellen huurkorting evenredig moeten zijn aan het verminderd huurgenot; voor de huurder van niet-geliberaliseerde woonruimte geldt een vervaltermijn van 6 maanden.

Bij het ontbreken van een EPC heeft een huurder geen verminderd huurgenot (althans verminderd huurgenot is niet aannemelijk), maar zou hij wel 10% op de geldende huurprijs mogen inhouden zonder rechterlijke toetsing, en bovendien ongelimiteerd en met terugwerkende kracht.

De sanctie is ook op die grond disproportioneel en gezien het bestaande huurrecht, niet rechtssystematisch en willekeurig te noemen.

Ook dit is een reden om te pleiten om deze sanctie, mocht deze ongewijzigd worden ingevoerd, op te nemen in titel 7.4 van het Burgerlijk Wetboek, en niet in de Woningwet.

Richtlijn verplicht niet tot deze sanctie

Artikel 27 van de Richtlijn verplicht niet tot de onderhavige sanctie. Artikel 27 bepaalt slechts dat de sanctie doeltreffend, evenredig (proportioneel) en afschrikwekkend is. Er kan dus gekozen worden voor (een) ander(e) sanctie(s). Een sanctie die alleen wordt gekozen ter voorkoming van uitvoeringskosten bij de overheid en die een voordeel voor een civiele partij tot gevolg heeft, terwijl daarmee het doel van de regeling niet wordt bereikt, overtuigt niet.

Voorts, bij de door de wetgever gekozen sanctie geldt dat alleen het EPC alsnog (na een omissie van de verhuurder) zal wordt verstrekt als de huurder klaagt (waarmee de huurder, zoals geschetst, zichzelf tekort doet). Een vergelijkbaar eenzijdig te initiëren sanctiesysteem, zoals kennelijk in Duitsland is of zal worden ingevoerd, is door de regering bij verkoop verworpen. Het is de Adviescommissie niet duidelijk waarom bij verhuur wel voor dit eenzijdige systeem is gekozen.

Sanctie in strijd met art. 27 van de Richtlijn

Daarmee komt ook de vraag op of de gekozen sanctie wel in overeenstemming is met artikel 27 van de Richtlijn. De Richtlijn schrijft proportionaliteit voor. Hiervoor is reeds betoogd dat de sanctie buitensporig en disproportioneel kan uitpakken. In dat geval zou de verhuurder een beroep kunnen doen op art. 27 van de Richtlijn. De Nederlandse rechter zou er prejudiciële vragen over kunnen stellen aan het Hof van Justitie.

Sanctie in strijd met art. 7 EVRM (lex certa-beginsel)

Daar komt bij dat de sanctie onbepaalbaar is. Immers, de omvang daarvan loopt op naarmate de overeenkomst voortduurt en zolang geen EPC is verstrekt. In de situatie dat de verhuurder dat domweg vergeten is, pakt dat bijzonder onredelijk en onbillijk uit. De verhuurder zou zich kunnen beroepen op artikel 7 EVRM, waarin het legaliteitsbeginsel en het lex certa-beginsel zijn vervat: de wetgever dient erin te voorzien dat de strafbepaling voldoende precies is vastgesteld. Het voorgesteld artikel 11d WW lijkt in strijd hiermee.

Bekendmaking

De Adviescommissie stelt vast dat de overheid nog geen of weinig bekendheid heeft gegeven aan de voorgenomen wetswijziging, terwijl die al is voorzien op 1 januari 2013. Het is juist dat verhuurders strikt genomen reeds per 1 januari 2008 een EPC hadden moeten aanvragen, maar het is van algemene bekendheid dat veel verhuurders nog niet aan die verplichting hebben voldaan, mede omdat er geen sanctie op stond. De noodzaak van het invoeren van een sanctie wordt dan ook onderschreven.

Met de voorgestelde sanctie moeten verhuurders nu echt aan de slag met het verkrijgen van energielabels vóór die datum voor gebouwen die zij na die datum voornemens zijn (opnieuw) te verhuren. De draconische sanctie en de tijd die nodig is om tijdig, juist ook met het oog op grote gebouwen, energielabels te verkrijgen, rechtvaardigen en vereisen een vroege publiciteitscampagne van de overheid.