



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotatie bij HR 19-10-2018, NJ 2020/40 (EnergyClaim)

Hijma, J.

Citation

Hijma, J. (2020). Annotatie bij HR 19-10-2018, NJ 2020/40 (EnergyClaim). *Nederlandse Jurisprudentie*, 2020(6), 711-713. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3278696>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3278696>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

NJ 2020/40

HOGHE RAAD (CIVIELE KAMER)

19 oktober 2018, nr. 17/03295

(Mrs. C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp,
M.V. Polak, M.J. Kroeze, C.H. Sieburgh;
A-G mr. M.H. Wissink)
m.nt. Jac. Hijma

Art. 6:163 BW; art. 4 lid 3 VEU; art. 288 derde volzin
VWEU; art. 10 Richtlijn 2002/91/EG; art. 17 Richtlijn
2010/31/EU

NJB 2018/1963

O&A 2018/64

AB 2019/119

RvdW 2018/1160

RAV 2019/3

ECLI:NL:HR:2018:1973

ECLI:NL:PHR:2018:690

Overheidsaansprakelijkheid. Europees recht. Energerecht. Aansprakelijkheid Staat jegens met opstellen van energiecertificaten belaste deskundigen wegens niet-tijdige of onjuiste omzetting van Richtlijnen 2002/91/EG en 2010/31/EU betreffende energieprestatie van gebouwen?; Unierechtelijke en Nederlandse relativiteitsvereiste (art. 6:163 BW).

In het geval dat de Staat aansprakelijk wordt gesteld wegens niet-tijdige of onjuiste omzetting van een EU-richtlijn in het nationale recht stelt zowel het Unierecht als het Nederlandse recht de eis dat komt vast te staan dat de niet-tijdig of onjuist omgezette EU-richtlijn mede strekt tot bescherming van de individuele vermogensbelangen van de gedupeerden, althans dat laatstgenoemde belangen zodanig nauw samenhangen met de door de richtlijn nagestreefde doelstellingen dat de schade die is ontstaan als gevolg van niet-tijdige of onjuiste omzetting, valt onder het beschermingsbereik van de richtlijn. Dat voor de verwezenlijking van de milieudoelstelling van de richtlijnen betreffende de energieprestatie van gebouwen de betrokkenheid van met het opstellen van energiecertificaten belaste deskundigen vereist is, betekent niet dat hun economische en financiële belangen worden beschermd door die richtlijnen, en evenmin dat die belangen zodanig nauw samenhangen met de door die richtlijnen nagestreefde doelstellingen dat zij op die grond onder het beschermingsbereik van die richtlijnen vallen.

1. Stichting EnergyClaim, te Delft,
2. [eiser 2], h.o.d.n. [A],
3. [eiser 3],
4. Dutch Solar Systems B.V., te Enschede, eisers tot cassatie, adv.: mr. J.P. Heering, tegen
De Staat der Nederlanden, te Den Haag, verweerder in cassatie, adv.: mr. M.W. Scheltema.

Hof:

Vorderingen en de beoordeling in eerste aanleg

14. EnergyClaim heeft in eerste aanleg gevorderd:

primair

I. voor recht te verklaren dat de Staat in strijd handelt met Europees recht en/of artikel 6:162 BW door één of meer van de volgende gedragingen:

A. het in beginsel niet, te laat, niet volledig en/of niet juist implementeren van de Europese richtlijn Energieprestaties van gebouwen (richtlijn 2002/91/EC/EPBD) in de Nederlandse wetgeving;

B. het niet bereiken van het in de richtlijn bepaalde resultaat en het hierdoor in strijd handelen met artikel 288, derde lid VWEU;

C. het in de periode op en vanaf 16 oktober 2003 tot heden, of in een door de rechtbank vast te stellen ander deel of delen van die periode, in strijd handelen met artikel 4, derde lid VEU en al dan niet in samenhang met het voornoemde punt I.B.;

D. het in strijd handelen met het (op zichzelf staand) Europeesrechtelijke beginsel van gerechtvaardigd vertrouwen;

E. het in strijd handelen met het (op zichzelf staand) Nederlandsrechtelijke beginsel van gerechtvaardigd vertrouwen;

F. het niet tijdig en niet correct implementeren van de EPBD-richtlijn en het zo in strijd handelen met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betamelijk is;

G. het in strijd handelen met één of meer 'Aanwijzingen voor de regelgeving d.d. 18 november 1992' en in het bijzonder met de Aanwijzingen 256, 310 en 344;

H. het in strijd handelen met één of meer algemene beginselen van behoorlijk bestuur en in het bijzonder met het zorgvuldigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het willekeurbeginsel;

I. het schenden van de publiekrechtelijke plicht tot regelstelling van de Staat en/of het ten onrechte nalaten om tijdig juiste regelgeving tot stand te brengen in het kader van de EPBD-richtlijn; en deswege te verklaren dat de Staat onrechtmatig handelt jegens één of meer eisers;

subsidiair

II. voor recht te verklaren dat indien de rechtbank oordeelt dat de Staat ten deze rechtmatig heeft gehandeld bij de implementatie van Richtlijn 2002/91, hij toch onrechtmatig handelt of heeft nagelaten te handelen jegens eisers omdat — onder meer in lijn met de jurisprudentie inzake het arrest-*Leffers c.a.* (Hoge Raad 18 januari 1991, NJ 1992, 638) — de Staat ten onrechte geen nadeelcompensatie aan eisers heeft aangeboden;

meer subsidiair

III. te bepalen dat indien de rechtbank oordeelt dat de Staat ten deze rechtmatig heeft gehandeld bij de implementatie van Richtlijn 2002/91, gedaagde gehouden is een vergoeding aan EnergyClaim c.s. te

betalen als nadeelcompensatie en de Staat op die gronden te veroordelen tot het betalen van een vergoeding aan eisers ten bedrage van € 37.147.656, of een ander bedrag dat de rechtbank redelijk acht en te betalen aan EnergyClaim c.s.;

in alle gevallen

IV. de Staat te veroordelen om de EPBD alsnog binnen zes (6) maanden nadat de dagvaarding is betekend correct in te voeren, waaronder:

- de invoering van een geldig EnergiePrestatieCertificaat (onder welke naam dan ook gebezigd) en zoals omschreven in de EPBD;
- de verzekering van de onafhankelijkheid van de bedrijven en van de personen die verantwoordelijk zijn voor het maken van energieprestatiecertificaten en EPA maatwerkadvisen;
- de levering van energieprestatiecertificaten en EPA-maatwerkadvisen die zijn opgemaakt en geadmistreerd met inachtneming van geldende privacy regels;
- de invoering van een adequaat handhaving- en sanctieregime;
- dan wel meer of anders zoals het de rechtbank juist acht;

één en ander op straffe van verbeurte van een dwangsom van € 132.111 per dag (€ 924.777 per week) of een equivalent bedrag berekend op basis van de koopkracht van 14 november 2012 nadat de genoemde termijn van 6 maanden is verstreken — of binnen een termijn van 1 maand na betekening van het vonnis indien de uitspraak van de rechtbank wordt gedaan na 14 mei 2013, dan wel met ingang van een door de rechtbank in goede justitie vast te stellen ander tijdstip — en te betalen voor al de verbeurde bedragen aan EnergyClaim c.s. en zulks binnen 10 dagen nadat vorenbedoelde termijn of termijnen is of zijn verstreken, en dit met verwijzing van de Staat in de kosten van het geding, waaronder de volledige kosten van juridische bijstand en advies c.a., en te voldoen binnen 14 dagen na dagtekening van het vonnis, te vermeerderen met de wettelijke rente indien betaling uitblijft.

15. In het bestreden vonnis heeft de rechtbank de vorderingen afgewezen en EnergyClaim c.s. in de kosten veroordeeld. Daartoe heeft de rechtbank, kort samengevat, het volgende overwogen:

- (i) [eiser 3] heeft geen procesbelang, nu hij zijn vordering jegens de Staat aan de Stichting EnergyClaim heeft overgedragen;
- (ii) aan de bepalingen van de EPB-richtlijnen komt geen rechtstreekse werking toe. De EPB-richtlijnen zien niet op de bescherming van de vermogensbelangen van marktpartijen die werkzaam zijn op de energie-advisemarkt. Dat geldt ook als de ruime relativiteitsbenadering van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) als uitgangspunt wordt genomen. Die benadering veronderstelt een samenhang tussen de doelstellingen van de richtlijn en de interne markt, die in dit geval ontbreekt. Rechtstreekse economische gevolgen van het niet-uitvoeren van een milieuriichtlijn kunnen weliswaar onder de beschermingsdoelstellingen

van die richtlijn vallen, maar dat geldt niet voor (de vergoeding van) zuivere vermogensschade. De vordering tot nakoming van de invoering van de EPB-richtlijnen moet daarom worden afgewezen;

(iii) ook de vorderingen uit onrechtmatige daad moeten worden afgewezen, wegens het ontbreken van relativiteit. De wettelijke norm waarop EnergyClaim c.s. zich beroept (de EPB-richtlijnen, of de Aanwijzingen voor de regelgeving) strekt niet tot bescherming tegen de gestelde vermogens- of omzetschade. De correctie Langemeijer leidt niet tot een ander oordeel. Het niet uitkomen van de verwachtingen van EnergyClaim c.s. ten aanzien van de ontwikkeling van de energieadviesmarkt na invoering van het energielabel behoort tot het eigen ondernemersrisico van de bij EnergyClaim c.s. aangesloten bedrijven. De Staat heeft slechts algemene informatie verstrekt en geen onvoorwaardelijke belofte of concrete en individuele toezegging gedaan aan de bij EnergyClaim c.s. aangesloten bedrijven. De Staat heeft zich derhalve niet schuldig gemaakt aan schending van het rechtszekerheids- en/of vertrouwensbeginsel, die in combinatie met de niet-tijdige en/of onjuiste van de EPB-richtlijnen zou kunnen leiden tot aansprakelijkheid van de Staat uit onrechtmatige daad jegens EnergyClaim c.s.;

(iv) er is geen sprake van een speciale of abnormale last ten aanzien van de bij EnergyClaim aangesloten bedrijven, die een beroep op het égalitébeginsel kan rechtvaardigen. EnergyClaim c.s. hebben niet gesteld of onderbouwd dat er een specifiek onderscheid bestaat tussen de bij EnergyClaim aangesloten bedrijven en andere getroffen ondernemingen;

(v) de gevorderde nadeelcompensatie wordt afgewezen omdat het civiele recht, anders dan het bestuursrecht, geen grondslag biedt voor aansprakelijkheid van de Staat voor rechtmatig overheids-handelen;

(vi) als de in het ongelijk gestelde partij wordt EnergyClaim c.s. in de kosten veroordeeld.

Beoordeling van het hoger beroep

16. In hoger beroep vordert EnergyClaim c.s. vernietiging van het vonnis van de rechtbank en toewijzing van haar vorderingen in eerste aanleg, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, en wel zodanig dat op grond van de gevorderde verklaring(en) voor recht:

A. aanstonds schadevergoeding van de Staat kan worden gevorderd met dien verstande dat de omvang hiervan nader moet of zal worden bepaald bij afzonderlijke schadestaatprocedure (afzonderlijk en/of gezamenlijk) voor

a. Stichting EnergyClaim namens gedupeerden voor wie zij als middellijk vertegenwoordiger optreedt, en voor

b. de overige appellanten in de onderhavige zaak, alsmede

B. hierop een vooruitbetaling kan worden gevorderd ter dekking van een deel van de bij vorenbe-

doelde afzonderlijke schade Staatprocedure precies vast te stellen schadevergoeding door de Staat, met veroordeling van de Staat in de kosten van beide instanties, alsook in de nakosten.

17. EnergyClaim c.s. heeft, kort samengevat, de volgende grieven aangevoerd tegen het vonnis. *Grief 1* is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat [eiser 3] geen procesbelang heeft. Met *grief 2* komt EnergyClaim c.s. op tegen onderdeel 4.A van het bestreden vonnis, waarin de rechtbank de vordering tot nakoming van de plicht tot implementatie van de EPB-richtlijnen heeft beoordeeld. Volgens EnergyClaim c.s. miskent de rechtbank dat zij geen beroep heeft gedaan op de directe werking van bepalingen van de EPB-richtlijn. Er is voldaan aan alle voorwaarden die op grond van Unierechtelijke jurisprudentie mogen worden gesteld voor aansprakelijkheid van de Staat jegens EnergyClaim c.s., inclusief het relativiteitsvereiste. *Grief 3* is gericht tegen onderdeel 4.B van het bestreden vonnis, dat betrekking heeft op de vorderingen uit onrechtmatige daad. Volgens EnergyClaim c.s. heeft de rechtbank miskend dat de strikte relativiteitsbenadering in de arresten van de Hoge Raad in *Duwbak Linda* (ECLI:NL:HR:2004:AO6012) en *Iraanse vluchtelingen* (ECLI:NL:HR:2007:AZ8751) is versoepeld in latere arresten. In ieder geval leidt de correctie Langemeijer er volgens EnergyClaim c.s. toe dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Nu er wel sprake is van relativiteit en schending van een zorgvuldigheidsnorm, is er volgens EnergyClaim ook sprake van strijdigheid met de Aanwijzingen voor de regelgeving. Met *grief 4* komt EnergyClaim c.s. op tegen rechtsoverweging 4.20, waarin de rechtbank het beroep op het *égalité*-beginsel heeft verworpen. Met *grief 5* verwijt EnergyClaim c.s. de rechtbank dat zij niet is ingegaan op de stelling van EnergyClaim c.s. dat het energielabelsysteem niet rechtsgeldig is en dat daardoor de EPB-richtlijnen niet (goed) uitgevoerd kunnen zijn. *Grief 6* is gericht tegen het feit dat de rechtbank in het bestreden vonnis niet is ingegaan op de stelling van EnergyClaim c.s. dat de Staat oneigenlijk gebruik heeft gemaakt van de extra omzettingstermijn van artikel 15, tweede lid van EPB-richtlijn. Met *grief 7* ten slotte komt EnergyClaim c.s. op tegen het feit dat in het bestreden vonnis geen melding wordt gemaakt van producties 120 tot en met 139E van EnergyClaim c.s., hoewel deze producties een nadere onderbouwing vormen van de stellingen van EnergyClaim c.s.

18. De Staat heeft verweer gevoerd, en geconcludeerd tot bekrachtiging van het vonnis van de rechtbank, met veroordeling van EnergyClaim c.s. in de kosten, inclusief de nakosten.

19. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

20. Het hof zal hierna eerst ingaan op grieven 2, 3 en 4 van EnergyClaim c.s. Indien deze grieven falen, is het niet nodig om in te gaan op *grief 1* (die betrekking heeft op de ontvankelijkheid van [eiser 3]) en grieven 5 en 6 (die betrekking hebben op de uitvoering van de EPB-richtlijnen). *Grief 7* kan hoe

dan ook buiten beschouwing blijven omdat de desbetreffende producties van EnergyClaim c.s. in hoger beroep alsnog in de beoordeling van haar vorderingen kunnen worden betrokken, voor zover zij relevant zijn. De Staat heeft als meest verstrekkende verweer gevoerd dat Stichting Energyclaim en [eiser 3] niet ontvankelijk zijn, maar de ontvankelijkheid van de overige appellanten heeft de Staat niet gemotiveerd betwist. Er zal dus in ieder geval op de vorderingen van EnergyClaim c.s. moeten worden beslist.

21. Met *grief 2* komt EnergyClaim c.s. op tegen de afwijzing van haar vordering om de Staat te veroordelen tot omzetting van de 'EPBD'. Het hof zal er gelet op het verdere betoog van EnergyClaim c.s. vanuit gaan dat zij met 'EPBD' de herziene EPB-richtlijn bedoelt. De rechtbank heeft zich bij de beoordeling van deze vordering gericht op de vraag of voldaan is aan het relativiteitsvereiste. EnergyClaim c.s. verwijt de rechtbank dat zij de voorwaarden voor directe werking van richtlijnbeoordeling heeft verward met de voorwaarden voor aansprakelijkheid van de Staat wegens schending van Unierecht. Dat verwijt is terecht, maar kan er niet toe leiden dat deze vordering van EnergyClaim c.s. alsnog wordt toegewezen.

22. EU-richtlijnen zoals de herziene EPB-richtlijn zijn gericht tot de lidstaten. Op grond van artikel 288 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) is een richtlijn verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat, maar wordt aan de lidstaten de vrijheid gelaten om vorm en middelen te kiezen om dat resultaat te bereiken. Deze vrijheid beperkt de mogelijkheden voor particulieren om zich jegens een lidstaat direct op de bepalingen van een EU-richtlijn te beroepen. Dat kan alleen indien de lidstaat de richtlijn niet tijdig of niet juist heeft uitgevoerd én de betreffende bepalingen van de richtlijn onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn (arrest van het HvJ EU van 19 januari 1982 in zaak 8/81, *Becker*, *Jur.* 1982, blz. 53).

23. Voor toewijzing van de vordering van EnergyClaim c.s. tot invoering van de herziene EPB-richtlijn is dus nodig dat de desbetreffende bepalingen van de EPB-richtlijn onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn. EnergyClaim c.s. heeft niet gesteld dat aan die vereisten is voldaan. In randnummer 17.8 van de memorie van grieven stelt EnergyClaim c.s.: '*Het gaat echter in deze zaak alleen om de voorwaarden voor staatsaansprakelijkheid, en wel omdat appellanten schadeverhaal verlangen*'. En in randnummer 246 van de memorie van grieven stelt EnergyClaim c.s. dat de rechtbank zich in onderdeel 4.A van het bestreden vonnis heeft gebogen over '*een aspect dat door appellanten niet als zodanig in de dagvaarding is aangebracht*'. Met dat aspect bedoelt EnergyClaim c.s. kennelijk de directe werking van de herziene EPB-richtlijn. Uit deze stellingen leidt het hof af dat EnergyClaim c.s. zich niet op de directe werking van de herziene EPB-richtlijn beroept. Hoe dan ook zijn naar het oordeel van het hof

de door EnergyClaim c.s. in haar vordering sub IV genoemde bepalingen van de herziene EPB-richtlijn onvoldoende nauwkeurig om directe werking te kunnen hebben. Daarvoor laten deze bepalingen de lidstaten teveel keuzemogelijkheden bij de uitvoering ervan.

24. Bij gebreke van directe werking van de bepalingen van de herziene EPB-richtlijn kan EnergyClaim c.s. niet van de Staat vorderen dat hij deze bepalingen invoert. Daaraan voegt het hof toe dat de burgerlijke rechter niet bevoegd is de Staat te bevelen regelgeving (hetzij in de vorm van een formele wet hetzij in de vorm van lagere regelgeving) in te voeren, waar deze vordering van EnergyClaim c.s. wel op neer komt. In zoverre faalt grief 2 van EnergyClaim c.s. In de toelichting bij deze grief is EnergyClaim c.s. uitgebreid ingegaan op de beoordeling door de rechtbank van de vraag of voldaan is aan het relativiteitsvereiste. Op die beoordeling heeft ook grief 3 betrekking. Op het relativiteitsvereiste zal het hof in de hiernavolgende overwegingen ingaan.

25. Uit het arrest van het HvJ EU in de zaak *Francovich* (ECLI:EU:C:1991:428) volgt dat wanneer een richtlijn geen directe werking heeft, een lidstaat niettemin aansprakelijk kan zijn voor de schade die particulieren lijden doordat de richtlijn niet tijdig of niet juist in nationaal recht is omgezet. Daarvoor moet zijn voldaan aan drie vereisten: (i) de geschonden rechtsregel moet ertoe strekken dat aan particulieren rechten worden toegekend, (ii) er moet sprake zijn van een voldoende gekwalificeerde schending, en (iii) er moet een direct causaal verband bestaan tussen de schending van de op de lidstaat rustende verplichting en de door de benadeelde personen geleden schade (arrest van het HvJ EU in *Brasserie du Pêcheur/ Factortame III*, ECLI:EU:C:1996:79, rechts-overweging 51).

26. Dit zijn minimumvereisten. Zij sluiten niet uit dat een lidstaat naar nationaal recht onder minder beperkende voorwaarden aansprakelijk kan zijn. Het eerste vereiste is vergelijkbaar met – maar mogelijk niet geheel gelijk aan – het relativiteitsvereiste van artikel 6:163 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Het tweede vereiste (de schending moet voldoende gekwalificeerd zijn) geldt niet naar Nederlands recht. Het derde vereiste (causaal verband) is ook naar Nederlands recht een vereiste voor (overheids)aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad. Tegenover het betoog van EnergyClaim c.s. dat de Staat jegens haar aansprakelijk is uit onrechtmatige daad wegens de niet tijdige en/of onjuiste uitvoering van de EPB-richtlijnen, heeft de Staat als primair verweer gevoerd dat niet is voldaan aan het (Unierechtelijke dan wel Nederlandsrechtelijke) relativiteitsvereiste. De beoordeling of aan het relativiteitsvereiste is voldaan zal het hof eerst naar Unierecht en dan naar Nederlands recht uitvoeren.

27. Het hof neemt bij zijn beoordeling tot uitgangspunt dat de EPB-richtlijnen in de eerste plaats de bescherming van milieubelangen tot doel hebben. Dat volgt uit het feit dat de EPB-richtlijnen zijn

gebaseerd op de milieutitel van het VWEU. Het blijkt ook uit de considerans van de richtlijnen, waarin wordt gewezen op de noodzaak van een doelmatig, behoedzaam, rationeel en duurzaam energiegebruik, en uit de maatregelen die in de richtlijnen worden voorzien. Die maatregelen strekken ertoe het energieverbruik terug te dringen door de energieprestaties van gebouwen te verbeteren. Daarnaast dienen de EPB-richtlijnen de belangen van eigenaars en gebruikers van gebouwen, die baat hebben bij duidelijkheid over de energieprestaties van de gebouwen. Aan de grondslag, considerans en inhoud van de EPB-richtlijnen zijn geen aanwizingen te ontleen dat deze richtlijnen ook bedoeld zijn om de belangen te dienen van de bedrijven waarvoor EnergyClaim c.s. opkomt. Weliswaar wordt in de richtlijnen een rol voorzien voor onafhankelijke, erkende deskundigen, die de energieprestaties van gebouwen moeten certificeren. Daarbij gaat het echter om een neveneffect van de richtlijnen: certificeringsdeskundigen zijn nodig om de richtlijnen uit te voeren en kunnen daardoor omzet genereren. Uit niets blijkt dat de richtlijnen (mede) in het leven zijn geroepen om hen in staat te stellen die omzet te genereren.

28. EnergyClaim c.s. heeft betoogd dat de ruime toepassing van het relativiteitsvereiste in de arresten van het HvJ EU in *Danske Slagterier* (ECLI:EU:C:2009:178) en *Jutta Leth* (ECLI:EU:C:2013:166) meebrengt dat ook de gestelde omzetting van de EPA-adviseurs binnen de beschermingsdoelstelling van de EPB-richtlijnen valt. In dat verband heeft Energyclaim c.s. aangevoerd dat de schade geleden door de EPA-adviseurs een 'rechtstreeks economisch gevolg' is van de niet tijdige en onjuiste toepassing van de richtlijnen.

29. Het hof volgt Energyclaim c.s. niet in dit betoog. Zowel in het arrest *Danske Slagterier* als in het arrest *Jutta Leth* was er een zodanige nauwe samenhang tussen de doelstelling van de geschonden norm (bevordering van de intracommunautaire handel in vers vlees, respectievelijk bescherming van het milieu en de kwaliteit van het bestaan), enerzijds, en de belangen van eisers (invoer van vers vlees, respectievelijk behoud van de waarde van een woning), anderzijds, dat de beschermingsdoelstelling van de norm zich mede tot die belangen kon uitstrekken. In het onderhavige geval ontbreekt die nauwe samenhang. Weliswaar kan de niet tijdige of onjuiste invoering van de EPB-richtlijnen leiden tot een omzetting van EPA-adviseurs, maar er is geen nauwe samenhang tussen de belangen van deze bedrijven en de doelstelling van de EPB-richtlijnen om het energieverbruik terug te dringen door de energieprestatie van gebouwen te verbeteren. Het gaat hier veeleer om indirecte economische gevolgen, die op één lijn kunnen worden gesteld met de concurrentienadelen genoemd door het HvJ EU in het arrest *Jutta Leth*.

30. Daar komt het volgende bij. Het relativiteitsvereiste stelt grenzen aan de groep benadeelden die vergoeding kunnen vorderen van schade die

zij lijden als gevolg van de overtreding van een norm. Dat veronderstelt dat die groep kan worden afgebakend. In het geval van de bedrijven waarvoor EnergyClaim c.s. opkomt is dat echter niet goed mogelijk. EPA-adviseurs zijn immers niet de enige bedrijven die kunnen profiteren van maatregelen ter verbetering van de energieprestatie van gebouwen. Andere bedrijven die profijt kunnen hebben van zulke maatregelen zijn bijvoorbeeld aannemers en installateurs. Zij worden ook met name genoemd in de richtlijn (onder meer in overweging 29 van de herziene EPB-richtlijn, waar staat dat ‘installateurs en aannemers (...) van cruciaal belang [zijn] voor de succesvolle uitvoering van deze richtlijn’). Anders dan EnergyClaim c.s. stelt, vormen de EPA-adviseurs dus geen afgebakende groep die zich voldoende onderscheidt van andere bedrijven die economische gevolgen ondervinden van niet tijdige of onjuiste uitvoering van de EPB-richtlijnen. (De groep bedrijven waarvoor EnergyClaim c.s. opkomt is overigens zelf ook niet scherp afgebakend; zo lijkt appellant sub 5 zich niet bezig te houden met EPA-adviezen en meer gemeen te hebben met installateurs.) Indien in het geval van EnergyClaim c.s. zou worden aangenomen dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan, dan zou eenzelfde conclusie moeten gelden voor alle andere bedrijven die nadelige economische gevolgen ondervinden van de niet tijdige of onjuiste uitvoering van de EPB-richtlijnen en die schade op de Staat zouden willen verhalen. Daarmee zou het relativiteitsvereiste zijn betekenis verliezen.

31. Uit het voorgaande volgt dat niet is voldaan aan het Unierechtelijke relativiteitsvereiste. Op grond van het Unierecht is de Staat dus niet aansprakelijk voor de door EnergyClaim c.s. gestelde schade. Zoals hiervoor overwogen, zijn de vereisten voor overheidsaansprakelijkheid op grond van het Unierecht minimumvereisten. De vaststelling dat niet aan (een van) deze vereisten is voldaan, sluit dus niet uit dat de Staat naar Nederlands recht wel aansprakelijk is jegens EnergyClaim c.s.

32. Naar Nederlands recht bestaat geen verplichting tot schadevergoeding, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden (artikel 6:163 BW). Bij de beantwoording van de vraag of aan het in artikel 6:163 BW neergelegde relativiteitsvereiste is voldaan, komt het volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad aan op het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan moet worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt. Zoals het hof hiervoor heeft overwogen ten aanzien van het Unierechtelijke relativiteitsvereiste, valt uit het doel en de strekking van de EPB-richtlijnen niet af te leiden dat de beschermingsomvang van deze richtlijnen zich uitstrekt tot de gestelde omzetterdrijving van de bedrijven waarvoor EnergyClaim c.s. opkomt.

33. Volgens EnergyClaim c.s. is de Hoge Raad in de arresten *Barneveld/Gasunie*

(ECLI:NL:HR:2007:AZ1598), *Hangmat* (ECLI:NL:HR:2010:BM6095), *Fabricom II* (ECLI:NL:HR:2014:3073) en *Imagine*

(ECLI:NL:HR:2016:162) uitgegaan van een ruimere toepassing van het relativiteitsvereiste dan in de arresten *Duwbak Linda* en *Iraanse vluchteling*, die de rechtbank in het bestreden vonnis als uitgangspunt heeft gehanteerd. Aan dat ruimere relativiteitsvereiste zou in het geval van EnergyClaim c.s. wel zijn voldaan.

34. Het hof volgt EnergyClaim c.s. evenmin in dit betoog.

35. In de zaak *Barneveld/Gasunie* diende de geschonden norm in de eerste plaats de belangen van de omwonenden en gebruikers van de gasleiding. Het oordeel van de Hoge Raad dat jegens Gasunie aan het relativiteitsvereiste was voldaan, berustte op de nauwe samenhang tussen het belang van Gasunie en de belangen van de omwonenden bij de voorkoming van ongelukken met de gasleiding. Hiervoor is reeds geconstateerd dat tussen het door de EPB richtlijnen nagestreefde algemene belang van het terugdringen van het energieverbruik en de belangen van EnergyClaim c.s. geen nauwe samenhang bestaat. De belangen van EnergyClaim c.s. kunnen ook niet worden vereenzelvigd met de belangen van de eigenaars en gebruikers van gebouwen, die mede door de EPB-richtlijnen worden gediend.

36. De door EnergyClaim c.s. gestelde analogie met het arrest *Fabricom II* gaat evenmin op. Anders dan door EnergyClaim c.s. wordt bepleit, zijn certificeringsdeskundigen niet te beschouwen als materieel begunstigen van de EPB-richtlijnen. Zoals hiervoor is overwogen, kunnen zij wel profiteren van de uitvoering van die richtlijnen, maar dat is slechts een neveneffect en niet het doel van die richtlijnen.

37. EnergyClaim c.s. meent dat de arresten *Hangmat* en *Imagine* haar standpunt ondersteunen vanwege de methode die de Hoge Raad in deze arresten heeft gehanteerd om de reikwijdte van kwalitatieve aansprakelijkheden te bepalen. De Hoge Raad heeft in deze arresten eerst aansluiting gezocht bij de tekst van de wet, vervolgens bij de parlementaire geschiedenis en uiteindelijk bij wat ‘naar maatschappelijke opvattingen, in aanmerking genomen de belangen van de benadeelde, de bezitter en de aansprakelijkheidsverzekeraar, het meest redelijk moet worden geacht(...)’ (rechtsoverweging 4.3.4 van het arrest *Hangmat*). In het onderhavige geval kan reeds op grond van de tekst van de EPB-richtlijnen worden vastgesteld dat met deze richtlijnen niet wordt beoogd de belangen te dienen van de bedrijven waarvoor EnergyClaim c.s. opkomt. Ten overvloed wijst het hof nog op het volgende. Ten aanzien van de parlementaire geschiedenis heeft EnergyClaim c.s. gewezen op uitlatingen van Nederlandse overheidsinstanties. Die uitlatingen zijn echter niet relevant voor de bepaling van de reikwijdte van instrumenten van Unierecht. Ten aanzien van de Unierechtelijke wetsgeschiedenis heeft EnergyClaim c.s. niets aangevoerd dat haar stand-

punt met betrekking tot de beschermingsomvang van de EPB-richtlijnen ondersteunt. EnergyClaim c.s. heeft evenmin voldoende gemotiveerd gesteld waarom de maatschappelijke opvattingen in dit geval mee zouden moeten brengen dat de beschermingsomvang van de EPB-richtlijnen wordt uitgebreid tot de belangen van de bedrijven waarvoor zij opkomt.

38. Het hof dient vervolgens te beoordelen of op grond van de correctie Langemeijer alsnog kan worden aangenomen dat aan het relativiteitsvereiste van artikel 6:163 BW is voldaan. Op grond van de correctie Langemeijer kan schending van een wettelijke norm die niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, onder omstandigheden bijdragen aan het oordeel dat een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm is geschonden die wel bescherming biedt tegen die schade. De benadeelde moet concreet aangeven op grond waarvan de correctie Langemeijer, anders dan de overtrende wettelijke norm, wel tot aansprakelijkheid zou moeten leiden (zie het arrest van de Hoge Raad in de zaak *AstraZeneca/Menzis*, ECLI:NL:HR:2006:AY9317).

39. Bij zijn beoordeling stelt het hof voorop dat EnergyClaim c.s. in dit verband niet kan volstaan met de stelling dat een zorgvuldigheidsnorm is geschonden doordat de EPB-richtlijnen niet tijdig en/of niet juist in Nederlands recht zijn omgezet. Zij zal moeten stellen en bewijzen dat de Staat, afgezien van die (mogelijke) schending van de wettelijke verplichting tot omzetting van de richtlijnen, een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden. Anders zou de correctie Langemeijer een algemene rechtszekerheidscorrectie op het relativiteitsvereiste gaan vormen, wat niet de bedoeling van deze correctie is. Voor dat standpunt vindt het hof steun in de uitspraak van de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in de zaak *Praxis e.a./gemeente Zwolle* (ECLI:NL:RVS:2016:732).

40. EnergyClaim c.s. heeft in dit verband een beroep gedaan op het zorgvuldigheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. Volgens EnergyClaim c.s. heeft de Staat deze beginselen geschonden door de EPA-adviseurs '(...) eerst actief, uitdrukkelijk en zonder voorbehoud op te roepen en te stimuleren om met het oog op de komende EPDB-regelgeving te investeren in hun bedrijfsvoering, terwijl [de Staat] vervolgens die vereiste EPDB-regelgeving niet, niet juist, niet tijdig en niet effectief implementeert' (memorie van grieven, randnummer 79). EnergyClaim c.s. heeft deze stelling onder meer in randnummer 19 van de memorie van grieven onderbouwd met verwijzingen naar verschillende brieven en uitlatingen van ambtenaren en bewindspersonen en publicaties in opdracht van de overheid, waarin volgens EnergyClaim c.s. concrete verwachtingen zijn gewekt ten aanzien van de invoering van de EPB-richtlijnen en de essentiële rol die EPA-adviseurs daarbij zouden vervullen.

41. Het hof onderschrijft het oordeel van de rechtbank dat de Staat in het algemeen een ruime mate van vrijheid toekomt om wet- en regelgeving

en beleid te wijzigen, ook als daardoor eerdere verwachtingen of vooruitzichten teniet worden gedaan. Dat laatste behoort in beginsel tot het normale ondernemersrisico. Daarnaast geldt dat voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel is vereist dat het bevoegde bestuursorgaan concrete toezeggingen heeft gedaan, waardoor gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt. Algemene informatie en toezeggingen van algemene strekking vormen in beginsel geen bron van gewettigde verwachtingen. Het zorgvuldigheidsbeginsel vereist dat alle relevante aspecten bij het nemen van een besluit worden meegewogen en daarbij het juiste gewicht krijgen, en dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.

42. De brieven, uitlatingen en publicaties waarop EnergyClaim c.s. zich heeft beroepen, bevatten geen dermate concrete toezeggingen, dat daarmee bij EPA-adviseurs de gerechtvaardigde verwachting kan zijn gewekt dat zij een bepaalde omzet zouden kunnen behalen met energieprestatiecertificering. Dat in die brieven etc. wordt gesproken over de essentiële rol van onafhankelijke deskundigen bij de certificering van energieprestaties van gebouwen is in dit verband niet van belang. Het lag immers al vast in de EPB-richtlijnen dat voor deze certificering onafhankelijke deskundigen nodig zouden zijn. Het kan de Staat om die reden ook niet worden verweten dat hij de EPA-adviseurs heeft aangespoord om in de energieprestatiecertificering te investeren. Uit de opsomming van EnergyClaim c.s. valt evenmin af te leiden dat de Staat concrete toezeggingen heeft gedaan aan de EPA-adviseurs met betrekking tot een bepaalde invulling van het energieprestatiecertificaat (waarvoor meer inspanningen van de EPA-adviseurs nodig waren geweest dan voor het huidige systeem, wat tot extra omzet van EPA-adviseurs had kunnen leiden). Duidelijk is wel dat de minister aanvankelijk een meeromvattende vorm van dit certificaat voor ogen heeft gestaan. Het wetsvoorstel waarin dat certificaat was voorzien stuitte echter op bezwaren in de Tweede Kamer, waarna de minister heeft gekozen voor een vereenvoudigd energielabel. Aan het oorspronkelijke voorstel van de minister — en aan de communicatie daarover naar de markt — hebben de bij EnergyClaim c.s. aangesloten bedrijven geen gerechtvaardigde verwachtingen kunnen ontleenen. De minister had — ook jegens deze bedrijven — de vrijheid om op dit voorstel terug te komen toen het politiek niet haalbaar bleek. Het enige document waarin een concrete omzetverwachting wordt uitgesproken is het VROM rapport 'Risicoprofiel Beroepsaansprakelijkheid EPA-adviseur' van augustus 2000 (productie 21 van EnergyClaim c.s. bij dagvaarding). Nog daargelaten de vraag of het eenmalig vermelden van een omzetverwachting tot aansprakelijkheid kan leiden, daartoe dit document van vóór de inwerkingtreding van de EPB-richtlijnen. De genoemde omzetver-

wachting kan dan ook niet op de invoering van die richtlijnen zijn gebaseerd, en moet zijn ingegeven door de toenmalige marktomstandigheden, waarin het EPA nog met verschillende subsidieregelingen en fiscale regelingen werd gesubsidieerd. De afschaffing van die regelingen staat in deze procedure echter niet ter discussie. EnergyClaim c.s. heeft verder niet duidelijk gemaakt in welk opzicht sprake is van een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, naast een (mogelijke) schending van de wettelijke verplichting tot omzetting van de EPB-richtlijnen. EnergyClaim c.s. kan de Staat niet verwijten dat (uiteindelijk) is gekozen voor een eenvoudige versie van het energielabel, zolang de EPB-richtlijnen die keuze toelaten.

43. Daar komt nog bij dat, zoals EnergyClaim c.s. zelf opmerkt (vergelijk de memorie van grieven, randnummer 20, en de daar genoemde randnummers van de dagvaarding), EPA adviseurs niet de enige bedrijven zijn die door de mededelingen van overheidsinstanties op dit gebied gestimuleerd werden om te investeren. Ook hier wreekt zich dat de EPA adviseurs geen afgebakende groep vormen die zich voldoende onderscheidt van andere bedrijven die economische gevolgen ondervinden van niet tijdige of onjuiste uitvoering van de EPB-richtlijnen. Zoals het hof hiervoor heeft overwogen, staat dat in de weg aan de vaststelling dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan. De correctie Langemeijer kan er niet toe leiden dat de kring van partijen wier belangen worden beschermd door de EPB-richtlijnen alsnog wordt uitgebreid tot alle bedrijven die nadelige economische gevolgen hebben ondervonden van de niet tijdige of onjuiste invoering van de richtlijnen.

44. Aan het voorgaande kan het rapport van de Ombudsman niet afdoen. De rechter is niet gebonden aan het oordeel van de Ombudsman (zie ECLI:NL:HR:1992:ZC0506). De Ombudsman beoordeelt of het bestuursorgaan zich in de onderzochte aangelegenheid behoorlijk heeft gedragen (artikel 9:27, eerste lid van de Algemene wet bestuursrecht). Daarbij hanteert de Ombudsman niet dezelfde normen als de rechter. Volgens het rapport van de Ombudsman heeft de Staat gehandeld in strijd met het vereiste van rechtszekerheid door de EPA adviseurs niet expliciet te informeren dat bij de uitvoering van de EPB-richtlijn niet zou worden voorzien in bestuursrechtelijke of strafrechtelijke handhavingssancties. De Ombudsman heeft verder geoordeeld dat de Staat heeft gehandeld in strijd met het redelijkheidsvereiste, door onvoldoende duidelijk te maken dat de energielabelplicht niet gehandhaafd zou worden en te miskennen dat maatschappelijke partijen daarover andere verwachtingen hadden en op basis daarvan op grote schaal zijn gaan investeren. Op grond van een en ander kan geen schending van het vertrouwens- of zorgvuldigheidsbeginsel worden aangenomen. Er bestaat geen verplichting voor de Staat om bedrijven die gevolgen kunnen ondervinden van wetgeving steeds op voorhand te informeren over de inhoud daarvan. Bovendien mag worden aangenomen dat de EPA adviseurs bekend

waren met de inhoud van de EPB-richtlijn, waarin geen verplichting was opgenomen om in bestuursrechtelijke of strafrechtelijke handhavingssancties te voorzien. (Die verplichting is voor het eerst opgenomen in de herziene EPB-richtlijn.) Zoals het hof hiervoor heeft overwogen, kan de vereenvoudiging van het energielabel evenmin gezien worden als een inbreuk op het vertrouwens- of zorgvuldigheidsbeginsel. Terugkomen van een eerdere – verdergaande – variant, waarover aan de markt mededelingen waren gedaan, valt binnen de vrijheid van de Staat om wet- en regelgeving en beleid te wijzigen. Niet uitgekomen verwachtingen van de EPA adviseurs te dien aanzien behoren tot het normale ondernemersrisico.

45. Tegen het oordeel van de rechtbank dat de Staat niet heeft gehandeld in strijd met de Aanwijzingen voor de regelgeving heeft EnergyClaim c.s. uitsluitend aangevoerd dat de rechtbank heeft miskend dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan en een zorgvuldigheidsnorm is geschonden. Die bezwaren zijn hiervoor reeds verworpen.

46. Uit het voorgaande volgt dat grief 2, voor zover deze grief is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan, en grief 3 beide falen.

47. Met grief 4 komt EnergyClaim c.s. op tegen de verwerping door de rechtbank van haar beroep op het *égalité*beginsel. Dit beginsel houdt in dat onevenredig nadelige – dat wil zeggen, buiten het normale maatschappelijke risico of het normale bedrijfsrisico vallende, en op een beperkte groep burgers of instellingen drukkende – gevolgen van een overheidshandeling of overheidsbesluit niet ten laste van die beperkte groep behoren te komen, maar gelijkmatig over de gemeenschap dienen te worden verdeeld (o.a. ECLI:NL:HR:2001:AB0801). Voor een geslaagd beroep op het *égalité*beginsel moet dus sprake zijn van een speciale en abnormale last; speciaal omdat zij drukt op een beperkte groep burgers of ondernemingen, en abnormaal omdat zij niet behoort tot het normale maatschappelijke- of bedrijfsrisico.

48. Volgens EnergyClaim c.s. bestaat de speciale en abnormale last in dit geval hierin dat de bedrijven waarvoor EnergyClaim c.s. opkomt '(...) eerst actief, gericht en op instigatie van de Staat hebben geïnvesteerd in een toekomstige (o.g.v. Europese regelgeving door de Staat verplicht te implementeren) wetgeving (...) terwijl de Staat vervolgens deze implementatie niet, niet goed en niet effectief implementeert' (memorie van grieven, randnummer 84). Voor zover in dit verband van een last kan worden gesproken, is deze echter speciaal noch abnormaal, om de hiervoor genoemde redenen: de EPA adviseurs vormen geen afgebakende groep, die zich voldoende onderscheidt van andere ondernemingen die nadelige economische gevolgen ondervinden van de niet tijdige of onjuiste invoering van de EPB-richtlijnen, en de door EnergyClaim c.s. gestel-

de, vergeefse investeringen behoren tot het normale bedrijfsrisico.

49. Uit het voorgaande volgt dat grieven 2, 3 en 4 geen van alle slagen. Grieven 1, 5 en 6 kunnen dan buiten beschouwing blijven. Grief 7 kan, zoals hiervoor is overwogen, niet tot toewijzing van de verdelingen van EnergyClaim c.s. leiden. Het beroep faalt dus. Het hof zal het vonnis van de rechtbank bekrachtigen en EnergyClaim c.s. als de in het ongelijk gestelde partij veroordelen in de kosten van het hoger beroep.

Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank van 14 mei 2014;
- veroordeelt EnergyClaim c.s. in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van de Staat tot op heden begroot op € 5.114 aan verschotten en € 16.030 aan salaris advocaat en op € 131 aan nasalaris voor de advocaat, nog te verhogen met € 68 indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving in der minne aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, en bepaalt dat deze bedragen binnen 14 dagen na de dag van de uitspraak dan wel, wat betreft het bedrag van € 68, na de datum van betekening, moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van 14 dagen;
- verklaart dit arrest ten aanzien van de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid in acht te nemen vormen, doordat het hof heeft overwogen en beslist als is vervat in het ten deze bestreden arrest, zulks ten onrechte om één of meer van de navolgende, mede in onderlinge samenhang te lezen redenen:

Inleiding

Eiseres sub 1 (hierna: de Stichting EnergyClaim) behartigt de belangen van gedupeerde bedrijven in de energiebesparingsbranche. Eiser sub 2 (hierna: [eiser 2]) en eiser sub 4 (hierna: Dutch Solar Systems) zijn ondernemingen die werken op het terrein van respectievelijk energieprestatieadviesing en energiebesparing. Eiser sub 3 (hierna: [eiser 3]) is voorzitter van de Stichting EnergyClaim en was als ondernemer directeur van een EPA-bedrijf.¹ Eisers worden hierna gezamenlijk aangeduid als EnergyClaim c.s.

Inzet van de onderhavige procedure is de vraag of de Staat jegens EnergyClaim c.s. onrechtmatig heeft gehandeld door kort samengevat (i) in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur aanvankelijk met subsidieregelingen een vraag-

markt te scheppen en te stimuleren waarop EnergyClaim c.s. met haar bedrijfsactiviteiten inspeelde, investeringen heeft gedaan en lange termijnverplichtingen is aangegaan om aan de voorgespiegelde marktvraag te kunnen voldoen, om vervolgens vrijwel alle financiële en stimulerende prikkels weer weg te nemen, de vraagmarkt negatief te beïnvloeden, en op die wijze de vraag naar Energieprestatie adviezen en energiebesparing te ondermijnen en (ii) door de EPB-richtlijnen² niet tijdig en niet juist in de Nederlandse wet- en regelgeving te implementeren.

Achtergrond van de zaak kan aldus kort worden samengevat. Per 1 januari 2000 werd in Nederland het Energie Prestatie Advies (hierna: het EPA) geïntroduceerd, waarmee inzicht kon worden verkregen in de energiezuinigheid van een woning en de verantwoorde manieren om de energiebehoefte van een woning te verminderen. Volgens de overheid waren er grote aantallen EPA-adviseurs nodig om het beleid uit te voeren. Vele bedrijven in de energiebesparingsbranche zijn in deze vraagmarkt gestapt en hebben investeringen gedaan in (onder meer) het opleiden van EPA-adviseurs. De Staat had aangekondigd dat EPA de 'hoeksteen' van het klimaatbeleid voor de gebouwde omgeving was en dat aan de hand van EPA 4 miljoen woningen moesten worden verbeterd in de periode tot 2010–2015. Vanaf 1 juli 2002 moesten EPA-bedrijven voldoen aan kostbare certificeringseisen, met contracten van drie jaar. In de begroting van het Ministerie van VROM was EPA-stimulering tot en met 2006 opgenomen, dus tot de introductie van verplichte energieprestatiecertificering. De Staat heeft vanaf 2000 inderdaad met diverse subsidieregelingen en fiscale regelingen het EPA in de markt gestimuleerd. Zo konden woningeigenaren een subsidie krijgen voor een EPA dat was uitgebracht door een gecertificeerd EPA-adviseur. In juli 2001 sloot de Staat een convenant met onder meer woningcorporaties – het Nationaal Akkoord Wonen – dat voor ten minste 30% van de sociale huurwoningen een EPA zou worden uitgebracht in de periode tot en met 2005. Ook gemeenten moesten in het kader van het Bestuursakkoord Nieuwe Stijl (BANS) de toepassing van EPA stimuleren. Nederland liep met het EPA vooruit op de harmonisatie van voorschriften voor energieprestatieadviesing van gebouwen in de Europese Unie. De Staat heeft op verschillende momenten verkondigd dat na invoering van deze voorschriften in Nederlandse wet- en regelgeving in 2006 een verplichting zou worden geïntroduceerd om een Energie Prestatie Certificaat (in feite een EPA) aan te bieden bij verkoop of verhuur van woningen en gebouwen. Voorts heeft de Staat nadruk-

¹ Zie mvg nr. 16.

² Richtlijn 2002/91/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de energieprestatie van gebouwen (*Energy Performance of Buildings Directive* – hierna: EPB-richtlijn), later vervangen door Richtlijn 2012/31/EG (hierna: herziene EPB-richtlijn); beide richtlijnen hierna (in navolging van het hof, ofschoon ook de afkorting EPBD wordt gebruikt) aan te duiden als EPB-richtlijnen.

kelijk aangekondigd dat het energieprestatiecertificaat conform de EPB-richtlijnen vrijwel hetzelfde zou zijn als een EPA en dat gecertificeerde Energie Prestatie Adviseurs die energiecertificaten zouden afgeven.³ Sinds 2003 heeft de Staat het EPA echter afgebroken door de stimulering en ontwikkeling daarvan af te bouwen ten gevolge waarvan de vraag naar Energieprestatie adviezen en energiebesparing afnam en EPA- en energiebesparingsbedrijven voor de Staat voorzienbare schade hebben geleden.⁴

De Europese harmonisatie van voorschriften voor energieprestatiecertificaten begon in 2003 door de inwerkingtreding van Richtlijn 2002/91/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de energieprestatie van gebouwen (hierna: de EPB-richtlijn). Op grond van de EPB-richtlijn moesten de lidstaten er onder meer voor zorgen dat bij de bouw, verkoop of verhuur van een gebouw aan de eigenaar, of door de eigenaar aan de toekomstige koper of huurder, een energieprestatiecertificaat met een geldigheid van maximaal tien jaar wordt verstrekt (artikel 7). Geïnspireerd door de Nederlandse situatie in de periode vanaf het jaar 2000 bepaalt artikel 10 dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat de certificering van gebouwen met de daarbij behorende aanbevelingen op onafhankelijke wijze wordt uitgevoerd door gekwalificeerde en/of erkende deskundigen.

De implementatietermijn van de EPB-richtlijn verstreek op 4 januari 2006. Slechts bij gebrek aan gekwalificeerde deskundigen konden de lidstaten verzoeken om een extra implementatietermijn van drie jaar voor integrale toepassing van de artikelen 7, 8 en 9 van de EPB-richtlijn. Op 9 februari 2006 werd Nederland voor de eerste keer formeel in gebreke gesteld door de Europese Commissie. De EPB-richtlijn is op 1 februari 2012 ingetrokken en vervangen door Richtlijn 2010/31/EU van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 2010 betreffende de energieprestatie van gebouwen (hierna: de herziene EPB-richtlijn). De verplichting om artikel 7 van de EPBD 2002 (Energieprestatiecertificaat) te implementeren bleef onverminderd van kracht (Artikel 29 EPBD 2010). Artikel 27 van de herziene EPB-richtlijn bepaalt dat de lidstaten de regels vaststellen inzake de toepasselijke sancties en alle nodige maatregelen treffen opdat de (op de herziene EPB-richtlijn gebaseerde) nationale regels worden toegepast. De sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. De omzettingstermijn van de herziene EPB-richtlijn verstreek op 9 juli 2012.

Het staat vast dat de Staat zowel de EPB-richtlijn als de herziene EPB-richtlijn niet tijdig en niet volledig heeft omgezet in nationale wet- en regelgeving. Dat is de Staat dan ook op kritiek komen te staan van verschillende instanties. Zo heeft de Europese Commissie de Staat daarvoor inmiddels maar liefst vier keer in gebreke gesteld. Op 14 juni 2017 ontving

Nederland een aanvullende ingebrekestelling, die is toegespitst op de vraag of het Nederlandse energielabelsysteem een correcte uitvoering is van de EPB-richtlijn.⁵ De kritiek van de Commissie op de gebrekkige implementatie van de EPB-richtlijnen door de Staat spitst zich toe op de verplichting van de Staat om ter uitvoering van de herziene EPB-richtlijn het Energieprestatiecertificaat verplicht te stellen en op grond van artikel 27 van de herziene EPB-richtlijn een handhavingsmechanisme in te stellen, welke verplichting de Staat niet is nagekomen. Het zijn dan ook met name deze punten die de Europese Commissie aan zijn ingebrekestellingen ten grondslag heeft gelegd.⁶ De Raad van State heeft zich op deze punten kritisch uitgelaten en de regering erop gewezen dat het EG-recht de lidstaten verplicht een norm ook daadwerkelijk te handhaven.⁷ Minister Spies toonde zich op 27 juni 2012 terdege bewust van het tekortschieten van de Staat op dit punt en heeft dat zelfs met zoveel woorden aangegeven aan de Tweede Kamer.⁸ De Algemene Rekenkamer heeft zich in een rapport van 4 mei 2016 eveneens kritisch uitgelaten over het product van de Nederlandse implementatie: het energielabel voor koopwoningen.⁹

Op 29 november 2010 bracht de Nationale Ombudsman (mr. A.F.M. Brenninkmeijer) op verzoek van het comité EnergyClaim (als voorloper van de huidige stichting EnergyClaim) een rapport uit waarin hij onder meer heeft geconcludeerd dat de overheid zich onbehoorlijk heeft gedragen door schending van het beginsel van rechtszekerheid en het redelijkheidsbeginsel door onvoldoende rekening te houden met de belangen van de bij EnergyClaim aangesloten participanten. Zo stelde de Ombudsman dat de participanten redelijkerwijs op basis van de informatie die zij van de Staat hebben verkregen, de overtuiging hebben gekregen dat de verplichting van het hebben van een energielabel met zich meebrengt dat het energielabel niet vrijblijvend is en dat de Nederlandse overheid de burger houdt aan een dergelijke verplichting. De Staat heeft volgens de Ombudsman dan ook verkeerde verwachtingen gewekt bij EnergyClaim en heeft tevens onvoldoende rekening gehouden met de nauw met de belangen van de overheid verweven belangen van de bij EnergyClaim aangesloten participanten bij de implementatie van de EPB-richtlijnen.¹⁰

⁵ Zie kamerbrief van 15 juni 2017 van minister Plasterk van BKZ (kenmerk 2017-0000292323).

⁶ Vgl. Europese Commissie, Aanvullend met redenen omkleed advies – Inbreuk nr. 2012/0388, pp. 5–8: productie 140 Energy Claim.

⁷ Advies Raad van State 30 augustus 2012, *Kamerstukken II* 2012/2013, 33–124, nrs. 13 en 14; productie 113 EnergyClaim c.s. Zie ook Advies Raad van State van 8 september 2006, aangehaald in plta mr. Van Dunné nr. 34 en 35 sub A.

⁸ Vgl. productie 12 (2^e deel) EnergyClaim, waarin een aantal citaten van die strekking van de Minister zijn opgenomen, en plta mr. Van Dunné nr. 34.

⁹ Vgl. plta mr. Van Dunné nr. 37 – met diverse citaten.

¹⁰ Productie 2 EnergyClaim: Rapport Ombudsman van 29 november 2010, rapportnummer 2010/334, p. 12–15.

³ Vgl. dgv nr. 45–47.

⁴ Vgl. dgv nr. 48–50; 54–55.

Naar aanleiding van dit rapport hebben partijen geprobeerd om een minnelijke regeling te treffen. Partijen zijn daar echter niet uitgekomen, mede omdat de minister van BZK de conclusies van de Ombudsman heeft verworpen.¹¹

Na dit mislukte overleg is EnergyClaim c.s. de onderhavige procedure begonnen. EnergyClaim c.s. vordert schadevergoeding voor de schade die zij heeft geleden als gevolg van het onrechtmatig handelen van de Staat. EnergyClaim c.s. heeft aan haar vordering ten grondslag gelegd dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld jegens eisers door (i) in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur eerst met subsidieregelingen een vraagmarkt te creëren waarop EnergyClaim c.s. met bedrijfsactiviteiten inspeelde, investeringen heeft gedaan en lange termijnverplichtingen is aangegaan om vervolgens vrijwel alle financiële prikkels voor gebouw eigenaren voor het verkrijgen van een EPA weer weg te nemen en op die wijze de EPA-markt te ondermijnen en door (ii) de EPB-richtlijnen niet tijdig en niet juist in de Nederlandse wet- en regelgeving te implementeren, in het bijzonder door het *de facto* niet verplicht maken van het energielabel, waardoor de marktvraag naar EPA en energiebesparende producten onvoldoende van de grond kwam. Hierdoor heeft EnergyClaim c.s. – dat onder aanmoediging van de Staat grote investeringen heeft gedaan om te kunnen voldoen aan de marktvraag die zou ontstaan wanneer de Staat haar Unierechtelijke plicht tot correcte en volledige implementatie van de richtlijnen was nagekomen en volledig van die correcte en volledige implementatie afhankelijk was – aanzienlijke schade geleden.

Het hof Den Haag heeft in zijn in cassatie te bestrijden arrest van 11 april 2017 de vorderingen van EnergyClaim c.s. afgewezen. De inhoudelijke overwegingen van het hof luiden in hoofdlijnen als volgt. In rov. 22 – 24 overweegt het hof dat de bepalingen van de herziene EPB-richtlijn directe werking ontberen, op grond waarvan niet van de Staat kan worden gevorderd dat zij deze bepalingen invoert. In rov. 25 – 31 oordeelt het hof dat de beschermingsdoelstelling van de EPB-richtlijnen zich niet uitstrekt tot bescherming van de belangen van de EPA-adviseurs, zodat de vordering van EnergyClaim c.s. niet voldoet aan het Unierechtelijke relativiteitsvereiste. Tegen dit oordeel worden in het *eerste middelonderdeel* verschillende rechts- en motiveringsklachten gericht. In rov. 32 – 37 oordeelt het hof dat (ook) naar Nederlands recht niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW. Het *tweede middelonderdeel* richt tegen dit oordeel verschillende rechts- en motiveringsklachten. In rov. 38 – 45 oordeelt het hof dat het beroep van EnergyClaim c.s. op de correctie Langemeijer faalt. Dit oordeel wordt bestreden met rechts- en motiveringsklachten in het *derde middelonderdeel*.

Onderdeel 1: de beschermingsomvang van de EPB-richtlijnen en het Unierechtelijke relativiteitsvereiste

1 Het oordeel van het hof, dat de beschermingsdoelstelling van de EPB-richtlijnen zich niet uitstrekt tot bescherming van de belangen van de EPA-adviseurs, zodat de vordering van EnergyClaim c.s. niet voldoet aan het Unierechtelijke relativiteitsvereiste (rov. 27–30), is rehtens onjuist, althans onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd.

Aan de oordeelsvorming van het hof, dat de beschermingsomvang van de EPB-richtlijnen zich niet uitstrekt tot de belangen van de EPA-adviseurs zodat niet is voldaan aan het Unierechtelijke relativiteitsvereiste, liggen de hierna volgende overwegingen ten grondslag:

“27. Het hof neemt bij zijn beoordeling tot uitgangspunt dat de EPB-richtlijnen in de eerste plaats de bescherming van milieubelangen tot doel hebben. Dat volgt uit het feit dat de EPB-richtlijnen zijn gebaseerd op de milieutitel van het VWEU. Het blijkt ook uit de considerans van de richtlijnen, waarin wordt gewezen op de noodzaak van een doelmatig, behoedzaam, rationeel en duurzaam energiegebruik, en uit de maatregelen die in de richtlijnen worden voorzien. Die maatregelen strekken ertoe het energieverbruik terug te dringen door de energieprestaties van gebouwen te verbeteren. Daarnaast dienen de EPB-richtlijnen de belangen van eigenaars en gebruikers van gebouwen, die baat hebben bij duidelijkheid over de energieprestaties van de gebouwen. Aan de grondslag, considerans en inhoud van de EPB-richtlijnen zijn geen aanwijzingen te ontleen dat deze richtlijnen ook bedoeld zijn om de belangen te dienen van de bedrijven waarvoor EnergyClaim c.s. opkomt. Weliswaar wordt in de richtlijnen een rol voorzien voor onafhankelijke, erkende deskundigen die de energieprestaties van gebouwen moeten certificeren. Daarbij gaat het echter om een neveneffect van de richtlijnen: certificeringsdeskundigen zijn nodig om de richtlijnen uit te voeren en kunnen daardoor omzet genereren. Uit niets blijkt dat de richtlijnen (mede) in het leven zijn geroepen om hen in staat te stellen die omzet te genereren.

28. EnergyClaim c.s. heeft betoogd dat de ruime toepassing van het relativiteitsvereiste in de arresten van het HvJ EU in *Danske Slagterier* (ECLI:EU:C:2009:178) en *Jutta Leth*

(ECLI:EU:C:2013:166) meebrengt dat ook de gestelde omzetsderving van de EPA-adviseurs binnen de beschermingsdoelstelling van de EPB-richtlijnen valt. In dat verband heeft Energyclaim c.s. aangevoerd dat de schade geleden door de EPA-adviseurs een ‘rechtstreeks economisch gevolg’ is van de niet tijdige en onjuiste toepassing van de richtlijnen.

29. Het hof volgt Energyclaim c.s. niet in dit betoog. Zowel in het arrest *Danske Slagterier* als in het arrest *Jutta Leth* was er een zodanige nauwe

¹¹ Dgv nr. 41; productie 15 Energyclaim.

samenhang tussen de doelstelling van de geschonden norm (bevordering van de intracom-munautaire handel in vers vlees, respectievelijk bescherming van het milieu en de kwaliteit van het bestaan), enerzijds, en de belangen van eisers (invoer van vers vlees, respectievelijk be-houd van de waarde van een woning), ander-zijds, dat de beschermingsdoelstelling van de norm zich mede tot die belangen kon uitstreken. In het onderhavige geval ontbreekt die nau-we samenhang. Weliswaar kan de met tijdige of onjuiste invoering van de EPB-richtlijnen leiden tot een omzetting van EPA-adviseurs, maar er is geen nauwe samenhang tussen de belan-gen van deze bedrijven en de doelstelling van de EPS-richtlijnen om het energieverbruik terug te dringen door de energieprestatie van gebouwen te verbeteren. Het gaat hier veeleer om indirecte economische gevolgen, die op één lijn kunnen worden gesteld met de concurrentienadelen ge-noemd door het HvJ EU in het arrest *Jutta Leth*.¹¹

1.1 Het oordeel van het hof in rov. 27, dat de beschermingsdoelstelling zich niet uitstrekt tot de belangen van de EPA-adviseurs en dat de rol van de EPA-adviseurs slechts een neveneffect van de richtlijnen is, getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof miskent dat de rol van de EPA-adviseurs niet slechts ziet op een neveneffect van de EPB-richtlijnen, maar juist van essentieel belang is voor het verwezenlijken van de hoofddoelstellingen van die richtlijnen. De belangrijkste doelstelling van die richtlijnen bestaat in het stimuleren van een verbe-terde energieprestatie van gebouwen in de Gemeenschap (artikel 1 richtlijn 2002/91/EG), waarmee uiteindelijk de bescherming van zowel economische belangen als milieubelangen binnen de Gemeenschap wordt gediend.¹² Het hof verliest in het bijzonder uit het oog dat de richtlijnen mede ertoe strekken dat 'onafhankelijke deskundigen (er-kende energieservicefirma's), 'die bereid zijn zich ertoe te verbinden de nodige investeringen te doen', een in de richtlijnen centraal gestelde, noodzakelij-ke handeling hebben te verrichten: het certificeren van gebouwen teneinde de vereiste energiepresta-ties inzichtelijk te maken en te verbeteren.¹³ Deze deskundigen worden op verschillende plaatsen in de richtlijnen en de *travaux préparatoires* als van es-sentieel belang voor de verwezenlijking van de

richtlijndoelstellingen genoemd.¹⁴ De onmisbare positie van deze onafhankelijke deskundigen voor de verwezenlijking van de doelstelling van de richtlijn blijkt bovendien uit het feit dat een gebrek aan onafhankelijke deskundigen op grond van artikel 15 lid 2 van richtlijn 2002/91/EG de enige gelegitimeer-de grond is voor het verkrijgen van uitstel voor im-plementatie van de richtlijn door de Lidstaten.¹⁵ Uit de ontstaansgeschiedenis en bepalingen van de EPB-richtlijnen moet dan ook worden afgeleid dat deze richtlijnen mede tot doel hebben een markt voor gekwalificeerde, onafhankelijke energiebespa-ringsexperts te creëren en stimuleren, zodat het be-schermingsbereik van de richtlijn zich tevens uit-strekt tot de belangen van deze deskundigen – zoals de participanten van EnergyClaim.¹⁶ In ieder geval zijn de belangen van deze deskundigen bij een cor-recte implementatie van de EPB-richtlijnen zo nauw verweven met de realisatie van het hoofddoel daar-van dat aangenomen moet worden dat die belangen mede door de richtlijnen worden beschermd.

1.2 Het daaropvolgende oordeel van het hof in rov. 28 en 29, dat de schade van EnergyClaim c.s. niet als een rechtstreeks gevolg van de niet tijdige en onjuiste toepassing van de richtlijnen kan gelden, nu er geen sprake is van een nauwe samenhang tus-sen de belangen van Energyclaim c.s. enerzijds en de doelstelling van de EPB-richtlijnen anderzijds, is eveneens rechtens onjuist. Het hof miskent dat het (soepel toe te passen)¹⁷ Unierechtelijk relativiteits-vereiste op grond van *Danske Slagterier* en *Jutta Leth* met zich brengt dat ook de schade die wordt gele-den door benadeelden wier belangen zo nauw sa-menhangen met de hoofddoelstelling van de ge-schonden Unierechtelijke norm dat zij daar ook rechten aan kunnen ontleenen, voor vergoeding in aanmerking komt.¹⁸

Althans is het oordeel van het hof, dat er geen nauwe samenhang is tussen de belangen van de EPA-adviseurs en de doelstelling van de EPB-richtlij-nen om het energiegebruik terug te dringen door de energieprestatie van gebouwen, onbegrijpelijk, nu – zoals uit subonderdeel 1.1 moge zijn gebleken – uit de gedingstukken geen andere conclusie valt te trekken dan dat de belangen van deze adviseurs in elk geval ten nauwste zijn verweven met de doel-stellingen van de EPB-richtlijnen.¹⁹

12 Vgl. considerans nrs. 3–6 van richtlijn 2002/91/EG; conside-rans nr. 3 van richtlijn 2010/31/EU; mededeling van de Com-missie aan het Europees parlement over het gemeenschappe-lijk standpunt van de Raad met het oog op de aanneming van een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betref-fende de energieprestaties van gebouwen, SEC(2002)/0661 def. – COD 2001/0098, par. 2.

13 Vgl. considerans nrs. 10 en 16 en art. 7 van Richtlijn 2002/91/EG; artt. 10 t/m 12 van Richtlijn 2010/31/EU; plta mr. Van Dunné nr. 4–6.

14 Vgl. artt. 10, 15 en considerans nrs. 10 en 16 van richtlijn 2002/91/EG; art. 17 en considerans nr. 30 van richtlijn 2010/31/EU; Advies van het Economisch en Sociaal Comité over het 'Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parle-ment en de Raad betreffende de energieprestaties van gebou-ven', 2002/C 36/04 (productie 110 EnergyClaim). Vgl. dgvr nrs. 117–119 en 164; plta mr. Van Dunné nr. 6.

15 Vgl. dgvr nr. 86.

16 Vgl. dgvr. nrs. 119, 164, 165; mvgr nrs. 6, 19.1, 27 b.iii; plta mr. Van Dunné nr. 4–6.

17 R.J.G.M. Widdershoven, annotatie onder: HvJ EU 14 maart 2013, ECLI:EU:C:2013:166, AB 2013/139, par. 3.

18 Vgl. HvJ EU 14 maart 2013, ECLI:EU:C:2013:166, AB 2013/139 (*Jutta Leth/Republik Österreich*); HvJ EU 24 maart 2009 ECLI:EU:C:2009:178, AB 2009/229 (*Danske Slagterier*).

19 Vgl. dgvr nrs. 119, 164, 165; mvgr nrs. 6, 19.1, 26.b.iii, 56; plta mr. Van Dunné nr. 4–6.

Voorts overweegt het hof in rov. 30 dat het relativiteitsvereiste grenzen stelt aan de groep benadeelden die vergoeding kunnen vorderen van schade die zij lijden als gevolg van de overtreding van een norm. Dat veronderstelt dat die groep kan worden afgebakend. Het hof is van oordeel dat dat bij de bedrijven waarvoor EnergyClaim c.s. opkomt niet goed mogelijk is, omdat de EPA-adviseurs niet de enige bedrijven zijn die kunnen profiteren van maatregelen ter verbetering van de energiestatistiek van gebouwen. Zij worden ook met name genoemd in de richtlijn (onder meer in nr. 29 van de considerans van Richtlijn 2010/31/EU). Het hof overweegt vervolgens dat de groep bedrijven die Stichting EnergyClaim c.s. vertegenwoordigt zelf ook niet scherp is afgebakend, nu appellant 5 (nu eiser sub 4) zich niet bezig lijkt te houden met EPA-adviezen en meer gemeen lijkt te hebben met installateurs.

1.3 Dit oordeel getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof miskent dat het criterium van een voldoende afgebakende groep weliswaar behoort tot de Nederlandsrechtelijke vereisten voor relativiteit,²⁰ maar geen Unierechtelijke relativiteitsvereiste is. Aangezien nationaalrechtelijke regels voor relativiteit slechts mogen worden toegepast als zij minder beperkend zijn dan de Unierechtelijke regels,²¹ kon het hof het oordeel over de afgebakende groep niet aan zijn beoordeling van het Unierechtelijke relativiteitsvereiste ten grondslag leggen.

1.4 Voorts is het oordeel van het hof, dat de groep bedrijven waar EnergyClaim c.s. voor opkomt niet goed kan worden afgebakend, onbegrijpelijk gemotiveerd. De groep bedrijven waar EnergyClaim c.s. voor opkomt vormt immers een specifieke groep bedrijven, die een unieke en onmisbare rol spelen bij de uitvoering van de EPB-richtlijnen en direct schade lijden door het niet tijdig of niet correct implementeren van die richtlijnen door de Nederlandse overheid.²² Het is niet begrijpelijk dat het hof de EPA-adviseurs op één lijn stelt met andere bedrijven zoals aannemers en installateurs, nu de EPA-adviseurs daarvan kunnen worden onderscheiden doordat zij zoals vermeld directe schade lijden door het niet tijdig of niet correct implementeren van die richtlijnen door de Nederlandse overheid,²³ terwijl het bij aannemers en installateurs gaat om indirecte schade. Daar komt bij dat vast staat dat de Staat bekend was met de aparte en kwetsbare positie die de EPA-adviseurs op de energiemarkt innemen en deze groep ook herhaaldelijk specifiek heeft geadresseerd.²⁴ Daarmee valt niet te rijmen het oor-

deel dat hier geen sprake is van een afgebakende groep.

Onderdeel 2: Relativiteit naar Nederlands recht

2 Het oordeel van het hof, dat naar Nederlands recht niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW (rov. 32–37), is rehtens onjuist, althans onbegrijpelijk gemotiveerd.

In rov. 35 verwerpt het hof de stelling van EnergyClaim c.s. dat uit het arrest van de Hoge Raad in *Barneveld/Gasunie* volgt dat het relativiteitsvereiste ruimer dient te worden toegepast dan de Hoge Raad deed in de daaraan voorafgaande arresten *Duwbak/Linda* en *Iraanse vluchteling*, en dat deze ruimere toepassing van het relativiteitsvereiste ertoe leidt dat daaraan in het onderhavige geval toch is voldaan. Het hof oordeelt dat de nauwe samenhang die in de zaak *Barneveld/Gasunie* bestond tussen enerzijds het belang van Gasunie en anderzijds de belangen van de omwonenden bij de voorkoming van ongelukken met de gasleiding, in de onderhavige zaak ontbreekt.

2.1 Dat oordeel is onjuist, voor zover het hof hierin miskent dat de Hoge Raad in het arrest *Barneveld/Gasunie* heeft geoordeeld dat de door een norm beschermde belangen ook kunnen omvatten de belangen die afgeleid zijn van de direct door de norm geadresseerde belangen en daarmee zodanig nauw samenhangen dat zij daaronder moeten worden begrepen.²⁵

2.2 Indien en voor zover het oordeel van het hof aldus moet worden opgevat dat het belang van de EPA-adviseurs die EnergyClaim c.s. vertegenwoordigt niet kan gelden als een van het primair door de EPB-richtlijnen beschermde milieubelang afgeleid belang dat daar zodanig nauw mee samenhangt dat het daaronder moet worden begrepen, is dat oordeel in het licht van de gedingstukken onbegrijpelijk. EnergyClaim c.s. heeft immers gesteld dat de EPA-adviseurs, net als Gasunie in het arrest *Barneveld/Gasunie*, direct door de geschonden wettelijke norm worden geadresseerd en dat zij voor de tenuitvoerlegging van de EPB-richtlijnen onontbeerlijk zijn, zoals ook door de Staat herhaaldelijk is erkend, zodat zij een groep van direct betrokken derden vormen wiens afgeleide belangen zo nauw samenhangen met de primair door de richtlijnen beschermde milieubelangen dat zij daaronder moeten worden begrepen.²⁶ EnergyClaim c.s. heeft voorts gesteld dat in deze zaak is voldaan aan de vier vereisten voor een ruimere toepassing van het relativiteitsvereiste die A-G Keus formuleert in zijn door de Hoge Raad gevolgde conclusie bij het arrest *Barneveld/Gasunie*, te weten dat het gaat om een specifieke groep bedrijven (en dus niet een onbeperkte groep van derden), dat de Staat bekend was

20 HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:A06012, NJ 2006/281 (*Duwbak Linda*), rov. 3.4.3.

21 HvJ EU 14 maart 2013, ECLI:EU:C:2013:166, AB 2013/139 (*Jutta Leth/Republiek Oostenrijk*), rov. 39 en 49.

22 Vgl. dgvr nrs. 117–119 en 164; mvg nr. 44.1; plta mr. Van Dunné nrs. 6, 12 en 13.

23 Vgl. art. 7 van Richtlijn 2002/91/EG; artt. 11 en 12 van Richtlijn 2010/31/EU.

24 Vgl. dgvr nrs. 68–70; mvg nr. 27 onder e, 44.3; plta mr. Van Dunné nrs. 12 en 13; productie 124 EnergyClaim.

25 HR 13 juli 2007, NJ 2007/504 (*Barneveld/Gasunie*); zie in het kader van de bescherming van afgeleide belangen tevens: HR 31 oktober 2014, NJ 2014/509 (*Fabricom II*); en HR 3 februari 2006, NJ 2006/325 (*Staat/SFR*).

26 Vgl. mvg nrs. 39–43; plta mr. Van Dunné nr. 15.

met deze groep en in dit geval zelfs specifiek heeft geadresseerd, dat de Staat voorts bekend was met het specifieke belang van deze groep en ten slotte dat de schade die deze groep door de schending van de wettelijke norm zou leiden voor de Staat voorzienbaar was.²⁷ Het hof is, door op deze stellingen met geen woord in te gaan, in zijn motiveringsplicht tekortgeschoten.

In rov. 36 oordeelt het hof dat de door EnergyClaim c.s. gestelde analogie met het arrest *Fabricom II*²⁸ niet opgaat, omdat certificeringsdeskundigen, anders dan EnergyClaim c.s. bepleit, niet te beschouwen zijn als materieel begunstigden van de EPB-richtlijnen. Zij kunnen wel profiteren van de uitvoering 'maar dat is slechts een neveneffect en niet het doel van die richtlijnen', aldus het hof.

2.3 Het oordeel van het hof dat het profijt van de certificeringsdeskundigen bij juiste uitvoering van de richtlijnen enkel een neveneffect is en niet een doel van die richtlijnen, gaat uit van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof miskent daarmee, zoals in onderdeel 1.1 uiteengezet, dat de rol van de EPA-adviseurs voor de uitvoering van de richtlijn onontbeerlijk is en dat zij ook direct door de richtlijn en in de *travaux préparatoires* worden aangesproken en hun belangen bijgevolg zo nauw zijn verweven met de realisatie van het hoofddoel van de richtlijn dat het beschermingsbereik van de richtlijn zich ook uitstrekt tot de belangen van de EPA-adviseurs. In dit licht valt niet in te zien waarom de gestelde analogie met het arrest *Fabricom II* niet opgaat, nu ook in dit arrest uitdrukking is gegeven aan de opvatting dat de door een norm beschermde belangen ook kunnen omvatten de belangen die afgeleid zijn van de direct door de norm geadresseerde belangen en daarmee zodanig nauw samenhangen dat zij daaronder moeten worden begrepen.²⁹ Het hof heeft zijn oordeel althans onvoldoende gemotiveerd door zich van het dienaangaande door EnergyClaim c.s. gestelde geen rekenschap te geven.³⁰

In rov. 37 overweegt het hof dat de toepassing van de methode die de Hoge Raad hanteerde in de arresten *Hangmat* en *Imagine* ter vaststelling van de reikwijdte van kwalitatieve aansprakelijkheden, geen steun biedt aan de stalling van EnergyClaim c.s. dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Bij toepassing van deze methode – waarbij ter vaststelling van de relativiteit van de geschonden norm eerst aansluiting wordt gezocht bij de tekst van de wet, dan bij de parlementaire geschiedenis en uiteindelijk bij de maatschappelijke opvattingen – strandt EnergyClaim c.s. volgens het hof al bij de eerste horde. Reeds uit de tekst van de EPB-richtlijnen volgt dat deze niet beogen de belangen te dienen van de bedrijven waar EnergyClaim c.s. voor opkomt, aldus

het hof. Het hof geeft vervolgens in de tweede helft van rov. 37 nog drie oordelen ten overvloede, te weten: (i) de uitlatingen in de Nederlandse parlementaire geschiedenis waar EnergyClaim c.s. op heeft gewezen zijn niet relevant voor bepaling van de beschermingsreikwijdte van Unierechtelijke instrumenten, (ii) ten aanzien van de Unierechtelijke wetsgeschiedenis heeft EnergyClaim c.s. niets aangevoerd dat haar standpunt ondersteunt en (iii) EnergyClaim c.s. heeft evenmin voldoende gemotiveerd gesteld waarom de maatschappelijke opvattingen in dit geval mee zouden moeten brengen dat het beschermingsbereik van de EPB-richtlijnen wordt uitgebreid tot de belangen waarvoor zij opkomt.

2.4 Het oordeel van het hof dat reeds uit de tekst van de EPB-richtlijnen volgt dat deze niet beogen de belangen te dienen van de bedrijven waar EnergyClaim c.s. voor opkomt, is onjuist. Het hof miskent aldus, zoals in subonderdeel 1.1 uiteengezet, dat de tekst van de richtlijnen de onafhankelijke deskundigen direct adresseert en dat uit de tekst volgt dat de rol van de onafhankelijke deskundigen voor de uitvoering van de richtlijn onontbeerlijk is, althans dat de tekst van de richtlijnen er blijk van geeft dat de belangen van de onafhankelijke deskundigen zo nauw verweven zijn met de realisatie van het hoofddoel van de richtlijn dat het beschermingsbereik van de richtlijn zich tevens uitstrekt tot de belangen van de EPA-adviseurs.

2.5 Het oordeel van het hof dat EnergyClaim c.s. ten aanzien van de Unierechtelijke wetsgeschiedenis niets heeft aangevoerd dat haar standpunt ondersteunt, is in het licht van de gedingstukken onbegrijpelijk. EnergyClaim c.s. heeft er immers op gewezen dat uit de wetsgeschiedenis van de EPB-richtlijn – in het bijzonder het commentaar van het Economisch en Sociaal Comité, dat EnergyClaim c.s. als productie 110 in het geding heeft gebracht – blijkt dat de richtlijn tot doel had een markt voor gekwalificeerde, onafhankelijke energiebesparingsexperts te creëren en stimuleren, waaruit volgt dat het beschermingsbereik van de richtlijn zich ook uitstrekt tot de belangen van de EPA-adviseurs.³¹ Gelet op deze stellingen is het oordeel van het Hof, dat EnergyClaim c.s. ten aanzien van de Unierechtelijke wetsgeschiedenis niets heeft aangevoerd dat haar standpunt ondersteunt, ontoereikend gemotiveerd.

2.6 Het oordeel van het hof dat EnergyClaim c.s. niet voldoende gemotiveerd heeft gesteld waarom de maatschappelijke opvattingen in dit geval mee zouden moeten brengen dat het beschermingsbereik van de EPB-richtlijnen wordt uitgebreid tot de belangen waarvoor EnergyClaim c.s. opkomt, is in het licht van de gedingstukken onbegrijpelijk, althans heeft het hof dit onvoldoende gemotiveerd door aan de stellingen van EnergyClaim c.s. ter zake geen (kenbare) aandacht

27 Vgl. mvg nrs. 42–44.4.

28 HR 20 april 2012, NJ 2014/509 (*Fabricom II*).

29 Vgl. HR 31 oktober 2014, NJ 2014/509 (*Fabricom II*); HR 13 juli 2007, NJ 2007/504 (*Barneveld/Casunie*) en HR 3 februari 2006, NJ 2006/325 (*Staat/SFR*).

30 Vgl. plta mr. Van Dunné nr. 17–20.

31 Vgl. dgvs nrs. 119, 164, 165; mvg nrs. 6, 19.1, 26; plta mr. Van Dunné nr. 4–6.

te schenken. EnergyClaim c.s. heeft immers uitgebreid verwezen naar het rapport van de Nationale Ombudsman, waarin deze heeft geoordeeld dat het handelen van de Staat jegens de EPA-adviseurs onbehoorlijk en in strijd met verschillende algemene beginselen van behoorlijk bestuur is.³² Uit het rapport van de Ombudsman blijkt reeds voldoende duidelijk waarom de maatschappelijke betamelijkheid ertoe noopt om de belangen van de EPA-adviseurs, die naar het oordeel van de Ombudsman bij de uitvoering van de richtlijnen nauw zijn verweven met die van de overheid, bescherming verdienen.³³

Onderdeel 3: de correctie Langemeijer

3 Het oordeel van het hof, dat het beroep van EnergyClaim c.s. op de correctie Langemeijer faalt (rov. 38 – 44), is rehtens onjuist en onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.

In rov. 40 – 44 past het hof de correctie Langemeijer toe. Daartoe stelt het hof in rov. 40 voorop dat EnergyClaim c.s. zich in het kader van de correctie Langemeijer heeft beroepen op schending van het zorgvuldigheids- en vertrouwensbeginsel. In rov. 41 overweegt het hof vervolgens dat voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel concrete toezeggingen van het bestuursorgaan zijn vereist. Algemene informatie en toezeggingen van algemene strekking vormen in beginsel geen bron van gewettigde verwachtingen. Het zorgvuldigheidsbeginsel vereist volgens het hof dat alle relevante aspecten bij het nemen van het besluit worden meegewogen en daarbij het juiste gewicht krijgen, en dat de nadelige gevolgen van een besluit voor belanghebbenden niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen. In rov. 42 e.v. onderzoekt het hof vervolgens of naar zijn oordeel het zorgvuldigheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel zijn geschonden, terwijl het hof zich ook bij zijn beoordeling van het rapport van de Nationale Ombudsman in rov. 44 toelgt op toetsing aan het zorgvuldigheids- en vertrouwensbeginsel.

3.1 Deze oordeelsvorming geeft blijk van een onjuiste toepassing van de correctie Langemeijer. Voorop gesteld zij dat er in cassatie verondersteltenderwijs vanuit moet worden gegaan dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld door de EPB-richtlijnen niet tijdig en niet juist in het Nederlandse recht om te zetten. EnergyClaim c.s. heeft dit immers – onder verwijzing naar diverse ingebrekestellingen van de Europese Commissie en adviezen van de Raad van State – gesteld,³⁴ terwijl het hof de juistheid van die stelling in het midden heeft gelaten (vgl. rov. 39). De correctie Langemeijer strekt ertoe dat de schending van een wettelijke norm van be-

lang kan zijn voor de aansprakelijkheidsvraag, ook als deze norm niet strekt tot bescherming van het geschade belang van de benadeelde. Het hof mist kent dat de schending van de wettelijke norm kan meewegen of zelfs de doorslaggevende factor zijn in het oordeel dat, gelet op alle omstandigheden van het geval, de aangesproken partij mede een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden die wel strekt tot bescherming van het geschade belang van de benadeelde.³⁵ In de oordeelsvorming van het hof is van die toetsing niets te bespeuren. Het hof beperkt zich in de bestreden rechtsoverwegingen ten onrechte tot een oordeel over de vraag of het handelen en nalaten van de Staat een schending van het vertrouwens- en/of zorgvuldigheidsbeginsel oplevert, terwijl het in het kader van de correctie Langemeijer een veel bredere maatstaf had moeten aanleggen, te weten of de Staat jegens EnergyClaim c.s. met de schending van de wettelijke (Unierechtelijke) norm, gelet op alle omstandigheden van het geval, tevens een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden die wel strekt tot bescherming van het geschade belang van EnergyClaim c.s. Het hof verzuimt althans in zijn oordeel te betrekken of al dan niet (doorslaggevend) gewicht toekomt aan het feit dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld door de EPB-richtlijnen niet tijdig en/of onjuist te implementeren. De doorwerking van deze wettelijke normschending als factor in de beoordeling van een schending van een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm is nu juist de essentie van de correctie Langemeijer.

3.2 Althans heeft het hof zijn oordeel niet voldoende begrijpelijk gemotiveerd. Het hof heeft zijn beslissing, dat toepassing van de correctie Langemeijer niet leidt tot aansprakelijkheid van de Staat jegens EnergyClaim c.s., immers enkel gebaseerd op de beoordeling van de vraag of sprake is van schending van het vertrouwens- of zorgvuldigheidsbeginsel. Daarmee heeft het hof niet gemotiveerd waarom de Staat met de schending van de verplichting om de EPB-richtlijnen tijdig en juist te implementeren, gelet op alle omstandigheden van het geval, jegens EnergyClaim c.s. niet tevens een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden die strekt tot bescherming van het geschade belang van EnergyClaim c.s. Het oordeel van het hof is in elk geval in zoverre ontoereikend gemotiveerd, dat het hof daarin niet kenbaar heeft betrokken welk gewicht het toekent aan de schending van de verplichting tot tijdige en correcte implementatie van de richtlijnen door de Staat.

In rov. 41 neemt het hof tot uitgangspunt dat de Staat in het algemeen een ruime mate van vrijheid toekomt om wet- en regelgeving en beleid te wijzigen, ook als daardoor eerdere verwachtingen of vooruitzichten teniet worden gedaan. Dat laatste

32 Vgl. dgv nrs. 14–16, 36–43, 77, 173, 174; plta mr. Van Dunné nr. 33–35 sub A.

33 Rapport Ombudsman van 29 november 2010, rapportnummer 2010/334, pp. 13–15; productie 2 EnergyClaim.

34 Advies Raad van State 30 augustus 2012, *Kamerstukken II* 2012/2013, 33–124, nrs. 13 en 14 (productie 113). Aldus reeds Advies Raad van State van 8 september 2006 – aangehaald in plta mr. Van Dunné nr. 34 en 35a.

35 Conclusie Procureur-Generaal Langemeijer vóór HR 17 januari 1958, NJ 1958/568 (*Tandartsen I*); HR 10 november 2006, NJ 2008/491 (*AstraZeneca/Menzis*); P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen*, 2016, p. 157.

behoort volgens het hof in beginsel tot het normale ondernemersrisico. Dit uitgangspunt loopt als een rode draad door de oordeelsvorming van het hof ten aanzien van de correctie Langemeijer heen. Zo overweegt het hof in rov. 42: 'De minister had — ook jegens deze bedrijven — de vrijheid om op dit voorstel terug te komen toen het politiek niet haalbaar bleek.' En in rov. 44: 'Terugkomen van een eerdere — verdergaande — variant, waarover aan de markt mededelingen waren gedaan, valt binnen de vrijheid van de Staat om wet- en regelgeving en beleid te wijzigen. Niet uitgekomen verwachtingen van de EPA-adviseurs te dien aanzien behoren tot het normale ondernemersrisico.'

3.3 Het uitgangspunt, dat de Staat in deze een ruime mate van vrijheid toekomt om wet- en regelgeving en beleid te wijzigen, is onjuist. Het hof mist dat het hier gaat om de verplichting van de Staat tot omzetting van Europese richtlijnen, en dat het verwerken van een dergelijke internationale verplichting in nationale wetgeving de Nederlandse wetgever, behoudens ondergeschikte punten, geen ruimte laat voor het maken van keuzes van beleidsinhoudelijke aard.³⁶ De beleidsvrijheid van de Staat bestond in ieder geval niet, zoals het hof meent, in de mogelijkheid voor de minister om te kiezen voor een vereenvoudigd energielabel omdat de meeromvattende vorm van het certificaat in december 2012 politiek niet haalbaar bleek (rov. 42-midden).³⁷ Het betreft hier immers geen onderdeel van de richtlijn, dat als van ondergeschikte aard kan worden aangemerkt. Daarbij verliest het hof tevens het Europees-rechtelijk aspect van de richtlijn uit het oog — in die zin dat het verplichte certificaat niet uitsluitend voor Nederlandse eigenaren en gebruikers van gebouwen was bedoeld maar voor alle (rechts-)personen uit alle lidstaten: in considerans 10 van EPB-richtlijn 2002 wordt expliciet op de 'communautaire onroerend goedmarkt' gewezen.³⁸ De Staat was dan ook gehouden om ter uitvoering van de EPB-richtlijn het Energieprestatiecertificaat verplicht te stellen en te handhaven, welke verplichting hij niet is nagekomen, ook niet *nadat* met de herziene EPB-richtlijn een expliciet artikel over een verplicht handhavingmechanisme is toegevoegd in artikel 27. Het zijn dan ook met name deze punten die de Europese Commissie aan zijn ingebrekestellingen ten grondslag heeft gelegd.³⁹ Voor zover er in de eerste EPB-richtlijn nog geen expliciete verplichting tot het opnemen van sancties was opgenomen, geldt bovendien dat de beleidsvrijheid van de Staat niet zo ruim is dat er geen enkel handavingsme-

chanisme zou hoeven te worden ingevoerd, althans de regels niet feitelijk hoeven te worden gehandhaafd. De Staat is er op grond van artikel 4 lid 3 VEU (welke bepaling de Staat verplicht tot loyale samenwerking met de EU en de andere lidstaten en tot het vergemakkelijken van de taken van de EU) immers toe gehouden om doeltreffende en afschrikwekkende sancties in te stellen ter handhaving van het Unierecht.⁴⁰

In rov. 42 overweegt het hof over de stellingen van EnergyClaim c.s. omtrent de schending van het vertrouwensbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel door de Staat als volgt:

'De brieven, uitlatingen en publicaties, waarop EnergyClaim c.s. zich heeft beroepen, bevatten geen dermate concrete toezeggingen, dat daarmee bij EPA-adviseurs de gerechtvaardigde verwachting kan zijn gewekt dat zij een bepaalde omzet zouden kunnen behalen met energieprestatiecertificering. Dat in die brieven etc. wordt gesproken over de essentiële rol van onafhankelijke deskundigen bij de certificering van energieprestaties van gebouwen is in dit verband niet van belang. Het lag immers al vast in de EPB-richtlijnen dat voor deze certificering onafhankelijke deskundigen nodig zouden zijn. Het kan de Staat om die reden niet worden verweten dat hij de EPA-adviseurs heeft aangespoord om in de energieprestatiecertificering te investeren. Uit de opstelling van EnergyClaim c.s. valt evenmin af te leiden dat de Staat concrete toezeggingen heeft gedaan aan de EPA-adviseurs met betrekking tot een bepaalde invulling van het energieprestatiecertificaat (waarvoor meer inspanningen van de EPA-adviseurs nodig waren geweest dan voor het huidige systeem, wat tot extra omzet van EPA-adviseurs had kunnen leiden) [...]. Aan het oorspronkelijke voorstel van de minister — en aan de communicatie daarover naar de markt — hebben de bij EnergyClaim c.s. aangesloten bedrijven geen gerechtvaardigde verwachtingen kunnen ontleenen. De minister had — ook jegens deze bedrijven — de vrijheid om op dit voorstel terug te komen toen het politiek niet haalbaar bleek. Het enige document waarin een concrete omzetverwachting wordt uitgesproken is het VROM rapport 'Risicoprofiel Beroepsaansprakelijkheid EPA-adviseur' van augustus 2000 [...]. Nog daar gelaten de vraag of het eenmalig vermelden van een omzetverwachting tot aansprakelijkheid kan leiden, dateert dit document van voor de inwerkingtreding van de EPB-richtlijnen. De genoemde omzetverwachting kan dan ook niet op de invoering van die richtlijnen zijn gebaseerd, en moet zijn ingegeven door de toenmalige marktomstandigheden, waarin het EPA nog met

³⁶ Aanwijzing voor de regelgeving, artikel 26; mvg nr. 27 onder d.

³⁷ Minister Spies was zich, zoals in de inleiding vermeld, terdege bewust van de verplichting van de Staat om de richtlijnen, inclusief de handavingsverplichtingen, correct te implementeren. Zie Productie 12 (2^e deel) EnergyClaim en plta mr. Van Dunné nr. 34.

³⁸ Zoals aangehaald in plta mr. van Dunné nr. 4.

³⁹ Vgl. Europese Commissie, Aanvullend met redenen omkleed advies — inbreuk nr. 2012/0388, pp. 5–8; productie 140 EnergyClaim.

⁴⁰ J.H. Jans, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Europees Bestuursrecht*, 2011, pp. 217–218; vgl. mvg pp. 16–17. Vgl. Advies Raad van State van 8 september 2006 — aangehaald in plta mr. Van Dunné nr. 34 en 35 sub A.

verschillende subsidieregelingen en fiscale regelingen werd gesubsidieerd. De afschaffing van die regelingen staat in deze procedure echter niet ter discussie. EnergyClaim c.s. heeft verder niet duidelijk gemaakt in welk opzicht sprake is van een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, naast een (mogelijke) schending van de wettelijke verplichting tot omzetting van de EPB-richtlijnen. EnergyClaim c.s. kan de Staat niet verwijten dat (uiteindelijk) is gekozen voor een eenvoudige versie van het energielabel, zolang de EPB-richtlijnen die keuze toelaten.”

3.4 Dit oordeel is in verschillende opzichten onjuist, althans onbegrijpelijk gemotiveerd. Zo overweegt het hof ten onrechte dat in dit verband niet relevant is dat in de door EnergyClaim c.s. overgelegde brieven en andere documenten wordt gesproken over de essentiële rol van onafhankelijke deskundigen bij de certificering van energieprestaties van gebouwen, nu in de EPB-richtlijnen reeds vast lag dat voor deze certificering onafhankelijke deskundigen nodig zouden zijn, zodat het de Staat niet kan worden verweten dat hij de EPA-adviseurs heeft aangespoord om in de energieprestatiecertificering te investeren. Dat oordeel is onjuist, nu het hof miskent dat een dergelijke aansporing verwijtbaar kan zijn en zelfs tot staatsaansprakelijkheid kan leiden, wanneer de Staat vervolgens de verplichtingen die uit die richtlijnen voortvloeien niet handhaaft terwijl betrokkenen die op grond van de richtlijn investeringen hebben gedaan bijgevolg voorzienbaar zijn benadeeld.⁴¹

3.5 Voorts heeft hof zijn beoordelingskader ten aanzien van de vraag of de Staat bepaalde gerechtvaardigde verwachtingen bij EnergyClaim c.s. heeft gewekt op onbegrijpelijke wijze versmalt. Het hof beperkt zich in deze overweging immers tot een beantwoording van de vraag of de Staat de gerechtvaardigde verwachting heeft gewekt dat EnergyClaim c.s. een bepaalde omzet zou kunnen behalen met de energieprestatiecertificering. Aldus gaat het hof voorbij aan diverse essentiële stellingen van EnergyClaim c.s. over de door de Staat opgewekte verwachtingen ten aanzien van de invoering van de EPB-richtlijnen en de essentiële rol die EPA-adviseurs daarbij zouden vervullen.⁴² Het hof heeft zijn oordeel in elk geval ontoereikend gemotiveerd door op die stellingen geen acht te slaan.

3.6 Afgezien daarvan rust ook het oordeel, dat uit de stukken niet blijkt dat de Staat behalve in het VROM rapport van augustus 2000 concrete omzetverwachtingen heeft gecommuniceerd, op een onbegrijpelijke uitleg van de gedingstukken. EnergyClaim c.s. heeft immers een grote hoeveelheid materiaal overgelegd waaruit blijkt dat de Staat ook na 2000 verschillende onderzoeken heeft gedaan naar de omvang van de markt voor energiecer-

tificaten en het geldbedrag dat met die marktvaraag zou zijn gemoeid en aan de EPA-adviseurs te kennen heeft gegeven dat hun investeringen zouden lonen.⁴³ Aan de betreffende bedrijven is tevens te kennen gegeven dat, wanneer zij zouden investeren in de benodigde kwalificaties voor het verrichten van de certificeringen, voldoende werkgelegenheid voor hen in het verschiet lag. In eerste instantie zou deze werkgelegenheid ontstaan dankzij het subsidiëren van de EPA's en vervolgens zou de markt in stand blijven omdat met het energieprestatiecertificaat (c.q. EPA) op grond van de richtlijnen een voortgaande markt zou blijven bestaan voor de EPA-sector.⁴⁴

3.7 Het oordeel, dat EnergyClaim c.s. de Staat niet kan verwijten dat (uiteindelijk) is gekozen voor een eenvoudige versie van het energielabel zolang de EPB-richtlijnen die keuze toelaten, is eveneens onjuist. Het hof miskent hierbij, zoals in subonderdeel 3.3 is uiteengezet, dat de EPB-richtlijnen deze beleidsvrijheid niet toelieten. Een energieprestatiecertificaat zoals beschreven in de EPB-richtlijn is in Nederland nooit ingevoerd.

In rov. 43 herhaalt het hof zijn oordeel dat de EPA-adviseurs geen afgebakende groep vormen die zich voldoende onderscheidt van andere bedrijven die schade lijden door de niet-tijdige of onjuiste implementatie van de EPB-richtlijnen. Volgens het hof staat dit er ook in het kader van de correctie Langemeijer aan in de weg dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Daarbij specificeert het hof overigens niet ten aanzien van welke norm relativiteit ontbreekt. In de slotzin van rov. 43 constateert het hof dat de correctie Langemeijer niet ertoe kan leiden dat de kring van partijen wier belangen worden beschermd alsnog wordt uitgebreid tot alle bedrijven die nadelige economische gevolgen hebben ondervonden van de niet tijdige of onjuiste invoering van de richtlijnen.

3.8 Dit oordeel getuigt van een onjuiste rechtsopvatting. De correctie Langemeijer behelst, zoals uiteengezet in subonderdeel 3.1, dat de schending van een wettelijke norm van belang kan zijn voor de aansprakelijkheidsvraag, ook als deze norm niet strekt tot bescherming van het geschade belang van de benadeelde. De schending van de wettelijke norm kan namelijk meewegen of zelfs de doorslaggevende factor zijn in het oordeel dat, gelet op alle omstandigheden van het geval, de aangesproken partij ook een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden die wel strekt tot bescherming van het geschade belang van de benadeelde. Ook bij toepassing van de correctie Langemeijer zal dus aan het relativiteitsvereiste moeten worden getoetst, waarbij de rechter overigens een grote mate van vrijheid geniet.⁴⁵ Wat het hof evenwel miskent is dat het daar-

41 Vgl. HvJ 28 april 1988, C 120/86 (*Mulder/Nederland*), rov. 24–26; HR 9 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC0867, NJ 1987/252 (*Staat/Van Gelder*); HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722, NJ 2016/166 (*Staat/H.*).

42 Vgl. mvg nr. 19.3, 80; plta mr. Van Dunné nr. 11–12.

43 Vgl. mvg nr. 27 onder e, p. 69; plta mr. Van Dunné nr. 11–13; producties 11, 13–14, 24, 34, 82 EnergyClaim.

44 Vgl. dgv nr. 45–47; producties 16–104 EnergyClaim; mvg nr. 19.3, 26 onder a en b, 27 en 42.

45 Vgl. P.W. den Hollander, *De relativiteit van wettelijke normen*, 2016, p. 160.

bij gaat om de relativiteit van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm: om aansprakelijkheid te kunnen aannemen zal de geschonden ongeschreven zorgvuldigheidsnorm moeten strekken tot bescherming van het geschade belang van benadeelde. Het hof verwacht dit, zoals mede blijkt uit de slotzin van rov. 43, met de relativiteit van de geschonden wettelijke norm. Daarvan moet nu juist zijn vastgesteld dat deze ontbreekt, wil men aan toepassing van de correctie Langemeijer toekomen. De beoordeling van de relativiteit van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm is derhalve een andere dan die van de relativiteit der wettelijke norm. Het hof heeft zijn oordeel dat ook de correctie Langemeijer afstuit op het relativiteitsvereiste derhalve ten onrechte gebaseerd op zijn eerdere oordeel dat relativiteit van de wettelijke norm ontbrak omdat de EPA-adviseurs geen afgebakende groep zouden vormen.

3.9 Voor zover het hof niet heeft miskend dat de relativiteit van een geschonden ongeschreven zorgvuldigheidsnorm een eigen relativiteit heeft die niet gelijk is aan of bepaald wordt door de relativiteit van de geschonden wettelijke norm, heeft het zijn oordeel dat de – door het hof niet nader benoemde – ongeschreven zorgvuldigheidsnorm in dit geval relativiteit ontbeert onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd.

In rov. 44 overweegt het hof dat het rapport van de Nationale Ombudsman niet afdoet aan zijn voorgaande oordelen. Het stelt daarbij voorop dat de rechter niet gebonden is aan het oordeel van de Ombudsman. De Ombudsman beoordeelt of het bestuursorgaan zich in de onderzochte aangelegenheid behoorlijk heeft gedragen en daarbij hanteert hij volgens het hof niet dezelfde normen als de (burgerlijke) rechter. Volgens het rapport van de Ombudsman heeft de Staat gehandeld in strijd met het vereiste van rechtszekerheid door de EPA-adviseurs niet expliciet te informeren dat bij de uitvoering van de EPB-richtlijn niet zou worden voorzien in bestuursrechtelijke of strafrechtelijke handhavingssancties. Verder oordeelde de Ombudsman dat de Staat heeft gehandeld in strijd met het redelijkheidsvereiste, door onvoldoende duidelijk te maken dat de energielabelplicht niet gehandhaafd zou worden en te miskennen dat maatschappelijke partijen daarover andere verwachtingen hadden en op basis daarvan op grote schaal zijn gaan investeren. Voor het hof is dit onvoldoende om schending van het vertrouwens- of zorgvuldigheidsbeginsel aan te nemen. Het hof overweegt dat er geen verplichting bestaat voor de Staat om bedrijven die gevolgen kunnen ondervinden van wetgeving steeds op voorhand te informeren over de inhoud daarvan. Bovendien mag worden aangenomen dat de EPA-adviseurs bekend waren met de inhoud van de (eerste) EPB-richtlijn, waarin geen verplichting was opgenomen om in handhavingssancties te voorzien. Het hof herhaalt tot slot de overweging dat de vereenvoudiging van het energielabel evenmin kan worden gezien als een inbreuk op het vertrouwens- of zorgvuldigheidsbeginsel. Terugkomen van een eer-

dere variant valt volgens het hof binnen de vrijheid van de Staat om wet- en regelgeving en beleid te wijzigen. Niet uitgekomen verwachtingen van de EPA-adviseurs te dien aanzien behoren tot het normale ondernemersrisico, aldus het hof.

3.10 Deze oordeelsvorming is onjuist, voor zover het hof hierin voortborduurt op het hiervoor in subonderdeel 3.3 als onjuist aangemerkte uitgangspunt over de vrijheid van de Staat om wet- en regelgeving en beleid te wijzigen en in het bijzonder om te kiezen voor een vereenvoudiging van het energielabel en niet te voorzien in de handhavingssancties van de EPB-richtlijnen.

3.11 Bovendien is deze overweging onvoldoende gemotiveerd, nu het hof niet inzichtelijk maakt waarom het oordeel van de Nationale Ombudsman (mr. A.F.M. Brenninkmeijer) onvoldoende is om schending van het vertrouwens- of zorgvuldigheidsbeginsel aan te nemen. De Ombudsman heeft immers vastgesteld dat de Nederlandse overheid verkeerde verwachtingen heeft gewekt bij de EPA-adviseurs, nu deze adviseurs redelijkerwijs op basis van de informatie die zij ontvingen de overtuiging hebben gekregen dat de verplichting van het hebben van een energielabel met zich meebrengt dat het energielabel niet vrijblijvend is en dat de Nederlandse overheid de burger houdt aan een dergelijke verplichting. De Nationale Ombudsman is dan ook van oordeel dat de Staat op dit punt niet behoorlijk heeft gehandeld.⁴⁶ Tevens is de Ombudsman van oordeel dat de verwevenheid tussen de belangen van de Staat enerzijds en van de maatschappelijke partijen anderzijds bij de uitvoering van de richtlijnen in redelijkheid eisen stelt aan de wijze waarop de Staat omgaat met alle betrokken belangen, en dat de Staat onvoldoende rekening heeft gehouden met de belangen EnergyClaim c.s. en dus ook in dit opzicht onbehoorlijk jegens hen heeft gehandeld.⁴⁷ Het hof maakt niet duidelijk waarom in deze weloverwogen vaststellingen van de Nationale Ombudsman geen schending van het vertrouwensbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel besloten ligt. 's Hof's overweging, dat er geen verplichting bestaat voor de Staat om bedrijven die gevolgen kunnen ondervinden van wetgeving steeds op voorhand te informeren over de inhoud daarvan, is daartoe in elk geval ontoereikend, nu dat gegeven de Staat geen vrijbrief geeft om bij maatschappelijke partijen die nauw betrokken zijn bij de uitvoering van richtlijnen verkeerde verwachtingen te wekken omtrent de wijze van implementatie of om met de gerechtvaardigde belangen van die partijen geen rekening te houden, zoals de Ombudsman terecht heeft vastgesteld.

Het hof overweegt tenslotte in rov. 45 dat EnergyClaim c.s. tegen het oordeel van de rechtbank dat de Staat niet heeft gehandeld in strijd met de

⁴⁶ Rapport Ombudsman van 29 november 2010, rapportnummer 2010/334, p. 12–13: Productie 2 EnergyClaim.

⁴⁷ Rapport Ombudsman van 29 november 2010, rapportnummer 2010/334, p. 13–15.

Aanwijzingen voor de regelgeving uitsluitend heeft aangevoerd dat de rechtbank heeft miskend dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan en een zorgvuldigheidsnorm is geschonken.

3.12 Dit oordeel rust op een onbegrijpelijke uitleg van de gedingstukken, nu EnergyClaim c.s. tevens heeft gewezen op aanwijzing 26 waaruit blijkt dat de Staat bij de implementatie van richtlijnen, behoudens op ondergeschikte punten, geen beleidsvrijheid heeft.⁴⁸ De miskenning van die aanwijzing heeft het hof in rov. 41 e.v., zoals in subonderdeel 3.3, is uiteengezet, tot het onjuiste uitgangspunt gebracht dat de Staat bij de implementatie van de EPB-richtlijnen de vrijheid heeft wet- en regelgeving te wijzigen.

3.13 Gegrondbevinding van één van de voorgaande klachten vitiëert ook rov. 49 van het bestreden arrest.

Conclusie A-G mr. M.H. Wissink:

Eisers tot cassatie (hierna: EnergyClaim c.s.) stellen de Staat aansprakelijk wegens te late en onjuiste implementatie van de (herziene) Europese EPB-richtlijn die voorziet in de invoering van een verplicht energielabel voor gebouwen. In cassatie is aan de orde of deze richtlijnen volgens het Unierecht of het Nederlandse recht ook de vermogensbelangen van eisers beschermen en of de Staat jegens hen onzorgvuldig heeft gehandeld.

1 Feiten¹

1.1 EnergyClaim is opgericht als opvolger van het in 2007 opgerichte Comité EnergyClaim en houdt zich bezig met de behartiging van belangen van bedrijven uit de energiebesparingsbranche. Eisers tot cassatie onder 2 en 3 zijn (eigenaren van) ondernemingen die werken op het terrein van energiebesparing en het verstrekken van energielabels.² Eiser tot cassatie onder 4 is werkzaam op het terrein van de levering van duurzame energiesystemen. Eiser tot cassatie onder 3 is voorzitter van EnergyClaim.

1.2 Vanaf de jaren '90 van de vorige eeuw heeft de overheid beleid ontwikkeld voor het stimuleren van energiebesparing in gebouwen. Sinds 1995 bestaat de Energie Prestatie Norm, die wettelijke eisen stelt aan nieuw te bouwen gebouwen. Per 1 januari 2000 werd in Nederland het Energie Prestatie Advies (hierna: EPA) geïntroduceerd, waarmee inzicht werd verkregen in de energiezuinigheid van een woning. Volgens de overheid waren er grote aantallen EPA-adviseurs nodig om het beleid uit te voeren. Vele bedrijven in de energiebesparingsbranche zijn in deze vraagmarkt gestapt en hebben investeringen gedaan in (onder meer) het opleiden van gecertificeerde EPA-adviseurs. De Staat heeft in

de periode 2000 tot en met 2005 met diverse subsidieregelingen en fiscale regelingen het EPA in de markt gestimuleerd. Woningeigenaren konden bijvoorbeeld subsidie krijgen voor een EPA dat was uitgebracht door een gecertificeerd EPA-adviseur. Verder werd voor het opstellen van EPA's in opdracht van de Staat een gestandaardiseerde werkwijze ontwikkeld (de Basismethode EPA) met bijbehorende software die aan EPA-adviseurs tegen lage kosten ter beschikking werd gesteld. In juli 2001 heeft de Staat in een convenant met onder meer woningcorporaties – het Nationaal Akkoord Wonen – afgesproken dat voor ten minste 30% van de sociale huurwoningen een EPA zou worden uitgebracht. Nederland liep met het EPA vooruit op de harmonisatie van voorschriften voor energielabels in de Europese Unie. De Staat heeft op meerdere momenten verkondigd dat na invoering van deze voorschriften in Nederlandse wet- en regelgeving in 2006 een verplichting zou worden geïntroduceerd om een EPA of Energie Prestatie Certificaat aan te bieden bij verkoop of verhuur van woningen en gebouwen.

1.3 Op 4 januari 2003 is Richtlijn 2002/91/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de energieprestatie van gebouwen (Energy Performance of Buildings Directive, hierna: 'EPB-richtlijn') in werking getreden.³ Op grond van de EPB-richtlijn moesten de lidstaten de noodzakelijke maatregelen nemen opdat minimumeisen voor de energieprestatie van gebouwen worden vastgesteld (artikel 4) en ervoor zorgen dat bij de bouw, verkoop of verhuur van een gebouw aan de eigenaar, of door de eigenaar aan de toekomstige koper of huurder, een energieprestatiecertificaat met een geldigheid van maximaal tien jaar wordt verstrekt (artikel 7). In artikel 10 van de EPB-richtlijn was bepaald dat de lidstaten ervoor moesten zorgen dat (onder meer) de certificering van gebouwen op onafhankelijke wijze werd uitgevoerd door gekwalificeerde en/of erkende deskundigen die hetzij zelfstandig, hetzij in dienst van een openbaar of particulier orgaan optraden. Artikel 15 van de EPB-richtlijn bepaalde – kort gezegd – dat de lidstaten de bepalingen uiterlijk op 4 januari 2006 moesten hebben omgezet in hun nationale wet- en regelgeving. Bij gebrek aan gekwalificeerde en/of erkende deskundigen hadden de lidstaten een extra termijn van drie jaar voor de integrale toepassing van de artikelen 7, 8 en 9 van de EPB-richtlijn (artikel 15, tweede lid). Wanneer de lidstaten van deze mogelijkheid gebruik maakten, dienden zij de Commissie daarvan in kennis te stellen, onder opgave van hun redenen en van een tijdschema voor de verdere toepassing van de richtlijn.

1.4 Nederland heeft gebruik gemaakt van deze extra termijn. De EPB-Richtlijn is omgezet in het Besluit energieprestatie gebouwen (hierna: 'Beg') en de Regeling energieprestatie gebouwen (hierna:

⁴⁸ Zie dgV nr. 201–216; mvG nr. 27 onder d.

¹ Ontleend aan gerechtshof Den Haag 11 april 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1251, rov. 2 t/m 13.

² In feitelijke instanties was nog een dergelijke onderneming, Atri B.V., betrokken.

³ Richtlijn 2002/91/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2002 betreffende de energieprestatie van gebouwen, *PbEG* 2003, L 1/65.

'Reg'). Het Beg en de Reg zijn op 1 januari 2008 in werking getreden.⁴ In het Reg en het Beg zijn geen expliciete bestuursrechtelijke of strafrechtelijke handhavingssancties opgenomen. Er werd zoveel mogelijk aangesloten bij het reeds op nationaal niveau bestaande, privaatrechtelijke kader voor energiecificering van gebouwen. In de Nota van Toelichting bij het Beg is onder meer het volgende vermeld: *'Ter voorkoming van verdere verzwaring van de bestaande werklast van de overheid en rechterlijke macht is ervoor gekozen in dit besluit geen expliciete bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhavingssancties op te nemen. (...)'*. Door de Staat is aan (de rechtsvoorganger van) EnergyClaim te kennen gegeven dat voor het niet-opnemen van een sancti-oneringssysteem ook is gekozen om de administratieve lasten voor burgers en bedrijven in verband met het verplicht hebben van een energielabel te beperken.

1.5 De kwaliteitseisen waaraan een gecertificeerd adviseur moet voldoen om energielabels af te geven zijn vastgelegd in een nationale beoordelingsrichtlijn (BRL 9500) en twee ISSO publicaties (ISSO 75 en 82). Een gecertificeerd adviseur moest beschikken over goedgekeurde software en zich laten certificeren door een certificerende instelling.

1.6 De Europese Commissie heeft Nederland op 8 februari 2006 in gebreke gesteld ten aanzien van de niet tijdige omzetting van de EPB-richtlijn. Deze ingebrekestelling is na de vaststelling van het Beg en de Reg op 17 oktober 2007 geseponeerd. De Europese Commissie heeft op 6 april 2011 een tweede, aanvullende inbreukprocedure geopend met betrekking tot de invoering van artikel 7 van de EPB-richtlijn. Deze ingebrekestelling is geseponeerd op 16 juli 2015 na wijzigingen van het Beg en het Reg.

1.7 De EPB-richtlijn is met ingang van 1 februari 2012 ingetrokken en vervangen door Richtlijn 2010/31/EU van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 2010 betreffende de energieprestatie van gebouwen (hierna: de 'herziene EPB-richtlijn').⁵ Artikel 27 ('Sancties') van de herziene EPB-richtlijn bepaalt dat de lidstaten de regels vaststellen inzake de toepasselijke sancties en alle nodige maatregelen treffen opdat de (op de herziene EPB-richtlijn gebaseerde) nationale regels worden toegepast. De sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. De lidstaten moesten de Commissie uiterlijk op 9 januari 2013 in kennis stellen van die bepalingen. Volgens artikel 28 van de herziene EPB-richtlijn is de omzettingstermijn op 9 juli 2012 verstreken; de meeste bepalingen van de herziene EPB-richtlijn dienden uiterlijk 9 januari 2013 door de lidstaten te worden toegepast.

1.8 De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (hierna: de minister) heeft op 16 december 2011 een wetsvoorstel ingediend dat strekte tot invoering van de herziene EPB-richtlijn.

Het wetsvoorstel is op 20 december 2012 door de Tweede Kamer verworpen. Een meerderheid van de Tweede Kamer had bezwaar tegen de hoogte van de administratieve lasten van het op die wet gebaseerde energielabel voor woningen. Daarnaast werd de sanctie via de zogenaamde 'notarisroute', waarbij de eigendomsoverdracht van een gebouw niet kon plaatsvinden zonder energielabel, te zwaar bevonden. De Tweede Kamer heeft het kabinet via moties opgeroepen tot vereenvoudiging van het systeem. Vervolgens heeft de minister in 2013 en 2014 de mogelijkheden voor een vereenvoudigd energielabel voor woningen met de Tweede Kamer besproken. Het vereenvoudigde energielabel is uiteindelijk met de bepalingen van de herziene EPB-richtlijn in de zomer/het najaar van 2014 geïmplementeerd. Het nieuwe Beg en de nieuwe Reg zijn per 1 januari 2015 in werking getreden.

1.9 Het huidige systeem werkt als volgt. Op basis van openbare gegevens, zoals het bouwjaar en bepaalde kenmerken van de woning, is een voorlopig energielabel vastgesteld. Woningeigenaren kunnen dit voorlopige energielabel via een webtool aanvullen met de belangrijkste energetische woningkenmerken. De woningeigenaar moet daarvoor, indien nodig, digitaal bewijsstukken aanleveren. Een erkend energielabeldeskundige controleert op afstand de juistheid van de gegevens en de aangeleverde bewijsstukken en kan eventueel extra bewijsstukken opvragen. Na akkoord van de erkend energielabeldeskundige en toestemming van de woningeigenaar om een definitief energielabel te registreren verstrekt de beheerder van de webtool (RVO.nl, een onderdeel van het ministerie van Economische Zaken) het energielabel. Het toezicht en de handhaving berusten sinds 1 januari 2015 bij de Inspectie Leefomgeving en Transport van het ministerie van Infrastructuur en Milieu (hierna: ILT). De ILT controleert op het aanwezig zijn van het energielabel bij oplevering, verkoop of verhuur van een woning. In geval van overtredingen kan de ILT een last onder dwangsom en/of een bestuurlijke boete opleggen.

1.10 Naar aanleiding van de invoering van de herziene EPB-richtlijn heeft de Europese Commissie in 2012 een derde inbreukprocedure tegen Nederland geopend. In deze inbreukprocedure maakte de Europese Commissie aanvankelijk bezwaar tegen het uitblijven van een melding door Nederland van de maatregelen ter invoering van de richtlijn. In een aanvullend met redenen omkleed advies van 29 april 2015 maakte de Europese Commissie onder meer bezwaar tegen de detaillering van de energieadviezen en de sancties in geval van niet-naleving. Aan de bezwaren van de Europese Commissie is tegemoetgekomen met aanpassingen van de Woningwet op 1 juli 2015 en het Beg in november 2015, waarna de Europese Commissie de ingebrekestelling op 25 februari 2016 heeft ingetrokken. Op 22 juli 2016 heeft Nederland een nieuwe ingebrekestelling ontvangen van de Europese Commissie. Deze vierde inbreukprocedure heeft betrekking op

⁴ Stb. 2006/608 en 2007/2016 (Beg) en Stcrt. 2006/253 (Reg).

⁵ PbEU 2010, L 153/13.

de uitvoering van de (maatregelen ter invoering van de) herziene EPB-richtlijn. Deze inbreukprocedure is nog niet afgerond.

1.11 Op 24 september 2009 heeft het (toenmalige) Comité EnergyClaim klachten ingediend bij de Nationale Ombudsman (hierna: de Ombudsman) over de gedragingen van de overheid met betrekking tot de EPA-adviseurs. In zijn rapport van 29 november 2010 heeft de Ombudsman de klachten gegrond verklaard en, onder meer, geconcludeerd dat de overheid zich onbehoorlijk heeft gedragen door schending van het beginsel van rechtszekerheid en door onvoldoende rekening te houden met de belangen van de bij het Comité EnergyClaim aangesloten belanghebbenden bij de invoering van het energielabel en vervolgens bij (de uitvoering van) het beleid rond het energielabel.

1.12 Naar aanleiding van het rapport van de Ombudsman hebben partijen geprobeerd om een minnelijke regeling te treffen. Dit is niet gelukt. De advocaat van EnergyClaim c.s. heeft bij brief van 14 oktober 2011 de Staat aansprakelijk gesteld. De Staat heeft bij brief van 1 november 2011 elke aansprakelijkheid van de hand gewezen.

2 Procesverloop

2.1 In eerste aanleg hebben EnergyClaim c.s. een aantal verklaringen voor recht gevorderd. Deze hielden, kort gezegd, in (primair) dat de Staat in strijd handelt met Europees recht en/of art. 6:162 BW door de EPB-richtlijn te laat of onjuist te implementeren, door te handelen in strijd met het Europeesrechtelijke en Nederlandsrechtelijke beginsel van gerechtvaardigd vertrouwen en met verschillende algemene beginselen van behoorlijk bestuur, dan wel (subsidiar) door ten onrechte geen nadeelcompensatie aan te bieden. Meer subsidiar vorderden EnergyClaim c.s. veroordeling van de Staat om hen als nadeelcompensatie een bedrag van ruim € 37 miljoen te betalen. Tevens vorderden zij de Staat te veroordelen om, kort gezegd, de EPB-richtlijn alsnog binnen zes maanden correct in te voeren, op straffe van verbeurte van een dwangsom. De Staat heeft zich verweerd.

De rechtbank Den Haag heeft bij eindvonnis van 14 mei 2014 de vorderingen afgewezen, kort gezegd, wegens het ontbreken van Europees- of Nederlandsrechtelijke relativiteit en voorts omdat geen zorgvuldigheidsnorm is geschonden. Voorts oordeelde de rechtbank dat er geen sprake is van een speciale of bijzondere last ten aanzien van de betrokken bedrijven en dat de burgerlijke rechter geen nadeelcompensatie kan toewijzen.

2.2.1 EnergyClaim c.s. zijn van het eindvonnis in hoger beroep gekomen. Zij vorderden, kort gezegd, dat haar vorderingen in eerste aanleg alsnog zouden worden toegewezen. De Staat heeft zich verweerd. Het gerechtshof Den Haag heeft in zijn in cassatie bestreden arrest van 11 april 2017 het vonnis van de rechtbank bekrachtigd.

2.2.2 Het hof heeft de aansprakelijkheid wegens de door EnergyClaim c.s. gestelde niet tijdige dan

wel onjuiste omzetting van de EPB-richtlijnen beoordeeld op basis van de Unierechtelijke voorwaarden voor aansprakelijkheid en op basis van art. 6:162 en 6:163 BW. Het hof oordeelde dat de Staat niet jegens EnergyClaim c.s. aansprakelijk is wegens niet tijdige of onjuiste omzetting van de EPB-richtlijnen, omdat niet is voldaan aan het Unierechtelijke vereiste dat de geschonden rechtsregel ertoe strekt rechten aan particulieren toe te kennen (rov. 25-31) en niet is voldaan aan het in art. 6:163 BW bedoelde relativiteitsvereiste (rov. 32-37). Evenmin heeft de Staat een zorgvuldigheidsnorm jegens EnergyClaim c.s. geschonden (rov. 38-45).

2.2.3 Het hof wees voorts de gevorderde veroordeling tot omzetting van de herziene EPB-richtlijn af, omdat de bepalingen van deze richtlijn geen directe werking hebben en omdat de burgerlijke rechter niet bevoegd is om de Staat te bevelen regelgeving in te voeren (rov. 21-24). Het hof verwierp het beroep op het égalitébeginsel, omdat geen sprake is van een speciale (op een afgebakende groep drukende) en abnormale (niet tot het normale maatschappelijke- of bedrijfsrisico behorende) last (rov. 47-48). Het hof kwam niet toe aan beoordeling van de grieven die zien op de vraag of de EPB-richtlijnen door de Staat goed zijn uitgevoerd (rov. 20 en 49).

2.3 Bij een op 11 juli 2017 ingediende procesinleiding hebben EnergyClaim c.s. tijdig cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van 11 april 2017. De Staat heeft geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep⁶ en zijn standpunt schriftelijk toegelicht. EnergyClaim c.s. hebben afgezien van een schriftelijke toelichting en bij repliek gereageerd op de schriftelijke toelichting van de Staat.

3 Het cassatiemiddel

3.1 Het cassatiemiddel bestaat uit drie onderdelen, onderverdeeld in verschillende subonderdelen, en richt zich tegen de hierboven bij 2.2.2 weergegeven oordelen. Onderdeel 1 betreft rov. 25-31 over het Unierechtelijke vereiste van het toekennen van rechten aan particulieren (ook wel het Unierechtelijke relativiteitsvereiste genoemd).⁷ Onderdeel 2 gaat over het Nederlandsrechtelijke relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW (rov. 32-37) en

⁶ Met hoofdelijke veroordeling van eisers in de kosten van het geding in cassatie, zulks met bepaling dat over die proceskostenveroordeling de wettelijke rente verschuldigd zal zijn met ingang van de vijftiende dag na de datum van het te wijzen arrest.

⁷ Het hof gebruikt deze term in rov. 26, zulks in navolging van de literatuur. Zie R. Meijer, Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees Gemeenschapsrecht, 2007, p. 109-114, 216-218; L. Di Bella, De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad, 2012, p. 155-158; R.J.G.M. Widdershoven, *De burgerlijke rechter in het publiekrecht* 2015/IV.a.37.3; P.W. den Hollander, De relativiteit van wettelijke normen, 2016, p. 323-324; A.P.W. Duijkersloot, R.J.G.M. Widdershoven en J.H. Jans, in: S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, 2017, p. 443; I. Aronstein, 'Vlees noch Vis', in: C.H.J. Jansen, M.M.C. Moosdijk, R.W.E. Leuken (red.), *Nijmeegs Europees Privaatrecht*, 2018, p. 165.

onderdeel 3 over de vraag of de Staat een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden (rov. 38-45).

3.2 De onderdelen 1 en 2 betreffen beide de aansprakelijkheid van de Staat wegens de door EnergyClaim c.s. gestelde te late dan wel onjuiste omzetting van de EPB-richtlijnen. Ik geef hierna het juridisch kader weer voor zover dat relevant is voor de onderdelen 1 en 2 en bespreek daarna de klachten van deze onderdelen.

4 Juridisch kader

Rechten toekennen aan particulieren en het relativiteitsvereiste

4.1 Het Unierecht formuleert eigen (minimum)voorwaarden voor de aansprakelijkheid van de lidstaat wegens schending van Unierecht. De lidstaat is aansprakelijk voor schade die particulieren lijden doordat een richtlijn niet tijdig of niet juist in nationaal recht is omgezet indien (i) de geschonden rechtsregel ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen, (ii) er een voldoende gekwalificeerde schending is en (iii) er een direct causaal verband bestaat tussen de schending van de op de lidstaat rustende verplichting en de door de benadeelde personen geleden schade. Het Unierecht sluit niet uit de lidstaat naar nationaal recht onder minder beperkende voorwaarden aansprakelijk is.⁸ Indien dat het geval is, brengt het gelijkwaardigheidsbeginsel mee dat de rechter die minder beperkende voorwaarden moet toepassen.⁹

4.2 Naar Nederlands recht is de Staat aansprakelijk indien aan de voorwaarden van art. 6:162 en 6:163 BW is voldaan. De niet-tijdige of onjuiste implementatie van een richtlijn komt in strijd met de verplichting van de Staat op grond van art. 4 lid 3 VEU en art. 288 derde volzin VWEU en is om die reden onrechtmatig. Naar Nederlands recht is met het oordeel over de onrechtmatigheid in beginsel ook toerekenbaarheid aan het overheidslichaam gegeven. Het ligt op de weg van de Staat de feiten en omstandigheden te stellen die in het voorliggende geval een uitzondering op dit beginsel rechtvaardigen.¹⁰ In dit opzicht stelt het Nederlandse recht in beginsel minder beperkende voorwaarden aan de aansprakelijkheid van de Staat dan het Unierechtelijke vereiste van een voldoende gekwalificeerde schending.

4.3 Het hof heeft het voorgaande in rov. 25 en 26 voorop gesteld. Het hof heeft het primaire verweer van de Staat gehonoreerd dat niet is voldaan aan het Unierechtelijke en het Nederlandsrechtelijke relativiteitsvereiste. Het hof oordeelde dat beide vereisten wel vergelijkbaar zijn, maar mogelijk niet

geheel gelijk aan elkaar (rov. 26), en heeft ze daarom afzonderlijk onderzocht. Het hof houdt er aldus rekening mee dat Unierecht en nationaal recht op dit punt mogelijk niet identiek zijn.¹¹ Ik merk over de verhouding tussen het Unierechtelijke en het Nederlandsrechtelijke relativiteitsvereiste het volgende op.

4.4 Soms komt men de opvatting tegen dat art. 6:163 BW strikter is dan het Unierechtelijke vereiste, dat wil zeggen méér beperkende voorwaarden aan aansprakelijkheid van de Staat stelt dan het Unierecht.¹² Als die opvatting juist is, dan zou een afzonderlijke toets aan art. 6:163 BW overbodig zijn (waarmee overigens ook het belang aan onderdeel 2 goeddeels zou komen te ontvallen) omdat dan zou moeten worden volstaan met een toets aan het Unierechtelijke minimumvereiste.¹³

Ik betwijfel of deze opvatting juist is. Nog afgezien van de vraag of men een dergelijk verschil zou kunnen afleiden uit de methodiek van toetsing van beide vereisten of uit de functie die elk vereiste in abstracto vervult in het betreffende systeem van aansprakelijkheid, dient te worden bedacht dat oordelen over de beschermende strekking van een Europese of Nederlandse regeling naar hun aard casuïstisch¹⁴ zijn en daarmee onderling moeilijk vergelijkbaar, zodat op die basis bezwaarlijk algemene uitspraken kunnen worden gedaan over de mate waarin het ene vereiste in abstracto strikter is dan het andere.¹⁵ Bovendien is denkbaar dat het object van de toets verschilt. Het Unierechtelijke vereiste ziet op de beschermende strekking van de betreffende bepalingen van Unierecht, terwijl art. 6:163 BW óók ziet op de Nederlandse omzettingswetgeving. Het is denkbaar dat de Nederlandse

11 Dus los van de vraag hoe de verhouding tussen Unierechtelijke en nationaalrechtelijke aansprakelijkheidsvoorwaarden in theoretisch opzicht wordt gezien. Zo is denkbaar dat een positieve toets aan het Unierechtelijke vereiste dat de geschonden bepaling rechten aan particulieren toekent, impliceert dat tevens is voldaan aan art. 6:163 BW zonder dat dit een inhoudelijk oordeel over de toepassing van art. 6:163 BW als zodanig veronderstelt. Art. 6:163 BW dient er dan uitsluitend toe om deze Unierechtelijke voorwaarde voor aansprakelijkheid in te bedden in het nationale aansprakelijkheidsrecht. Vgl. A-G Keus, conclusie sub 2.7 voor HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2723; R. Meijer, Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees Gemeenschapsrecht, 2007, p. 77-81.

12 De Staat (s.t. nr. 6.1.1) beroept zich erop. Vgl. ook repliek nr. 9. De Staat (s.t. nr. 6.1.1) verwijst naar R.J.G.M. Widdershoven, *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, 2015/IV.a.37.3, maar deze auteur neemt m.i. een genuanceerder standpunt in. Zie ook de in de volgende voetnoot genoemde vindplaats van de Staat in zijn s.t. nr. 5.11 en door A.P.W. Duijkersloot, R.J.G.M. Widdershoven en J.H. Jans, in: S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, 2017, p. 443.

13 En eventueel de constatering dat om die reden ook aan art. 6:163 BW is voldaan. Zie bij voetnoot 11.

14 Zoals ook de Staat (s.t. nr. 5.11) onderkent.

15 Zie R. Meijer, 'De relativiteit van een energielabel: EnergyClaim/Staat', *MVV* 2018, p. 125. Vgl. A.P.W. Duijkersloot, R.J.G.M. Widdershoven en J.H. Jans, in: S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, 2017, p. 443-447.

8 Zie onder meer HvJEU 19 november 1991, C-6/90, ECLI:EU:C:1991:428, NJ 1994/2 (*Franovich*); HvJEU 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, NJ 1997/145 (*Brasserie du Pêcheur en Factortame*).

9 Vgl. HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2723, rov. 3.4.3.

10 Zie HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2723, RvdW 2015/995, TRA 2015/102 m.nt. M.S.A. Vegter, rov. 3.4.4, 3.5.2 en 3.5.4. Vgl. HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, NJ 2003/691 m.nt. T. Koopmans (*Waterpakt*); HR 4 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:677, rov. 3.4.2.

omzettingwetgeving in een bepaald geval een ruimere beschermingsomvang beoogt dan de Europese bepalingen (uiteraard, voor zover de EU-bepalingen een verdergaande nationale bescherming toelaten).

4.5.1 Nu wordt de soep in deze zaak niet zo heet gegeten als zij zojuist is opgediend. In deze zaak, waarin de Staat wordt verweten de (herziene) EPB-richtlijn te laat of onjuist te hebben omgezet, speelt niet de vraag of de Nederlandse omzettingwetgeving meer bescherming biedt dan de EU-bepalingen beogen te bieden. Het gaat in verband met de omzetting (afgezien van de door onderdeel 3 bestreken oordelen) uitsluitend om de strekking van de (herziene) EPB-richtlijn.¹⁶ Hoewel het hof afzonderlijk heeft getoetst aan het Unierechtelijke vereiste van 'rechten toekennen' en aan art. 6:163 BW, berusten zijn beoordelingen van beide vereisten dan ook in de kern op zijn uitleg van de EPB-richtlijnen. Het oordeel over het Nederlandsrechtelijke relativiteitsvereiste is daarom verknoot met het oordeel over het Unierechtelijke vereiste (vgl. rov. 32 en 36).

4.5.2 Nu het in deze zaak in de kern gaat om de uitleg van de EPB-richtlijnen, zou een eventueel verschil in uitkomst van de toets aan het Unierechtelijke vereiste van 'rechten toekennen' respectievelijk van de toets aan art. 6:163 BW moeten zitten in een verschil in de toepasselijke maatstaven. Die maatstaven zijn, zoals het hof m.i. terecht zegt, 'vergelijkbaar, maar mogelijk niet geheel gelijk'. Zij zijn ook flexibel en contextgevoelig. Het is daarom denkbaar — en ligt m.i. ook wel voor de hand — dat toetsing aan beide maatstaven in een concreet geval tot dezelfde uitkomst leidt. Na toetsing aan het Unierecht respectievelijk het Nederlandse recht (in de verschillende varianten die EnergyClaim c.s. hebben voorgedragen) komt het hof in het onderhavige geval inderdaad tot hetzelfde resultaat.

4.5.3 De onderdelen 1 en 2 stellen dan ook vergelijkbare vragen aan de orde: moet, naar Unierecht of Nederlands recht, worden aangenomen dat de vermogensbelangen van de EPA-adviseurs direct (subonderdelen 1.1 en 2.1) dan wel indirect (subonderdelen 1.2 en 2.2 t/m 2.6) worden beschermd door de (herziene) EPB-richtlijn? Conform de wijze waarop deze procedure is opgezet en het hof heeft geoordeeld, bespreek ik hierna afzonderlijk het Unierechtelijke en de Nederlandsrechtelijke relativiteitsvereiste.

Rechten aan particulieren toekennen

4.6 Het vereiste dat de geschonden bepalingen van Unierecht — hier: de bepalingen van de (herziene) EPB-richtlijn — ertoe strekken rechten aan particulieren toe te kennen betekent in de context van

staatsaansprakelijkheid¹⁷ dat wordt onderzocht of deze bepalingen (mede) bepaalde aanspraken verschaffen aan bepaalde particulieren.¹⁸ Dit betekent, aldus Prechal, dat 'only breach of a rule creating rights for individuals concerned or intended to create rights or, at least, protecting their interests can give rise to a right to reparation'.¹⁹ Dit moet worden bepaald aan de hand van de bewoordingen van de betreffende bepalingen, de doelstellingen van de regeling waarvan zij deel uitmaken en de grondslag waarop deze regeling berust.²⁰ Daarbij dient te worden bepaald welke particulieren precies onder het beschermingsbereik van de betreffende norm vallen en tegen welke schade de norm de particulieren beoogt te beschermen.²¹

4.7 Enerzijds geldt dat indien een bepaling slechts de verhouding tussen de Unie en de lidstaten reguleert, zoals bij bepaalde notificatieverplichtingen, zij om die reden geen rechten aan particulieren toekent.²²

4.8 Anderzijds is denkbaar dat de Unierechtelijke bepaling wel mede ziet op de belangen van particulieren, maar niet ertoe strekt hen aanspraken toe te kennen.²³ Zo is geoordeeld dat uit het feit dat

¹⁷ Een vergelijkbare, maar te onderscheiden vraag speelt in het kader van de eventuele rechtstreekse werking van een bepaling van Unierecht. Staatsaansprakelijkheid is enerzijds mogelijk bij niet-rechtstreeks werkende bepalingen, anderzijds geen automatisme bij wel rechtstreeks werkende bepalingen van Unierecht. Zie A.P.W. Duijkersloot, R.J.G.M. Widdershoven en J.H. Jans, in: S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, 2017, p. 443; S. Prechal, *Directives in EC Law*, 2005, p. 283-284.

¹⁸ HvJEG 8 oktober 1996, gevoegde zaken C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 C-190/94, ECLI:EU:C:1996:375, *NJ 1997/493 (Dillenkofers)* voegt daaraan toe, dat de inhoud van deze rechten voldoende nauwkeurig kan worden vastgesteld. Vgl. R. Meijer, *Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees Gemeenschapsrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 90.

¹⁹ S. Prechal, *Directives in EC Law*, 2005, p. 284.

²⁰ Vgl. HvJEU 8 oktober 1996, gevoegde zaken C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 C-190/94, ECLI:EU:C:1996:375, *NJ 1997/493 (Dillenkofers)*; HvJEU 11 november 2004, C-216/02, ECLI:EU:C:2004:703 (*Österreichischer Zuchtverband für Ponys*); HvJEU 13 januari 2005, C-174/02, ECLI:EU:C:2005:10 (*Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*). Zie tevens R. Meijer, 'Europees recht. De Schutznorm in het gemeenschapsrecht: over de rol van rechten van particulieren bij rechtstreekse werking en aansprakelijkheid', *TMA* 2005-5, p. 193.

²¹ Vgl. R. Meijer, *Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees Gemeenschapsrecht*, 2007, p. 92.

²² Vgl. inzake bepaalde notificatiebepalingen HvJEG 13 juli 1989, C-380/87, ECLI:EU:C:1989:318 (*Enichem Base*); HvJEG 16 juli 1998, ECLI:EU:C:1998:365, C-235/95 (*Dumon*); HvJEU 11 juni 2015, C-98/14, ECLI:EU:C:2015:386 (*Berlington Hungary*) rov. 108, waarin wordt overwogen dat de notificatieverplichting 'geenszins de materiële inhoud van de rechtsregel bepaalt op basis waarvan de nationale rechter het bij hem aanhangige geschil moet beslechten'.

²³ Sommige richtlijnen gaan met zoveel woorden in op het niet-toekennen van bescherming van belangen van particulieren. Zie bijvoorbeeld Richtlijn 2014/49/EU inzake de depositogarantiestelsels, PbEU L 173/149 (considerans onder 45) en Richtlijn 2004/35 betreffende milieuaansprakelijkheid met betrekking tot het voorkomen en herstellen van Milieuschade, PbEU L 143 (art. 3 lid 3).

¹⁶ In rov. 37 gaat het hof nog in op stellingen van EnergyClaim c.s. in verband met de Nederlandse parlementaire geschiedenis. Het gaat om een overweging ten overvloede die door het middel ongemoeid wordt gelaten.

een richtlijn bepaalde instanties toezichtsverplichtingen oplegt of dat bescherming van benadeelden een van de doelstellingen van die richtlijn is, niet noodzakelijkerwijze voortvloeit dat die richtlijn rechten beoogt te creëren ten gunste van die benadeelden wanneer de instanties hun verplichtingen niet nakomen, en in het bijzonder niet wanneer die richtlijn geen uitdrukkelijk regel bevat waarbij dergelijke rechten worden toegekend.²⁴

In deze zaken lijkt het HvJ te toetsen of er positieve aanwijzingen zijn dat de richtlijnen mede de aansprakelijkheid regelen. In dit verband lijkt tevens een rol te spelen of aansprakelijkheid nodig is voor het bereiken van de doelstellingen van deze richtlijnen (vgl. rov. 43 van het arrest *Peter Paul*).²⁵

4.9.1 Veelal zullen bepalingen van Unierecht die mede zien op de belangen van particulieren ertoe strekken hen aanspraken toe te kennen, hetzij omdat dit een doelstelling van de betrokken regeling is, hetzij omdat schade wordt geleden door benadeelden wier belangen zo nauw samenhangen met de hoofddoelstelling van de geschonden norm dat zij daar ook rechten aan kunnen ontlelen. In dit verband beroepen EnergyClaim c.s. zich op de zaken *Danske Slagterier*²⁶ en *Jutta Leth*.²⁷

4.9.2 In de zaak *Danske Slagterier* vordert een brancheorganisatie van Deense slachthuizen en varkenshouders schadevergoeding omdat Duitsland in strijd met de richtlijn betreffende de gezondheidsvoorschriften voor de productie en het in handel brengen van vlees²⁸ en de richtlijn inzake veterinaire controles in het intracommunautaire handelsverkeer in het vooruitzicht van de totstandbrenging van de interne markt²⁹ had gehandeld door de import van Deense niet-gecastreerde mannelijke varkens te verbieden.³⁰ Daaromtrent overwoog het HvJEU als volgt:

“23 *Danske Slagterier* beroept zich eveneens op de bepalingen van de richtlijnen 64/433 en 89/662. Blijkens de bewoordingen van de titel en van de eerste overweging van de considerans ervan is richtlijn 89/662 vastgesteld in het vooruitzicht van de totstandbrenging van de interne markt. Hetzelfde geldt, zoals in de derde overweging van de considerans ervan is gepreciseerd, voor richtlijn 91/497, waarbij richtlijn 64/433 is gewijzigd. Het vrije verkeer van goederen is dus een van de doelstellingen van deze richtlijnen die, door de opheffing van de tussen de lidstaten bestaande ongelijkheid op het gebied van de gezondheidsvoorschriften inzake vers vlees, beogen het intracommunautaire handelsverkeer daarin te bevorderen. Voornoemde richtlijnen preciseren en concretiseren dus het bij artikel 28 EG toegekende recht.

24 Betreffende de inhoud van de richtlijnen 64/433 en 89/662 moet worden opgemerkt dat zij een regeling bevatten voor met name de veterinaire keuringen en de certificering van vers vlees dat in een lidstaat is geproduceerd en in een andere lidstaat wordt ingevoerd. Zoals inzonderheid blijkt uit artikel 7, lid 1, sub b, van richtlijn 89/662, kunnen de lidstaten zich slechts tegen de invoer van vers vlees verzetten indien de goederen niet voldoen aan de voorschriften van de communautaire richtlijnen of wanneer er sprake is van bepaalde zeer bijzondere omstandigheden, zoals tijdens epidemieën. Het aan de lidstaten opgelegde verbod om de invoer te verhinderen geeft particulieren het recht om vers vlees dat aan de communautaire voorschriften voldoet in een andere lidstaat te verkopen.

25 Uit richtlijn 64/433 juncto richtlijn 89/662 blijkt overigens dat de maatregelen voor het opsporen van een uitgesproken seksuele geur van niet-gecastreerde mannelijke varkens op communautair niveau zijn geharmoniseerd (arrest Commissie/Duitsland, reeds aangehaald, punt 29). Ingevolge deze harmonisatie is het de lidstaten dus verboden om op het volledig geharmoniseerde gebied de belemmering van het vrije verkeer van goederen te rechtvaardigen op andere gronden dan deze waarin is voorzien bij de richtlijnen 64/433 en 89/662.

26 Mitsdien moet op de eerste twee vragen worden geantwoord, dat particulieren die schade hebben geleden door de onjuiste uitvoering en toepassing van de richtlijnen 64/433 en 89/662 zich op het recht op vrij verkeer van goederen kunnen beroepen om de overheid aansprakelijk te stellen wegens schending van het gemeenschapsrecht.”

Het HvJ oordeelt de richtlijnen tegen de achtergrond van de verdragsbepaling over het vrije verkeer van goederen, waaraan particulieren rechten kunnen ontlelen,³¹ en concludeert dat het aan de

24 HvJEU 16 februari 2017, C-219/15, ECLI:EU:C:2017:128, NJ 2018/123 m.nt. S.D. Lindenbergh (*Schmitt/TÜV*), rov. 55, over de aansprakelijkheid van zogenaamde aangemelde (particuliere) instantie, die toeziet op de voorwaarden voor toekenning van een CE-keurmerk, in de zaak rondom de PIP-implantaten; HvJEU 12 oktober 2004, C-222/02, ECLI:EU:C:2004:606, NJ 2005/323 m.nt. M.R. Mok, AB 2005/17 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Peter Paul*), over de aansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht na faillissement van een bank.

25 “De coördinatie van de nationale voorschriften inzake de aansprakelijkheid van de nationale autoriteiten jegens de depositanten in geval van gebrekkig toezicht, lijkt echter niet noodzakelijk om de in het voorgaande punt beschreven resultaten te bereiken.”

26 HvJEU 24 maart 2009, C-445/06, ECLI:EU:C:2009:178, AB 2009/229 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Danske Slagterier*).

27 HvJEU 14 maart 2013, C-420/11, ECLI:EU:C:2013:166, AB 2013/139 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Jutta Leth/Oostenrijk*).

28 Richtlijn 64/433/EEG van de Raad van 26 juni 1964 betreffende de gezondheidsvoorschriften voor de productie en het in de handel brengen van vers vlees (PB 1964, 121, blz. 2012), zoals gewijzigd bij Richtlijn 91/497/EEG van de Raad van 29 juli 1991 (PB L 268, blz. 69).

29 Richtlijn 89/662/EEG van de Raad van 11 december 1989 inzake veterinaire controles in het intracommunautaire handelsverkeer in het vooruitzicht van de totstandbrenging van de interne markt (PB L 395, blz. 13).

30 HvJEU 24 maart 2009, C-445/06, ECLI:EU:C:2009:178, AB 2009/229 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Danske Slagterier*).

31 HvJEU 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, NJ 1997/145 (*Brasserie du Pêcheur en Factortame*).

lidstaten opgelegde verbod om de invoer te verhinderen particulieren het recht geeft om vers vlees dat aan de communautaire voorschriften voldoet in een andere lidstaat te verkopen.

4.9.3 De zaak *Jutta Leth* betreft de aansprakelijkheid van Oostenrijk voor de waardevermindering van een woning door lawaai van een nabijgelegen vliegveld, dat was uitgebreid zonder de door de MEB-richtlijn³² voorgeschreven milieueffectbeoordeling.³³ Het HvJEU overwoog:

“34 Dienaangaande blijkt uit de derde en de elfde overweging van de considerans van Richtlijn 85/337 dat deze richtlijn tot doel heeft een van de doelstellingen van de Unie op het gebied van de bescherming van het milieu en de kwaliteit van het bestaan te verwezenlijken, en dat de milieueffecten van een project moeten worden beoordeeld teneinde rekening te houden met het streven via een beter milieu bij te dragen tot de kwaliteit van het bestaan.

35 In omstandigheden waarin de blootstelling aan lawaai dat terug te voeren is op een in artikel 4 van Richtlijn 85/337 bedoeld project, aanzienlijke gevolgen voor de mens heeft, in die zin dat een door dit lawaai getroffen woning haar functie minder goed kan vervullen en dat het milieu van de mens, de kwaliteit van zijn bestaan en eventueel zijn gezondheid worden aangetast, kan een vermindering van de waarde van dit huis immers een rechtstreekse economisch gevolg van dergelijke milieueffecten zijn, hetgeen per geval moet worden onderzocht.

36 Bijgevolg valt de voorkoming van vermogensschade onder de beschermingsdoelstelling van Richtlijn 85/337 voor zover deze schade het rechtstreekse economische gevolg van de milieueffecten van een openbaar of particulier project is. Voor zover dergelijke economische schade het rechtstreekse gevolg van dergelijke effecten is, moet zij worden onderscheiden van economische schade die niet rechtstreeks voortvloeit uit milieueffecten en dus niet valt onder de beschermingsdoelstelling van deze richtlijn, zoals onder meer bepaalde concurrentienadelen.”

De concurrentienadelen waarop het HvJEU doelt, zouden bijvoorbeeld kunnen zien op de schade die een bedrijf lijdt omdat zijn concurrenten door de met het Unierecht strijdige uitbreiding van het

vliegveld meer klanten trekt.³⁴ Uit het vervolg van het arrest blijkt overigens dat de richtlijn wel voorschrijft dat een milieueffectbeoordeling moet plaatsvinden, maar niet hoe de verschillende belangen moeten worden gewogen, zodat de vordering nog kan afstuiten op een gebrek aan causaal verband.

Het relativiteitsvereiste

4.10 Het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW wordt wel gezien als middel om aansprakelijkheid te beperken of te reguleren.³⁵ Uit dit vereiste volgt dat geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.³⁶ Aan de hand van doel en strekking van de geschonden norm moet worden nagegaan tot welke personen, tot welke schade en tot welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt.³⁷

4.11 Het relativiteitsvereiste is onlangs in algemene zin besproken door A-G Hartlief, naar wiens beschouwingen ik verwijs.³⁸ Ik stip hier enige parallellen aan met de beoordeling van het Unierechtelijke relativiteitsvereiste.

Denkbaar is dat een bepaalde regel wel de strekking heeft om in het algemeen een bepaald belang te dienen (waarmee ook de belangen van individuen zijn gebaat), maar niet tevens strekt om individuele vermogensbelangen te beschermen (vgl. de EU-zaak *Peter Paul*). Een voorbeeld hiervan is het arrest *Duwbak Linda*, waarin is geoordeeld dat enige regelingen op het gebied van het bevoordelen van de veiligheid van het scheepvaartverkeer niet strekken tot bescherming van dergelijke individuele vermogensbelangen.³⁹

Ook is denkbaar dat een partij een afgeleid belang kan hebben van een bepaling die strekt tot bescherming van de belangen van een bepaalde groep, maar daarmee zozeer samenhangt dat het onder deze bescherming moet worden begrepen (vgl. de EU-zaak *Jutta Leth*). Zo is de zaak *Gemeente Barneveld/Gasunie* geoordeeld dat Gasunie een afgeleid

32 Richtlijn 85/337/EEG van de Raad van 27 juni 1985 betreffende de milieueffectbeoordeling van bepaalde openbare en particuliere projecten (PB L 175, p. 40), zoals gewijzigd bij Richtlijnen 97/11/EG van de Raad van 3 maart 1997 (PB L 73, p. 5), en 2003/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 mei 2003 (PB L 156, p. 17).

33 HvJEU 14 maart 2013, C-420/11, ECLI:EU:C:2013:166, AB 2013/139 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven (*Jutta Leth/Oostenrijk*).

34 Aldus A.P.W. Duijkersloot, R.J.G.M. Widdershoven en J.H. Jans, in: S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, Inleiding tot het Europees bestuursrecht, 2017, p. 446. Volgens L. Di Bella, De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad, 2012, p. 156-157, kan het gezichtspunt ‘direct economisch gevolg’ ook in andere gevallen dienst doen ter afbakening van het beschermingsbereik.

35 Zie onder meer Asser/*Hartkamp & Sieburgh* 6-IV 2015/129. Zie ook de noot van J.B.M. Vranken bij HR 13 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8751, NJ 2008/576 onder nr. 7.

36 Zie G.H. Lankhorst, Relativiteit van de onrechtmatige daad, Deventer: Kluwer 1992.

37 K.J.O. Jansen, GS Onrechtmatige daad, art. 6:163 BW, aant. 1.1.2.; HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, NJ 2006/281, m.nt. J. Hijma (*Duwbak Linda*), rov. 3.4.1.; HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, NJ 2011/465, m.nt. T. Hartlief (*Hangmat*), rov. 4.3.1.

38 Conclusie sub 3.12-3.28 voor HR 22 december 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1095 (art. 81 RO).

39 HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6012, NJ 2006/281, m.nt. J. Hijma (*Duwbak Linda*).

belang had van een planvoorschrift dat strekte tot bescherming van de belangen van omwonenden en gebruikers van gebouwen en terreinen rond een aardgastransportleiding.⁴⁰

5 Onderdeel 1 (rechten aan particulieren toekennen)

5.1 De uitleg van de (herziene) EPB-richtlijn in rov. 27 t/m 29 wordt bestreden door de *subonderdelen 1.1 en 1.2* (de subonderdelen 1.3 en 1.4 klagen over een afzonderlijke overweging in rov. 30). Ik bespreek de klachten van deze subonderdelen na een weergave van de relevante delen van de (herziene) EPB-richtlijn en van de bestreden rechtsoverwegingen.

De EPB-richtlijn en de herziene EPB-richtlijn⁴¹

5.2.1 Richtlijn 2002/91/EG (de EPB-richtlijn) betreffende de energieprestatie van gebouwen is gebaseerd op art. 175 lid 1 Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap. Deze bepaling verwees naar de in art. 174 genoemde milieudoelstellingen. De art. 174 en 175 maakten deel uit van de milieutitel van dat verdrag.

5.2.2 De considerans van de EPB-richtlijn vermeldt onder meer:

“(1) In artikel 6 van het Verdrag is bepaald dat de *eisen inzake milieubescherming* moeten worden geïntegreerd in de omschrijving en uitvoering van het beleid en het optreden van de Gemeenschap.

(2) De *natuurlijke hulpbronnen* waarvan het behoudzame en rationele gebruik in artikel 174 van het Verdrag is vermeld, omvatten aardolieproducten, aardgas en vaste brandstoffen die essentiële energiebronnen, maar tevens de belangrijkste *emissiebronnen* van kooldioxide zijn

(3) *Verbetering van de energie-efficiëntie* vormt een belangrijk onderdeel van het beleid en de maatregelen die nodig zijn ter naleving van het Protocol van Kyoto, en moet deel uitmaken van elk geheel van maatregelen om aan verdere verbintenissen te voldoen.

(4) Het beheer van de vraag naar energie is voor de Gemeenschap een belangrijk instrument om invloed uit te oefenen op de wereld-energiemarkt en daarmee op de continuïteit van de energievoorziening op middellange en lange termijn.

(5) De Raad heeft in zijn conclusies van 30 mei 2000 en 5 december 2000 het actieplan voor energie-efficiëntie van de Commissie onderschreven en verzocht om specifieke maatregelen in de bouwsector.

(6) Meer dan 40% van het eindverbruik van energie in de Gemeenschap komt voor rekening van de woon- en tertiaire sector, die grotendeels uit gebouwen bestaat en die zich nog steeds uitbreidt, een tendens die ongetwijfeld tot een *hogere energieverbruik* en derhalve tot meer *uitstoot van kooldioxide* door deze sector zal leiden.

(7) Richtlijn 93/76/EEG van de Raad van 13 september 1993 tot beperking van kooldioxide-emissies door verbetering van de energie-efficiëntie (Save)(5), die vereist dat lidstaten programma's op het gebied van energie-efficiëntie in de bouwsector opstellen en ten uitvoer leggen alsmede daarover verslag uitbrengen, begint nu een aantal belangrijke positieve effecten te sorteren. *Er is echter een aanvullend wettelijk instrument nodig om concretere acties vast te stellen teneinde het aanzienlijke, nog niet gerealiseerde potentieel voor energiebesparingen te benutten en de grote verschillen tussen de resultaten van de lidstaten in deze sector te verminderen.*

(8) Richtlijn 89/106/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten inzake voor de bouw bestemde producten(6) schrijft voor dat bouwwerken en de temperatuurregelings- en ventilatie-installaties ervan zodanig moeten worden ontworpen en uitgevoerd dat een, gezien de plaatselijke klimatologische omstandigheden, *gering energieverbruik voldoende* is om het thermische comfort van de bewoners te verzekeren.

(...)

(10) De energieprestaties van gebouwen dienen te worden berekend volgens een methode, die op regionaal niveau mag worden gedifferentieerd, en die behalve thermische isolatie ook andere factoren in aanmerking neemt welke een steeds belangrijkere rol spelen, zoals installaties voor verwarming en airconditioning, de toepassing van hernieuwbare energiebronnen en het ontwerp van het gebouw. Een gemeenschappelijke benadering van dit proces, *uit te voeren door gekwalificeerd personeel en/of erkende deskundigen, wier onafhankelijkheid op basis van objectieve criteria wordt gegarandeerd*, zal bijdragen tot gelijke voorwaarden wat betreft de inspanningen die in de lidstaten worden gedaan om energie in de gebouwensector te besparen en *zal toekomstige eigenaars of gebruikers duidelijkheid verschaffen over de energieprestaties op de communautaire onroerendgoedmarkt.*

(...)

(12) Gebouwen zijn van invloed op het energieverbruik op lange termijn en nieuwe gebouwen zouden daarom moeten voldoen aan minimumeisen inzake energieprestaties die zijn aangepast aan het plaatselijke klimaat. (...)

(16) De *certificering* kan ondersteund worden door programma's ter vergemakkelijking van een gelijke toegang tot verbeterde energie-

40 HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ1598, NJ 2007/504 m.nt. M.R. Mok (Gemeente Barneveld/Gasunie).

41 Ik citeer hierna voornamelijk de overwegingen en artikelen waarnaar EnergyClaim c.s. (in subonderdeel 1.1 en de repliek) en de Staat (in zijn s.t.) in het bijzonder verwijzen. Daarbij is getracht de door partijen (door cursivering of anderszins) op delen van de tekst gelegde nadruk weer te geven.

prestaties, gebaseerd worden op overeenkomsten tussen organisaties van belanghebbenden en een door de lidstaat aangewezen instantie, of *uitgevoerd worden door energieservicefirma's die bereid zijn zich ertoe te verbinden de vastgestelde investeringen te doen*. De controle en follow-up van de regelingen dient te worden uitgevoerd door de lidstaten. Deze moeten tevens de toepassing van stimuleringsmaatregelen vergemakkelijken. Het certificaat zou zoveel mogelijk de bestaande energieprestatiesituatie van het gebouw moeten beschrijven en kan dienovereenkomstig herzien worden. (...)"

5.2.3 De EPB-richtlijn bepaalt onder meer:

"Artikel 1 Doel

Doel van deze richtlijn is het stimuleren van verbeterde energieprestatie van gebouwen in de Gemeenschap – rekening houdend met zowel de klimatologische en plaatselijke omstandigheden buiten het gebouw als met de eisen voor het binnenklimaat –, en de kosteneffectiviteit. Deze richtlijn voorziet in eisen met betrekking tot:

- het algemeen kader voor een methode voor de berekening van de geïntegreerde energieprestatie van gebouwen,
- de toepassing van minimumeisen voor de energieprestatie van nieuwe gebouwen,
- de toepassing van minimumeisen voor de energieprestatie van bestaande grote gebouwen die een ingrijpende renovatie ondergaan,
- de *energiecertificering van gebouwen*, en
- de regelmatige keuring van c.v.-ketels en airconditioningsystemen in gebouwen en een eenmalige totale keuring van verwarmingsinstallaties waarvan de ketel ouder is dan 15 jaar.

Artikel 2 Definities

In deze richtlijn zijn de volgende definities van toepassing:

(...)

- energieprestatiecertificaat van een gebouw: een door een lidstaat, of door een door deze lidstaat aangewezen rechtspersoon erkend certificaat waarin het resultaat is vermeld van de berekening van de energieprestatie van een gebouw volgens een methode die is gebaseerd op het algemeen kader in de bijlage;

Artikel 7 Energieprestatiecertificaat

- De lidstaten zorgen ervoor dat bij de bouw, verkoop of verhuur van een gebouw *aan de eigenaar, of door de eigenaar aan de toekomstige koper of huurder*, naar gelang van het geval, een energieprestatiecertificaat wordt verstrekt. Het certificaat is niet langer dan tien jaar geldig. (...)

- Het energieprestatiecertificaat voor gebouwen bevat referentiewaarden, zoals geldende wettelijke normen en benchmarks, waarmee de *consumenten* de energieprestatie van gebouwen kunnen vergelijken en beoordelen. Het certificaat gaat vergezeld van aanbevelingen voor

de kosteneffectieve verbetering van de energieprestatie. (...)

Artikel 10 Onafhankelijke deskundigen

De lidstaten zorgen ervoor dat de certificering van gebouwen en de daarbij behorende aanbevelingen (...) *op onafhankelijke wijze worden uitgevoerd door gekwalificeerde en/of erkende deskundigen* die hetzij zelfstandig hetzij in dienst van een openbaar of particulier orgaan optreden.

Artikel 15 Omzetting

(...)

- Bij gebrek aan gekwalificeerde en/of erkende deskundigen beschikken de lidstaten over een extra termijn van drie jaar voor de integrale toepassing van de artikelen 7, 8 en 9 van deze richtlijn. (...)"

5.3.1 Richtlijn 2010/31/EU (de herziene EPB-richtlijn) is blijkens de tekst ervan met name gebaseerd op art. 194 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.⁴² Dit artikel vormt titel XXI (energie) in het VWEU (het milieu is onderwerp van titel XX). Uit art. 194 lid 1 volgt overigens dat het beleid van de Unie op het gebied van energie rekening houdt met de noodzaak om het milieu in stand te houden en te verbeteren. Een doelstelling van het energiebeleid is het stimuleren van energie-efficiëntie en energiebesparing (art. 194 lid 1 onder c VWEU). Voorts blijkt uit considerans 34 van de herziene richtlijn dat de verplichting tot omzetting ervan in nationaal recht dient te worden beperkt tot die bepalingen die ten opzichte van Richtlijn 2002/91/EG materieel zijn gewijzigd en dat de verplichting tot omzetting van de ongewijzigde bepalingen vloeit voort uit die richtlijn. In zoverre berust de richtlijn nog mede op de Verdragsbepalingen over het milieu.

5.3.2 De considerans van de herziene EPB-richtlijn vermeldt onder meer:

"(2) Een doelmatig, behoeftzaam, rationeel en duurzaam energiegebruik geldt onder meer voor aardolieproducten, aardgas en vaste brandstoffen die essentiële energiebronnen, maar tevens de belangrijkste emissiebronnen van koolstofdioxide zijn.

(3) 40% van het totale energieverbruik in de Unie komt voor rekening van gebouwen. De sector breidt zich uit, waardoor haar energieverbruik vanzelfsprekend toeneemt. Daarom zijn een vermindering van het energieverbruik en het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen in de bouwsector belangrijke maatregelen die nodig zijn om de energieafhankelijkheid en de broeikasgasemissies van de Unie te doen dalen. *Samen met een groter gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen zullen maatregelen ter vermindering van het energieverbruik in de Unie de Unie in staat stellen om te voldoen aan het*

⁴² Zie Staat s.t. nrs. 4.1.1-4.1.2 en 4.2.1-4.2.2. De s.t. nrs. 7.2.4 en 7.2.13 verwijzen voorts naar art. 192 VWEU, dat wel in de milieutitel staat en de opvolger van art. 175 VEG is.

Protocol van Kyoto bij het Raamverdrag van de Verenigde Naties inzake klimaatverandering (UNFCCC), alsmede om zowel haar toezegging om de aardopwarming op lange termijn onder de 2°C te houden, na te komen als haar toezegging om de totale broeikasgasemissies in 2020 ten opzichte van 1990 te verlagen met ten minste 20%, en met 30% in geval een internationale overeenkomst tot stand komt. Een vermindering van het energieverbruik en een groter gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen spelen ook een belangrijke rol bij het versterken van de energievoorzieningszekerheid, het bevorderen van technologische ontwikkelingen en het scheppen van werkgelegenheid en kansen voor regionale ontwikkeling, met name in plattelandsgebieden.

(...)

(7) Het is nodig om concretere acties vast te stellen teneinde het aanzienlijke, nog niet gerealiseerde potentieel voor *energiebesparingen in gebouwen* te benutten en de grote verschillen tussen de resultaten van de lidstaten in deze sector te verminderen.

(...)

(15) Gebouwen zijn van invloed op *het energieverbruik op lange termijn*. (...)

(17) Er zijn maatregelen nodig om ervoor te zorgen dat een groter aantal gebouwen niet alleen voldoet aan de huidige minimumeisen inzake energieprestatie, maar ook *energie-efficiënter* is en zodoende zowel *het energieverbruik als de kooldioxide-uitstoot omlaag brengt*. Daartoe dienen de lidstaten nationale plannen op te stellen, om te zorgen voor een toename van het aantal bijna-energie neutrale gebouwen ende Commissie regelmatig verslag uit te brengen over die plannen.

(...)

(19) Er dient gebruik te worden gemaakt van uniale financiële instrumenten om de doelstellingen van deze richtlijn in de praktijk te brengen, maar die instrumenten mogen niet in de plaats van nationale maatregelen komen. Zij dienen met name te worden gebruikt voor het verschaffen van passende, innoverende financieringsmiddelen om investeringen in energie-efficiëntiemaatregelen te stimuleren. Zij kunnen een belangrijke rol spelen bij de ontwikkeling van nationale, regionale en plaatselijke energie-efficiëntiefondsen, -instrumenten of -mechanismen die dergelijke financieringsmogelijkheden verschaffen aan particuliere eigenaren, aan het midden- en kleinbedrijf, en aan energie-efficiëntiedienstverleners.

(...)

(22) De toekomstige koper of huurder van een gebouw of gebouwunit dient via het energieprestatiecertificaat correcte informatie te krijgen over de energieprestatie van het gebouw, alsmede praktisch advies over hoe die kunnen worden verbeterd

(24) Gebouwen die door de overheid worden gebruikt en gebouwen die veelvuldig door het publiek worden bezocht, dienen een voorbeeldfunctie te vervullen door te tonen dat er met zorg voor het milieu en energiegebruik rekening wordt gehouden en daarom dient voor die gebouwen regelmatig energiecertificering plaats te vinden. De verspreiding van informatie over die energieprestatie onder het publiek kan worden verbeterd door die energieprestatiecertificaten op een opvallende plaats aan te brengen, met name in gebouwen van een zekere omvang waarin overheidsinstanties zijn gehuisvest of die veelvuldig door het publiek worden bezocht, zoals winkels, winkelcentra, supermarkten, restaurants, schouwburgen, banken en hotels.

(...)

(27) Een gemeenschappelijke benadering van de energieprestatiecertificering van gebouwen en van de controle van verwarmings- en airconditioningsystemen, *uitgevoerd door gekwalificeerde en/of erkende deskundigen, wier onafhankelijkheid op basis van objectieve criteria wordt gegarandeerd*, zal bijdragen tot gelijke voorwaarden wat betreft de inspanningen die in de lidstaten worden gedaan om energie in de bouwsector te besparen en zal toekomstige eigenaars of gebruikers duidelijkheid verschaffen over energieprestatie op de uniale vastgoedmarkt. Om de kwaliteit van de energieprestatiecertificaten en van de controle van verwarmings- en airconditioningsystemen in de gehele Unie te garanderen, dient in iedere lidstaat een onafhankelijk controlemechanisme te worden opgezet.

(29) Installateurs en aannemers zijn van cruciaal belang voor de succesvolle uitvoering van deze richtlijn. Daarom dient een adequaat aantal installateurs en aannemers door middel van opleiding en andere maatregelen een passend competentieniveau te hebben voor het installeren en integreren van de vereiste technologie inzake energie-efficiëntie en hernieuwbare energie.

(30) De lidstaten dienen met betrekking tot de wederzijdse erkenning van de in deze richtlijn bedoelde professionele deskundigen rekening te houden met Richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties (13), en de Commissie dient in het kader van het programma Intelligentie voor Europa voort te werken aan richtsnoeren en aanbevelingen voor normen voor de opleiding van dergelijke professionele deskundigen."

5.3.3 De herziene EPB-richtlijn bepaalt onder meer:

"Artikel 1 Onderwerp

1. Deze richtlijn stimuleert de verbetering van de energieprestatie van gebouwen in de

Unie, met inachtneming van zowel de klimatologische en plaatselijke omstandigheden buiten het gebouw als van de eisen voor het binnenklimaat en kostenefficiëntie.

2. Deze richtlijn voorziet in voorschriften met betrekking tot:

- a) het algemeen, gemeenschappelijk kader voor een methode voor de berekening van de geïntegreerde energieprestatie van gebouwen en gebouwunits;
- b) de toepassing van minimumeisen op de energieprestatie van nieuwe gebouwen en nieuwe gebouwunits;
- c) de toepassing van minimumeisen op de energieprestatie van:
 - i) bestaande gebouwen, gebouwunits en onderdelen van gebouwen die een ingrijpende renovatie ondergaan;
 - ii) tot de bouwschil behorende onderdelen van gebouwen die, na te zijn vernieuwd of vervangen, een significant effect op de energieprestatie van de bouwschil hebben; en
 - iii) technische bouwsystemen wanneer ze worden geïnstalleerd, vervangen of verbeterd;
- d) nationale plannen om te zorgen voor een toename van het aantal bijna-energie neutrale gebouwen;
- e) *de energiecificering van gebouwen of gebouwunits*;
- f) de regelmatige keuring van verwarmings- en airconditioningsystemen in gebouwen; en
- g) onafhankelijke systemen voor de controle van energieprestatiecertificaten en inspectieverslagen.

(...).

Artikel 2 Definities

Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder: (...)

12. 'energieprestatiecertificaat': een door een lidstaat, of door een door deze lidstaat aangewezen rechtspersoon erkend certificaat waarin het resultaat van de berekening van de energieprestatie van een gebouw of gebouwunit is opgenomen, welke is berekend volgens een overeenkomstig artikel 3 goedgekeurde methodologie;

Artikel 10 Financiële stimulansen en marktbelemmeringen

1. Gezien het belang van het verschaffen van passende financierings- en andere instrumenten om de energieprestatie van gebouwen en de overgang naar bijna-energie neutrale gebouwen te stimuleren, ondernemen de lidstaten passende stappen om zich te beraden op de instrumenten die, in het licht van de nationale omstandigheden, het meest geschikt zijn.

2. De lidstaten stellen uiterlijk op 30 juni 2011 een lijst op van bestaande en, in voorkomend geval, voorgestelde maatregelen en instrumenten, met inbegrip van die van financiële aard, die niet uit hoofde van deze richtlijn zijn

vereist, welke de doelstellingen van deze richtlijn bevorderen. (...)

Artikel 11 Energieprestatiecertificaten

1. De lidstaten nemen de nodige maatregelen om een systeem van energieprestatiecertificaten voor gebouwen op te zetten. Het energieprestatiecertificaat bevat naast de energieprestatie van een gebouw ook referentiewaarden, zoals minimumeisen inzake energieprestatie, zodat de *eigenaars of huurders* van het gebouw of van een gebouwunit de energieprestatie ervan kunnen vergelijken en beoordelen. (...)

2. Het energieprestatiecertificaat bevat aanbevelingen voor de kostenoptimale of kostenefficiënte verbetering van de energieprestatie van een gebouw of een gebouwunit, tenzij er voor een dergelijke verbetering geen redelijk potentieel is ten opzichte van de geldende energieprestatie-eisen. (...)

Artikel 12 De afgifte van energieprestatiecertificaten

1. De lidstaten zorgen ervoor dat een energieprestatiecertificaat wordt afgegeven voor:

- a) gebouwen of gebouwunits die worden gebouwd, verkocht of aan een nieuwe huurder verhuurd; en
- b) gebouwen waar een totale bruikbare vloeroppervlakte van meer dan 500 m² door een overheidsinstantie wordt bezet en die veelvuldig door het publiek wordt bezocht. (...)

2. De lidstaten eisen dat bij de bouw, verkoop of verhuur van een gebouw of gebouwunit het energieprestatiecertificaat of een kopie daarvan aan de toekomstige nieuwe huurder of koper wordt getoond en aan de koper of nieuwe huurder wordt overhandigd.

3. Wanneer een gebouw vóór de bouw ervan wordt verkocht of verhuurd, kunnen de lidstaten de verkoper ertoe verplichten, in afwijking van de leden 1 en 2, een beoordeling van de toekomstige energieprestatie van dat gebouw te verstrekken; in dat geval wordt het energieprestatiecertificaat uiterlijk na voltooiing van de bouw van het gebouw afgegeven.

4. De lidstaten eisen dat, wanneer:

- gebouwen met een energieprestatiecertificaat;
- gebouwunits in een gebouw met een energieprestatiecertificaat; en
- gebouwunits met een energieprestatiecertificaat

te koop of te huur worden aangeboden, de energieprestatie-indicator van het energieprestatiecertificaat van het gebouw of de gebouwunit, al naargelang het geval, in de advertenties in commerciële media wordt vermeld. (...)

Artikel 17 Onafhankelijke deskundigen

De lidstaten zorgen ervoor dat de energieprestatiecertificering van gebouwen en de keuring van verwarmings- en airconditioningsystemen *op onafhankelijke wijze worden uitgevoerd door ge-*

kwalficeerde en/of erkende deskundigen die het-zij zelfstandig hetzij in dienst van een openbaar orgaan of particuliere onderneming optreden. De deskundigen worden geaccrediteerd naargelang hun competenties.

De lidstaten stellen informatie over opleiding en accrediteringen beschikbaar voor het publiek. De lidstaten zien erop toe dat regelmatig bijgewerkte lijsten van gekwalificeerde en/of geaccrediteerde deskundigen, dan wel regelmatig bijgewerkte lijsten van geaccrediteerde bedrijven die de diensten van dergelijke deskundigen aanbieden, voor het publiek beschikbaar worden gesteld.”

Subonderdelen 1.1 en 1.2

5.4 De klachten zijn gericht tegen de rov. 27-29:

“27. Het hof neemt bij zijn beoordeling tot uitgangspunt dat de EPB-richtlijnen in de eerste plaats de bescherming van milieubelangen tot doel hebben. Dat volgt uit het feit dat de EPB-richtlijnen zijn gebaseerd op de milieutitel van het VWEU. Het blijkt ook uit de considerans van de richtlijnen, waarin wordt gewezen op de noodzaak van een doelmatig, behoedzaam, rationeel en duurzaam energiegebruik, en uit de maatregelen die in de richtlijnen worden voorzien. Die maatregelen strekken ertoe het energieverbruik terug te dringen door de energieprestaties van gebouwen te verbeteren. Daarnaast dienen de EPB-richtlijnen de belangen van eigenaars en gebruikers van gebouwen, die baat hebben bij duidelijkheid over de energieprestaties van de gebouwen. Aan de grondslag, considerans en inhoud van de EPB-richtlijnen zijn geen aanwijzingen te ontlezen dat deze richtlijnen ook bedoeld zijn om de belangen te dienen van de bedrijven waarvoor EnergyClaim c.s. opkomt. Weliswaar wordt in de richtlijnen een rol voorzien voor onafhankelijke, erkende deskundigen, die de energieprestaties van gebouwen moeten certificeren. Daarbij gaat het echter om een neveneffect van de richtlijnen: certificeringsdeskundigen zijn nodig om de richtlijnen uit te voeren en kunnen daardoor omzet genereren. Uit niets blijkt dat de richtlijnen (mede) in het leven zijn geroepen om hen in staat te stellen die omzet te genereren.

28. EnergyClaim c.s. heeft betoogd dat de ruime toepassing van het relativiteitsvereiste in de arresten van het HvJ EU in *Danske Slagterier* (ECLI:EU:C:2009:178) en *Jutta Leth* (ECLI:EU:C:2013:166) meebrengt dat ook de gestelde omzetsderving van de EPA adviseurs binnen de beschermingsdoelstelling van de EPB-richtlijnen valt. In dat verband heeft EnergyClaim c.s. aangevoerd dat de schade geleden door de EPA adviseurs een ‘rechtstreeks economisch gevolg’ is van de niet tijdige en onjuiste toepassing van de richtlijnen.

29. Het hof volgt EnergyClaim c.s. niet in dit betoog. Zowel in het arrest *Danske Slagterier* als in het arrest *Jutta Leth* was er een zodanige nauwe samenhang tussen de doelstelling van de geschonden norm (bevordering van de intracommunautaire handel in vers vlees, respectievelijk bescherming van het milieu en de kwaliteit van het bestaan), enerzijds, en de belangen van eisers (invoer van vers vlees, respectievelijk behoud van de waarde van een woning), anderzijds, dat de beschermingsdoelstelling van de norm zich mede tot die belangen kon uitstrekken. In het onderhavige geval ontbreekt die nauwe samenhang. Weliswaar kan de niet tijdige of onjuiste invoering van de EPB-richtlijnen leiden tot een omzetsderving van EPA-adviseurs, maar er is geen nauwe samenhang tussen de belangen van deze bedrijven en de doelstelling van de EPB-richtlijnen om het energieverbruik terug te dringen door de energieprestatie van gebouwen te verbeteren. Het gaat hier veeleer om indirecte economische gevolgen, die op één lijn kunnen worden gesteld met de concurrentienadelen genoemd door het HvJ EU in het arrest *Jutta Leth*.”

5.5.1 Het oordeel in rov. 27, dat de beschermingsdoelstelling van de EPB-richtlijnen zich niet uitstrekt tot de belangen van de EPA-adviseurs en dat de rol van de EPA-adviseur slechts een neveneffect van de richtlijnen is, getuigt volgens de kernklacht van *subonderdeel 1.1* van een onjuiste rechtsopvatting. Uit de ontstaansgeschiedenis en de bepalingen van de EPB-richtlijnen (zoals nader genoemd in het subonderdeel) moet worden afgeleid dat deze richtlijnen mede tot doel hebben een markt voor gekwalificeerde, onafhankelijke energiebesparingsexperts te creëren en stimuleren, zodat het beschermingsbereik van de richtlijn zich tevens uitstrekt tot de belangen van deze deskundigen, zoals de participanten van EnergyClaim.

5.5.2 Volgens *subonderdeel 1.2* is onjuist het oordeel in rov. 29⁴³ dat de schade van EnergyClaim c.s. niet als een rechtstreeks gevolg van de niet tijdige en onjuiste toepassing van de richtlijnen kan gelden, nu er geen nauwe samenhang is tussen de belangen van EnergyClaim c.s. en de doelstelling van de EPB-richtlijnen. Het subonderdeel beroept zich daarbij op de arresten *Danske Slagterier* en *Jutta Leth* van het HvJEU. Voorts is het oordeel dat er geen nauwe samenhang is tussen de belangen van EnergyClaim c.s. en de doelstelling van de EPB-richtlijnen onbegrijpelijk, aldus subonderdeel 1.2.

5.6 In de kern bepleiten deze subonderdelen dat het economische belang van de EPA-adviseurs om ‘omzet te genereren’ (rov. 27) ook een *doel* is van de EPB-richtlijnen (subonderdeel 1.1) of althans, indien dat geen doel is, een *belang* dat mede wordt beschermd door de doelen van deze richtlijnen (subonderdelen 1.1 (slot) en 1.2). Aldus zouden de

⁴³ Subonderdeel 1.2 noemt ook rov. 28, maar daarin geeft het hof slechts de stellingen van EnergyClaim c.s. weer. Het middel klaagt niet over die weergave.

EPA-adviseurs direct of indirect door de EPB-richtlijnen worden beschermd.

Het hof daarentegen spreekt in dit verband van 'neveneffecten': certificeringsdeskundigen zijn nodig om de richtlijnen uit te voeren en kunnen daardoor omzet genereren (rov. 27). Zo bezien is de inschakeling van EPA-adviseurs in de optiek van het hof een *middel* om de doelstellingen van de richtlijnen te bereiken. Weliswaar kan te late of onjuiste invoering van de richtlijnen leiden tot omzetzendering van de EPA-adviseurs, maar dat is niet een 'rechtstreeks economisch gevolg' als bedoeld in het arrest *Jutta Leth* (rov. 29).

5.7 De subonderdelen vereisen een onderzoek naar de EPB-richtlijnen.

5.8 De EPB-richtlijnen berusten op verdragsbepalingen omtrent het milieu en energie. Daarbij aansluitend omschrijven de richtlijnen als doel het stimuleren van verbeterde energieprestatie van gebouwen (art. 1, eerste alinea, EPB-richtlijn) respectievelijk de verbetering van de energieprestatie van gebouwen (art. 1 lid 1 herziene EPB-richtlijn). In de considerans van de richtlijnen wordt dan ook gewezen op, kort gezegd, verbetering van de energie-efficiëntie van gebouwen respectievelijk reductie van het energiegebruik en de uitstoot van kooldioxide (considerans 1-8 van de EPB-richtlijn; considerans 2, 3, 7, 15, 17 van de herziene EPB-richtlijn).⁴⁴

5.9 Om dit doel te bereiken voorzien de EPB-richtlijnen in een aantal maatregelen. Daaronder valt met name een kader om de energieprestatie van gebouwen te bepalen en het stellen van eisen aan die energieprestatie (art. 1, tweede alinea, onder a-c EPB-richtlijn; art. 1 lid 2 onder a-d herziene EPB-richtlijn). Tot die maatregelen behoren ook de energiecificering van gebouwen; (art. 1, tweede alinea, onder d EPB-richtlijn; art. 1 lid 2 onder e herziene EPB-richtlijn).

5.10 In de energieprestatiecertificaten wordt de energieprestatie van een gebouw vermeld (art. 2 lid 3 EPB-richtlijn; art. 2 lid 12 herziene EPB-richtlijn). Het certificaat wordt verstrekt aan de eigenaar (koper) of huurder van een gebouw (art. 7 lid 1 EPB-richtlijn; art. 11 lid 1 en art. 12 herziene EPB-richtlijn). Het stelt deze personen in staat de energieprestatie van gebouwen te vergelijken en te beoordelen (art. 7 lid 2 EPB-richtlijn (dat hier spreekt van 'consumenten'); art. 11 lid 1 herziene EPB-richtlijn). Dit zal toekomstige eigenaars of ge-

bruikers duidelijkheid verschaffen over de energieprestaties op de communautaire/uniale onroerend-goedmarkt (considerans 10 EPB-richtlijn; considerans 22 en 27 herziene EPB-richtlijn).

5.11 De energieprestatiecertificaten moeten (op onafhankelijke wijze) worden opgesteld door gekwalificeerde en/of erkende deskundigen die hetzij zelfstandig hetzij in dienst van een openbaar of particulier orgaan optreden (art. 10 EPB-richtlijn; art. 17 herziene EPB-richtlijn).

Hieruit kan worden afgeleid, zo meen ik, dat deze deskundigen nodig zijn om de energieprestatiecertificaten op stellen en daarmee de doelstelling van de EPB-richtlijnen te bereiken. Dit blijkt ook uit de uitgestelde omzettingstermijn in art. 15 EPB-richtlijn en uit de verplichting van de lidstaat om aan het publiek lijsten van erkende deskundigen ter beschikking te stellen (art. 17 herziene EPB-richtlijn). Dit blijkt voorts uit de overweging dat de berekening van de energieprestaties door deskundigen 'zal bijdragen tot gelijke voorwaarden wat betreft de inspanningen die in de lidstaten worden gedaan om energie in de gebouwensector te besparen en (...) toekomstige eigenaars of gebruikers duidelijkheid [zal] verschaffen over de energieprestaties op de communautaire onroerendgoedmarkt.' (considerans 10 van de EPB-richtlijn en in nagenoeg identieke bewoordingen considerans 27 van de herziene EPB-richtlijn). Dit blijkt voorts ook uit het verband dat wordt gelegd tussen de zorg voor het milieu en energiegebruik enerzijds en regelmatige energiecificering anderzijds in considerans 24 van de herziene EPB-richtlijn.

5.12 In het Advies van het Economisch en Sociaal Comité over het Voorstel voor de EPB-richtlijn wordt onder meer opgemerkt:⁴⁵

"1.8 De certificering van gebouwen en de keuring van verwarmings- en airconditioningsystemen worden uitgevoerd door gekwalificeerd en onafhankelijk personeel. (...)

4.6.9 Het Comité constateert dat in paragraaf 9 van de ontwerp-richtlijn van de Commissie wordt bepaald dat de certificering van (het afgeven van een keurmerk voor) gebouwen en de keuring van verwarmings- en airconditioningsystemen moeten worden uitgevoerd door gekwalificeerd en onafhankelijk personeel. Het ESC is van opvatting dat het met deze taken te belasten personeel niet noodzakelijkerwijs onafhankelijk moet zijn, maar officieel moet worden erkend na gebleken vakbekwaamheid. Deze vakbekwaamheid kan worden verkregen door gerichte scholing."

5.13 Uit het voorgaande volgt naar mijn mening, anders dan *subonderdeel 1.1* aanvoert, dat de EPB-richtlijnen niet mede tot doel hebben om een markt voor gekwalificeerde, onafhankelijke adviseurs te creëren en te stimuleren. De grondslagen van beide richtlijnen in de Verdragen, de bewoor-

⁴⁴ Zo ook de Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement tijdens de totstandkoming van de EPB-richtlijn (waarnaar subonderdeel 1.1 in voetnoot 12 verwijst), SEC(2002)/0661 def. – COD/2001/0098 onder 2 (Doel van het commissievoorstel): "2. Het initiatief van de Commissie beantwoordt aan de door het Europees Parlement en de Raad te kennen gegeven behoeften aan maatregelen ten gunste van verbeterde energie-efficiëntie in gebouwen, met het oog op het realiseren van het grote energiebesparingspotentieel dat in deze sector bestaat. Het realiseren van dit potentieel zou een belangrijke bijdrage moeten leveren aan het verbeteren van de voorzieningszekerheid in de EU en het nakomen van de Kyoto-verbinden van de EU." (noot in citaat weggelaten; A-G).

⁴⁵ 2002/C 36/04. Zie subonderdeel 1.1 in voetnoot 14 en inleidende dagvaarding nr. 164.

dingen van de richtlijnen en daarin tot uitdrukking gebrachte doelstelling geven geen grond voor de veronderstelling dat deze richtlijnen tot doel hebben deze markt in het leven te roepen.

5.14.1 Hieraan doet niet af dat de adviseurs nodig zijn voor de certificering.

5.14.2 Anders dan het subonderdeel aanvoert, houdt art. 10 EPB-richtlijn respectievelijk art. 17 herziene EPB-richtlijn niet in dat deze markt in het leven wordt geroepen. Volgens deze bepalingen kunnen de deskundigen immers 'hetzij zelfstandig hetzij in dienst van een openbaar orgaan of particuliere onderneming optreden'.

De 'onafhankelijkheid' van de deskundigen – waarop EnergyClaim c.s. zich mede in verband met het onder 5.12 bedoelde ECOSOC advies hebben beroepen – betekent niet dat de deskundigen in de particuliere sector werkzaam zouden moeten zijn. De richtlijnen verplichten de lidstaten daarom niet om een 'markt' voor deskundigen in het leven te roepen. Ik ga er daarbij vanuit dat EnergyClaim c.s. het oog hebben op de particuliere markt (vgl. dagvaarding nr. 164-165). Een markt die overheids-personeel omvat is weliswaar ook denkbaar, maar dan gaat het om de arbeidsmarkt, althans niet meer om typisch het belang van de ondernemingen waarvoor EnergyClaim c.s. opkomen om omzet te kunnen genereren.

5.14.3 In het licht van wat zojuist werd opgemerkt, lees ik de passage in considerans 16 van de EPB-richtlijn: 'De certificering kan ondersteund worden door (...) energieservicefirma's die bereid zijn zich ertoe te verbinden de vastgestelde investeringen te doen'. Dit is een van de manieren waarop 'de certificering ondersteund kan worden', maar niet de enige, zodat niet gezegd kan worden dat de richtlijn de lidstaat noopt tot het stimuleren van een markt voor deskundigen.

5.14.4 Inderdaad bood art. 15 EPB-richtlijn alleen uitstel van de omzettingstermijn wanneer er onvoldoende deskundigen zouden zijn. Dit laat zich echter verklaren uit het gegeven dat, voor zover dat op nationaal niveau nog niet was gebeurd, voldoende deskundigen opgeleid zouden moeten worden. Daarmee is niet gezegd dat zij in de particuliere sector werkzaam zouden moeten zijn.

5.15.1 Aan de bij 5.13 bereikte conclusie doet evenmin af, dat de EPB-richtlijnen incidenteel verwijzen naar economische belangen, zoals het belang van werkgelegenheid of de interne markt.

5.15.2 Volgens subonderdeel 1.1 (en de repliek nr. 4) worden met de belangrijkste doelstelling van de EPB-richtlijnen, namelijk het stimuleren van een verbeterde energieprestatie van gebouwen, niet alleen milieubelangen gediend maar ook economische belangen.

Hoewel voor de hand ligt dat een verbeterde energieprestatie ook een economisch belang heeft door verminderde energiekosten, blijkt niet dat dit een doelstelling van de EPB-richtlijnen is.⁴⁶ De con-

siderans van de (herziene) EPB-richtlijn wijst op het milieueffect van een verbeterde energieprestatie (considerans 3 en 6 van de EPB-richtlijn; considerans 2, 3, en 17 van de herziene EPB-richtlijn) en niet op de kostenbesparing die daaruit voortvloeit voor de gebruiker van het gebouw.

5.15.3 De interne markt wordt wel genoemd in relatie tot de energieprestatiecertificaten, omdat deze certificaten toekomstige eigenaars of gebruikers van gebouwen duidelijkheid verschaffen over de energieprestaties op de communautaire onroerendgoedmarkt (considerans 10 van de EPB-richtlijn en in nagenoeg identieke bewoordingen considerans 27 van de herziene EPB-richtlijn). Het gaat hier echter niet om het 'omzetbelang' van ondernemingen die deze certificaten opstellen (vgl. echter de repliek nr. 7).⁴⁷

5.15.4 Considerans 2 (slot) van de herziene EPB-richtlijn vermeldt dat een vermindering van het energieverbruik en een groter gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen ook een belangrijke rol spelen bij het versterken van de energievoorzieningszekerheid, het bevorderen van technologische ontwikkelingen en het scheppen van werkgelegenheid en kansen voor regionale ontwikkeling, met name in plattelandsgedebieden. De verwijzing naar 'het scheppen van werkgelegenheid' (waarop wordt gewezen in de repliek nr. 6) dient hier kennelijk in algemene zin te worden opgevat en niet specifiek op de (omzet en) werkgelegenheid bij de EPA-adviseurs.⁴⁸

5.15.5 Considerans 19 van de herziene EPB-richtlijn spreekt van 'financieringsmogelijkheden verschaffen aan particuliere eigenaren, aan het midden- en kleinbedrijf, en aan energie-efficiëntiedienstenbedrijven'. Hieruit blijkt naar mijn mening, anders dan de repliek nr. 6 aanvoert, niet van een economische doelstelling van deze richtlijn.

Considerans 18 vermeldt dat uniale financiële instrumenten en andere maatregelen worden inge-

47 In haar voorstel voor de EPB-richtlijn legt de Commissie een verband met het doen van investeringen in de energie-efficiëntie van gebouwen en huizen (COM/2001/0226 def. – COD 2001/0098, onder 2): "Een van de belangrijkste redenen voor *marktonvolkomenheden wat betreft investeringen in energie-efficiëntie op de huurmarkt* is het feit dat de eigenaar en huurder van een gebouw, woning of kantoor verschillende belangen hebben. Aangezien de huurder doorgaans de energierekening betaalt, is het voor de eigenaar weinig aantrekkelijk om te investeren in energie-efficiëntie. De beste manier om zulke investeringen interessanter te maken is duidelijke en betrouwbare informatie te verstrekken aan toekomstige huurders. Duidelijke informatie zal namelijk van invloed zijn op de huur die kan worden gevraagd en daarom voor eigenaren een prikkel vormen om te investeren in de energie-efficiëntie van gebouwen en huizen." (cursivering toegevoegd).

48 Hetzelfde geldt met betrekking tot de passage in Advies van het Comité van de Regio's Comité over het Voorstel voor de EPB-richtlijn (COM-4/053): "6. legt de nadruk op de potentiële werkgelegenheid die de voorgestelde richtlijn met zich meebrengt;". Het middel verwijst hier niet naar, maar het vonnis van 14 mei 2014, rov. 4.6, reageert op de stelling dat mede hieruit zou blijken dat het creëren van werkgelegenheid een doelstelling van de richtlijn is (inleidende dagvaarding nr. 164).

46 Vgl. Staat s.t. nr. 7.2.7.

voerd of aangepast om maatregelen in verband met energie-efficiëntie te stimuleren. Hierop voortbouwend vermeldt considerans 19 dat gebruik dient te worden gemaakt van uniale financiële instrumenten om de doelstellingen van deze richtlijn in de praktijk te brengen 'met name (...) voor het verschaffen van (...) financieringsmiddelen om investeringen in energie-efficiëntiemaatregelen te stimuleren. Zij kunnen een belangrijke rol spelen bij de ontwikkeling van nationale, regionale en plaatselijke energie-efficiëntiefonds (...) die dergelijke financieringsmogelijkheden verschaffen aan particuliere eigenaren, aan het midden- en kleinbedrijf, en aan energie-efficiëntiedienstenbedrijven.' Hierop aansluitend verplicht art. 10 van de herziene EPB-richtlijn de lidstaten onder meer, kort gezegd, om zich te beraden op passende financiële stimulans die de energieprestatie van gebouwen stimuleren. Het verschaffen van financieringsmogelijkheden in considerans 19 verwijst dus naar flankerend beleid dat bijdraagt aan de bevordering van de doelstelling op het terrein van energie en milieu van de herziene EPB-richtlijn.

5.15.6 Ik wijs ten slotte nog op art. 5 van de herziene EPB-richtlijn. Volgens dit artikel stelt de Commissie een vergelijkend methodologisch kader vast voor de berekening van de kostenoptimale niveaus van de minimumeisen inzake energieprestatie voor gebouwen en onderdelen van gebouwen.⁴⁹ Bij het bepalen van de energieprestatieniveaus moet dus rekening worden gehouden met de verhouding tussen kosten en (milieu)opbrengsten. Het gaat ook hier echter niet om de economische belangen van de EPA-adviseurs.

5.16.1 Gezien het voorgaande, meen ik dat de kernklacht van subonderdeel 1.1 niet slaagt. Het hof heeft in rov. 27 terecht geoordeeld dat de EPB-richtlijnen niet mede tot doel hebben om de certificeringsdeskundigen in staat te stellen omzet te genereren.

5.16.2 Aan het slot van dit subonderdeel wordt betoogd dat de belangen van de deskundigen bij een correcte implementatie van de EPB-richtlijnen zo nauw verweven zijn met het hoofddoel daarvan (te weten: het stimuleren van een verbeterde energieprestatie van gebouwen) dat aangenomen moet worden dat die belangen mede door de richtlijnen worden beschermd. Deze materie wordt echter niet in rov. 27 behandeld (maar in rov. 28, waartegen subonderdeel 1.2 is gericht), zodat het subonderdeel in zoverre faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag.

5.16.3 *Subonderdeel 1.1* dient te falen.

5.17 Volgens de rechtsklacht van *subonderdeel 1.2* is onjuist het oordeel in rov. 29 dat er geen nau-

we samenhang is tussen de belangen van EnergyClaim c.s. en de doelstelling van de EPB-richtlijnen en miskent het hof dat het (soepel toe te passen) Unierechtelijke relativiteitsvereiste op grond van *Danske Slagterier* en *Jutta Leth* met zich brengt dat ook schade die wordt geleden door benadeelden wier belangen zo nauw samenhangen met de hoofddoelstelling van de geschonden Unierechtelijke norm dat zij daar ook rechten aan kunnen ontleenen, voor vergoeding in aanmerking komt.

Volgens de motiveringsklacht van het subonderdeel is het oordeel dat die nauwe samenhang ontbreekt onbegrijpelijk omdat, zoals blijkt uit subonderdeel 1.1, de belangen van de EPA-adviseurs ten nauwste zijn verweven met de doelstellingen van de EPB-richtlijnen.

5.18 Het hof heeft de betekenis van de arresten *Danske Slagterier* en *Jutta Leth* onderzocht. Subonderdeel 1.2 stelt de rechtsvraag aan de orde of het belang van de EPA-adviseurs om een bepaalde omzet te kunnen behalen zo nauw samenhangt met de doelstelling van de EPB-richtlijnen dat dit belang mede door die richtlijnen wordt beschermd. De motiveringsklacht behoeft daarbij geen afzonderlijke behandeling, omdat het hof in rov. 29 alleen een rechtsoordeel geeft.

5.19 Voor het antwoord op de zojuist bedoelde vraag is de zaak *Danske Slagterier* mijns inziens niet behulpzaam. In die zaak werd immers het beschermingsbereik van de toepasselijke richtlijn bepaald in samenhang met een Verdragsbepaling die rechten aan particulieren toekent (art. 28 VEG, thans art. 34 VWEU). In het licht van deze Verdragsbepaling — die, zoals de Staat (s.t. nr. 72.13) terecht opmerkt, onmiskenbaar ziet op economische belangen van marktdeelnemers — werd het in de richtlijn vervatte verbod aan de lidstaat om de invoer van vers vlees te verbieden op andere dan in de richtlijn genoemde gronden, gelezen als een bepaling die aan handelaren juist het recht toekende vlees te importeren indien die gronden zich niet voordeden. In het onderhavige geval bieden de grondslag waarop de EPB-richtlijnen berusten noch deze richtlijn zelf aanknopingspunten voor de gedachte dat zij mede de economische belangen van de EPA-adviseurs zouden dienen. EnergyClaim c.s. (replik nr. 12) verwijzen in dit verband naar hun opvatting dat de EPB-richtlijnen mede ertoe strekken om een markt voor energieprestatiecertificaten te creëren, maar die opvatting is n.m.m. niet juist (zie de bespreking van subonderdeel 1.1).

5.20.1 In de zaak *Jutta Leth* stelt het HvJ in rov. 34-36 (i) het doel van de richtlijn voorop (o.m. de milieueffecten van een project moeten worden beoordeeld teneinde rekening te houden met het streven via een beter milieu bij te dragen tot de kwaliteit van het bestaan); (ii) legt het een verband tussen de blootstelling aan lawaai en deze doelstelling (dat een door dit lawaai getroffen woning haar functie minder goed kan vervullen en dat het milieu van de mens, de kwaliteit van zijn bestaan en eventueel zijn gezondheid worden aangetast); (iii) verbindt

⁴⁹ Zie Gedelegeerde Verordening (EU) nr. 244/2012 van de Commissie van 16 januari 2012 tot aanvulling van Richtlijn 2010/31/EU van het Europees Parlement en de Raad betreffende de energieprestatie van gebouwen middels het vaststellen van een vergelijkend methodologisch kader voor het berekenen van kostenoptimale niveaus van minimumenergieprestatie-eisen voor gebouwen en onderdelen van gebouwen, *PbEU* 2012 L 81/18.

het aan dit verband de gevolgtrekking dat een vermindering van de waarde van het huis een rechtstreeks economisch gevolg van dergelijke milieueffecten kan zijn; en (iv) concludeert het dat de voorkoming van vermogensschade onder de beschermingsdoelstelling van richtlijn 85/337 valt voor zover deze schade het rechtstreekse economische gevolg van de milieueffecten van een openbaar of particulier project.

5.20.2 In de zaak *Jutta Leth* stond de geleden schade (de waardevermindering van het huis) in rechtstreeks verband met één van milieueffecten van het project waarop de MEB-richtlijn ziet (lawaaï) en daarmee in nauw verband met de doelstelling van die richtlijn. Het aangetaste economische belang van mevrouw Leth (waardevermindering door lawaaï) was een financiële verschijningsvorm van het door de richtlijn beschermde belang (lawaaï). Dit economische belang lag in het verlengde van de milieubelangen die deze richtlijn beoogt te beschermen, zodat de bescherming ervan nog voortvloeide uit de doelstelling van de richtlijn.

5.21 In de onderhavige zaak wordt betoogd (i) dat de EPB-richtlijnen mede ertoe strekken om een markt voor energieprestatiecertificaten te creëren en (ii) dat de EPA-adviseurs directe economische schade lijden door het niet tijdig of onjuist omzetten van de EPB-richtlijnen (vgl. repliek nr. 12). Het eerste punt kwam hiervoor al aan de orde.

5.22 Wat betreft het tweede punt, diene het volgende.

5.23 Ik stel voorop dat EPA-adviseurs evident een bijzondere rol spelen bij de uitvoering van de EPB-richtlijnen. Zoals eerder opgemerkt (zie bij 5.11) is voor het bereiken van de doelstelling van de EPB-richtlijnen onder meer van belang dat er voldoende (vgl. 15 lid 2 EPB-richtlijn) gekwalificeerde en onafhankelijke deskundigen zijn om de energieprestatiecertificaten op te stellen (vgl. considerans 10 en 16 en art. 1 onder d en 10 EPB-richtlijn; considerans 27 en art. 1 lid 2 onder e en 17 herziene EPB-richtlijn) en dat informatie over deze deskundigen voor het publiek beschikbaar is (art. 17 herziene EPB-richtlijn).

5.24.1 Er kan nog worden opgemerkt dat niet alleen de EPA-adviseurs nodig zijn voor de uitvoering van de richtlijnen. Volgens de overwegingen bij de herziene EPB-richtlijn hebben ook lagere overheden en installateurs en aannemers een rol:

“28. Aangezien de lokale en regionale overheden van cruciaal belang zijn voor een succesvolle uitvoering van deze richtlijn, dienen zij, in voorkomend geval en voor zover passend overeenkomstig de toepasselijke nationale wetgeving, te worden geraadpleegd over en betrokken bij planningkwesties, het ontwikkelen van programma's voor informatievoorziening, opleiding en bewustmaking, en de uitvoering van deze richtlijn op nationaal of regionaal niveau. (...).

29. Installateurs en aannemers zijn van cruciaal belang voor de succesvolle uitvoering van deze richtlijn. Daarom dient een adequaat aantal in-

stallateurs en aannemers door middel van opleiding en andere maatregelen een passend competentieniveau te hebben voor het installeren en integreren van de vereiste technologie inzake energie-efficiëntie en hernieuwbare energie.”

5.24.2 De rol van deze partijen, hoe belangrijk ook volgens de considerans, is echter van een andere orde dan de rol van de EPA-adviseurs. De EPA-adviseurs zijn immers nodig om de energieprestatiecertificaten op te stellen en daarmee de doelstelling van de EPB-richtlijnen te bereiken. Daarmee nemen de in art. 10 EPB-richtlijn resp. art. 17 herziene EPB-richtlijn bedoelde deskundigen een afzonderlijke positie in, die hen naar mijn mening onderscheidt van andere partijen (in andere zin het hof in rov. 30 en de Staat s.t. nr. 7.2.8).

5.25.1 Met het oog op de rol van de EPA-adviseurs is in de literatuur kritiek geuit op de overweging van het hof, dat de omzetting van de adviseurs veeleer indirecte economische gevolgen betreft die op één lijn kunnen worden gesteld met de in het arrest *Jutta Leth* bedoelde concurrentienadeln. Duijkersloot, Widdershoven en Jans schrijven:⁵⁰

“Naar onze opvatting is het oordeel van het hof verdedigbaar en wordt het ook duidelijk gemotiveerd. Tegelijkertijd hebben wij wel enige twijfel bij het op één lijn stellen van de omzetting van de certificeringsbedrijven met de concurrentienadeln in *Leth*, omdat — anders dan in *Leth* — die certificeringsdeskundigen uitdrukkelijk in de richtlijnen zijn voorzien en hun activiteiten toch bedoeld lijken te zijn om een bijdrage te leveren aan de door die richtlijnen beoogde energiebesparing.”

Meijer neemt een vergelijkbaar standpunt in:⁵¹

“De EPBD-richtlijnen schrijven voor dat de energieprestatiecertificering dient te gebeuren door onafhankelijke deskundigen (in Nederland: de EPA-adviseurs). Als deze EPA-adviseurs, die een cruciaal onderdeel vormen van de richtlijn en noodzakelijk zijn voor het kunnen verwezenlijken van de doelstellingen van de richtlijn, nu schade lijden door een onjuiste implementatie van de richtlijn, is dat dan inderdaad indirecte schade die gelijk kan worden gesteld aan concurrentienadeln die het HvJ EU als voorbeeld noemt in het arrest *Jutta Leth*? Ik ben daar nog niet zeker van. Juist omdat de energieprestatiecertificaatdeskundigen expliciet worden benoemd in de richtlijn en een onlosmakelijk on-

50 A.P.W. Duijkersloot, R.J.G.M. Widdershoven en J.H. Jans, in: S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, Inleiding tot het Europees bestuursrecht, 2017, p. 447.

51 R. Meijer, *MVJ* 2018, p. 128. Aan het citaat gaat vooraf de passage: “De vraag is dus of de schade zoals die is geleden door de EPA-adviseurs moet worden beschouwd als schade die het rechtstreekse economische gevolg is van de maatregelen die ertoe strekken het energieverbruik terug te dringen door de energieprestaties van gebouwen te verbeteren.” Ik betwijfel of het arrest *Jutta Leth* op deze wijze tot een algemene maatstaf kan worden verheven. Zo geformuleerd, gaat het m.i. veeleer om een causaliteitsvraag dan een vraag naar de beschermingsomvang van de geschonden norm.

derdeel vormen bij de uitvoering van de richtlijn zou een ander oordeel — namelijk dat de EPA-adviseurs wel onder het beschermingsbeleid vallen — niet ondenkbaar zijn. EnergyClaim is in cassatie gegaan van het arrest van het hof. Daar zal dit ongetwijfeld onderwerp van discussie zijn, waarbij waarschijnlijk ook de vraag zal rijzen in hoeverre de Hoge Raad dit kan afdoen zonder prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EU.”

5.25.2 Inderdaad zijn de certificeringsdeskundigen niet volledig op één lijn te stellen met ‘willekeurige derden’ die concurrentienadelen zouden kunnen ondervinden als gevolg van een gebrekkige omzetting of toepassing van een richtlijn. Volgens mij bedoelt het hof dit laatste in rov. 29 ook niet te zeggen. Het hof brengt tot uitdrukking dat naar zijn oordeel de positie van de EPA-adviseurs, bezien in het licht van het onderscheid dat wordt gemaakt in het arrest *Jutta Leth*, zich meer laat vergelijken met de positie van de partijen die concurrentienadelen (omzetschade) leiden, dan met de positie van degenen wiens economisch belang nog door de richtlijn wordt beschermd.

In de onderhavige zaak gaat het per saldo gaat echter niet om de gemaakte vergelijking met de in het arrest *Jutta Leth* bedoelde concurrentienadelen, maar om de betekenis van de rol van de certificeringsdeskundigenadviseurs (de EPA-adviseurs) in de EPB-richtlijnen.

5.26.1 De door het middel opgeworpen vraag is dan de volgende. Dient te worden geoordeeld naar analogie met de uitspraken in (*Danske Slagterier* en) *Jutta Leth* dat de rol van de certificeringsdeskundigenadviseurs (de EPA-adviseurs) in de EPB-richtlijnen meebrengt, dat er een dusdanige samenhang bestaat tussen hun economische belangen en de doelstelling van de EPB-richtlijnen, dat moet worden aangenomen dat deze richtlijnen mede die belangen dienen?

5.26.2 Men kan zeggen dat de economische belangen van de EPA-adviseurs nauw verwoven zijn met de wijze waarop de EPB-richtlijnen in het nationale recht worden omgezet en in de lidstaat verder worden uitgevoerd.

Men denke bijvoorbeeld aan de situatie dat de lidstaat kiest voor certificering door deskundigen die zelfstandig of in dienst van een particuliere onderneming optreden, maar nalaat het publiek te informeren over welke deskundigen de certificering mogen uitvoeren (zie art. 17 herziene EPB-richtlijn) of verzuimt om de beroepskwalificaties van een deskundige uit een andere lidstaat te erkennen (zie considerans 30 van de herziene EPB-richtlijn). Indien een en ander het opstellen van energieprestatiecertificaten zou belemmeren, zouden in een dergelijk geval niet alleen de doelstelling van de EPB-richtlijnen, maar ook de economische belangen van de deskundigen in het geding zijn.

5.26.3 Deze samenhang betekent echter slechts dat de economische belangen van de deskundigen

parallel kunnen lopen met de uitvoering van de EPB-richtlijnen.

5.26.4 Een dergelijke situatie impliceert echter niet dat de EPB-richtlijnen ook *beogen* de economische belangen van de EPA-adviseurs te beschermen of dat de bescherming van die belangen *voortvloeit uit of in het verlengde ligt* van de doelstelling van de EPB-richtlijnen. Het enkele *parallel* kunnen lopen van de omzetbelangen van de EPA-adviseurs en de uitvoering van de EPB-richtlijnen legt geen verband tussen het belang van de deskundigen bij het behalen van een bepaalde omzet en de belangen die de EPB-richtlijnen gezien hun doelstelling beogen te beschermen (vgl. ook de s.t. Staat nr. 7.2.16). Een dergelijk verband moet er echter wel zijn, om te kunnen verklaren waarom het belang van de EPA-adviseurs om een bepaalde omzet te behalen zou voortvloeien uit of in het verlengde zou liggen van het belang van een verbeterde energieprestatie van gebouwen.⁵² Het beroep op (*Danske Slagterier* en) *Jutta Leth* gaat naar mijn mening dan ook niet op.

5.27 Gezien het voorgaande meen ik dat de conclusie moet zijn dat ook *subonderdeel 1.2* faalt.

5.28 Aanvullend merk ik nog op dat partijen de Hoge Raad niet hebben verzocht prejudiciële vragen te stellen aan het HvJEU over de uitleg van de EPB-richtlijnen. Voor zover ik heb kunnen nagaan, heeft dit hof zich slechts gebogen over deze richtlijnen in enige inbreukprocedures, die niet zien op de problematiek die in de onderhavige zaak aan de orde is.⁵³ Naar mijn mening kunnen de door de subonderdelen 1.1 en 1.2 opgeworpen vragen over de reikwijdte van de EPB-richtlijnen worden beoordeeld aan de hand van enerzijds de rechtspraak van het HvJEU over het Unierechtelijke relativiteitsverste en anderzijds grondslag, doel en inhoud van deze richtlijnen. Naar mijn mening kan redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan over de uitleg van de richtlijnen voor zover het betreft de door de subonderdelen 1.1 en 1.2 opgeworpen vragen zodat er geen aanleiding is tot het stellen van prejudiciële vragen.

Subonderdelen 1.3 en 1.4

5.29 Deze subonderdelen zien op rov. 30 waarin het hof overwoog:

⁵² Vgl. ook HR 24 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU7935, NJ 2009/495 m.nt. M.R. Mok (*Pharmacia/Cosmétique*) rov. 4.2.3 (de Wet op de geneesmiddelenvoorziening strekt, mede in het licht van de doelstellingen van de daarin omgezette Europese richtlijnen, slechts ertoe de volksgezondheid te beschermen en niet tot bescherming tegen schade die producenten van of handelaren in geneesmiddelen hebben geleden door oneerlijke concurrentie); Rb. Den Haag 12 februari 1996, Rawb 1996/90 m.nt. R. de Lange (*Shapiro/Staat*) (Euratom-richtlijn strekt niet tot bescherming van het werkgelegenheidsbelang van fysici).

⁵³ HvJEU 13 juni 2013, C-345/12, ECLI:EU:C:2013:396 (*Commissie/Italië*); HvJEU 16 januari 2014, C-67/12, ECLI:EU:C:2014:5 (*Commissie/Spanje*); HvJEU 2 maart 2017, ECLI:EU:C:2017:161, C-160/16 (*Commissie/Griekenland*).

“30. Daar komt het volgende bij. Het relativiteitsvereiste stelt grenzen aan de groep benadeelden die vergoeding kunnen vorderen van schade die zij lijden als gevolg van de overtreding van een norm. Dat veronderstelt dat die groep kan worden afgebakend. In het geval van de bedrijven waarvoor EnergyClaim c.s. opkomt is dat echter niet goed mogelijk. EPA-adviseurs zijn immers niet de enige bedrijven die kunnen profiteren van maatregelen ter verbetering van de energieprestatie van gebouwen. Andere bedrijven die profijt kunnen hebben van zulke maatregelen zijn bijvoorbeeld aannemers en installateurs. Zij worden ook met name genoemd in de richtlijn (onder meer in overweging 29 van de herziene EPB-richtlijn, waar staat dat ‘installateurs en aannemers (...) van cruciaal belang [zijn] voor de succesvolle uitvoering van deze richtlijn’). Anders dan EnergyClaim c.s. stelt, vormen de EPA-adviseurs dus geen afgebakende groep die zich voldoende onderscheidt van andere bedrijven die economische gevolgen ondervinden van niet tijdige of onjuiste uitvoering van de EPB richtlijnen. (De groep bedrijven waarvoor EnergyClaim c.s. opkomt is overigens zelf ook niet scherp afgebakend; zo lijkt appellant sub 5 zich niet bezig te houden met EPA-adviezen en meer gemeen te hebben met installateurs.) Indien in het geval van EnergyClaim c.s. zou worden aangenomen dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan, dan zou eenzelfde conclusie moeten gelden voor alle andere bedrijven die nadelige economische gevolgen ondervinden van de niet tijdige of onjuiste uitvoering van de EPB-richtlijnen en die schade op de Staat zouden willen verhalen. Daarmee zou het relativiteitsvereiste zijn betekenis verliezen.”

5.30 Volgens *subonderdeel 1.3* miskent het hof dat het criterium voor een voldoende afgebakende groep tot het Nederlandsrechtelijke relativiteitsvereiste behoort en niet tot het Unierechtelijke vereiste om rechten aan particulieren te verlenen. Volgens *subonderdeel 1.4* is het oordeel dat de groep bedrijven waarvoor EnergyClaim c.s. opkomt niet goed kan worden afgebakend onbegrijpelijk gemotiveerd.

5.31 Rov. 30 lijkt betrekking te hebben zowel het Nederlandse recht als het Unierecht. Met de steller van *subonderdeel 3* meen ik dat het hof hier primair het oog heeft op het Nederlandse recht en het Unierechtelijke vereiste op dezelfde wijze benadert. 5.32.1 Het Nederlandsrechtelijke relativiteitsvereiste ziet onder meer op de vraag jegens wie onrechtmatig is gehandeld. Uit de norm die in het geding is, vloeit voort welke persoon of (groep van) personen beschermd worden.⁵⁴ Zo zal bij gevaarlijke situaties in de openbare ruimte de zorgplicht van de beheerder van een terrein zich in beginsel uitstrek-

ken tot eenieder die zich op dat terrein zou kunnen begeven. Bij het in verkeer brengen van een gebrekkelijk product zal de zorgplicht van de producent zich in beginsel uitstrekken tot eenieder die schade zou kunnen leiden als gevolg van dat gebrek.

De ‘afbakening’ waarvan hier sprake is, is dus een betrekkelijke en vereist in het bijzonder niet, anders dan het in rov. 47 e.v. door het hof beoordeelde beroep op het égalitébeginsel, dat sprake is van een ‘beperkte groep burgers of ondernemingen’ die zich onderscheidt van anderen.

Wel is het zo, dat onbepaaldheid van degenen wiens belangen geraakt kunnen worden door schending van de norm kan meewegen bij het oordeel over de beschermingsomvang van de norm. Zo beargumenteerde de Hoge Raad in zijn arrest *Duwbak Linda* (een geval van toezichthoudersaansprakelijkheid) zijn oordeel dat bepaalde regelgeving niet strekte tot bescherming van het individuele vermogensbelang van derden die schade lijden doordat een onvoldoende zorgvuldig gekeurd schip een ongeval veroorzaakt, mede met de overweging dat deze regelgeving niet de strekking heeft een in beginsel onbeperkte groep van derden te beschermen tegen de vermogensschade die op een vooraf veelal niet te voorzien wijze kan ontstaan.⁵⁵ Dit impliceert naar mijn mening niet dat, omgekeerd, voor aansprakelijkheid in het algemeen vereist is dat de geschonden norm ertoe zou moeten strekken een ‘beperkte groep van derden’ te beschermen.

5.32.2 Op vergelijkbare wijze zal in het Unierecht met het oog op eventuele staatsaansprakelijkheid wegens gebrekkige omzetting van een richtlijn de vraag moeten worden beantwoord aan wie de richtlijn rechten toekent, dat wil (in dit verband zeggen) wiens belangen door de richtlijn worden beschermd. Zo ziet de richtlijn in de zaak *Franovich* op bepaalde werknemers,⁵⁶ die in de zaak *Dillenköfer* op gestrande reizigers,⁵⁷ en die in de zaak *Jutta Leth* op bepaalde omwonenden van bepaalde projecten. In zoverre onderschrijf ik het standpunt van de Staat (s.t. nr. 7.2.22). En ook in het Unierecht zijn voorbeelden te vinden (zoals de zaken *Peter Paul* en *Schmitt/TÜV*) waarin de beschermingsstrekking van een norm voor toezichthouders niet geacht werd mede individuele vermogensbelangen te omvatten.

5.33.1 De overweging in rov. 30 dat het relativiteitsvereiste een ‘groep die kan worden afgebakend’ veronderstelt, kan op zichzelf nog wel worden gele-

⁵⁴ Vgl. HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, NJ 2008/491 m.nt. J.B.M. Vranken (*Astrazeneca/Menzis*), rov. 3.3.2.

⁵⁵ HR 7 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:A06012, NJ 2006/281, m.nt. J. Hijma (*Duwbak Linda*), rov. 3.4.3. Zie ook de conclusie van A-G Hartlief sub 3.16 en 3.21 en 3.23 voor HR 22 december 2017, ECLI:NL:PHR:2017:1095 (art. 81 RO); Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/134; G. Sniijders, *Overheidsprivaatrecht, bijzonder deel* (Mon. BW nr. A26b) 2016/26b.

⁵⁶ Richtlijn 80/987/EEG van de Raad van 20 oktober 1980 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever (PB 1980, L 283, p. 23).

⁵⁷ Richtlijn 90/314/EEG van de Raad van 13 juni 1990 betreffende de pakketreizen, met inbegrip van vakantiepakketten en rondreispakketten (PB 1990, L 158, p. 59).

zen als een weerslag van de vraag welke persoon of (groep van) personen beschermd worden door de geschonden norm. Uit het vervolg van rov. 30 krijg ik echter de indruk dat het hof werkt met een afzonderlijk vereiste van een 'afgebakende groep', omdat het hof overweegt (a) dat de EPA-adviseurs zich niet voldoende onderscheiden van andere bedrijven die economische gevolgen ondervinden van de gebrekkige omzetting van de EPB-richtlijnen en (b) dat de groep EPA-adviseurs zelf ook niet scherp afgebakend is. Een dergelijke vereiste kan naar mijn mening niet gesteld worden.

5.33.2 Los daarvan, meen ik dat in art. 10 EPB-richtlijn resp. art. 17 herziene EPB-richtlijn bedoelde deskundigen wel een afzonderlijke positie innemen, die hen naar mijn mening onderscheidt van andere partijen (zie bij 5.24.2).

5.34 De klachten zijn daarom op zichzelf terecht voorgesteld. De *subonderdelen 1.3 en 1.4* kunnen echter niet tot cassatie leiden, omdat zij zich richten tegen overwegingen die het hof, gezien zijn overweging 'Daar komt het volgende bij', ten overvloede heeft gegeven.

6 Onderdeel 2 (het relativiteitsvereiste)

6.1 De klachten zijn gericht tegen de rov. 32-37, waarin het hof samengevat overwoog:

(i) Aan art. 6:163 BW is niet voldaan nu uit het doel en de strekking van de EPB-richtlijnen niet valt af te leiden dat de beschermingsomvang van deze richtlijnen zich uitstrekt tot de gestelde omzetting van de bedrijven waarvoor EnergyClaim c.s. opkomt (rov. 32).

(ii) Anders dan in zaak *Gemeente/Barneveld/Gasunie* bestaat tussen het door de EPB-richtlijnen nagestreefde algemene belang van het terugdringen van het energieverbruik en de belangen van EnergyClaim c.s. geen nauwe samenhang. De belangen van EnergyClaim c.s. kunnen ook niet worden vereenzelvigd met de belangen van de eigenaars en gebruikers van gebouwen, die mede door de EPB-richtlijnen worden gediend (rov. 35).

(iii) De analogie met het arrest *Fabricom II* gaat evenmin op. Anders dan door EnergyClaim c.s. wordt bepleit, zijn certificeringsdeskundigen niet te beschouwen als materieel begunstigen van de EPB-richtlijnen. Zij kunnen wel profiteren van de uitvoering van die richtlijnen, maar dat is slechts een neveneffect en niet het doel van die richtlijnen (rov. 36).

(iv) Evenmin slaagt het beroep op de methode die de Hoge Raad in de arresten *Hangmat*⁵⁸ en *Imagine*⁵⁹ heeft gehanteerd om de reikwijdte van kwalitatieve aansprakelijkheden te bepalen. Reeds op grond van de tekst van de EPB-richtlijnen kan worden vastgesteld dat met deze richtlijnen niet

wordt beoogd de belangen te dienen van de bedrijven waarvoor EnergyClaim c.s. opkomt (rov. 37).

6.2 De hierboven samengevatte oordelen bouwen voort op de overwegingen over de beschermingsomvang van de EPB-richtlijnen waartegen de subonderdelen 1.1 en 1.2 zich naar mijn mening vergeefs keren. Zoals eerder opgemerkt (4.5.1-4.5.2) ligt het naar mijn mening niet voor de hand dat, bij die uitleg van de richtlijnen en zonder dat blijkt van een bedoeling van de Nederlandse wetgever om meer bescherming toe te kennen dan uit de richtlijnen voortvloeit, toepassing van het Nederlandsrechtelijke relativiteitsvereiste tot een ander resultaat leidt (ook niet indien het wordt gezien vanuit de verschillende invalshoeken die door EnergyClaim c.s. zijn aangedragen).

6.3 Het onderdeel richt geen afzonderlijke klacht tegen rov. 33.

6.4.1 Het oordeel in rov. 35 is volgens *subonderdeel 2.1* onjuist, voor zover het hof de maatstaf uit het arrest *Barneveld/Gasunie* miskent.

6.4.2 Deze klacht mist feitelijke grondslag, omdat het hof in rov. 35 aan deze maatstaf heeft getoetst. Zijn oordeel komt erop neer dat het economische belang van de EPA-adviseurs noch een van het door de EPB-richtlijn beschermde milieubelang, noch een van het belang van de eigenaren/gebruikers van gebouwen om duidelijkheid te verkrijgen over de energieprestatie van hun gebouwen, afgeleid belang betreft dat daarmee zozeer samenhangt dat het onder de bescherming daarvan moet worden begrepen.

6.4.3 Voor zover de klacht ertoe strekt te betogen dat de belangen van de EPA-adviseurs moeten worden begrepen onder de door de EPB-richtlijnen beschermde belangen (replik nrs. 15-17), verwijs ik naar de bespreking van de subonderdelen 1.1 en 1.2. Dat de belangen de EPA-adviseurs parallel kunnen lopen met de belangen die de EPB-richtlijn beogen te dienen (of dit nu milieubelangen zijn of het genoemde belang van de eigenaren en gebruikers van de gebouwen) wil nog niet zeggen dat zij daarmee zodanig samenhangen dat zij kunnen worden aangemerkt als belangen die mede onder het bereik van deze richtlijn vallen. Het hof wijst er terecht op dat het belang van de Gasunie en het belang van de omwonenden beide zien op de voorkoming van ongelukken met de gasleiding, en dus een inhoudelijk raakvlak hebben. Het door EnergyClaim c.s. gestelde belang van het realiseren van omzet door de EPA-adviseurs is een ander belang dan het door de richtlijnen nagestreefde belang van milieubehoud of het belang van de eigenaars/gebruikers van panden om duidelijkheid te hebben bij de energieprestatie van het desbetreffende gebouw. Ook daarom faalt de klacht.

6.5 Evenmin is het oordeel in rov. 35, anders dan *subonderdeel 2.2* aanvoert, onbegrijpelijk in het licht van de rov. 27 en 29 waarnaar het hof (kenmerklijk) verwijst.

Het hof behoeft voorts niet afzonderlijk in te gaan op de door EnergyClaim c.s. aangehaalde vier

58 HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, NJ 2011/465, m.nt. T. Hartlief.

59 HR 29 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:162, NJ 2016/173, m.nt. T. Hartlief.

vereisten die zij afleidt uit de conclusie van A-G Keus in de zaak *Gemeente Barneveld/Gasunie*, reeds omdat het daarbij gaat om het eventuele bestaan van een zorgvuldigheidsnorm en niet om het geschonden planvoorschrift. In rov. 35 onderzoekt het hof de strekking van de gestelde gebrekkige omzetting van de EPB-richtlijnen. In rov. 38 e.v. onderzoekt het hof de door EnergyClaim c.s. gestelde schending van een zorgvuldigheidsnorm. Ook deze klacht dient te falen.

6.6.1 Ten aanzien van rov. 36 klaagt *subonderdeel* 2.3 dat het oordeel van het hof — mede in het licht van hetgeen is aangevoerd in *subonderdeel* 1.1 — uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting en onvoldoende is gemotiveerd. Volgens de klacht worden de EPA-adviseurs als onontbeerlijk voor de uitvoering van de richtlijnen gezien in zowel de richtlijn zelf, als in de *travaux préparatoires* daarvan. Daarom valt niet in te zien waarom de door EnergyClaim c.s. geopperde analogie met het arrest *Fabricom II*⁶⁰ niet opgaat, aldus de klacht.

6.6.2 Het arrest *Fabricom II* betrof een geval waarin de Staat onrechtmatig had gehandeld door op 28 oktober 2005 via zijn website mee te delen dat het na 9.00 uur zinloos was een aanvraag voor een ESF-subsidie in te dienen, en door zowel telefonisch als per e-mail aan OTIB en SBK mee te delen dat het niet meer mogelijk en zelfs niet meer was toegestaan om na dit tijdstip nog een subsidieaanvraag in te dienen. Volgens de geldende regels was het Fabricom niet toegestaan zelf de subsidie aan te vragen, maar diende OTIB dit voor haar te doen. De subsidie zou echter ten goede komen aan Fabricom en zij was derhalve als begunstigde en materiële aanvrager aan te merken. De Hoge Raad oordeelde (i) dat het hof Fabricom als de 'materiële aanvrager' of 'begunstigde' kon aanduiden en (ii) dat het hof kon oordelen dat de Staat door het doen van die mededelingen jegens (ook) Fabricom een zorgvuldigheidsnorm heeft kunnen schenden, ook indien de voorschriften van art. 4:27 en 4:42 Awb uitsluitend betrekking hebben op de belangen van degenen die de aanvraag mochten indienen.

6.6.3 Voor zover het *subonderdeel* een beroep doet op hetgeen bij *subonderdeel* 1.1 is uiteengezet, faalt het om de bij de bespreking van dat *subonderdeel* aangevoerde redenen. Voor zover het *subonderdeel* aanvoert dat ook uit het arrest *Fabricom II* volgt dat sprake kan zijn van uit een norm afgeleide belangen, faalt het om dezelfde redenen als de *subonderdelen* 2.1 en 2.2. Daarbij merk ik op dat het hof in deze overweging nog niet de door EnergyClaim c.s. gestelde schending van een zorgvuldigheidsnorm bespreekt (vgl. de repliek nr. 18).

6.7.1 Volgens *subonderdeel* 2.4 is onjuist het oordeel in rov. 37 dat uit de tekst van de richtlijnen, kort gezegd, niet volgt dat wordt beoogd de belangen te dienen van de bedrijven waarvoor EnergyClaim c.s. opkomt.

6.7.2 De klacht verwijst naar hetgeen in *subonderdeel* 1.1 is aangevoerd en faalt om dezelfde redenen als dat *subonderdeel*.

6.8.1 Als laatste wordt geklaagd over de begrijpelijkheid van de oordeel in rov. 37 (i) dat niets ten aanzien van de Unierechtelijke wetsgeschiedenis is aangevoerd dat het standpunt van EnergyClaim c.s. ondersteunt (*subonderdeel* 2.5) en (ii) dat door EnergyClaim c.s. onvoldoende gemotiveerd is gesteld waarom de maatschappelijke opvattingen meebrengen dat het beschermingsbereik van de richtlijnen zich uitbreiden tot de belangen van de partijen waarvoor EnergyClaim opkomt (*subonderdeel* 2.6).

6.8.2 De klachten richten zich tegen oordelen die het hof ten overvloede heeft gegeven en falen daarom bij gebrek aan belang.

Overigens is het hof in rov. 27 ingegaan op de grondslag, considerans en inhoud van de EPB-richtlijnen en behoeft in dat licht niet afzonderlijk in te gaan op het (hierboven bij 5.12 en 5.14.2 bedoelde) ECOSOC advies.

Subonderdeel 2.6 ziet eraan voorbij dat het hof in rov. 37 alleen de gestelde gebrekkige omzetting bespreekt. Het hof heeft de betekenis van het rapport van de Nationale Ombudsman besproken in rov. 44, in het kader van zijn onderzoek naar schending van een zorgvuldigheidsnorm.

6.9 De klachten van *subonderdeel* 2 gaan niet op.

7 *Onderdeel 3 (zorgvuldigheidsnorm, correctie Langemeijer)*

7.1 De klachten zijn gericht tegen delen van rov. 38–44, waarin het hof samengevat overwoog:

(i) De benadeelde moet concreet aangeven op grond waarvan de correctie Langemeijer, anders dan de overtreden wettelijke norm, wel tot aansprakelijkheid zou moeten leiden (rov. 38). In dit verband kunnen EnergyClaim c.s. niet volstaan met de stelling dat een zorgvuldigheidsnorm is geschonden doordat de EPB-richtlijnen niet tijdig en/of niet juist in Nederlands recht zijn omgezet (rov. 39).

(ii) EnergyClaim c.s. hebben in dit verband een beroep gedaan op het zorgvuldigheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel (rov. 40).

(iii) De Staat komt in het algemeen een ruime mate van vrijheid toe om wet- en regelgeving en beleid te wijzigen, ook als daardoor eerdere verwachtingen of vooruitzichten teniet worden gedaan. Dat laatste behoort in beginsel tot het normale ondernemersrisico. Daarnaast geldt dat voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel is vereist dat het bevoegde bestuursorgaan concrete toezeggingen heeft gedaan, waardoor gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt. Algemene informatie en toezeggingen van algemene strekking vormen in beginsel geen bron van gewettigde verwachtingen (rov. 41). Door de uitspraken waarop EnergyClaim c.s. zich beroepen kan bij EPA-adviseurs (a) niet de gerechtvaardigde verwachting zijn gewekt dat zij een bepaalde omzet zouden kunnen behalen met energie-

60 HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3073, NJ 2014/509 (*Fabricom II*).

prestatiecertificering en (b) evenmin dat de Staat concrete toezeggingen heeft gedaan aan de EPA-adviseurs met betrekking tot een bepaalde invulling van het energieprestatiecertificaat (rov. 42).

(iv) Het zorgvuldigheidsbeginsel vereist dat alle relevante aspecten bij het nemen van een besluit worden meegewogen en daarbij het juiste gewicht krijgen, en dat de voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen (rov. 41). EnergyClaim c.s. hebben niet duidelijk gemaakt in welk opzicht sprake is van een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, naast een (mogelijke) schending van de wettelijke verplichting tot omzetting van de EPB-richtlijnen (rov. 42).

(v) Daar komt bij dat EPA-adviseurs niet de enige bedrijven zijn die door de mededelingen van overheidsinstanties op dit gebied gestimuleerd werden om te investeren. Ook hier wreekt zich dat de EPA-adviseurs geen afgebakende groep vormen. De correctie Langemeijer kan er niet toe leiden dat de kring van partijen wier belangen worden beschermd door de EPB-richtlijnen alsnog wordt uitgebreid tot alle bedrijven die nadelige economische gevolgen hebben ondervonden van de niet tijdige of onjuiste invoering van de richtlijnen (rov. 43).

(vi) Aan het voorgaande kan het rapport van de Ombudsman niet afdoen. De rechter is niet gebonden aan het oordeel van de Ombudsman (rov. 44).

(vii) Tegen het oordeel van de rechtbank dat de Staat niet heeft gehandeld in strijd met de Aanwijzingen voor de regelgeving heeft EnergyClaim c.s. uitsluitend aangevoerd dat de rechtbank heeft miskend dat aan het relativiteitsvereiste is voldaan en een zorgvuldigheidsnorm is geschonden. Die bezwaren zijn hiervoor reeds verworpen (rov. 45).

7.2 Volgens *subonderdeel 3.1* geven de rov. 40-44 blijk van een onjuiste toepassing van de correctie Langemeijer omdat het hof zich ten onrechte beperkt tot een oordeel over de vraag of het handelen en nalaten van de Staat een schending van het vertrouwens- en/of zorgvuldigheidsbeginsel oplevert, terwijl het hof een veel bredere maatstaf had moeten aanleggen namelijk of de Staat jegens EnergyClaim c.s. met de schending van de wettelijke (Unierechtelijke) norm gelet op alle omstandigheden van het geval tevens een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden die wel strekt tot bescherming van het belang van EnergyClaim c.s. Althans verzuimt het hof te beoordelen of al dan niet (doorslaggevend) gewicht toekomt aan het feit dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld door de EPB-richtlijnen niet en/of onjuist te implementeren. Althans heeft het hof op deze wijze zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd aldus, samengevat, *subonderdeel 3.2*.

7.3 De subonderdelen gaan er terecht vanuit dat in cassatie veronderstellenderwijs moet worden aangenomen dat de EPB-richtlijnen niet dan wel onjuist zijn omgezet. Het hof is immers niet toege-

komen aan beoordeling van de grieven 5 en 6 die dit aan orde stelden (rov. 17 en 49). Het hof spreekt ook van een (mogelijke) schending van de wettelijke verplichting tot omzetting (rov. 39 en 42, slot).

7.4.1 De correctie Langemeijer bestaat daarin dat, hoewel de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, en de schending van die norm dus op zichzelf genomen geen aansprakelijkheid voor die schade schept, nochtans daarvoor aansprakelijkheid bestaat omdat onder de omstandigheden van het geval die schending bijdraagt tot het oordeel dat een zorgvuldigheidsnorm is geschonden die wel bescherming biedt tegen die schade.⁶¹

De correctie Langemeijer betekent niet dat schending van een wettelijke norm die de benadeelde niet beschermt een factor is die als zodanig gewicht in de schaal legt bij het oordeel of in de omstandigheden van het geval jegens de benadeelde onzorgvuldig is gehandeld. Er moet worden berekend hoe schending van de wettelijke norm bijdraagt aan het oordeel dat de aangesproken partij onzorgvuldig heeft gehandeld jegens de benadeelde.⁶² Het *Tandartsen*-arrest biedt hiervan een voorbeeld.⁶³ De wettelijk vereiste beroepskwalificatie beschermt niet het belang van gekwalificeerde tandartsen om geen concurrentie te ondervinden van een niet-gekwalificeerde 'tandarts'. Deze laatste handelt echter jegens de wel gekwalificeerde tandartsen in strijd met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die oneerlijke concurrentie verbiedt, omdat hij zich niet de moeite en opoffering heeft getroost om de wettelijk vereiste beroepskwalificatie te behalen en zich zo een oneerlijk voordeel verschafft.

7.4.2 Voorts rusten op de partij die zich beroept op schending jegens hem van een zorgvuldigheidsnorm (al dan niet via de correctie Langemeijer) stelplicht en, zo nodig, bewijslast van feiten en omstandigheden waaruit volgt dat de aangesprokene jegens hem in strijd met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm heeft gehandeld.⁶⁴ De rechter dient de gestelde schending van een zorgvuldigheidsnorm te onderzoeken op basis van de feitelijke grondslag (art. 24 Rv).

61 HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9317, NJ 2008/491 m.nt. J.B.M. Vranken (*Astrazeneca/Menzis*), rov. 3.3.5. Zie verder K.J.O. Jansen, GS Onrechtmatige daad, art. 6:163 BW, aant. 1.10 e.v.; G.H. Lankhorst, Relativiteit van de onrechtmatige daad, Deventer: Kluwer 1992, p. 25-31; P.W. den Hollander, De relativiteit van wettelijke normen, Den Haag: Boom Juridisch 2016, p. 154 e.v.; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/138.

62 Zie ook het in de vorige noot genoemde arrest *Astrazeneca/Menzis*, rov. 3.3.5. Vgl. ten aanzien van art. 8:69a Awb RvS 16 maart 2016, ECLI:NL:RVS:2016:732, AB 2016/249 m.nt. T.E.P.A. Lam, rov. 18.1-18.2, waaraan het hof in rov. 39 ook de tourmure over de algemene rechtszekerheidscorrectie ontleent.

63 HR 17 januari 1958, ECLI:NL:HR:1958:AG2051, NJ 1961/568 (*Tandartsen I*).

64 Zie ook R.J.B. Boonekamp in R.J.B. Boonekamp & W.L. Valk (red.), *Stelplicht & Bewijslast*, Deventer: Kluwer 2017, commentaar op art. 6:163 BW in fine.

7.4.3 Op het voorgaande stuiten de klachten af. EnergyClaim c.s. hebben zich in verband met de correctie Langemeijer beroepen op het zorgvuldigheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel (rov. 40). Het hof heeft terecht de gestelde onrechtmatigheid op die grondslagen onderzocht. De correctie Langemeijer is niet een aanzet om, los van de stellingen van partijen, op zoek te gaan naar een zorgvuldigheidsnorm die eventueel geschonden zou kunnen zijn. Het middel klaagt niet dat EnergyClaim c.s. nog meer stellingen hebben aangevoerd op grond waarvan het hof schending van een zorgvuldigheidsnorm zou hebben moeten onderzoeken (afgezien van de door het hof in rov. 44 en 45 beoordeelde grondslagen). De subonderdelen 3.1 en 3.2 falen.

7.5 De subonderdelen 3.3, 3.7, 3.10 en 3.12 betreffen de beleidsvrijheid van de Staat.

7.6 Subonderdeel 3.3 bevat daarvan de kernklacht. Het is gericht tegen de overweging dat de Staat in het algemeen een ruimte mate van vrijheid toekomt om wet- en regelgeving en beleid te wijzigen, ook als daardoor eerdere verwachtingen of vooruitzichten teniet worden gedaan (rov. 41, eerste volzin) en de verwijzingen daarnaar in rov. 42, negende volzin ('De Minister had de vrijheid (...) op dit voorstel terug te komen toen het politiek niet haalbaar bleek.') en rov. 44, twaalfde volzin ('Terugkomen van een eerdere – verdergaande – variant (...) valt binnen de vrijheid van de Staat om wet- en regelgeving en beleid te wijzigen.')

Subonderdeel 3.3 klaagt dat (i) ten aanzien van de omzetting van richtlijnen, behoudens ondergeschikte punten, geen ruimte is voor het maken van keuzes van beleidsinhoudelijke aard en (ii) dat die beleidsvrijheid in ieder geval niet bestond om te kiezen voor een vereenvoudigd energielabel (rov. 42) nu dit geen ondergeschikt deel van de richtlijn is. Voorts zou het hof (iii) uit het oog verliezen dat het certificaat niet uitsluitend voor Nederlandse eigenaren van gebouwen was bedoeld, maar voor alle (rechts)personen uit alle lidstaten en (iv) dat de Staat verplicht was het energieprestatiecertificaat verplicht te stellen en te handhaven, ook als de richtlijn voor dat laatste geen expliciete bepaling bevat.

7.7.1 De klachten (i) – (iv) van subonderdeel 3.3 strekken ertoe te betogen dat de EPB-richtlijnen niet dan wel onjuist zijn omgezet. Dat dient reeds in casuatie veronderstellenderwijs tot uitgangspunt. Daarmee is echter niet gezegd dat de Staat daardoor jegens EnergyClaim c.s. onrechtmatig heeft gehandeld. De EPB-richtlijnen beschermen immers niet het omzetbelang van de EPA-adviseurs. En de schending van de omzettingsverplichting als zodanig levert nog geen handelen in strijd met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm jegens EnergyClaim c.s. op (zoals het hof terecht overweegt in rov. 39). Het hof toetst daarom de gestelde schendingen van het vertrouwensbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

De klachten lezen de overwegingen van het hof over de beleidsvrijheid ten onrechte los van de overwegingen over de gestelde schending van het vertrouwensbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel. Het hof toetst de gestelde schendingen van het vertrouwensbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel in rov. 42 en in verband met het beroep op het rapport van de Nationale Ombudsman in rov. 44. Waar geen sprake is van schending van die beginselen, wordt teruggevallen op het uitgangspunt dat de Staat in het algemeen een ruimte mate van vrijheid toekomt om wet- en regelgeving en beleid te wijzigen. Dat staat los van de door het subonderdeel in de klachten (i)–(iv) bedoelde verwijten, waarover het hof geen oordeel heeft gegeven. Subonderdeel 3.3 berust daarom op een onjuiste lezing van het arrest en dient te falen bij gebrek aan feitelijke grondslag.

7.7.2 In het voetspoor van subonderdeel 3.3 falen ook de daarop voortbouwende klachten van de subonderdelen 3.7 en 3.10.

7.7.3 Hetzelfde geldt voor subonderdeel 3.12 dat klaagt dat rov. 45 berust op een onbegrijpelijke lezing van de gedingstukken, omdat EnergyClaim c.s. ook hebben gewezen op Aanwijzing voor de regelgeving 26, waaruit blijkt dat de Staat bij de implementatie van richtlijnen, behoudens op ondergeschikte punten, geen beleidsvrijheid heeft. EnergyClaim c.s. hebben inderdaad op deze aanwijzing gewezen, maar daaruit volgt niet – anders dan het subonderdeel betoogt – dat miskenning van die aanwijzing het hof heeft gebracht tot het onjuiste uitgangspunt dat de Staat bij de implementatie van de EPB-richtlijnen de vrijheid heeft wet- en regelgeving te wijzigen. Het oordeel van het hof over de gestelde schending van een zorgvuldigheidsnorm (c.q. de correctie Langemeijer) berust immers niet op een dergelijk uitgangspunt, maar op zijn overwegingen over de gestelde schendingen van het vertrouwensbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

7.8 De subonderdelen 3.4, 3.5 en 3.6 bestrijden het oordeel in rov. 42 dat geen gerechtvaardigde verwachtingen zijn gewekt bij de EPA-adviseurs.

7.9 Subonderdeel 3.4 klaagt over de begrijpelijkheid van de overweging dat, kort gezegd, stukken die EnergyClaim c.s. heeft overgelegd en waarin wordt gesproken over de essentiële rol van onafhankelijke deskundigen (de EPA-adviseurs) bij de energiecertificering in dit verband niet relevant zijn en dat het de Staat daarom niet kan worden verweten dat hij de EPA-adviseurs heeft aangespoord om in de energieprestatiecertificering te investeren. Het hof miskent dat een dergelijke aansporing verwijtbaar kan zijn en zelfs tot staatsaansprakelijkheid kan leiden wanneer de Staat vervolgens de verplichtingen uit die richtlijnen niet handhaaft en betrokkenen die investeringen hebben gedaan voorzienbaar zijn benadeeld, aldus de klacht.

7.10.1 In de bestreden overweging toetst het hof of door de Staat concrete toezeggingen zijn gedaan waarmee bij de EPA-adviseurs gerechtvaardigde verwachtingen zijn gewekt dat zij een bepaalde om-

zet zouden kunnen behalen. Daartoe oordeelt het hof (i) dat de Staat niet kan worden verweten dat hij de EPA-adviseurs heeft aangespoord om in de energieprestatiecertificering te investeren omdat waar de Staat wees op de essentiële rol van de deskundigen hij weergaf wat reeds uit de EPB-richtlijnen voortvloeide, (ii) er geen concrete toezeggingen zijn gedaan over een bepaalde invulling van het energieprestatiecertificaat en (iii) een concrete omzetverwachting die was genoemd in een rapport van augustus 2000 niet zag op invoering van de richtlijnen maar op de toenmalige situatie waarin het EPA werd gesubsidieerd. Uit deze overwegingen, die in onderling verband moeten worden gelezen, volgt waarom naar het oordeel van het hof geen sprake is van gerechtvaardigde verwachtingen omtrent een bepaalde omzet.

7.10.2 Volgens de klacht is het aansporen tot het doen van investeringen en daarna de richtlijn niet goedgezonden met voorzienbare schade tot gevolg, onzorgvuldig jegens de betrokkenen. Ter ondersteuning van dit betoog verwijst het subonderdeel op drie arresten, die enige steun kunnen bieden aan de in het subonderdeel verwoorde rechtsopvatting (maar ook niet meer dan dat).⁶⁵

Het middel verwijst echter niet naar passages in de gedingstukken waaruit blijkt dat dit betoog in feitelijke instanties is gevoerd. Nu zijn er twee mogelijkheden. Ten eerste, dat dit betoog ten grondslag ligt aan het beroep van EnergyClaim c.s. op het vertrouwensbeginsel. Gezien de weergave van de stellingen van EnergyClaim c.s. op dit punt in rov. 40 is dit een aanmerkelijke lezing. In dit geval heeft het hof in rov. 42 op dit betoog gereageerd en het verworpen, zodat de klacht feitelijke grondslag mist. De tweede mogelijkheid is dat dit betoog niet ten grondslag lag aan het beroep van EnergyClaim c.s. op het vertrouwensbeginsel en in dat geval kon het hof er niet op ingaan. Subonderdeel 3.4 dient daarom te falen.

7.11 Volgens *subonderdeel 3.5* heeft het hof in rov. 42 zijn beoordelingskader ten aanzien van de vraag of de Staat bepaalde gerechtvaardigde verwachting heeft gewekt op onbegrijpelijke wijze versmalt, door zich te beperken tot beantwoording van de vraag of de Staat gerechtvaardigde verwachtingen heeft gewekt dat een bepaalde omzet zou kunnen worden behaald met de energieprestatiecertificering en aldus aan bepaalde essentiële stellingen van EnergyClaim c.s. voorbij te gaan.

7.12 Deze klacht mist feitelijke grondslag. In rov. 40 verwijst het hof naar de stellingen van EnergyClaim c.s. in onder meer MvG nr. 19. Het hof toetst in rov. 42 niet alleen of er verwachtingen zijn gewekt over een bepaalde omzet, maar ook of er concrete toezeggingen zijn gedaan met betrekking tot 'een bepaalde invulling van het energieprestatiecertificaat (waarvoor meer inspanningen van de EPA-adviseurs nodig waren geweest dan voor het huidige systeem, wat tot extra omzet van EPA-adviseurs had kunnen leiden)'. In de vindplaatsen waar naar de klacht verwijst, gaat het voorts over de uitlatingen van de Staat over de essentiële rol van de EPA-adviseurs en het vertrouwen op een bepaalde omzetting van de richtlijnen, zodat niet duidelijk is welke essentiële stellingen van EnergyClaim c.s. het hof onbesproken zou hebben gelaten.⁶⁶ Het subonderdeel kan daarom niet slagen.

7.13 *Subonderdeel 3.6* klaagt dat het oordeel in rov. 42 op een onbegrijpelijke uitleg van de gedingstukken berust, nu EnergyClaim c.s. meerdere stukken hebben overgelegd waaruit blijkt dat de Staat onder meer ook na 2000 verschillende onderzoeken heeft gedaan naar de omvang van de markt en het geldbedrag dat met die marktvraag zou zijn gemeoid en dat de EPA-adviseurs te kennen is gegeven dat hun investeringen zouden lonen.

7.14 Het vaststellen van de inhoud van de door EnergyClaim c.s. overgelegde stukken is feitelijk van aard en daarom voorbehouden aan het hof. Dat het hof de stukken op een onbegrijpelijke wijze heeft gelezen, volgt niet uit het subonderdeel. Het hof heeft immers overwogen dat het VROM rapport 'Risicoprofiel Beroepsaansprakelijkheid EPA-adviseur' van augustus 2000 het 'enige document waarin een concrete omzetverwachting wordt uitgesproken' is. Hieruit blijkt dat naar het oordeel van het hof een dergelijke concrete omzetverwachting niet blijkt uit de andere door EnergyClaim c.s. overgelegde documenten. Het subonderdeel voert niet aan dat die lezing onbegrijpelijk is. Aan deze lezing van de gedingstukken door het hof doet niet af, hetgeen de klacht te berde brengt. Het subonderdeel dient daarom te falen.

7.15.1 De *subonderdelen 3.8 en 3.9* zien op rov. 43. Hierin herhaalt het hof de m.i. onjuiste gedachte dat de EPA-adviseurs geen afgebakende groep vormen (zie bij de bespreking van de subonderdelen 1.3. en 1.4).

Daarop voortbouwend overweegt het hof aan het slot van rov. 43 dat de correctie Langemeijer niet ertoe kan leiden dat de kring van partijen wier belangen worden beschermd door de EPB-richtlijnen alsnog wordt uitgebreid tot alle bedrijven die nadelige economische gevolgen hebben ondervonden van de niet tijdige of onjuiste invoering van de richtlijnen. Dit is naar mijn mening niet de vraag die gesteld moet worden. Onderzocht moet worden of in de omstandigheden van het geval door de Staat je-

65 HvJEU 28 april 1988, C-120/86, ECLI:EU:C:1988:213 (*Staat/Mulder*) betrof, kort gezegd, een overeenkomst waarbij een ondernemer zijn melkproductie tijdelijk beperkte terwijl die beperking hem later werd tegengeworpen toen hij een melkquotum aanvraag. Dit is gezien de overeenkomst reeds een ander geval dan het onderhavige geval. HR 9 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC0867, NJ 1987/252 (*Staat/Van Gelder*), en HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722, NJ 2016/166 (*Staat/H.*), betreffen de aansprakelijkheid van de Staat in het algemeen bij het uitvoeren en handhaven van een met een hogere regeling strijdig en mitsdien onverbindend voorschrift respectievelijk bij onjuiste omzetting van een EU-richtlijn.

66 MvG nr. 19.3 en 80. De pleitnota van Mr. Van Dunné nrs. 11-12 betreffen bronvermeldingen als waarvan sprake is in rov. 40.

gens EnergyClaim c.s. respectievelijk de personen voor wie EnergyClaim c.s. opkomen, in strijd met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm is gehandeld (zoals het hof heeft gedaan in rov. 42, 44 en 45). De positie van andere bedrijven is niet aan de orde.

7.15.2 Voor zover de klachten zich hierop richten, zijn zij op zichzelf terecht voorgesteld. De *subonderdelen 3.8 en 3.9* kunnen echter niet tot cassatie leiden, omdat zij zich richten tegen overwegingen die het hof, gezien zijn overweging 'Daar komt het volgende bij', ten overvloede heeft gegeven.

7.16.1 Volgens *subonderdeel 3.11* maakt rov. 44 onvoldoende inzichtelijk waarom dat het oordeel van de Nationale Ombudsman onvoldoende is om een schending van het zorgvuldigheids- en vertrouwensbeginsel aan te nemen.

7.16.2 De klacht faalt. Zoals het hof terecht overweegt is het niet gebonden aan het oordeel van de Nationale Ombudsman.⁶⁷ Voorts geldt dat het hof uitgebreid ingaat op het verschil in analyse tussen de Nationale Ombudsman (die kijkt naar de vereisten van rechtszekerheid en redelijkheid) en het hof (dat kijkt naar het vertrouwens- en zorgvuldigheid-beginsel). Daarbij wijst het hof nog uitvoerig terug naar eerdere rechtsoverwegingen. In dat licht is het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk.

7.17 Nu de voorgaande klachten falen, faalt de louter voortbouwende klacht onder *subonderdeel 3.13* eveneens.

7.18 De slotsom is dat de klachten van het middel moet worden verworpen dan wel niet tot cassatie kunnen leiden.

4 Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Hoge Raad:

1 Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. de vonnissen in de zaak C/09/432667/HA ZA 12-1425 van de rechtbank Den Haag van 24 april 2013 en 14 mei 2014;

b. het arrest in de zaak 200.158.433/01 van het gerechtshof Den Haag van 11 april 2017.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof hebben EnergyClaim c.s. beroep in cassatie ingesteld. De procesinleiding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Staat heeft een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor de Staat toegelicht door zijn advocaat.

De conclusie van de Advocaat-Generaal M.H. Wissink strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De advocaat van EnergyClaim c.s. heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

3 Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) EnergyClaim is opgericht als opvolger van het in 2007 opgerichte Comité EnergyClaim en houdt zich bezig met de behartiging van belangen van bedrijven uit de energiebesparingsbranche. Eisers tot cassatie onder 2 en 3 zijn werkzaam op het terrein van energiebesparing en het verstrekken van energielabels. Eiser tot cassatie onder 4 is werkzaam op het terrein van de levering van duurzame energiesystemen.

(ii) Op 1 januari 2000 werd in Nederland het Energie Prestatie Advies (hierna: EPA) geïntroduceerd, waarmee inzicht werd verkregen in de energiezuinigheid van een woning. Volgens de overheid waren er grote aantallen EPA-adviseurs nodig om het beleid uit te voeren.

(iii) Vele bedrijven hebben investeringen gedaan in (onder meer) het opleiden van gecertificeerde EPA-adviseurs.

De Staat heeft in de periode 2000 tot en met 2005 met diverse regelingen het EPA in de markt gestimuleerd. Nederland liep met het EPA vooruit op de harmonisatie van voorschriften voor energielabels in de Europese Unie.

De Staat heeft op diverse momenten verkondigd dat, na invoering van deze voorschriften in Nederlandse wet- en regelgeving in 2006, een verplichting zou worden geïntroduceerd om een EPA of Energie Prestatie Certificaat aan te bieden bij verkoop of verhuur van woningen en gebouwen.

(iv) Op 4 januari 2003 is Richtlijn 2002/91/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 2002 betreffende de energieprestatie van gebouwen (*PbEG* 2003, L 1/65; hierna: EPB-richtlijn) in werking getreden.

Op grond van de EPB-richtlijn moesten de lidstaten de noodzakelijke maatregelen nemen opdat minimumeisen voor de energieprestatie van gebouwen worden vastgesteld (art. 4) en ervoor zorgen dat bij de bouw, verkoop of verhuur van een gebouw aan de eigenaar, of door de eigenaar aan de toekomstige koper of huurder, een energieprestatiecertificaat met een geldigheid van maximaal tien jaar wordt verstrekt (art. 7). Voorts bepaalde de EPB-richtlijn (in art. 10) dat de lidstaten ervoor moesten zorgen dat (onder meer) de certificering van gebouwen op onafhankelijke wijze werd uitgevoerd door gekwalificeerde en/of erkende deskundigen die hetzij zelfstandig, hetzij in dienst van een openbaar of particulier orgaan optraden. De lidstaten dienden de bepalingen van de EPB-richtlijn uiterlijk op 4 januari 2006 om te zetten in hun nationale wet- en regelgeving (art. 15 lid 1). Bij gebrek aan gekwalificeerde of erkende deskundigen hadden de lidstaten een extra

⁶⁷ HR 14 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0506, NJ 1992/320 (D/Gemeente Rijswijk), rov. 3.3; L.J.A. Damen in GS Onrechtmatige daad, regeling Boek 6 BW, aant. 122.7.

termijn van drie jaar voor de integrale toepassing van de art. 7, 8 en 9 EPB-richtlijn (art. 15 lid 2).

(v) Nederland heeft gebruikgemaakt van de extra termijn van art. 15 lid 2 EPB-richtlijn. De EPB-richtlijn is omgezet in het Besluit energieprestatie gebouwen (*Stb.* 2006, 608, en *Stb.* 2007, 216; hierna: *Beg*) en de Regeling energieprestatie gebouwen (*Stcrt.* 2006, 253; hierna: *Reg*). Het *Beg* en de *Reg* zijn op 1 januari 2008 in werking getreden. In het *Beg* en de *Reg* zijn geen expliciete bestuursrechtelijke of strafrechtelijke handhavingssancties opgenomen. Er werd zoveel mogelijk aangesloten bij het reeds op nationaal niveau bestaande, privaatrechtelijke kader voor energiecertificering van gebouwen.

(vi) De kwaliteitseisen waaraan een gecertificeerd adviseur moet voldoen om energielabels af te geven, zijn vastgelegd in een nationale beoordelingsrichtlijn en twee ISSO publicaties.

(vii) De Europese Commissie heeft Nederland op 8 februari 2006 in gebreke gesteld ten aanzien van de niet-tijdige omzetting van de EPB-richtlijn. Deze ingebrekestelling is na de vaststelling van het *Beg* en de *Reg* op 17 oktober 2007 geseponeerd. De Europese Commissie heeft op 6 april 2011 een tweede, aanvullende inbreukprocedure geopend met betrekking tot de invoering van art. 7 EPB-richtlijn. Deze ingebrekestelling is op 16 juli 2015 geseponeerd na wijzigingen van het *Beg* en de *Reg*.

(viii) De EPB-richtlijn is met ingang van 1 februari 2012 ingetrokken en vervangen door Richtlijn 2010/31/EU van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 2010 betreffende de energieprestatie van gebouwen (herschikking) (*PbEU* 2010, L 153/13; hierna: herziene EPB-richtlijn; de EPB-richtlijn en de herziene EPB-richtlijn worden hierna gezamenlijk aangeduid als de EPB-richtlijnen). De herziene EPB-richtlijn bepaalt dat de lidstaten de regels vaststellen inzake de toepasselijke sancties en alle nodige maatregelen treffen opdat de (op de herziene EPB-richtlijn gebaseerde) nationale regels worden toegepast (art. 27). De sancties moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. De lidstaten moesten de Commissie uiterlijk op 9 januari 2013 in kennis stellen van die bepalingen.

De omzettingstermijn van de herziene EPB-richtlijn is verstreken op 9 juli 2012, maar de meeste bepalingen van de herziene EPB-richtlijn dienden uiterlijk 9 januari 2013 door de lidstaten te worden toegepast (art. 28).

(ix) De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (hierna: de minister) heeft op 16 december 2011 een wetsvoorstel ingediend dat strekte tot invoering van de herziene EPB-richtlijn. Het wetsvoorstel is op 20 december 2012 door de Tweede Kamer verworpen. De Tweede Kamer heeft het kabinet via moties opgeroepen tot vereenvoudiging van het systeem. Vervolgens heeft de minister in 2013 en 2014 de mogelijkheden voor een vereenvoudigd energielabel voor woningen besproken met de Tweede Kamer. Het vereenvoudigde energielabel is uiteindelijk met de bepalingen van de

herziene EPB-richtlijn in de loop van 2014 geïmplementeerd.

Het nieuwe *Beg* en de nieuwe *Reg* zijn op 1 januari 2015 in werking getreden (*Stb.* 2014, 294, respectievelijk *Stcrt.* 2014, 29575).

(x) Het huidige systeem werkt als volgt. Op basis van openbare gegevens, zoals het bouwjaar en bepaalde kenmerken van de woning, is een voorlopig energielabel vastgesteld. Woningeigenaren kunnen dit voorlopige energielabel via een webtool aanvullen met de belangrijkste energetische woningkenmerken. De woningeigenaar moet daarvoor, indien nodig, digitaal bewijsstukken aanleveren. Een erkend energielabeldeskundige controleert op afstand de juistheid van de gegevens en de aangeleverde bewijsstukken en kan eventueel extra bewijsstukken opvragen. Na akkoord van de erkende energielabeldeskundige en toestemming van de woningeigenaar om een definitief energielabel te registreren, verstrekt de beheerder van de webtool (een onderdeel van het ministerie van Economische Zaken) het energielabel. Het toezicht en de handhaving berusten sinds 1 januari 2015 bij de Inspectie Leefomgeving en Transport van het ministerie van Infrastructuur en Milieu (hierna: *ILT*). De *ILT* controleert op het aanwezig zijn van het energielabel bij oplevering, verkoop of verhuur van een woning. In geval van overtredingen kan de *ILT* een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete opleggen.

(xi) Naar aanleiding van de invoering van de herziene EPB-richtlijn heeft de Europese Commissie in 2012 een derde inbreukprocedure tegen Nederland geopend. In deze inbreukprocedure maakte de Europese Commissie aanvankelijk bezwaar tegen het uitblijven van een melding door Nederland van de maatregelen ter invoering van de richtlijn. In een aanvullend met redenen omkleed advies van 29 april 2015 maakte de Europese Commissie onder meer bezwaar tegen de detaillering van de energieadviezen en de sancties in geval van niet-naleving. Aan de bezwaren van de Europese Commissie is tegemoetgekomen met aanpassingen van de Woningwet op 1 juli 2015 en het *Beg* in november 2015, waarna de Europese Commissie de ingebrekestelling op 25 februari 2016 heeft ingetrokken. Op 22 juli 2016 heeft Nederland een nieuwe ingebrekestelling ontvangen van de Europese Commissie. Deze vierde inbreukprocedure heeft betrekking op de uitvoering van de (maatregelen ter invoering van de) herziene EPB-richtlijn. Deze inbreukprocedure is nog niet afgerond.

3.2.1 De vorderingen van *EnergyClaim* c.s. in dit geding behelzen, kort samengevat en voor zover in cassatie van belang, het volgende. Primair vorderen *EnergyClaim* c.s. een verklaring voor recht dat de Staat in strijd handelt met Europees recht dan wel art. 6:162 BW, door de EPB-richtlijn te laat of onjuist te implementeren, en door te handelen in strijd met het Europeesrechtelijke en Nederlandsrechtelijke beginsel van gerechtvaardigd vertrouwen en diverse algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Subsidiair vorderen *EnergyClaim* c.s. een verklaring

voor recht dat de Staat ten onrechte geen nadeelcompensatie heeft aangeboden. Meer subsidiair vorderen zij veroordeling van de Staat tot betaling van een bedrag van ruim € 37 miljoen bij wijze van nadeelcompensatie. Tevens vorderen EnergyClaim c.s. veroordeling van de Staat om de EPB-richtlijn alsnog binnen zes maanden correct in te voeren, op straffe van verbeurte van een dwangsom.

3.2.2 De rechtbank heeft de vorderingen van EnergyClaim c.s. afgewezen.

3.2.3 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd en daartoe, samengevat en voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen.

Om aansprakelijkheid te kunnen aannemen dient te zijn voldaan aan het Unierechtelijke dan wel Nederlandsrechtelijke relativiteitsvereiste. (rov. 26)

De EPB-richtlijnen hebben in de eerste plaats de bescherming van milieubelangen tot doel. Daarnaast dienen de EPB-richtlijnen de belangen van eigenaars en gebruikers van gebouwen, die baat hebben bij duidelijkheid over de energieprestaties van die gebouwen. Aan de grondslag, considerans en inhoud van de EPB-richtlijnen zijn geen aanwijzingen te ontlelen dat ook is bedoeld de belangen te dienen van bedrijven waarvoor EnergyClaim c.s. opkomen. Dat wordt niet anders door de door EnergyClaim c.s. aangehaalde arresten van het HvJEU in de zaken *Danske Slagterier* (HvJEU 24 maart 2009, zaak C-445/06, ECLI:EU:C:2009:178) en *Jutta Leth* (HvJEU 14 maart 2013, zaak C-420/11, ECLI:EU:C:2013:166, NJ 2013/364). Anders dan in die zaken kan in het onderhavige geval niet worden geoordeeld dat sprake is van een zodanig nauwe samenhang tussen de doelstelling van de geschonden norm en de belangen van eisers, dat de beschermingsdoelstelling van die norm zich mede tot de belangen van eisers uitstrekt. Bovendien stelt het relativiteitsvereiste grenzen aan de groep benadeelden die vergoeding kunnen vorderen van schade die zij lijden als gevolg van de overtreding van een norm. Dat veronderstelt dat die groep kan worden afgebakend, hetgeen in het geval van de bedrijven waarvoor EnergyClaim c.s. opkomt niet goed mogelijk is. Op grond van het voorgaande is niet voldaan aan het Unierechtelijke relativiteitsvereiste. (rov. 27-31)

Bij de beantwoording van de vraag of is voldaan aan het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW, komt het volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad aan op het doel en de strekking van de geschonden norm, aan de hand waarvan dient te worden onderzocht tot welke personen en tot welke schade en welke wijzen van ontstaan van schade de daarmee beoogde bescherming zich uitstrekt. (rov. 32)

Tussen het door de EPB-richtlijnen nagestreefde algemene belang van het terugdringen van energiegebruik en de belangen van EnergyClaim c.s. bestaat geen nauwe samenhang. De belangen van EnergyClaim c.s. kunnen ook niet worden vereenzelvigd met de belangen van eigenaars en gebruikers van gebouwen, die mede door de EPB-richtlij-

nen worden gediend. Anders dan EnergyClaim c.s. betogen, zijn certificeringsdeskundigen evenmin materieel begunstigen van de EPB-richtlijnen. Bovendien wordt met de EPB-richtlijnen niet beoogd de belangen te dienen van bedrijven waarvoor EnergyClaim c.s. opkomen. Uitlatingen van Nederlandse overheidsinstanties, waarop door EnergyClaim c.s. een beroep is gedaan, zijn niet relevant voor de bepaling van de reikwijdte van instrumenten van Unierecht. (rov. 33-37)

De Staat komt in het algemeen een ruime mate van vrijheid toe om wet- en regelgeving en beleid te wijzigen, ook als daardoor eerdere verwachtingen of vooruitzichten teniet worden gedaan. Dat laatste behoort in beginsel tot het normale ondernemersrisico. Voor een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel is vereist dat het bevoegde bestuursorgaan concrete toezeggingen heeft gedaan, waardoor gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt. Algemene informatie en toezeggingen van algemene strekking vormen in beginsel geen bron van gewettigde verwachtingen. De brieven, uitlatingen en publicaties waarop EnergyClaim c.s. zich beroepen, bevatten geen dermate concrete toezeggingen dat daarmee bij EPA-adviseurs de gerechtvaardigde verwachting kan zijn gewekt dat zij een bepaalde omzet zouden kunnen behalen met energieprestatiecertificering. Aan het oorspronkelijke voorstel van de minister – en aan de communicatie daarover naar de markt – hebben de bij EnergyClaim c.s. aangesloten bedrijven geen gerechtvaardigde verwachtingen kunnen ontlelen. De minister had – ook jegens deze bedrijven – de vrijheid om van dit voorstel terug te komen toen het politiek niet haalbaar bleek. Het enige document waarin een concrete omzetverwachting wordt uitgesproken is het VROM rapport ‘Risicoprofiel Beroepsaansprakelijkheid EPA-adviseur’ van augustus 2000. Nog daargelaten de vraag of het eenmalig vermelden van een omzetverwachting tot aansprakelijkheid leidt, dateert dit document van voor de inwerkingtreding van de EPB-richtlijnen. (rov. 41-42)

3.3 Onderdeel 1 van het middel is gericht tegen het oordeel van het hof dat niet is voldaan aan het Unierechtelijke relativiteitsvereiste. Onderdeel 2 keert zich tegen het oordeel van het hof dat niet is voldaan aan het relativiteitsvereiste van art. 6:163 BW.

Onderdeel 1.1 voert aan dat het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, nu de EPA-adviseurs van essentieel belang zijn voor het verwezenlijken van de hoofddoelstellingen van de EPB-richtlijnen. In het verlengde hiervan klaagt onderdeel 1.2 dat het hof heeft miskend dat (ook) voor vergoeding in aanmerking komt schade die wordt geleden door benadeelden van wie de belangen zo nauw samenhangen met de hoofddoelstelling van de geschonden Unierechtelijke norm, dat zij daarnaast ook rechten kunnen ontlelen.

Onderdeel 2.1 verwijt het hof te hebben miskend dat onder de door de norm beschermde belangen ook de belangen kunnen vallen die zijn afge-

leid van de direct door de norm geadresseerde belangen en daarmee zodanig nauw samenhangen dat zij daaronder moeten worden begrepen. Onderdeel 2.2 bevat een op onderdeel 2.1 voortbouwende motiveringsklacht.

3.4.1 Deze klachten lenen zich voor gezamenlijke behandeling. Daarbij wordt het volgende vooropgesteld.

3.4.2 Het HvJEU heeft maatstaven ontwikkeld voor de buitencontractuele aansprakelijkheid van een lidstaat voor de niet-naleving van het Unierecht. Zie onder meer HvJEU 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, NJ 1994/2 (*Francoovich*), en HvJEU 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, NJ 1997/145 (*Brasserie du Pêcheur en Factortame*).

Voor aansprakelijkheid van een lidstaat voor schade die particulieren lijden doordat een richtlijn niet tijdig of niet juist in nationaal recht is omgezet gelden de voorwaarden dat (i) de geschonden regel van Unierecht ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen, (ii) sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van de regel van Unierecht, en (iii) een rechtstreeks causaal verband bestaat tussen deze schending en de door de particulieren geleden schade. Het Unierecht sluit niet uit dat de lidstaat naar nationaal recht onder minder beperkende voorwaarden aansprakelijk is. Indien dat het geval is, verplicht het Unierechtelijke gelijkwaardigheidsbeginsel ertoe dat de rechter die minder beperkende voorwaarden toepast. (Vgl. HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2723, NJ 2016/166.)

3.4.3 De niet-tijdige of onjuiste omzetting van een EU-richtlijn in het nationale recht is in strijd met de op een lidstaat rustende verplichting uit hoofde van art. 4 lid 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie en art. 288, derde volzin, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, en om die reden naar Nederlands recht onrechtmatig in de zin van art. 6:162 BW. Met die onrechtmatigheid is in beginsel ook de toerekenbaarheid aan de Staat gegeven. (Vgl. HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2723, NJ 2016/166.)

3.4.4 Zowel de hiervoor in 3.4.2 bedoelde Unierechtelijke norm als het Nederlandse recht kent een relativiteitsvereiste. Het Unierechtelijke relativiteitsvereiste houdt in dat voor aansprakelijkheid is vereist dat de geschonden bepaling van Unierecht ertoe strekt particulieren rechten toe te kennen, aldus dat de schade die de particulier stelt als gevolg van die schending te hebben geleden, onder de beschermingsdoelstelling van de richtlijn valt. Zie onder meer HvJEU 14 maart 2013, C-420/11, ECLI:EU:C:2013:166, NJ 2013/364 (*Jutta Leth*), punten 33, 36 en 44. Het Nederlandse relativiteitsvereiste houdt voor zover hier van belang in dat de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden (art. 6:163 BW).

In een geval als het onderhavige stelt zowel het Unierecht als het Nederlandse recht de eis dat komt vast te staan dat de niet-tijdig of onjuist omgezette EU-richtlijn mede strekt tot bescherming van de in-

dividuele vermogensbelangen van de gedupeerden, althans dat laatstgenoemde belangen zodanig nauw samenhangen met de door de richtlijn nagestreefde doelstellingen dat de schade die is ontstaan als gevolg van niet-tijdige of onjuiste omzetting, valt onder het beschermingsbereik van de richtlijn.

3.5.1 De EPB-richtlijnen zijn gebaseerd op verdragsbepalingen die zien op milieu en energie (zie de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 5.2.1 en 5.3.1), en hebben als doelstelling (het stimuleren van) de verbetering van de energieprestatie van gebouwen. Om deze doelstelling te verwezenlijken voorzien de richtlijnen in maatregelen die onder meer bestaan in het bepalen van de energieprestatie van gebouwen, het stellen van eisen aan die energieprestatie en in energiecificering van gebouwen. Deze energiecificering dient te worden verricht door gekwalificeerde of erkende deskundigen die hetzij zelfstandig hetzij in dienst van een openbaar of particulier orgaan daartoe energieprestatiecertificaten verstrekken (art. 10 EPB-richtlijn, respectievelijk art. 17 herziene EPB-richtlijn). Met een energieprestatiecertificaat wordt de eigenaar of gebruiker van een gebouw in staat gesteld de energieprestatie van dat gebouw te beoordelen en te vergelijken met de energieprestatie van andere gebouwen.

3.5.2 Met de EPB-richtlijnen is beoogd te komen tot positieve milieueffecten als gevolg van verbeterde energieprestaties van gebouwen. Het feit dat voor de verwezenlijking van de doelstelling van de EPB-richtlijnen de betrokkenheid van met het opstellen van energiecificaten belaste deskundigen vereist is, betekent niet dat de economische en financiële belangen van deze deskundigen worden beschermd door die richtlijnen, en evenmin dat die belangen zodanig nauw samenhangen met de door die richtlijnen nagestreefde doelstellingen dat zij op die grond onder het beschermingsbereik van die richtlijnen vallen. (Vgl. HvJEU 14 maart 2013, C-420/11, ECLI:EU:C:2013:166, NJ 2013/364 (*Jutta Leth*), punt 36.)

3.5.3 De Hoge Raad ziet geen aanleiding aan het HvJEU prejudiciële vragen te stellen over de uitleg van de EPB-richtlijnen, nu over die uitleg redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan voor zover van belang voor de beslissing van de onderhavige zaak.

3.5.4 De klachten van de onderdelen 1 en 2 stuiten op het vorenstaande af.

3.6 De overige klachten van het middel kunnen evenmin tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4 Beslissing

De Hoge Raad: verwerpt het beroep; veroordeelt EnergyClaim c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Staat begroot op € 6.575,34 aan verschotten en € 2.200 voor salaris, vermeerderd met de wette-

lijke rente over deze kosten indien EnergyClaim c.s. deze niet binnen veertien dagen na heden hebben voldaan.

Noot

1. In 2003 trad een Europese richtlijn betreffende de energieprestatie van gebouwen in werking, die in 2012 door een herziene versie is opgevolgd. De 'EPB-richtlijnen' schrijven voor dat gebouwen van een energieprestatiecertificaat worden voorzien en dat de certificering wordt uitgevoerd door gekwalificeerde en/of erkende deskundigen. Nederland heeft de EPB-richtlijnen niet tijdig correct geïmplementeerd.

EnergyClaim behartigt de belangen van bedrijven in de energiebesparingsbranche, waaronder die van energielabeldeskundigen. Zij daagt (met anderen) de Staat in rechte en vordert onder meer een verklaring voor recht dat de Staat, door de EPB-richtlijnen te laat of onjuist te implementeren, in strijd handelt met Europees recht dan wel met art. 6:162 BW.

De rechtbank wijst de vorderingen af; het hof bekrachtigt dit vonnis. De Hoge Raad verworpt, overeenkomstig de conclusie van A-G Wissink, het cassatieberoep.

2. Het arrest ziet op het relativiteitsvereiste bij de aansprakelijkheid van de Staat wegens gebrekkige richtlijnimplementatie.

Een door te late of onjuiste implementatie benadeelde burger kan schadevergoeding vorderen op grond van het nationale recht (art. 6:162 BW, onrechtmatige daad, zie par. 4-6), maar ook rechtstreeks op basis van het recht van de Europese Unie (par. 7). De toepassing van die alternatieve route is eveneens in handen van de nationale rechter; zie o.m. HvJ EU 14 maart 2013, *NJ* 2013/364 (*Jutta Leth*), punt 43. In beide kaders geldt een relativiteitstoets (par. 6-8); de Hoge Raad giet die twee toetsen in één gezamenlijke mal (par. 9 e.v.).

3. Het niet-tijdig of onjuist omzetten van een EU-richtlijn in nationaal recht is in strijd met art. 4 lid 3 VEU (beginsel van loyale samenwerking) en art. 288, derde zin, VWEU (voor lidstaten verbindend karakter van richtlijnen); aldus r.o. 3.4.3. Dat Nederland nalatig is geweest in de omzetting van de EPB-richtlijnen, wordt in cassatie aangenomen (veronderstellenderwijs; zie de A-G, onder 7.3). Een sailant detail vormt, dat de Europese Commissie in dit verband maar liefst vier maal een inbreukprocedure (art. 258 VWEU) tegen ons land is begonnen (zie r.o. 3.1, onder vii en xi).

4. *Nationale weg; onrechtmatigheid.* In het kader van art. 6:162 BW levert de gebrekkige implementatie automatisch onrechtmatig gedrag op van de Staat, zodat aan het centrale vereiste van dit artikel – onrechtmatigheid – is voldaan (r.o. 3.4.3). Evenzo HR 18 september 2015, *NJ* 2016/166, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Staat/H.*).

Meer precies doet zich m.i. 'een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht' voor als bedoeld

in het tweede lid (vgl. het 'om die reden' in r.o. 3.4.3). Hoewel de overtreding van een verdragsregel strikt genomen geen strijd met de wet oplevert, kan en mag de situatie wel bij die – in zoverre ruim op te vatten – rubriek worden ondergebracht. 'Wet' heeft in dit verband welbeschouwd de lading van (betrokkene verbindend) 'geschreven recht', in tegenstelling tot het ongeschreven recht dat aansluitend in het tweede lid worden genoemd. Ook bij burgers neemt men aan dat wanneer zij voor hen verbindend Unierecht overtreden, dat strijd met een wettelijke plicht oplevert in de zin van art. 6:162 lid 2 BW; zie K.J.O. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 5.2.3.

5. *Overige vereisten.* Met de onrechtmatigheid is in beginsel ook de toerekenbaarheid aan de Staat gegeven (r.o. 3.4.3), zodat ook het tweede vereiste van art. 6:162 BW is vervuld. Normaliter zal het implementatiegebrek aan de schuld van de Staat zijn te wijten, en waar dat niet zo mocht zijn is alras sprake van een oorzaak die voor zijn rekening komt in de zin van art. 6:162 lid 3 BW. Zie nader HR 18 september 2015, *NJ* 2016/166, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Staat/H.*).

Aangenomen dat schade is geleden (hier: inkomstenderving deskundigen), die door het onrechtmatige gedrag is veroorzaakt, is het voorwaardenpakket van art. 6:162 BW vervuld. Dat brengt ons bij de vijfde en laatste drempel van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad: het relativiteitsvereiste, neergelegd in art. 6:163 BW.

6. *Relativiteit.* Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming (a) van deze benadeelde persoon, (b) met betrekking tot deze soort schade, (c) ingetreden op deze manier. Aldus, iets geschematiseerd ('wie, wat, hoe'), art. 6:163 BW, waarover TM, *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 631-636. Element c doet maar zelden van zich spreken en speelt ook in deze zaak geen rol. Aan de orde zijn wel, in combinatie, de elementen a en b: strekken de EPB-richtlijnen mede tot bescherming van de labeldeskundigen tegen inkomstenderving?

7. *Unierechtelijke weg.* De vaste jurisprudentie van het Europese Hof leert, dat de benadeelde persoon zijn vordering ook rechtstreeks op het Unierecht kan baseren; zie m.n. HvJ EG 19 november 1991, *NJ* 1994/2 (*Franovich*) en HvJ EG 5 maart 1996, *NJ* 1997/145 (*Brasserie du Pêcheur*). Dan is een autonoom rechtsregime van toepassing, dat niet samenvalt met dat van art. 6:162-163 BW. De Unierechtelijke eisen voor aansprakelijkheid wegens ontoereikende implementatie zijn in de genoemde arresten neergelegd: (i) de geschonden regel strekt ertoe aan particulieren rechten toe te kennen; (ii) er is sprake van een voldoende gekwalificeerde regel-schending; en (iii) er bestaat een rechtstreeks causaal verband tussen de regelschending en de schade. Zie ook, constaterend, de Hoge Raad in r.o. 3.4.2.

In de eerstgenoemde voorwaarde ligt een relativiteitsvereiste besloten. Dit komt scherper aan het licht in HvJ EU 14 maart 2013, *NJ* 2013/364 (*Jutta*

Leth), waarin het Hof onderzoekt of de schade 'valt onder de beschermingsdoelstelling van deze richtlijn' (punten 36 en 44; HR, r.o. 3.4.4).

8. *Vergelijking.* Hoewel het nationale regime en het Unieregime een andersoortig aanzien hebben, liggen zij per saldo niet ver bij elkaar vandaan.

Met de gebrekkige implementatie is de onrechtmatigheid gegeven (par. 4), terwijl het Unierecht net als het nationale recht de eisen kent van toerekenbaarheid (o.m. HvJ EU 14 maart 2013, *NJ* 2013/364 (*Jutta Leth*), punt 40), schade en causaal verband (par. 7, eis iii). Daarbij past wel de kanttekening dat het om autonome begrippen gaat, waarvan de invulling kan afwijken van die naar nationaal recht (zo gaat de toerekenbaarheid op in het in par. 7 vermelde eisentrio; HvJ EG 5 maart 1996, *NJ* 1997/145 (*Brasserie du Pêcheur*), punt 77-80; HvJ EU 14 maart 2013, *NJ* 2013/364 (*Jutta Leth*), punt 40-42). De verlangens dat de regelschending voldoende gekwalificeerd is (eis ii) en het causale verband rechtstreeks (eis iii), waken in het Unierecht tegen het te snel aannemen van een vergoedingsplicht.

Het in het oog springende verschilpunt is, dat in het Europese leerstuk centraal staat of de geschonden richtlijnregel ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen (par. 7, eis i), terwijl het nationale recht die vraag niet aandraagt. Bedacht zij echter dat het Unierecht geen algemene aansprakelijkheidsregeling ten behoeve van schadelijden burgers bevat (à la art. 6:162 BW). Voor de schadevergoedingsvordering moest dus nog een grondslag worden ontwikkeld. Die grondslag is – basaal en principieel – gevonden in de voorwaarde dat de richtlijnregeling ertoe moet strekken een *recht* voor burgers te creëren, zodat dezen überhaupt voor een claim in aanmerking komen. Dat het Unierecht deze voorwaarde poneert en het nationale recht niet, is dus terug te voeren op een andersoortige juridische context. In dit licht verdampt het besproken verschilpunt. Zie over de figuur van de rechtstoekenning ook A-G Wissink, onder 4.

De Unierechtelijke constructie heeft als effect, dat (de vraag naar) de strekking van de overtreden regel van meet af aan in het brandpunt staat en zich dus niet pas, zoals naar ons recht, min of meer in tweede instantie aandient (art. 6:163 BW). Maar dat impliceert geen inhoudelijk verschil.

9. *Synthese.* De kern van het arrest ligt in r.o. 3.4.4, waar de Hoge Raad leert dat, in een geval als het onderhavige, het Unierecht en het Nederlandse recht dezelfde relativiteitseis stellen. Die eis luidt, aldus de Raad, als volgt: vast moet komen te staan dat de betrokken EU-richtlijn 'mede strekt tot bescherming van de individuele vermogensbelangen van de gedupeerden, althans dat laatstgenoemde belangen zodanig nauw samenhangen met de door de richtlijn nagestreefde doelstellingen dat de schade [...] valt onder het beschermingsbereik van de richtlijn'.

Dat de Hoge Raad het nationale recht en het Unierecht in dezen op één lijn stelt, is in het licht van het vorenstaande (par. 8) gerechtvaardigd. De aanpak is zonder meer aantrekkelijk; zij dient de

rechtseenheid en houdt het beeld zo overzichtelijk mogelijk. Ook HR 18 september 2015, *NJ* 2016/166, m.nt. S.D. Lindenberg (*Staat/H.*) geeft op het terrein van de implementatiegebreken al blijk van een streven naar synthese; zie Lindenberg in diens noot, par. 8.

10. *Strekken tot bescherming.* De eerste – centrale – component van het gepresenteerde relativiteitscriterium luidt, dat de betrokken richtlijn mede moet strekken tot bescherming van de individuele vermogensbelangen van de gedupeerden. Hierin herkent men enerzijds het 'wie' en 'wat' van het nationale art. 6:163 BW (par. 6), en anderzijds de Unierechtelijke toets van het strekken tot rechtstoekenning (par. 7-8).

In theorie is er een onderscheid aanwijsbaar tussen het door de Hoge Raad voorgeschreven onderzoek naar de strekking van de *richtlijn* enerzijds, en de nationale oriëntatie (in art. 6:163 BW) op de strekking van de geschonden *norm* (hier: de plicht tot correcte richtlijnimplementatie) anderzijds. In de uitwerking maakt dat echter geen noemenswaard verschil, nu de strekking van de geschonden norm aan de hand van (de strekking van) de in concreto genegeerde richtlijn kan worden ingevuld.

11. *Althans-formule.* Aansluitend presenteert de Hoge Raad een tweede formule: 'althans dat laatstgenoemde belangen zodanig nauw samenhangen met de door de richtlijn nagestreefde doelstellingen dat de schade [...] valt onder het beschermingsbereik van de richtlijn'. Vergelijk A-G Wissink, onder 4.9.1 ('zo nauw samenhangen met de hoofddoelstelling [...]').

De passage lijkt toegevoegd om zichtbaar onderdak te bieden aan ontwikkelingen in de Europese jurisprudentie. In dit verband is met name HvJ EU 14 maart 2013, *NJ* 2013/364 (*Jutta Leth*) van belang, waaraan de HR refereert in r.o. 3.4.4. Dat arrest handelt over Richtlijn 85/337 (milieueffectbeoordeling van bepaalde projecten), die is uitgevaardigd omwille van de bescherming van het milieu en de kwaliteit van het bestaan (*Jutta Leth*, punt 34). *Leth* ziet haar woning in waarde dalen door luchtvaartlawaai en eist schadevergoeding omdat geen milieueffectbeoordeling heeft plaatsgevonden. Het HvJ overweegt dat het voorkómen van vermogensschade 'onder de beschermingsdoelstelling van richtlijn 85/337 [valt] voor zover deze schade het rechtstreekse economische gevolg van de milieueffecten' van een project is (punt 36).

In dit licht zijn binnen een richtlijn twee *beschermingskringen* te onderscheiden: naast (a) de primaire beschermingskring, waarover de richtlijngever zich daadwerkelijk heeft uitgesproken, kan ook (b) een secundaire beschermingskring aanwezig zijn, waarin zich belangen bevinden die zo nauw met de doelen van de richtlijn samenhangen dat óók zij voor bescherming in aanmerking komen. Het is deze laatste kring, die de Hoge Raad in zijn toevoeging omarmt ('zodanig nauw samenhangen').

Bij de gekozen 'althans-constructie' plaats ik een vraagteken. Deze formule suggereert een versoepe-

ling ten opzichte van hetgeen voorafgaat (vgl. 'op zaterdag, althans in het weekend'). De met 'althans' ingeleide gevallen komen zodoende, op zijn minst gedeeltelijk, buiten de ervóór genoemde beschermingsstrekking van de richtlijn terecht. Men kan die gevallen echter beter *binnen* de beschermingskring(en) van de richtlijn zelf plaatsen, zoals het Europese Hof in *Jutta Leth* ook doet (punt 36, hierboven geciteerd; idem punt 44). Ik houd het ervoor dat wij de tournure 'althans dat [...]' dienen te lezen als 'aan welke eis mede is voldaan wanneer [...]'.
12.

Toetsing. Wat de toepassing in concreto betreft valt op, dat EnergyClaim geen van de instanties heeft weten te overtuigen; rechtbank, hof, A-G en Hoge Raad (r.o. 3.5.2) oordelen eensgezind negatief. Ook naar mijn mening valt het inkomensbelang van de energielabeldeskundigen buiten de beschermingsstrekking van de EPB-richtlijnen. De betaalde inspanningen van de experts zijn een (voorzien) instrument om de richtlijndoelen te verwezenlijken, maar er bestaat onvoldoende grond om aan te nemen dat dit middel zich impliciet tot een nevendoeel heeft opgewerkt en daarmee onder de beschermingsstrekking van de richtlijnen is komen te vallen. Zie, naast r.o. 3.5.2, ook het hof (r.o. 27, 'neveneffect') en de A-G (onder 5.6, 'middel').

In breder perspectief past de observatie dat de rechter er op dit terrein voor waakt – en behoort te waken – dat het aansprakelijkheidsrecht niet buiten zijn oevers treedt.

13. *Correctie Langemeijer.* Volgens de 'correctie Langemeijer' kan het feit dat een geschreven norm is overtreden, waarbij niet aan het relativiteitsvereiste is voldaan, bijdragen tot het oordeel dat ook een *ongeschreven* norm is overtreden, waarbij wel aan de relativiteitseis is voldaan. Zie bijv. *Asser/Sieburgh* 6-IV 2019/138. In dit verband beroept EnergyClaim zich op het zorgvuldigheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel, maar zonder succes (hof, r.o. 40 e.v.). De Hoge Raad verwerpt de klachten op dit punt kortweg via art. 81 lid 1 RO (r.o. 3.6). Nader A-G Wissink, onder 7, die benadrukt dat het aan de benadeelde is om te onderbouwen waarom de correctie van toepassing is; de rechter gaat niet zelf op zoek 'naar een zorgvuldigheidsnorm die eventueel geschonden zou kunnen zijn' (A-G, onder 7.4.3).

14. Over het besproken arrest ook S.J. Tans, AA 2019/5, p. 345-352; R.J.G.M. Widdershoven, AB 2019/119. Over het in cassatie aangevochten arrest van het Haagse Hof R. Meijer, MvV 2018/4, p. 123-128.

Jac. Hijma

NJ 2020/41

HOGHE RAAD (CIVIELE KAMER)

20 december 2019, nr. 19/00135

(Mrs. C.A. Streefkerk, G. Snijders, M.V. Polak, T.H. Tanja-van den Broek, H.M. Wattendorff; plv. P-G mr. F.F. Langemeijer en A-G mr. M.H. Wissink) m.nt. J. Spier

Art. 31 lid 3 Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht; art. 2, 3, 4 VN-Klimaatverdrag; art. 3 Akkoord van Parijs; art. 2 lid 5, art. 9 lid 3 Verdrag van Aarhus; art. 2, 8, 13, 34 EVRM; Protocol nr. 16 EVRM; art. 93, 94 Grondwet; art. 3:305a, 6:162 BW; art. 236 Rv

M en R 2020/8

AB 2020/24

NJB 2020/19

RvdW 2020/89

ECLI:NL:PHR:2019:887

ECLI:NL:HR:2019:2006

Klimaatzaak Urgenda. Gevaarlijke klimaatverandering. Art. 2 en 8 EVRM; positieve verplichtingen; eisen aan beleid Staat; toetsing door rechter; common ground methode; effectieve rechtsbescherming (art. 13 EVRM). Mondiale klimaatverandering; deelverantwoordelijkheid Staat; collectieve actie (art. 3:305a BW). Concretisering verplichtingen Staat; internationale consensus; klimaatwetenschappelijke inzichten; taak rechter; reductie van ten minste 25% in 2020. Bevel Staat tot reductie; wetgevingsbevel?; politiek domein?

In deze zaak doet zich een uitzonderlijke situatie voor. Er bestaat de dreiging van een gevaarlijke klimaatverandering en het is duidelijk dat maatregelen dringend noodzakelijk zijn, zoals rechtbank en hof hebben vastgesteld en de Staat erkent.

De bescherming van art. 2 en 8 EVRM ziet ook op de samenleving of bevolking als geheel. Bij een 'real and immediate risk' hebben de staten, zonder dat hun daarbij een 'margin of appreciation' toekomt, een verplichting tot het nemen van passende maatregelen. Staten hebben vrijheid bij de keuze van de te nemen maatregelen. Maatregelen moeten daadwerkelijk redelijk en geschikt en tijdig zijn op basis van consistent beleid. De rechter kan dit toetsen. Art. 2 en 8 EVRM bevatten geen resultaatverplichting. Volgens vaste rechtspraak van het EHRM moeten de bepalingen van het EVRM zo worden uitgelegd en toegepast, dat de daarin gewaarborgde rechten praktisch en effectief zijn, rekening houdend met relevante regels van internationaal recht en de toepassingspraktijk in de lidstaten ('common ground'-methode) en met art. 13 EVRM (effectieve rechtsbescherming).

O.g.v. art. 2 en 8 EVRM is Nederland verplicht 'het zijne' te doen om een gevaarlijke klimaatverandering te voorkomen ook al betreft het een mondiaal probleem. Geen verzoek om een 'advisory opinion' aan