

No.W15.17.0088/IV

's-Gravenhage, 10 juli 2017

Bij Kabinetsmissive van 28 maart 2017, no.2017000541, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Economische Zaken, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt de amendementen bij het voorstel van wet tot wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet (voortgang energietransitie), met memorie van toelichting.

Het lid Vos c.s. heeft twee amendementen ingediend bij het wetsvoorstel tot Wijziging van de Elektriciteitswet 1998 en van de Gaswet (voortgang energietransitie).¹ De twee amendementen beogen de sluiting te realiseren van twee respectievelijk vijf kolencentrales in Nederland door middel van het aanscherpen van de rendementseisen. De amendementen voorzien in overgangspannen voor het sluiten van die kolencentrales, maar niet in financiële compensatie. De aanleiding voor de beoogde sluiting is, zo vermeldt de toelichting op de amendementen, het Klimaatverdrag van Parijs.

De Minister van Economische Zaken heeft aan de Afdeling advisering van de Raad van State twee vragen gesteld over de amendementen. De eerste vraag betreft de verhouding van de amendementen tot de Richtlijn industriële emissies.² De tweede vraag betreft de verhouding tot artikel 1, Eerste Protocol, van het Europees Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens.

Ten aanzien van de eerste vraag concludeert de Afdeling dat er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de beoogde sluiting van kolencentrales door middel van het voorschrijven van onhaalbare rendementseisen vanwege strijd met de Richtlijn industriële emissies niet is toegestaan. Daar komt bij dat sluiting van de kolencentrales op die manier oneigenlijk is, nu de mogelijkheid om rendementseisen te stellen slechts bedoeld is om de energiezuinigheid van in gebruik zijnde installaties te bevorderen. Indien sluiting van de kolencentrales wenselijk wordt geacht, dan is het aangewezen dat op een andere, meer directe manier te doen, namelijk door middel van een zogenoemde sluitingswet. De verenigbaarheid van een sluitingswet met het primaire en secundaire Europese recht op het punt van vrij verkeer en het systeem van verhandelbare broeikasgasemissierechten (ETS) vraagt dan nog wel nader onderzoek. Dat geldt tevens voor de beleidsmatige wenselijkheid van een sluitingswet.

Ten aanzien van de tweede vraag concludeert de Afdeling dat artikel 1, Eerste Protocol, van het Europees Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens niet per definitie vereist dat voor sluiting van de kolencentrales in financiële compensatie hoeft te worden voorzien. Van wezenlijk belang is dan wel dat de overgangspannen, mede gelet op de technische en economische levensduur van de kolencentrales, een adequate mogelijkheid bieden om de schade te beperken. Dat dient nader te worden onderzocht en gemotiveerd.

¹ Kamerstukken II 2016/17, 34 627, nr. 2.

² Richtlijn 2010/75/EU van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 inzake industriële emissies (geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging) (PB 2010, L 334).

De Afdeling adviseert mitsdien beide amendementen te ontraden.

1. Inleiding

Naar het oordeel van de minister van Economische Zaken hebben de amendementen ingrijpende gevolgen en brengen ze in het licht van Europees recht juridische risico's met zich mee.³ De minister heeft daarom besloten (onverplicht) advies aan de Raad van State over de amendementen te vragen.

a. *Twee amendementen*

Door het lid Vos c.s. zijn twee amendementen ingediend: nr. 9 en nr. 10. Beide amendementen voorzien in het invoegen van een artikel in de Elektriciteitswet 1998.

1. Amendement nr. 9 regelt dat het netto elektrisch rendement van een kolencentrale vanaf 1 januari 2021 ten minste 45% moet zijn. Blijkens de toelichting op dit amendement wordt hiermee beoogd de twee kolencentrales uit de jaren '90 uit te faseren.
2. Amendement nr. 10 regelt dat het netto elektrisch rendement van een kolencentrale vanaf 1 januari 2031 ten minste 48% moet zijn. Blijkens de toelichting op dit amendement wordt hiermee beoogd de resterende vijf kolencentrales in Nederland uit te faseren.

Onder netto elektrisch rendement wordt in beide amendementen verstaan: de aan het hoogspanningsnet geleverde elektriciteit gedeeld door de energie-inhoud van de ingezette brandstoffen. Het netto elektrisch rendement wordt bepaald over de laatste vijf jaar dat de kolencentrale in bedrijf is geweest of, indien de kolencentrale minder dan vijf jaar in bedrijf is, over de periode dat de kolencentrale elektriciteit heeft geleverd aan het landelijk hoogspanningsnet met een minimum van een jaar.

b. *Twee vragen*

In de aanbiedingsbrief bij de amendementen zijn aan de Afdeling advisering twee vragen voorgelegd:

1. Hoe verhoudt het stellen van rendementseisen die hoger zijn dan de huidige beste beschikbare technieken zich tot het Europese recht, in het bijzonder tot de Richtlijn industriële emissies (hierna: de Rie)? De Afdeling onderscheidt in dit verband twee, nauw met elkaar samenhangende, vragen:
 - i. Mogen hogere rendementseisen worden voorgeschreven?
 - ii. Mogen rendementseisen worden voorgeschreven die in strijd zijn met de Rie?
2. Hoe verhouden de amendementen, en in het bijzonder de wijze waarop deze amendementen de eigendomsrechten van de eigenaren van de kolencentrales reguleren, zich tot artikel 1, Eerste Protocol, van het Europees Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens (hierna: artikel 1 EP)?

c. *Kolencentrales in Nederland*

Thans zijn er in Nederland vijf kolencentrales actief: twee kolencentrales uit de jaren '90 en drie die actief zijn sinds 2015 en 2016. Per 1 juli 2017 zijn twee kolencentrales uit de jaren '80 gesloten. Aan het einde van 2015 en het begin van 2016 zijn al drie

³ Kamerstukken II 2016/17, 34 627, nr. 11.

kolencentrales uit de jaren '80 gesloten De amendementen gaan over de vijf kolencentrales die nu nog actief zijn. In tabel:

Kolencentrale	Generatie	Elektrisch rendement ⁴
Kolencentrale Borssele	Jaren '80 (gesloten 2015/16)	37-39%
Amercentrale 8 (Geertruidenberg)	Jaren '80 (gesloten 2015/16)	37-39%
Elektriciteitscentrale Gelderland (Nijmegen)	Jaren '80 (gesloten 2015/16)	37-39%
Maasvlakte I	Jaren '80 (gesloten 1 juli 2017)	37-39%
Maasvlakte II	Jaren '80 (gesloten 1 juli 2017)	37-39%
Centrale Hemweg 8 (Amsterdam)	Jaren '90	41-43%
Amercentrale 9 (Geertruidenberg)	Jaren '90	41-43%
Engie Centrale Rotterdam ("Missouriweg 69")	Actief sinds 2015	46%
Eemshaven Centrale	Actief sinds 2015	46%
Maasvlakte MPP3	Actief sinds 2016	46%

d. *Achtergrond gesloten kolencentrales*

In 2013 hebben de Staat en ruim veertig organisaties het Energieakkoord gesloten. Het doel van het Energieakkoord is om "grote stappen te zetten richting een energievoorziening die in 2050 volledig klimaatneutraal is."⁵ Achtergrond van deze gewenste transitie naar een klimaatneutrale energievoorziening was (en is) het streven van de Europese Unie om, "in de context van mondiale klimaatafspraken", in 2050 ten opzichte van 1990 80-95% minder CO₂ uit te stoten.⁶

In het Energieakkoord van 2013 was door enkele energiebedrijven afgesproken dat, als onderdeel van de transitie naar een duurzame energievoorziening, de vijf

⁴ Bron: Nota van toelichting bij het Besluit van 13 oktober 2015 tot wijziging van het Activiteitenbesluit milieubeheer (rendementseisen kolencentrales), Stb. 2015, 387, blz. 7.

⁵ Blz. 29 van het Energieakkoord; te raadplegen op www.energieakkoordser.nl.

⁶ SER (2012), *Advies Naar een Energieakkoord voor duurzame groei*, nr. 12/07; te raadplegen op www.ser.nl.

kolencentrales uit de jaren '80 zouden worden gesloten. De Autoriteit Consument en Markt (ACM) had echter aangegeven dat aannemelijk was dat de afspraak over de sluiting van kolencentrales in strijd is met het kartelverbod van artikel 6 van de Mededingingswet (Mw) en artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Kort samengevat kwam het oordeel van de ACM erop neer dat de afspraak tot sluiting van de betreffende kolencentrales in het Energieakkoord een mededingingsbeperkende overeenkomst tussen ondernemingen was die niet voldeed aan de uitzonderingen van artikel 6, derde lid, Mw en artikel 101, derde lid, VWEU. Reden hiervoor was dat volgens de ACM “een vergelijking van de geschatte prijsverhoging met de op basis van schaduwrijzen gewaardeerde milieueffecten [erop wijst dat het] van de afspraak te verwachten prijsnadeel voor de elektriciteitsverbruikers aanmerkelijk hoger kan gaan uitvallen dan de waarde die aan de positieve milieueffecten kan worden toegekend.”⁷

Om toch te voorzien in sluiting van de vijf kolencentrales uit de jaren '80 en zodoende stappen te zetten in de transitie naar een klimaatneutrale economie, is vervolgens voor een alternatieve oplossing gekozen om die kolencentrales te sluiten. Die oplossing werd gevonden in de Rie. De Rie verbiedt lidstaten om emissiegrenswaarden voor CO₂ aan vergunningen te verbinden, omdat CO₂- uitstoot wordt geregeld door de ETS-richtlijn.⁸ De Rie biedt wel de mogelijkheid voor lidstaten om rendementseisen te stellen aan installaties, waaronder kolencentrales. Dit ter bevordering van een zuinig gebruik van energie van installaties. Het stellen van rendementseisen kan indirect leiden tot een beperking van CO₂-uitstoot. De Staat besloot gebruik te maken van de mogelijkheid om rendementseisen vast te stellen om op die manier de kolencentrales uit de jaren '80 te sluiten. In het Activiteitenbesluit milieubeheer werd een rendementseis gesteld van tenminste 38% op 1 januari 2016 en van tenminste 40% op 1 juli 2017. Concreet kwam dit neer op sluiting van de Kolencentrale Borssele, de Amercentrale 8 en de Elektriciteitscentrale Gelderland op uiterlijk 1 januari 2016 en sluiting van de kolencentrales Maasvlakte I en Maasvlakte II per 1 juli 2017.

De indieners beogen nu met de amendementen ook de resterende vijf kolencentrales te sluiten. De indieners doen dat op dezelfde wijze als is gedaan voor de kolencentrales uit de jaren '80: door middel van het stellen van rendementseisen. De rendementseisen zoals die nu in het Activiteitenbesluit milieubeheer zijn gesteld blijven echter binnen de marges die (volgens documenten op basis van de Rie) met toepassing van de beste beschikbare technieken door kolencentrales kunnen worden behaald. De rendementseisen zoals die worden voorgeschreven in de amendementen gaan boven die marges uit. Door de minister is daarom de vraag gesteld of de Rie dat nog wel toestaat.

e. *Klimaatverdrag van Parijs*

De aanleiding voor het stellen van hogere rendementseisen teneinde op die wijze de vijf resterende kolencentrales te sluiten, is volgens de toelichting het Klimaatverdrag van Parijs.

⁷ ACM (2013), *Analyse van de Autoriteit Consument en Markt met betrekking tot de voorgenomen afspraak tot sluiting van 80er jaren kolencentrales in het kader van het SER Energieakkoord*; te raadplegen op www.acm.nl.

⁸ Richtlijn 2003/87/EG van het Europees parlement en de Raad van 13 oktober 2003 tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap en tot wijziging van richtlijn 96/61/EG van de Raad (PB 2003, L 275/32).

Het doel van het Klimaatverdrag van Parijs is om de opwarming van de aarde te beperken tot ruim onder twee graden Celsius ten opzichte van het pre-industriële niveau, met het streven deze tot anderhalve graad te beperken. Alle landen die partij zijn bij het verdrag – waaronder zowel de EU als haar lidstaten – moeten na ratificatie zelf hun ambitie bepalen om hieraan bij te dragen. Zij zijn vervolgens verplicht tot het nemen van maatregelen om deze ambitie te realiseren.

Het kabinet heeft aangegeven dat de doelstelling van het Klimaatverdrag van Parijs leidend is voor het Europese en nationale klimaatbeleid en dat het onverkort vasthoudt aan de Europese afspraken voor 2020, 2030 en 2050 en aan de afspraken uit het Energieakkoord van 2013.⁹ De Europese afspraken houden in dat, teneinde de doelstelling van het Klimaatverdrag van Parijs te realiseren, de CO₂-uitstoot voor de Europese Unie als geheel tegen 2020, 2030 en 2050 met respectievelijk 20, 60 en 80-95% moet worden verlaagd. Een recent rapport van Climate Analytics vermeldt dat als de Europese Unie deze doelstellingen wil halen, dit betekent dat dan in Europa voor 2030 alle kolencentrales zouden moeten worden gesloten.¹⁰

De Afdeling zet in het hiernavolgende uiteen dat sluiting niet dient te geschieden door middel van het stellen van rendementseisen, maar door middel van een nationale wet tot sluiting van de kolencentrales.

2. Beantwoording van de eerste vraag (strengere rendementseisen)

a. *De Rie*

De Rie bevat een algemeen kader voor preventie en bestrijding van verontreiniging door industriële activiteiten.¹¹ De Rie is onder meer van toepassing op kolencentrales.¹² De Rie is aangenomen op grond van artikel 192 VWEU. Daarmee beoogt de Rie de in artikel 192 VWEU opgenomen doelstellingen op het gebied van het milieu te realiseren.¹³ Artikel 193 VWEU biedt de lidstaten de mogelijkheid om verdergaande beschermingsmaatregelen te treffen; artikel 193 VWEU stelt aan dergelijke maatregelen alleen de voorwaarden dat zij verenigbaar zijn met de Verdragen en aan de Commissie ter kennis worden gebracht.¹⁴ Een en ander staat eveneens vermeld in

⁹ Kamerstukken II 2016/17, 31 793, nr. 161, blz. 1.

¹⁰ Climate analytics (2017), *A stress test for coal in Europe under the Paris Agreement. Scientific goalposts for a coordinated phase-out and divestment*. Zie blz. VI: "The long-term temperature goal adopted under the Paris Agreement of holding temperature increase to "well below 2°C above pre-industrial levels and pursuing efforts to limit the temperature increase to 1.5°C above pre-industrial levels" requires a rapid decarbonisation of the global power sector and the phaseout of the last unabated coal-fired power plant in the EU by around 2030. Phasing out coal by regulation is an effective way to achieve emissions reduction targets at a lower cost, while providing stakeholders with certainty to ensure a smooth transition to alternative power sources in regions where coal currently plays an important role."

¹¹ Artikel 1 van de Rie.

¹² Artikel 2 samen met artikel 10 en bijlage I van de RIE.

¹³ Die doelstellingen zijn: het behoud, de bescherming en de verbetering van het milieu, de bescherming van de gezondheid van de mens, behoedzaam en rationeel gebruik van natuurlijke hulpbronnen, de bevordering op internationaal vlak van maatregelen om het hoofd te bieden aan regionale of mondiale milieuproblemen, en in het bijzonder de bestrijding van klimaatverandering.

¹⁴ Zie ook HvJ EU 14 april 2005, C-6/03, Deponiezweckverband Eiterköpfe, ECLI:EU:C:2005:222, paragraaf 27.

de considerans van de Rie.¹⁵ Dit betekent dat de eisen neergelegd in de Rie minimumeisen zijn.

De Rie schrijft voor dat lidstaten de nodige maatregelen treffen opdat installaties worden geëxploiteerd overeenkomstig onder andere het beginsel dat de beste beschikbare technieken (bekend onder de afkorting: BBT) worden toegepast.¹⁶ Lidstaten moeten daartoe een vergunningstelsel opzetten.¹⁷ Aan die vergunning moeten voorwaarden worden verbonden ter vervulling van de eisen van de Rie.¹⁸ De beste beschikbare technieken worden vastgesteld door de Europese Commissie.¹⁹ De door de Europese Commissie vastgestelde beste beschikbare technieken vormen de referentie voor de vergunningsvoorwaarden.²⁰ Om het verlenen van vergunningen te vergemakkelijken hebben de lidstaten op grond van de Rie ook de mogelijkheid om voor bijzondere categorieën installaties eisen vast te leggen in algemeen verbindende voorschriften.²¹ Bij de vaststelling van algemeen verbindende voorschriften dient te worden gegarandeerd dat die een beschermingsniveau bieden dat gelijkwaardig is aan het niveau dat door middel van individuele vergunningsvoorwaarden tot stand wordt gebracht.²² De algemeen verbindende voorschriften dienen ook te worden gebaseerd op de beste beschikbare technieken.²³

Kolencentrales vallen eveneens onder de ETS-richtlijn.²⁴ Deze regelt de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Europese Unie (European Union Emissions Trading System: ETS) voor bepaalde sectoren van de economie. Om overlapping in regelgeving te voorkomen is in de Rie²⁵ geregeld dat vergunningen voor installaties die ook onder de ETS-richtlijn vallen geen emissiegrenswaarden mogen bevatten voor de in de ETS-richtlijn²⁶ gespecificeerde broeikasgassen, waaronder CO₂. Wel kunnen lidstaten voor die installaties op grond van de Rie voorschriften voor energie-efficiëntie opleggen.²⁷ Nederland heeft dat, zoals eerder vermeld, gedaan. In het Activiteitenbesluit milieubeheer is voor kolencentrales een rendementseis gesteld van tenminste 38% per 1 januari 2016 en tenminste 40% per 1 juli 2017.²⁸

Onder beste beschikbare technieken wordt in de Rie verstaan: “het meest doeltreffende en geavanceerde ontwikkelingsstadium van de activiteiten en exploitatiemethoden waarbij de praktische bruikbaarheid van speciale technieken om het uitgangspunt voor de emissiegrenswaarden en andere vergunningsvoorwaarden te

¹⁵ Punt 10 van de considerans van de Rie: “Overeenkomstig artikel 193 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) is het lidstaten door de onderhavige richtlijn niet verboden verdergaande beschermingsmaatregelen te handhaven of te treffen, bijvoorbeeld eisen ten aanzien van de uitstoot van broeikasgassen, op voorwaarde dat deze maatregelen verenigbaar zijn met de Verdragen en dat de Commissie op de hoogte is gesteld”.

¹⁶ Artikel 11, onder b, van de Rie.

¹⁷ Artikel 4 van de Rie.

¹⁸ Artikel 14, eerste lid, van de Rie.

¹⁹ Artikel 13 van de Rie.

²⁰ Artikel 14, derde lid, van de Rie.

²¹ Artikel 6, eerste lid, van de Rie.

²² Artikel 17, eerste lid, van de Rie.

²³ Artikel 17, tweede lid, van de Rie.

²⁴ Zie artikel 2, eerste lid, samen met bijlage I en II van de ETS-richtlijn.

²⁵ Artikel 9, eerste lid, van de Rie.

²⁶ Bijlage II van de ETS-richtlijn.

²⁷ Zoals volgt uit het bepaalde in artikel 9, tweede lid, van de Rie.

²⁸ Artikelen 5.12a, derde lid, en 5.14, eerste lid, van het Activiteitenbesluit milieubeheer.

vormen is aangetoond, met het doel emissies en effecten op het milieu in zijn geheel te voorkomen of, wanneer dat niet mogelijk is, te beperken.”²⁹ Onder ‘beschikbare’ wordt in de Rie verstaan: “op zodanige schaal ontwikkeld dat de betrokken technieken, kosten en baten in aanmerking genomen, economisch en technisch haalbaar in de betrokken industriële context kunnen worden toegepast, onafhankelijk van de vraag of die technieken al dan niet op het grondgebied van de betrokken lidstaat worden toegepast of geproduceerd, mits zij voor de exploitant op redelijke voorwaarden toegankelijk zijn.”³⁰ De door de Europese Commissie opgestelde documenten waarin de beste beschikbare technieken staan beschreven, worden “BBT-referentiedocumenten” genoemd. Het BBT-referentiedocument voor kolencentrales is het Reference Document on Best Available Techniques for Large Combustion Plants van juli 2006 (hierna: de BREF).

De BREF geeft rendementseisen voor bestaande en nieuwe (steen)kolencentrales. Hier zijn alleen van belang de rendementseisen voor bestaande kolencentrales, nu de kolencentrales waarop de amendementen zien allemaal bestaande kolencentrales zijn. Op grond van de BREF gelden voor bestaande (steen)kolencentrales thans rendementseisen van 36 – 40%. Door toepassing van beste beschikbare technieken bij bestaande installaties kan volgens de BREF een verbetering van meer dan 3% worden verwacht.³¹ In juni 2016 is door de Europese Commissie een ontwerp van een nieuw BBT-referentiedocument voor kolencentrales opgesteld. In dit ontwerp worden voor bestaande (steen)kolencentrales met een vermogen van 1000 MW of minder rendementseisen voorgesteld van 32.5 – 41.5%.³²

Dit alles betekent dat de in de amendementen voorgeschreven rendementseisen hoger zijn dan de rendementseisen die in de BREF (en het ontwerp van de nieuwe BREF) worden genoemd wanneer de in die BREF beschreven beste beschikbare technieken voor bestaande (steen)kolencentrales worden toegepast.

b. *Verhouding van de amendementen tot de Rie*

i. Mogen hogere rendementseisen worden voorgeschreven?

De Rie is, zoals hiervoor vermeld, gebaseerd op artikel 192 VWEU. Dit betekent dat Nederland op grond van artikel 193 VWEU strengere maatregelen mag treffen. Dat staat ook vermeld in de considerans van de Rie. Gelet hierop moet worden aangenomen dat Nederland andere, strengere beste beschikbare technieken kan vaststellen die leiden tot hogere rendementseisen. Niemand kan echter worden gehouden tot het onmogelijke. Dit beginsel komt ook tot uitdrukking in artikel 11, onder b, van de Rie, dat voorschrijft dat installaties overeenkomstig de beste *beschikbare* technieken worden geëxploiteerd. Wanneer hogere rendementseisen worden voorgeschreven, moet dus wel worden gemotiveerd dat die andere, strengere technieken economisch en technisch haalbaar zijn. In dit geval ontbreekt die motivering echter volledig. Het is daarentegen juist de bedoeling dat de exploitanten de voorgeschreven rendementseisen niet gaan halen (ook niet binnen de

²⁹ Artikel 3, tiende lid, van de Rie.

³⁰ Artikel 3, tiende lid, onder b, van de Rie.

³¹ Zie voor de rendementseisen paragraaf 4.5.5 van de BREF. Te raadplegen op <http://eippcb.jrc.ec.europa.eu>.

³² Zie paragraaf 10.2.1.2 van het ontwerp; te raadplegen op <http://eippcb.jrc.ec.europa.eu>.

overgangsperioden) en dat de kolencentrales dan worden gesloten. De voorgestelde rendementseisen zijn daarmee naar het oordeel van de Afdeling in strijd met artikel 11, onder b van de Rie, en de strekking daarvan.

- ii. Mogen rendementseisen worden voorgeschreven die in strijd zijn met de Rie?

Vervolgvraag is of, gelet op artikel 193 VWEU, hogere rendementseisen mogen worden voorgeschreven, ook al zijn die in strijd met de Rie en de strekking daarvan. Met andere woorden: moet bij het treffen van verdergaande maatregelen de richtlijn nog in acht moet worden genomen, of kan in het geval van het treffen van verdergaande maatregelen volledig aan de richtlijn voorbij worden gegaan? Deze vraag is door het Hof van Justitie EU (HVJ EU) nog niet ten principale beantwoord. Een opvatting in de literatuur³³ is dat uit het ERG II-arrest³⁴ kan worden afgeleid dat verdergaande maatregelen niet in strijd mogen zijn met de expliciete inhoud van een richtlijn. In het ERG II-arrest is overwogen dat een lidstaat zich niet met succes kan beroepen op een artikel in een richtlijn dat verdergaande maatregelen toestaat, wanneer die maatregel in strijd is met een door de richtlijn gewaarborgde minimale bescherming, waaraan redelijkerwijs geen afbreuk kan worden gedaan, of wanneer die maatregel in strijd is met de doelstellingen van de richtlijn. In genoemde literatuur wordt opgemerkt dat er geen reden is aan om te nemen waarom dit niet tevens zou gelden voor maatregelen op grond van artikel 193 VWEU. Wanneer van deze opvatting wordt uitgegaan, dan betekent dit dat er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat het HvJ EU zal oordelen dat Nederland zich niet met succes kan beroepen op artikel 193 VWEU en dus dat de amendementen vanwege strijd met de Rie niet zijn toegestaan. De casus in het ERG II-arrest is echter niet volledig vergelijkbaar. Anders dan in het ERG II-arrest, gaat het hier om een maatregel die op zich in overeenstemming is met de doelstelling van een richtlijn (hier: de Rie). Ook doet de maatregel in dit geval geen afbreuk aan procedurele waarborgen van exploitanten. Daar staat tegenover dat de amendementen wel afbreuk doen aan de waarborg van de Rie voor exploitanten dat alleen beschikbare technieken worden voorgeschreven.

Gelet op het voorafgaande moet er naar het oordeel van de Afdeling in ieder geval ernstig rekening mee moet worden houden dat de amendementen vanwege strijd met de Rie en de strekking daarvan niet zijn toegestaan.

c. *Alternatief: sluitingswet*

Gelet op voorgaande ligt het niet voor de hand om de kolencentrales te sluiten door middel van het voorschrijven van onhaalbare rendementseisen. Daar komt nog bij dat de mogelijkheid om rendementseisen te stellen is bedoeld om de energiezuinigheid van installaties te bevorderen. De amendementen gebruiken die mogelijkheid nu om rendementseisen vast te stellen waarvan het niet de bedoeling is dat ze worden gehaald. Zodoende wordt sluiting van installaties op oneigenlijke wijze afgedwongen. Ook om deze reden acht de Afdeling sluiting van de kolencentrales op deze manier niet juist.

³³ J. H. Jans, H.H.B. Vedder, *European Environmental Law. After Lisbon*. Europa Law Publishing 2012, blz. 121.

³⁴ HVJ EU 9 maart 2010, zaak C-379/08 en C-380/08, ERG II, ECLI:EU:C:2008:582.

Indien sluiting van de kolencentrales wenselijk wordt geacht, dan zou dit op een andere, meer directe manier gedaan moeten worden. Dit kan door middel van een nationale wet waarin wordt geregeld dat op een bepaalde datum alle elektriciteitsproductie met kolencentrales verboden wordt. Deze mogelijkheid is eveneens genoemd in de bijlage bij de brief van het kabinet van 19 januari 2017 naar aanleiding van de op 26 november 2015 aangenomen motie van de Kamerleden Van Weyenberg en Van Veldhoven om een plan op te stellen voor het uifaseren van alle kolencentrales in Nederland.³⁵ Deze mogelijkheid wordt in die bijlage aangeduid als een ‘sluitingswet’. De Rie staat naar het oordeel van de Afdeling aan deze mogelijkheid – een sluitingswet – in ieder geval niet in de weg, nu de Rie pas in beeld komt wanneer installaties niet als zodanig zijn verboden. Wel zal een sluitingswet ook getoetst moet worden aan ander relevant primair en secundair Europees recht. Dat is in ieder geval de ETS-richtlijn en de bepalingen van het VWEU betreffende het vrij verkeer, in het bijzonder de vrijheid van vestiging. Indien sluiting van de kolencentrales wenselijk wordt geacht, moet hiernaar nader onderzoek worden verricht. Het verdient daarnaast aanbeveling de beleidsmatige wenselijkheid van een sluitingswet zorgvuldig te bezien nu specifiek voor deze problematiek het ETS stelsel van kracht is dat op Europees niveau bedrijfseconomisch optimale afwegingen beoogt. Het sluiten van – relatief moderne – kolencentrales is een heel andere benadering dan waarvoor in Europees verband is gekozen. Op Europese schaal kan dit als gevolg van het zogenoemde waterbedeffect dan ook ondoelmatig zijn.³⁶

d. *Conclusie*

Er moet ernstig rekening mee worden gehouden dat de beoogde sluiting van kolencentrales door middel van het voorschrijven van rendementseisen vanwege strijd met de Rie niet is toegestaan. Bovendien is sluiting op die manier oneigenlijk. Een sluitingswet ligt als vorm juridisch gezien dan ook meer voor de hand. Wel zal dan nader onderzoek moeten worden verricht naar verenigbaarheid met het Europees recht en is de beleidsmatige wenselijkheid van een sluitingswet een belangrijk punt van aandacht.

3. Beantwoording van de tweede vraag (eigendomsrecht)

a. *Artikel 1 EP*

Artikel 1 EP luidt in de officiële Nederlandse vertaling:

“Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.

De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.”

³⁵ Zie voor de motie Kamerstukken II 2015/16, 34 302, nr. 90, was nr. 60. Zie voor de kabinetsbrief en de bijlage Kamerstukken II 2016/17, 30 196, nr. 505.

³⁶ Zie hierover nader het advies van de Afdeling van 15 december 2016 over het wetsvoorstel voor een Klimaatwet (nr. W01.16.0247/I), Kamerstukken II 2016/17, 34 534, nr. 5.

Voor een toets aan artikel 1 EP bestaat een vast toetsingskader. Deze bestaat uit de volgende stappen:

- i. Is sprake van een inmenging in het eigendomsrecht in de zin van artikel 1 EP?
- ii. Zo ja, gaat het dan om regulering van eigendom of om (de facto) onteigening?
- iii. Is de inmenging voorzien bij wet?
- iv. Dient de inmenging een legitieme doelstelling in het algemeen belang?
- v. Is er een behoorlijk evenwicht tussen de vereisten van het algemeen belang van de samenleving en de bescherming van de fundamentele rechten van de eigenaar ('fair balance')?

Als een inmenging leidt tot een individuele en buitensporige last ('individual and excessive burden') voor de betrokkene, dan wordt niet aan het vereiste van een fair balance voldaan. De fair balance-toets kan plaatsvinden op twee niveaus: het niveau van de wettelijke maatregel als geheel en op het niveau van het individuele geval, rekening houdend met de in dat individueel geval geldende (lastenverzwarende) omstandigheden.³⁷

b. *Verhouding van de amendementen tot artikel 1 EP*

i. *Inmenging?*

De amendementen beogen, door middel van het stellen van rendementseisen, de twee actieve kolencentrales uit de jaren '90 respectievelijk de in totaal vijf resterende kolencentrales te sluiten. Daarmee is sprake van een inmenging in het eigendomsrecht van de eigenaren van de kolencentrales in de zin van artikel 1 EP.

ii. *Regulering of (de facto) onteigening?*

In een recent arrest over de Wet verbod pelsdierhouderij heeft de Hoge Raad overwogen dat uit de jurisprudentie van het EHRM volgt dat wanneer de rechthebbenden "enig economisch belang of een zinvolle gebruiksmogelijkheid behouden bij (activa) van de onderneming", geen sprake is van een de facto onteigening, maar van regulering van eigendom.³⁸ De conclusie van de P-G bij het arrest onderstreept dat de omstandigheid dat een regeling resulteert in een algehele sluiting van een onderneming dat niet anders maakt.³⁹ Het gaat erom "of de activa in de door maatregel getroffen – en daardoor wellicht beëindigde – onderneming een meer dan te verwaarlozen waarde behouden", aldus de conclusie van de P-G.⁴⁰

In de toelichting bij de amendementen wordt niet inzichtelijk gemaakt of de eigenaren van de kolencentrales – na sluiting – enig economisch belang of een zinvolle gebruiksmogelijkheid bij de activa van de onderneming behouden. De Afdeling neemt aan dat na sluiting verschillende activa resteren, zoals de grond, het bedrijfsgebouw en de inventaris. Hoewel bijvoorbeeld niet zeker is wat er met de grond na sluiting nog kan

³⁷ Conclusie P-G, gepubliceerd op 19 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:89, punt 2.35 (Wet verbod pelsdierhouderij).

³⁸ HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, r.o. 3.4.2. (Wet verbod pelsdierhouderij). Met verwijzing naar EHRM 18 februari 1991, nr. 12033/86 (Fredin/Zweden) en EHRM 7 juli 1989, nr. 10873/84 (Tre Traktörer Aktiebolag/Zweden).

³⁹ Conclusie P-G, gepubliceerd op 19 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:898, punt 2.26 (Wet verbod pelsdierhouderij).

⁴⁰ Conclusie P-G, gepubliceerd op 19 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:898, punt 2.29 (Wet verbod pelsdierhouderij).

gebeuren, acht de Afdeling het aannemelijk dat deze activa na sluiting in ieder geval een meer dan te verwaarlozen waarde behouden, zodat de eigenaren van de kolencentrales die activa nog kunnen verkopen. Dit betekent dat eigenaren van de kolencentrales ook na algehele sluiting enig economisch belang of een zinvolle gebruiksmogelijkheid bij de activa behouden. Hieruit volgt dat sprake is van regulering van eigendom en niet van een de facto onteigening.

iii. Bij wet voorzien?

Het vereiste dat een inmenging bij wet moet zijn voorzien, houdt niet alleen in dat er een nationale wettelijke regeling is, maar tevens dat die regeling voldoende precies, toegankelijk en voorzienbaar moet zijn.

De amendementen voorzien in het invoegen van een artikel in de Elektriciteitswet 1998. Met dat artikel wordt een nationale rechtsbasis gecreëerd die op zichzelf voldoende precies en nauwkeurig is in de omschrijving en die op de gebruikelijke wijze bekend zal worden gemaakt. Echter, zoals hiervoor uiteengezet, moet er rekening mee worden gehouden dat de voorziene wettelijke basis vanwege strijd met de Rie niet is toegestaan en daarmee dat het bij de amendementen in te voegen artikel niet ten grondslag kan worden gelegd aan de sluiting van de kolencentrales, zodat niet kan worden voldaan aan het vereiste dat de inmenging bij wet moet zijn voorzien. In deze gedachtegang kan niet worden uitgesloten dat er reeds om die reden strijd is met artikel 1 EP; dan zou aan de overige vereisten voor een rechtvaardiging niet meer worden toegekomen.

De Afdeling zal de overige vereisten hierna bespreken; ook voor het geval dat wordt gekozen voor een sluitingswet. Met een sluitingswet wordt voldaan aan het vereiste dat de inmenging in het eigendomsrecht bij wet is voorzien. Voor de beoordeling van de overige vereisten maakt het geen verschil of de kolencentrales worden gesloten door middel van rendementseisen of door middel van een sluitingswet. Beide manieren komen immers neer op hetzelfde: sluiting. Wat hierna wordt opgemerkt over de amendementen, geldt dus ook voor een sluitingswet.

iv. Legitieme doelstelling in het algemeen belang?

Bij de vaststelling door de nationale wetgever van wat als een legitieme doelstelling in het kader van het algemeen belang kan gelden, laat het EHRM de lidstaten een ruime tot zeer ruime beoordelingsmarge ('margin of appreciation').⁴¹ De 'ondergrens' is dat de regeling niet zonder redelijke grond mag zijn. Het doel van indieners van de amendementen is om broeikasgasemissies zodanig te reduceren dat aan het klimaatverdrag van Parijs kan worden voldaan. Dit om klimaatontwrichting te voorkomen. Het komt de Afdeling voor dat het beperken van broeikasgasemissies in Nederland om aan het Klimaatverdrag van Parijs te voldoen een legitieme doelstelling in het algemeen belang is.

⁴¹ Conclusie P-G, gepubliceerd op 19 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:898, punt 2.36 (Wet verbod pelsdierhouderij). Met verwijzing naar onder meer: EHRM 21 februari 1986, nr. 8793/79 (James e.a./Verenigd Koninkrijk), paragraaf 46 en EHRM 29 maart 2010, nr. 34044/02 (Depalle/Frankrijk), paragraaf 83.

v. Fair balance?

De rechtvaardiging van een inmenging in het eigendomsrecht wordt door het EHRM beoordeeld aan de hand van de vraag of een rechtvaardig en evenwichtig resultaat ('fair balance') is bereikt, waarbij de belangen van de staat bij een inmenging in het eigendomsrecht in een evenwichtige verhouding moeten staan tot het belang van het individu bij het ongestoord genot van zijn eigendom.

De middelen om een fair balance te bereiken zijn financiële compensatie,⁴² overgangsmaatregelen⁴³ en hardheidsclausules⁴⁴. In het geval van regulering van eigendom is financiële compensatie niet per definitie vereist voor het bereiken van een fair balance.⁴⁵ Compensatie is in het geval van regulering slechts een van de middelen die in aanmerking kunnen worden genomen.⁴⁶ Voor de bepaling van een fair balance is eveneens van belang of een inmenging behoort tot het voorzienbare bedrijfsrisico.⁴⁷

Voorts geldt dat de keuze van de middelen om het gestelde doel te bereiken proportioneel moeten zijn, dat wil zeggen geschikt en noodzakelijk om het doel te bereiken. Ook bij de keuze van de middelen om het gestelde doel te bereiken komt de wetgever een ruime beoordelingsmarge toe ('margin of appreciation').⁴⁸ Ten slotte is van belang dat het voor de bepaling van de fair balance in beginsel niet ongerechtvaardigd wordt geacht om de kosten verbonden aan maatregelen ter beperking van schade aan het milieu en andere maatschappelijke belangen voor rekening te laten van de bedrijven die die schade veroorzaken.⁴⁹

De amendementen voorzien als middel om een fair balance te bereiken in overgangperiodes. De amendementen voorzien niet in compensatie, maar dat is ook niet zonder meer noodzakelijk, omdat sluiting van kolencentrales neerkomt op regulering van eigendom en niet op de facto onteigening. De vraag of sluiting van de kolencentrales behoort tot het normale bedrijfsrisico, is afhankelijk van de vraag

⁴² Conclusie P-G, gepubliceerd op 19 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:898, punt 2.34 (Wet verbod pelsdierhouderij). Met verwijzing naar: T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het Straatsburgse perspectief*, in: Preadviezen 2005, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Kluwer: 2005, blz. 63.

⁴³ Conclusie P-G, gepubliceerd op 19 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:898, punt 2.34 (Wet verbod pelsdierhouderij). Met verwijzing naar: EHRM 13 januari 2015, nr. 65681/13 (Vekony/Hongarije), paragraaf 34 en HvJEU 11 juni 2015, C-98/14, ECLI:EU:C:2015:386 (Berlington Hungary/Tanácsadó és Szolgálató kft/Magyar Allam), paragraaf 85.

⁴⁴ Conclusie P-G, ECLI:NL:PHR:2016:898, gepubliceerd op 19 september 2016, punt 2.34 (Wet verbod pelsdierhouderij). Met verwijzing naar: EHRM 30 april 2013, nr. 37265/10, AB 2014/13, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, paragraaf 59.

⁴⁵ Conclusie P-G, ECLI:NL:PHR:2016:898, gepubliceerd op 19 september 2016, punt 2.34 (Wet verbod pelsdierhouderij). Met verwijzing naar: EHRM 24 november 2009, nrs. 16072/06 en 27809/08 (Countryside Alliance e.a./Verenigd Koninkrijk), paragraaf 57.

⁴⁶ Conclusie P-G, gepubliceerd op 19 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:898, punt 2.34 (Wet verbod pelsdierhouderij). Met verwijzing naar: T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse burgerlijk recht: het Straatsburgse perspectief*, in: Preadviezen 2005, uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Kluwer: 2005, blz. 67.

⁴⁷ Conclusie P-G, ECLI:NL:PHR:2016:898, gepubliceerd op 19 september 2016, punt 2.34 (Wet verbod pelsdierhouderij). Met verwijzing naar onder meer: T. Barkhuysen & M.K.G. Tjepkema, *Aansprakelijkheid uit 'rechtmatige' overheidsdaad*, Themis 2006/5, blz. 193.

⁴⁸ EHRM 7 juli 1989, nr. 10873/84, paragraaf 62 (Tre Traktor Aktiebolag/Zweden).

⁴⁹ HR 16 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5493, r.o. 7.2 (Wet herstructurering varkenshouderij).

wanneer de eigenaren zich konden realiseren dat er een serieuze kans op sluiting was. In dit geval konden de eigenaren zich pas op zijn vroegst instellen op sluiting vanaf de aanneming van motie van 26 november 2015 van Van Weyenberg/Van Veldhoven om een plan op te stellen voor het uitschakelen van alle kolencentrales in Nederland. Anders dan de toelichting bij de amendementen stelt was sluiting nog niet te voorzien in 2007, omdat het debat destijds in het teken stond van mogelijkheden om broeikasgasemissies te beperken (zoals CO₂-afvang en opslag; CCS), maar niet om kolencentrales te sluiten.

Dat thans wordt gekozen voor sluiting in plaats van minder zware maatregelen zoals CCS, betekent verder, gelet op de beoordelingsruimte die de lidstaten hierbij toekomt, niet dat per definitie geen fair balance wordt bereikt. Datzelfde geldt voor de omstandigheid dat, gegeven het ETS, beperking van emissies in Nederland door middel van sluiting kan leiden tot hogere emissies elders (het zogenoemde waterbedeffect). Van belang is ten slotte dat het niet ongerechtvaardigd hoeft te zijn om kosten voor het beperken van schade aan het milieu in beginsel voor de vervuiler te laten.

Gelet op het voorafgaande is de Afdeling van oordeel dat het niet per definitie in strijd is met de vereiste fair balance om de kolencentrales te sluiten zonder compensatie. Van essentieel belang is dan wel dat de overgangperiodes een adequate mogelijkheid bieden voor de eigenaren van de kolencentrales om hun schade te beperken. De overgangperiodes worden in de toelichting niet gemotiveerd. Daardoor zijn ze arbitrair. Indien wordt volstaan met overgangperiodes zal nader moeten worden onderzocht en gemotiveerd waarom die toereikend worden geacht. In dit verband kan onder meer van belang zijn wat de technische en economische levensduur van de kolencentrales is, of de eigenaren van de kolencentrales voorafgaand aan het aannemen van de genoemde motie investeringen hebben gedaan om de levensduur te verlengen en of de kolencentrales gedurende de overgangperiodes winstgevend kunnen blijven opereren. De Afdeling beschikt niet over deze gegevens en kan daarom niet vaststellen of de overgangperiodes adequaat zijn.

Ten slotte merkt de Afdeling nog op dat ook als na nader onderzoek tot de conclusie wordt gekomen dat met de overgangperiodes kan worden volstaan en sluiting van de kolencentrales op het niveau van de wettelijke maatregel als geheel dus aan het fair balance vereiste voldoet, nog steeds de mogelijkheid bestaat dat zich op individueel niveau nog een schending van het fair balance vereiste kan voordoen waarvoor schadevergoeding moet worden betaald.⁵⁰

c. *Conclusie*

Er moet ernstig rekening mee worden gehouden dat het sluiten van de kolencentrales door middel van het stellen van rendementseisen vanwege strijd met de Rie niet is toegestaan. In dat geval kan het bij de amendementen in te voegen artikel niet ten grondslag kan worden gelegd aan de sluiting van de kolencentrales en kan niet worden uitgesloten dat er reeds om die reden strijd is met artikel 1 EP. Voorts merkt de Afdeling met betrekking tot artikel 1 EP op dat voor sluiting van de kolencentrales niet per definitie in financiële compensatie hoeft te worden voorzien. Van essentieel belang

⁵⁰ HR 16 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD5493, r.o.7.3 (Wet herstructurering varkenshouderij).

is dan wel dat de overgangstermijnen toereikend zijn om de schade te beperken. Dat dient nader te worden onderzocht en gemotiveerd.

Onverminderd het voorgaande merkt de Afdeling het volgende op.

4. Handhaving

De amendementen voorzien in het invoegen van een artikel in de Elektriciteitswet 1998. De Elektriciteitswet 1998 voorziet echter niet in een grondslag om de in de amendementen voorgeschreven rendementseisen te handhaven. De amendementen voorzien evenmin in het toevoegen van een dergelijke grondslag aan die wet. Om handhaving van de rendementseisen alsnog mogelijk te maken, kan daartoe een grondslag worden opgenomen in de Elektriciteitswet 1998. Gedeputeerde staten zijn het bevoegd gezag voor handhaving van de rendementseisen voor kolencentrales die zijn opgenomen in het Activiteitenbesluit milieubeheer.⁵¹ Het ligt daarom voor de hand in de Elektriciteitswet 1998 te regelen dat gedeputeerde staten ook het bevoegd gezag zijn voor handhaving van de in de amendementen voorgeschreven rendementseisen.

De Afdeling adviseert in de Elektriciteitswet 1998 een grondslag op te nemen voor handhaving van de rendementseisen door provinciale staten.

5. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

De vice-president van de Raad van State,

⁵¹ Zie de artikelen 5.1 en 5.2 van de Wet algemene bepalingen omgevingsrecht samen met Bijlage I, onderdeel C, categorie 1, onder 1.1, sub c, en 1.3, sub b, van het Besluit omgevingsrecht.

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W15.17.0088/IV

- Bij de formulering van de amendementen nauwkeuriger aansluiten bij de formulering van de artikelen 5.12a, derde lid, en 5.14, eerste lid, van het Activiteitenbesluit milieubeheer.