

Vergaderjaar 2010–2011

32 667

Wijziging van de Wet milieubeheer en de Wet op de economische delicten ten behoeve van de implementatie van richtlijn nr. 2009/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 23 april 2009 tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG teneinde de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap te verbeteren en uit te breiden (PbEU L 140) en de uitvoering van verordening (EU) nr. 1031/2010 van de Commissie van 12 november 2010 inzake de tijdstippen, het beheer en andere aspecten van de veiling van broeikasgasemissierechten overeenkomstig Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap (PbEU L 302) en verordening (EU) nr. 920/2010 van de Commissie van 7 oktober 2010 inzake een gestandaardiseerd en beveiligd registersysteem overeenkomstig Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad en Beschikking nr. 280/2004/EG van het Europees Parlement en de Raad (PbEU L 270) (herziening EG-richtlijn handel in broeikasgasemissierechten)

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 23 december 2010 en het nader rapport d.d. 17 februari 2011, aangeboden aan de Koningin door de staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 24 november 2010, no. 10.003255, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet milieubeheer en de Wet op de economische delicten ten behoeve van de implementatie van richtlijn nr. 2009/29/EG van het Europees Parlement en

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

de Raad van de Europese Unie van 23 april 2009 tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG teneinde de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap te verbeteren en uit te breiden (PbEU L 140) en de uitvoering van verordening (EU) nr. ... van de Commissie van ... inzake de tijdstippen, het beheer en andere aspecten van de veiling van broeikasgasemissierechten overeenkomstig Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van een regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap (PbEU L ...) en verordening (EU) nr. 920/2010 van de Commissie van 7 oktober 2010 inzake een gestandaardiseerd en beveiligd registersysteem overeenkomstig Richtlijn 2003/87/EG van het Europees Parlement en de Raad en Beschikking nr. 280/2004/EG van het Europees Parlement en de Raad (PbEU L 270) (herziening EG-richtlijn handel in broeikasgasemissierechten), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel betreft de wijziging van met name hoofdstuk 16 van de Wet milieubeheer (hierna: Wm) ter verbetering en uitbreiding van het Europese systeem van handel in broeikasgasemissierechten, het ETS.

De Afdeling advisering van de Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar maakt opmerkingen over het gebruik van de opbrengsten van de veilingen en de terugvordering en de verrekening. Zij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het voorstel wenselijk is.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 24 november 2010, nr. 10.003255, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij toe te zenden.

Dit advies, gedateerd 23 december 2010, nr. W14.10.0533/IV, bied ik U hierbij aan.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met de opmerkingen van de Afdeling rekening zal zijn gehouden. Hieronder ga ik in op het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State.

1. Gebruik opbrengsten veiling

Het uitgangspunt van richtlijn 2009/29 (hierna: de richtlijn) is dat emissierechten worden verdeeld door veilen. Wat het gebruik van de opbrengsten van deze veilingen betreft, wijzigt artikel I, onder 11, van de richtlijn artikel 10, derde lid, eerste alinea, van richtlijn 2003/87 zodanig dat de lidstaten bepalen hoe deze opbrengsten worden gebruikt. Ten minste 50% van de opbrengsten uit de veilingen van emissierechten, of het financiële waarde-equivalent van deze inkomsten, zou moeten worden gebruikt voor één of meerdere in dit lid genoemde doelstellingen die onder meer reductie van de emissie van broeikasgassen en de ontwikkeling van duurzame energie betreffen. De opbrengst zou tevens moeten worden gebruikt voor de dekking van kosten van uitvoering van het ETS. Ingevolge de tweede alinea voldoen de lidstaten, kort gezegd, aan het in het derde lid van artikel 10 bepaalde indien zij een fiscaal of financieel steunbeleid hebben en uitvoeren, of nationale reguleringsmaatregelen uitvoeren die financiële steunverlening geven ter verwezenlijking van de in de eerste alinea vermelde doelstellingen en een waarde hebben die gelijk is aan ten minste 50% van de opbrengsten uit de veilingen. Ingevolge de derde alinea stellen de lidstaten de Commissie in hun krachtens Beschikking nr. 20/80/2004/EG ingediende verslagen in kennis van het gebruik van de opbrengsten en van de uit hoofde van dit lid ondernomen acties.

Het wetsvoorstel voorziet niet in omzetting van artikel 10, derde lid, eerste en tweede alinea. Volgens de transponeringstabel in de memorie van toelichting betreft het niet-bindende aanbevelingen die geen omzetting vergen. Een nadere uiteenzetting hieromtrent ontbreekt in de memorie van toelichting.¹

De Nederlandse wetgever lijkt er daarmee vanuit te gaan dat artikel 10, derde lid, eerste en tweede alinea, een geheel vrijblijvende bepaling betreft. De Afdeling betwijfelt of dit standpunt juist is.² Daarbij wijst zij allereerst op de doelstelling van de richtlijn en van richtlijn 2003/87, te weten het reduceren van de broeikasgasemissies. Het zou in lijn zijn met genoemde doelstelling dat op enigerlei wijze door de lidstaten wordt verzekerd dat de opbrengsten van de veilingen, althans ten dele, worden gebruikt voor de in artikel 10, eerste alinea, specifiek benoemde doelstellingen. Dit volgt ook uit de formulering van de tweede alinea van artikel 10, derde lid, inhoudende dat de lidstaten voldoen aan het bepaalde in de eerste alinea indien zij een fiscaal of financieel steunbeleid of nationale reguleringsmaatregelen hebben en uitvoeren met een waarde van ten minste 50% van de opbrengsten van de veilingen. Tot slot duidt ook de verslagverplichting jegens de Commissie inzake het gebruik van de opbrengsten en de uit hoofde daarvan ondernomen acties op een niet geheel vrijblijvende bepaling.

Gelet op het vorenstaande adviseert de Afdeling de memorie van toelichting aan te vullen met een passage over de aard en de inhoud van de verplichtingen van artikel 10, derde lid, van de richtlijn. Voorts adviseert de Afdeling inzichtelijk te maken of en, zo ja, hoe aan de uit deze bepaling voortvloeiende verplichtingen thans en in de toekomst kan worden voldaan.

1. Artikel 10, derde lid, eerste alinea, van richtlijn 2003/87, zoals die bepaling is ingevoegd door richtlijn 2009/29, bepaalt dat de lidstaten beslissen hoe de veilingopbrengsten benut zullen worden. Dit is bevestigd in de politieke verklaring van de Europese Raad van 12 december 2008 bij het energie- en klimaatpakket.³ De bepaling bevat wel een aanbeveling omtrent het gebruik van veilingopbrengsten. De formulering van artikel 10, derde lid, eerste alinea, is in de meeste taalversies van richtlijn 2009/29 inhoudelijk identiek. De zinsnede in de Nederlandse taalversie van de richtlijn dat «ten minste 50% van de opbrengsten (...) zou moeten worden gebruikt voor één of meerdere van de onderstaande doelstellingen» verschilt inhoudelijk niet van de Engelse taalversie («should be used»). Andere taalversies, waaronder de Franse, lijken iets dwingender geformuleerd te zijn.

Deze richtlijnbeepaling over het gebruik van veilingopbrengsten bij het ETS voor stationaire bronnen is qua opbouw en bewoordingen identiek aan de parallelle bepaling over de besteding van veilingopbrengsten bij het ETS voor de luchtvaart. Dit geldt zowel voor de Nederlandse taalversie als voor andere taalversies, waaronder de Engelse en de Duitse. De besteding van veilingopbrengsten bij het ETS voor de luchtvaart is geregeld in artikel 3 quinquies, vierde lid, van richtlijn 2003/87. Die bepaling is ingevoegd door de EG-richtlijn uit 2008 waarmee luchtvaart onder het ETS is gebracht (richtlijn 2008/101).⁴ Artikel 3 quinquies, vierde lid, is een aanbeveling, net als de bepaling over de veilingopbrengsten bij stationaire bronnen. Bij de implementatie van richtlijn 2008/101 is die bepaling niet omgezet in wetgeving.⁵ Het gaat in beide gevallen om een tot de centrale overheid gericht voorschrift, dat geen omzetting door middel van wetgevende maatregelen vergt. Het ligt voor de hand deze bij de implementatie van richtlijn 2008/101 gehanteerde lijn door te trekken naar de implementatie van richtlijn 2009/29.

¹ De transponeringstabel is te vinden in paragraaf 14. De toelichting op het gebruik van de opbrengsten in paragraaf 6.5.2 van de memorie van toelichting betreft een parafraze van de richtlijntekst.

² De Afdeling wijst in dit verband ook op andere taalversies, zoals de Franse taalversie waar wordt gesproken over «Un pourcentage minimal de 50 % des recettes tirées (...) sera utilisé pour une ou plusieurs des fins suivantes:» en de Italiaanse versie waarin staat: «Almeno il 50 % dei proventi della vendita (...) è utilizzato per uno o più dei seguenti scopi:».

³ Zie: Kamerstukken II 2008/09, 31 209, nr. 73, blz. 4–5.

⁴ Richtlijn nr. 2008/101/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 19 november 2008 (PbEU 2009, L 8) tot wijziging van Richtlijn 2003/87/EG teneinde ook luchtvaartactiviteiten op te nemen in de regeling voor de handel in broeikasgasemissierechten binnen de Gemeenschap.

⁵ Zie de transponeringstabel (Kamerstukken II 2008/09, 31 963, nr. 3, blz. 50). Het advies van de Raad van State is opgenomen onder Kamerstukken II 2008/09, 31 963, nr. 4.

In eerdergenoemde politieke verklaring van de Europese Raad is bevestigd dat de besteding van de veilingopbrengsten aan de lidstaten zelf is. Daarnaast is aangegeven dat de lidstaten bereid zijn een financiële bijdrage te leveren – ter grootte van ten minste de helft van de veilingopbrengsten – aan nationaal en Europees klimaatbeleid. In de Nederlandse begrotingssystematiek zijn inkomsten en uitgaven echter gescheiden. Overeenkomstig deze systematiek zijn de inkomsten zoals uit de veiling van emissierechten (veilingopbrengsten) dus niet te koppelen aan bepaalde uitgaven. In de verslagen voor de Commissie in het kader van het Kyoto-Protocol zal Nederland wel aangeven op welke wijze zij financieel bijdraagt aan het klimaat- en duurzame energiebeleid. Paragraaf 6.5.2 van de memorie van toelichting is aangevuld met een passage over aard en inhoud van artikel 10, derde lid, van richtlijn 2003/87. Voorts is de transponeringstabel in overeenstemming gebracht met (de transponeringstabel in) de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot implementatie van richtlijn 2008/101.

2. Terugvordering en verrekening

Het wetsvoorstel kent in artikel 16.35c, eerste en tweede lid, aan het bestuur van de Nationale emissieautoriteit (Nea) de bevoegdheid toe tot terugvordering van onverschuldigd verleende broeikasgasemissierechten alsmede in het derde lid de bevoegdheid tot verrekening van de terug te vorderen broeikasgasemissierechten met te verlenen broeikasgasemissierechten voor de daarop volgende handelsperiode. De Afdeling maakt hierover een aantal opmerkingen.¹

a. Waardebepaling

Ingevolge het voorgestelde artikel 16.35c, eerste lid, kan het bestuur van de Nea in plaats van het emissierecht, een met de waarde van die rechten corresponderend bedrag terugvorderen, indien de drijver van de inrichting onvoldoende broeikasgasemissierechten bezit. Deze bepaling roept de vraag op hoe de waarde van een emissierecht wordt bepaald. Emissierechten zijn verhandelbaar op de markt en hebben aldus een «dagwaarde». Uit het wetsvoorstel noch uit de memorie van toelichting volgt welke waarde geldt: de waarde ten tijde van het toewijzingsbesluit, de verlening of de wijziging van het toewijzingsbesluit of het terugvorderingsbesluit. Daarmee is evenmin duidelijk of, en zo ja hoe, eventuele verschillen in waarde, ontstaan in de handelsperiode, worden verdisconteerd bij de terugvordering.

De Afdeling adviseert de memorie van toelichting op bovengenoemde punten aan te vullen en zo nodig de waardebepaling van terug te vorderen emissierechten in het voorgestelde artikel 16.35c nader te preciseren.

b. Verrekening

Het derde lid van het voorgestelde artikel 16.35c kent aan het bestuur van de Nea de bevoegdheid toe de terug te vorderen emissierechten te verrekenen met de hoeveelheid aan de drijver van de inrichting te verlenen emissierechten voor de daarop volgende handelsperiode.

Uit het wetsvoorstel noch uit de memorie van toelichting wordt duidelijk hoe deze verrekening zal plaatsvinden. Dit klemmt nu een broeikasgasemissierecht betrekking heeft op een bepaalde handelsperiode en de waarde ervan op de markt wordt bepaald. Ervan uitgaande dat in iedere volgende handelsperiode minder broeikasgasemissierechten zullen worden verleend, worden deze steeds schaarser. Gelet hierop mag worden

¹ Zie over de redactie van het voorgestelde artikel 16.35c ook de redactionele kanttekeningen.

verwacht dat emissierechten een grotere waarde zullen krijgen. De emissierechten die de drijver van de inrichting niet verkrijgt voor de nieuwe periode zullen op de markt meer waard zijn dan de emissierechten die hij in de vorige handelsperiode ten onrechte heeft gekregen.¹ De verrekening houdt in dat geval een sanctie in. Het is de vraag of de wetgever dit gevolg heeft beoogd.

De omgekeerde situatie, waarin de waarde van de nog toe te kennen emissierechten op de markt lager is dan de ten onrechte verleende emissierechten, is in theorie ook mogelijk. In dat geval wordt de drijver van de betrokken inrichting begunstigd door te verrekenen in plaats van terug te vorderen: ingevolge het voorgestelde artikel 16.35c, derde lid, worden de hoeveelheid emissierechten verrekend, niet de waarde van de emissierechten.²

Gelet op het discretionaire karakter van het voorgestelde artikel 16.35c, eerste en derde lid, neemt de Afdeling aan dat het bestuur van de Nea de bestuurlijke vrijheid heeft om te kiezen tussen de bevoegdheid tot terugvordering en verrekening. Hiervan uitgaande rijst de vraag of ook de drijver van de betrokken inrichting het bevoegd gezag kan verzoeken om toepassing van een bepaalde bevoegdheid ten gunste van zijn bedrijfsvoering en onder welke omstandigheden het bestuur van de Nea hiermee kan instemmen.

De Afdeling adviseert de memorie van toelichting op deze punten aan te vullen en zo nodig het voorgestelde artikel 16.35c aan te passen.

2a. Uitgegaan wordt van de gemiddelde marktprijs van een broeikasgasemissierecht op het moment van terugvorderen. Het voorgestelde artikel 16.35c is daartoe aangevuld met een nieuw vijfde lid. Bij ministeriële regeling zullen nadere criteria worden opgenomen voor het vaststellen van de gemiddelde marktprijs. De gemiddelde marktprijs wordt gebaseerd op representatieve gegevens. Deze delegatiemogelijkheid is opgenomen omdat nader uitgewerkt moet worden hoe de vaststelling van de marktprijs plaatsvindt. Binnen het ETS is namelijk geen eenduidige prijsinformatie beschikbaar waarnaar (op wetsniveau) verwezen kan worden. Zo zijn er meerdere beurzen actief, grotere en kleinere, en is niet alle informatie over de marktprijs van emissierechten altijd voor iedereen (kosteloos) beschikbaar. Paragraaf 6.11.2 van de memorie van toelichting is dienovereenkomstig aangevuld. Voor de formulering van het nieuwe vijfde lid van artikel 16.35c is aansluiting gezocht bij artikel II, tweede lid, van het voorstel van wet van het lid Vendrik tot wijziging van de Wet belastingen op milieugrondslag in verband met het beperken van de emissies van broeikasgassen door kolengestookte elektriciteitscentrales (beperking emissies kolencentrales).³

2b. Het verrekenen van ten onrechte verleende emissierechten is bedoeld om het aantal verleende emissierechten in overeenstemming te brengen met het aantal emissierechten dat kosteloos aan de inrichting is toegewezen in het toewijzingsbesluit dat aan de verlening ten grondslag ligt. Dit is in het belang van de goede werking van het ETS. Met deze correctie wordt ook bereikt dat niet te weinig emissierechten worden geveild. Om de onbalans tussen verlening en toewijzing te redresseren, moeten de ten onrechte verleende emissierechten door de overheid worden teruggenomen. Dat gebeurt hier door verrekening met de verlening voor de daarop volgende handelsperiode.

Een emissierecht staat voor het recht om gedurende een bepaalde periode een emissie van één ton kooldioxide-equivalent in de lucht te veroorzaken (artikel 1.1 van Wet milieubeheer). Hoewel de Afdeling advisering in haar advies terecht opmerkt dat de waarde van de emissierechten in de loop van de tijd kan fluctueren, is de waarde van emissierechten in het kader van deze verrekening niet relevant, evenmin als die

¹ Doordat daarop via verrekening de in de oude periode ten onrechte verleende emissierechten in mindering worden gebracht.

² Niet uitgesloten is dat onder omstandigheden in zo'n geval sprake kan zijn van staatssteun in de zin van artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

³ Kamerstukken II 2007/08, 31 362, nr. 2, zoals gewijzigd bij nota van wijziging (Kamerstukken II 2007/08, 31 362, nr. 5).

waarde een rol speelt bij bijvoorbeeld de compensatieplicht van artikel 16.39 van de Wet milieubeheer. Verrekening is een technische handeling, uitgevoerd door de beheerder van het nationale register voor de handel in broeikasgasemissierechten.

Verder merk ik nog op dat de koppeling van een emissierecht aan een handelsperiode minder stringent is dan de Afdeling lijkt te veronderstellen. Dit houdt verband met het feit dat emissierechten die aan het einde van een handelsperiode over zijn, worden vervangen door rechten voor de volgende periode en dus materieel hun waarde niet verliezen.¹ Deze vervangingsregeling bestaat bij de overgang van fase II van het ETS (2008–2012) naar fase III (2013–2020), maar bestond niet bij de overgang van fase I (2005–2007) naar fase II. Het feit dat overtollige emissierechten aan het eind van fase I niet konden worden vervangen, was een van de belangrijkste redenen voor de daling van de prijs van emissierechten aan het eind van fase I.

Aan de mogelijkheid tot terugvordering en verrekening in het voorgestelde artikel 16.35c, eerste en derde lid, is bewust een discretionair karakter toegekend. Dit is gebeurd om het bestuur van de Nederlandse emissieautoriteit de ruimte te geven om te zoeken naar de meest passende manier om ten onrechte verleende emissierechten terug te halen (verrekenen of terugvorderen). Formulering en opzet van het voorgestelde artikel 16.35c zijn ontleend aan artikel 4:57 van de Algemene wet bestuursrecht. In paragraaf 6.11.2 van de memorie van toelichting, zoals voorgelegd aan de Afdeling, is naar mijn mening voldoende helder uiteengezet wanneer verrekening in beeld komt en wanneer terugvordering een meer aangewezen instrument is. Op het uitoefenen van deze bevoegdheden tot terugvordering en verrekening zijn uiteraard de beginselen van behoorlijk bestuur en de algemene besluitvormingseisen van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing.

Hoewel het advies van de Afdeling op zich niet noopt tot aanpassing of aanvulling van het voorgestelde artikel 16.35c of de memorie van toelichting, heb ik in het advies wel aanleiding gezien de bewoordingen van het voorgestelde artikel 16.35c en het artikelsgewijs deel van de memorie van toelichting op enkele punten te verduidelijken.

3. Redactionele kanttekeningen

Voor redactionele kanttekeningen verwijst de Afdeling naar de bij het advies behorende bijlage.

3. De redactionele kanttekeningen van de Afdeling zijn overgenomen, met uitzondering van de redactionele kanttekening onder het derde aandachtsstreepje. Het monitoringsplan, bedoeld in het voorgestelde artikel 16.2b, eerste lid, is het monitoringsplan zoals omschreven in artikel 16.1, vierde lid, van de Wet milieubeheer. Het enige verschil ten opzichte van de situatie bij inrichtingen die regulier, dus niet via een opt-out, onder het ETS vallen, is dat het monitoringsplan bij opt-out geen onderdeel vormt van de emissievergunning (bij opt-out geldt niet de eis van een emissievergunning). Artikel 16.1, vierde lid, definieert «monitoringsplan» met een verwijzing naar de inhoud van een dergelijk plan in artikel 16.6, tweede lid. Het is niet noodzakelijk in de definitiebepaling van artikel 16.1, vierde lid, een verwijzing op te nemen naar artikel 16.2b, eerste lid. Het wetsvoorstel (artikel I, onder B, onder 7) en de artikelsgewijze toelichting zijn verduidelijkt.

4. Van de gelegenheid is gebruikgemaakt om de memorie van toelichting op enkele punten te actualiseren en te verduidelijken en in het wetsvoorstel de verwijzingen naar de inmiddels vastgestelde EU-veilingverordening in te vullen.

¹ Zie ook paragraaf 6.11.1 van de memorie van toelichting.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De vice-president van de Raad van State,
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu,
J. J. Atsma

Bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W14.10.0533/IV met redactionele kanttekeningen die de Afdeling in overweging geeft.

- De bevoegdheid tot het intrekken van de emissievergunning respectievelijk de vergunningvoorschriften in het geldende artikel 16.20, het voorgestelde artikel 16.20b en, na vernummering, artikel 16.20c eenduidig en overzichtelijk regelen.
- De reikwijdte van de bevoegdheid tot terugvordering in het voorgestelde artikel 16.35c beperken door verwijzing naar het toewijzingsbesluit dan wel de omstandigheden genoemd in de voorgestelde artikelen 16.34b en 16.34c.
- Artikel 16.1, vierde lid, van de Wm aanvullen met een verwijzing naar artikel 16.2b, eerste lid. In artikel 16.1, vierde lid, is het in het voorgestelde artikel 16.2b, eerste lid, bedoelde «monitoringsplan» omschreven.