

Vergaderjaar 2020–2021

35 668

Wijziging van de Wet verbod op kolen bij elektriciteitsproductie in verband met beperking van de CO₂-emissie

Nr. 44

BRIEF VAN DE MINISTER VAN ECONOMISCHE ZAKEN EN KLIMAAT

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 17 mei 2021

In reactie op de motie van het lid Van der Lee c.s. over een nadeelcompensatiemethodiek met ook een substantieel ex-postelement (Kamerstuk 35 668, nr. 31), heb ik u toegezegd nader in te gaan op de juridische aspecten van de methode van nadeelcompensatie die wordt gehanteerd en toe te lichten waarom het noodzakelijk is te kiezen voor een ex-ante benadering waarbij de parameters voor de beoogde nadeelcompensatie van te voren zijn vastgelegd. Met het lid Van der Lee c.s. ben ik het met het doel van de motie eens, namelijk het voorkomen van overcompensatie. Daar ben ik zelfs toe verplicht. Dit licht ik hieronder toe.

Ook geef ik aan het einde van deze brief mijn oordeel over twee amendementen die na het debat van afgelopen dinsdag (Handelingen II 2020/21, nr. 74, debat over Wijziging van de wet verbod op kolen bij elektriciteitsproductie in verband met beperking van de CO₂-emissie (Kamerstuk 35 668)) zijn ingediend.

Algemene uitgangspunten nadeelcompensatie

Nadeelcompensatie betreft een vergoeding voor onevenredige schade die ontstaat door rechtmatig overheidshandelen. Voor het vaststellen van nadeelcompensatie moet sprake zijn van een causaal verband tussen de schade en de maatregel die de overheid neemt. Deze schade behoort niet tot het normale ondernemingsrisico en de onderneming wordt hierdoor buiten zijn eigen schuld onevenredig zwaar getroffen.

Nadeelcompensatie moet worden onderscheiden van subsidie. Bij een subsidie wordt door middel van een financiële prikkel de subsidieontvanger gestimuleerd een bepaalde gedragsverandering of activiteit te verrichten. Nadeelcompensatie is een vergoeding van het nadeel dat de ontvanger daadwerkelijk lijdt door een overheidsmaatregel waarbij de

ontvanger door die overheidsmaatregel onevenredig wordt aangetast in bijvoorbeeld zijn genot van eigendom. Nadeelcompensatie is dus niet vergelijkbaar met een vergoeding in het kader van een capaciteitsmechanisme zoals voorzien in een *contracts for difference* systeem dat juist een vorm van subsidiëring is voor vrijwillige beperking van uitstoot met instandhouding van een bepaalde minimumproductiecapaciteit. Nadeelcompensatie bij regulering van eigendom, zoals hier aan de orde, is ook niet hetzelfde als schadevergoeding voor onrechtmatig overheids-optreden of schadevergoeding voor onteigening, waarbij er sprake is van een onrechtmatige daad of het wegnemen van eigendom en de daaruit voortvloeiende schade *volledig* vergoed wordt. Nadeelcompensatie beperkt zich dus tot een vergoeding van het onevenredige nadeel dat is ontstaan door overheidsingrijpen.

Bij het vaststellen van de nadeelcompensatie gelden in het Europees en nationaal recht twee belangrijke uitgangspunten:

- 1) de compensatie moet zo objectief mogelijk aansluiten bij het door de centrales daadwerkelijk geleden nadeel; en
- 2) er mogen zo min mogelijk (administratieve) lasten, procedurele beperkingen of onzekerheid zijn voor de betrokken bedrijven.

Bij de inrichting van de nadeelcompensatie die wordt bepaald en toegekend op grond van het voorliggende wetsvoorstel, zal specifiek moeten worden voldaan aan de standaard van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (hierna: artikel 1 EP EVRM) en moeten de EU staatssteunregels in acht worden genomen.

Consequenties van het niet voldoen aan de uitgangspunten

Als niet aan de standaard van artikel 1 EP EVRM en/of de staatssteunregels wordt voldaan, is er een grote kans dat het voorliggende wetsvoorstel en daarin besloten productiebeperking met nadeelcompensatie met succes bij de Nederlandse rechter wordt aangevochten en als onrechtmatig wordt gekwalificeerd. Bovendien is er ook een grote kans dat de noodzakelijke goedkeuring door de Europese Commissie van de voorgestelde nadeelcompensatie uitblijft. Hierdoor kan het wetsvoorstel niet in werking treden, omdat de productiebeperking niet dwingend kan worden opgelegd zonder dat duidelijk is dat er nadeelcompensatie wordt verstrekt en wat deze inhoudt. Daarmee is de gedwongen productiebeperking van tafel. Dat levert problemen op bij het invulling geven aan het klimaatbeleid en meer specifiek nakomen van het Urgenda-vonnis en is de Staat bovendien potentieel schadeplichtig wegens die onrechtmatigheid. De Staat zou dan financieel ook nog schadevergoeding moeten betalen zonder dat één ton CO₂ extra emissiereductie is bereikt.

In deze bief ga ik nader in op juridische aspecten van artikel 1 Eerste Protocol van het EVRM en vervolgens op de eisen van de staatssteunkaders.

Artikel 1 Eerste Protocol van het EVRM

Artikel 1 EP EVRM beschermt het fundamentele recht op eigendom. De bescherming die deze bepaling biedt, komt overeen met de bescherming van artikel 17 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Kern van de bescherming is dat het fundamentele recht op ongestoord genot van eigendom niet zomaar kan worden verstoord door inmenging van de overheid. Aan dat overheidsingrijpen worden beperkingen en waarborgen gesteld. Dat volgt ook uit artikel 3:4, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht dat eist dat voor een of meer

belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.

Het wetsvoorstel productiebeperking kolen begrenst de CO₂-emissie veroorzaakt door productie van elektriciteit met kolen voor de jaren 2021, 2022, 2023 en 2024. Daarmee is sprake van een inmenging in het eigendomsrecht. Voor de toepassing van artikel 1 EP EVRM wordt gekeken naar de vraag of sprake is van ontneming of regulering van eigendom. Met dit voorstel is geen sprake van onteigening, maar van regulering van eigendom, zie paragraaf 6.1 van de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel.

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele vrijheden (EHRM) erkent dat een overheid voor de borging van het algemeen belang (het gebruik van) eigendom mag reguleren en aan beperkingen mag onderwerpen als aan een aantal voorwaarden wordt voldaan. Regulering is dus in beginsel geoorloofd, als het voldoet aan de legaliteitstoets, de legitimiteitstoets en de evenredigheidstoets (*fair balance*).

Met name het laatste beginsel is in dit kader relevant. De eis van een *fair balance* houdt in dat er een redelijke balans moet zijn tussen het algemeen belang dat de overheid nastreeft en het individuele belang van een ieder wiens rechten worden geschonden. Bij de beantwoording van de vraag of een *fair balance* is getroffen, moeten alle omstandigheden van het geval worden betrokken en moet een rechter ook meewegen of de overheid voldoende compensatie of andere flankerende maatregelen heeft getroffen om het onevenredige nadeel te compenseren. Zie bijv. het arrest van de Hoge Raad over de Wet verbod pelsdierhouderij met een overgangsperiode tot 2024.¹

Onderdeel van de *fair balance* in de context van dit wetsvoorstel is dat van te voren kenbaar is dat een exploitant een vergoeding krijgt en dat de parameters voor de compensatie van te voren duidelijk kenbaar zijn om te kunnen bepalen of *voldoende* compensatie wordt geboden en of een procedure of methodologie wordt gevolgd die dit waarborgt. Deze kenbaarheid is nodig op het moment dat de overheid de maatregel oplegt. De maatregel waarmee de overheid op het eigendom ingrijpt kan namelijk niet los worden gezien van de randvoorwaarden waaronder de overheid compensatie verstrekt.² Daarbij komt een overheid een ruime beoordelingsvrijheid toe, met dien verstande dat de overheid bij het treffen van de maatregel van regulering van eigendom wel kenbaar moet maken hoe het evenwicht kan worden bereikt tussen het algemeen belang en het deelbelang van de belanghebbende wiens eigendom wordt gereguleerd.³

Staatssteun

Indien er sprake is van potentiële staatssteun in de zin van artikel 107 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) zijn lidstaten verplicht om vóór verlening van staatssteun goedkeuring te vragen aan de Europese Commissie (meldingsplicht).⁴ Voor aan te melden

¹ <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2016:2888>

² Zie in deze zin de uitspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 8 juli 1986, LITHGOW AND OTHERS v. THE UNITED KINGDOM, zaken 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81, overweging 122

³ zie in deze zin de uitspraak van het Europees Hof voor de rechten van de Mens van 23 september 1982, SPORRONG AND LÖNNROTH v. SWEDEN, zaken 7151/75, 7152/75 overwegingen 69 tot en met 73

⁴ Voor de volledigheid: afgezien van wanneer ze gebruik maken van vrijstellingsverordeningen of de-minimisverordeningen, wat hier niet aan de orde is

steun geldt op grond van artikel 108, derde lid, van het VWEU een «standstill» verplichting. De steunmaatregel mag niet uitgevoerd worden voordat de Commissie haar goedkeuring heeft gegeven. Volgt een lidstaat deze regels niet en wordt de steun verleend voordat goedkeuring is gegeven, dan is er sprake van een overtreding van de staatssteunregels en kan zowel de Europese Commissie als de nationale rechter verplichten tot terugvordering van de onrechtmatige steun met referentierente.

De Europese Commissie heeft bij het besluit over de compensatie voor de sluiting van de Hemweg-centrale aangegeven niet te kunnen uitsluiten dat er sprake was van staatssteun bij de toegekende compensatie. Gelet hierop is het duidelijk dat de beoogde nadeelcompensatie voor de tijdelijke productiebeperking zoals voorzien in het wetsvoorstel voorafgaand ter goedkeuring moet worden gelegd aan de Europese Commissie.

Ook in het staatssteunrecht geldt dat de parameters en methode van nadeelcompensatie van te voren voldoende duidelijk moeten zijn om te beoordelen of er sprake is van compensatie die niet verder gaat dan nodig is en om overcompensatie te voorkomen. Verplichte compensatie of schadevergoeding wegens overheidsingrijpen, is in beginsel geen staatssteun, voor zover de compensatie niet verder gaat dan strikt noodzakelijk is.⁵

Ook bij het besluit tot sluiting van de Hemweg-centrale is, gegeven de hiervoor beschreven juridische vereisten gebruik gemaakt van een *ex-ante* benadering. Daarbij is de hoogte van de schade als volgt benaderd: *«het verschil in inkomen (netto vrije kasstromen) en eventueel additionele kosten rondom personeel en contractuele schade in de situatie zonder de overheidsmaatregel enerzijds en met de overheidsmaatregel anderzijds»*. De Europese Commissie concludeerde dat de nadeelcompensatie van de Nederlandse overheid voor de vroegtijdige sluiting van de elektriciteitscentrale van Hemweg in overeenstemming is met EU-staatssteunregels en er geen sprake was van overcompensatie (zie randnummer 82 van het besluit).⁶

In het kader van het wetsvoorstel productiebeperking kolen wordt om dezelfde redenen, eenzelfde methodiek gebruikt om de hoogte van het nadeel dat kolencentrales ten gevolge van de productiebeperking lijden vast te stellen. Dit om het risico op overcompensatie zoveel mogelijk te voorkomen. Om te kunnen beoordelen of er sprake is van een voorgenomen compensatie die niet verder gaat dan nodig is, vraagt de Europese Commissie om *ex ante* inzicht in de methodologie die wordt gebruikt om het nadeel en de bijbehorende compensatie te berekenen, aangevuld met relevante feitelijke informatie. Dit is ook gebeurd bij procedure die heeft geleid tot het besluit van de Europese Commissie waarbij de beoogde nadeelcompensatie voor de sluiting van de Hemweg-centrale werd beoordeeld.

Concluderend

Gelet op de eisen van artikel 1 EP EVRM en de benodigde staatssteunbeoordeling, kan ik de motie van het lid Van der Lee c.s. over een nadeel-

⁵ Zie randnummers 69 en 71 van de Mededeling van de Commissie betreffende het begrip «staatssteun» in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (PbEU 2016, C 262) en de aldaar aangehaalde jurisprudentie.

⁶ Besluit van de Europese Commissie van 12 mei 2020, C(2020)final2998, Staatssteun SA.54537 (2020/NN) – Verbod op kolen voor de elektriciteitsproductie in Nederland

compensatiemethodiek met ook een substantieel ex-postelement (Kamerstuk 35 668, nr. 31) niet in deze vorm aan het oordeel van de Kamer laten.

Uiterlijk op het moment dat het wetsvoorstel van kracht zou worden en de wettelijke productiebeperking oplegt, dient de methodiek voor de compensatie kenbaar te zijn en de omvang van het verwachte nadeel aan de hand daarvan bepaald te kunnen worden om te voldoen aan de «fair balance» maatstaf die artikel 1 EP EVRM stelt. Dit is van belang voor de rechtszekerheid van de eigenaren deze centrales en eventuele rechtsbescherming die zij willen toepassen. Ook is dit noodzakelijk voor de goedkeuring van de voorgenomen nadeelcompensatie door de Europese Commissie.

Het is daarom niet mogelijk om zoals de motie oproept in de methodiek voor het bepalen van de nadeelcompensatie een substantieel ex-postelement op te nemen zonder dat daarmee de juridisch benodigde ex ante duidelijkheid over de methodologie en omvang van de nadeelcompensatie wordt aangetast.

Tegelijkertijd ben ik het wel met het doel van de motie eens, namelijk het bewerkstelligen dat de nadeelcompensatie zo dicht mogelijk blijft bij het compenseren van het daadwerkelijk geleden nadeel. Ik ben daar ook toe gehouden door de Europese staatssteunkaders. De Nederlandse overheid wil, kan en mag namelijk geen overcompensatie uitkeren aan de eigenaren van de betrokken centrales. Een overtreding van dit staatssteunprincipe zou de compensatie in zijn geheel onrechtmatig maken.

Als achteraf blijkt dat er te veel is gecompenseerd op basis van de gehanteerde ex-ante methodiek moet dit gegeven de geldende voorwaarden voor staatssteun hoe dan ook leiden tot een correctie en zal ik het te veel aan nadeelcompensatie terugvorderen. Bij de op te stellen algemene maatregel van bestuur zullen de uitgangspunten van de nadeelcompensatie en de daarmee samenhangende mechanismen om overcompensatie te voorkomen worden uitgewerkt. Zoals aan u voorgesteld tijdens het debat, kan het voorstel voor deze algemene maatregel van bestuur zodra dit gereed is door middel van een technische briefing worden toegelicht en uitgelegd.

Zoals ik in het begin van deze brief al aangaf, evenals in het debat, ben ik het eens met het doel van de ingediende motie, namelijk het voorkomen van overcompensatie. Indien de motie wordt aangepast op een dergelijke wijze dat de regering wordt verzocht om in de AMVB over de nadeelcompensatie zorg te dragen voor een methodiek die overcompensatie voorkomt en een mechanisme bevat waarmee overcompensatie wordt teruggevorderd als achteraf blijkt dat er te veel gecompenseerd wordt, dan laat ik het oordeel daarbij graag aan de Kamer.

Ingediende amendementen na het debat

Na het debat zijn er door het lid Van Raan twee amendementen ingediend over een tussentijdse evaluatie na één jaar (Kamerstuk 35 668, nr. 37) en over het schrappen van de vrijstelling op de kolenbelasting (Kamerstuk 35 668, nr. 38). Bij deze geef ik mijn oordeel bij deze amendementen.

Tussentijdse evaluatie na één jaar

Dit amendement lijkt sterk op amendement met Kamerstuk 35 668, nr. 15. Beide amendementen voegen een evaluatiebepaling in, maar met

Kamerstuk 35 668, nr. 37 vindt de evaluatie na één jaar plaats terwijl dat bij Kamerstuk 35 668, nr. 15 na twee jaar plaatsvindt.

Het bredere klimaatbeleid wordt in de Klimaatmonitor en de Klimaat en Energieverkenning (KEV) geëvalueerd en gemonitord, maar ik kan daarnaast uiteraard ook een specifieke evaluatie van deze wet naar de Tweede Kamer verzenden. Daarom wil ik dit amendement oordeel Kamer geven.

Vervallen van de vrijstelling op de kolenbelasting

Het vervallen van de vrijstelling is geen goed alternatief voor voorliggend wetsvoorstel. Met deze maatregel kan namelijk onvoldoende worden gestuurd op de uitkomst van het beleid, waardoor de benodigde CO₂-reductie niet met zekerheid kan worden behaald. Daarnaast is dit amendement niet wenselijk in combinatie met de wet verbod op kolen per 2030, vanwege de in die wet geboden overgangstermijn. Met de ruime overgangperiode tot 2030 is er volgens het kabinet sprake van een zogenaamde fair balance, waardoor het kabinet deze ruime overgangstermijn voldoende acht en geen aanvullende nadeelcompensatie is geboden. Het afschaffen van de vrijstelling in de kolenbelasting zonder compensatie verhoogt de kosten voor kolencentrales en doorkruist hiermee de overgangstermijn voor het verbod op gebruik van kolen bij elektriciteitsopwekking. Daarom ontraad ik dit amendement.

De Minister van Economische Zaken en Klimaat,
B. van 't Wout